

iris
Special

Published by the European
Audiovisual Observatory



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSSTELLE

Political Debate and the Role of the Media

**The Fragility
of Free Speech**



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

IRIS Special: Political Debate and the Role of the Media
The Fragility of Free Speech

European Audiovisual Observatory, Strasbourg 2004
ISBN 92-871-5675-1
EUR 44

Director of the Publication:

Wolfgang Closs, Executive Director of the European Audiovisual Observatory
E-mail: wolfgang.closs@obs.coe.int

Editor and Coordinator:

Dr. Susanne Nikoltchev (LL.M. EUI and U of M)
Head of Department Legal Information
E-mail: susanne.nikoltchev@obs.coe.int

Contributing Partner Organisation:



Institute for Information Law (IViR)

Rokin 84
NL-1012 KX Amsterdam
Tel.: +31 (0) 20 525 34 06
Fax: +31 (0) 20 525 30 33
E-mail: ivir@ivir.nl
URL: <http://ivir.nl>

Translation:

Véronique Campillo, France Courrèges, Amath Faye, Bernard Ludewig, Boris Müller, Marco Polo Sàrl, Stefan Pooth, Patricia Priss, Erwin Rohwer, Nathalie Sturlèse

Proof Reading:

Florence Lapérou, Danilo Leonardi, Géraldine Pilard-Murray, Britta Probol

Editorial Assistance:

Nadia Ebel, Michelle Ganter

Marketing:

Markus Booms
E-mail: markus.booms@obs.coe.int

Typesetting/Print:

Pointillés, Hoenheim (France)

Publisher:

European Audiovisual Observatory
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tel.: +33 (0)3 88 14 44 00
Fax: +33 (0)3 88 14 44 19
E-mail: obs@obs.coe.int
URL: <http://www.obs.coe.int>

© European Audiovisual Observatory, 2004.

Opinions expressed in this publication are personal and do not necessarily represent the views of the Observatory, its members or the Council of Europe.

Débat politique et rôle des médias

La fragilité de la liberté d'expression

Édité par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Politique et médias sont désormais inextricables, comme en témoigne un terme créé de toutes pièces qui circule actuellement en Allemagne : "Medienkanzler". En désignant le charme médiatique de l'actuel chancelier allemand, le mot associe deux éléments qui tendent à fusionner de plus en plus étroitement, y compris dans la réalité.

Ailleurs, l'"union" du politique et des médias trouve d'autres expressions : barons des médias devenus leaders politiques ou monopoles d'Etat pérennisés sur les médias.

Le droit du discours politique, garanti par la Convention européenne des Droits de l'Homme, est exercé avec l'appui des médias, traditionnels et nouveaux, qui servent d'interface entre les locuteurs et les allocutaires de leurs messages.

Le rôle des médias ne se limite aucunement à celui d'un "intermédiaire". Les médias "peuvent" bien plus que cela. Ils peuvent servir un débat politique équilibré et donc la démocratie. Aussi le Conseil de l'Europe soutient-il par exemple les activités des médias professionnels, indépendants et pluralistes à travers divers programmes. Mais les médias ont aussi le pouvoir d'influencer l'issue des élections. Et si les radiodiffuseurs sont soumis à une batterie de dispositions réglementaires pendant les campagnes électorales, ce n'est pas innocent : les médias peuvent favoriser une carrière politique, comme la briser. Ceci explique pourquoi le détracteur de Bush, Michael Moore, a eu les pires difficultés pour distribuer son film aux Etats-Unis. Les médias ont le pouvoir d'influencer l'opinion publique à court comme à long terme. Si tel n'était pas le cas, les téléspectateurs néerlandais auraient-ils élu Pim Fortuyn "plus grand homme de tous les temps" ? Pim Fortuyn était le leader charismatique d'un parti nationaliste appelé à disposer d'une forte représentation au Parlement néerlandais, mais peu de temps avant les élections parlementaires, il a été victime d'un attentat qui fut largement commenté dans les médias, et pas seulement néerlandais.

Ce numéro d'*IRIS Spécial* pose une question essentielle : les médias *doivent*-ils exercer l'influence qu'ils *peuvent* exercer sur l'expression politique ?

IRIS Spécial s'intéresse d'abord à la notion de "discours politique", ainsi qu'au devoir de l'Etat de le protéger. Une publicité politique à la télévision relève-t-elle de l'expression politique et, dans l'affirmative, mérite-t-elle une protection particulière ? Ou bien doit-elle être traitée comme un cas de pure et simple publicité ? Que doit faire l'Etat pour garantir le droit à la liberté d'expression ? Doit-il aussi garantir, au plan juridique ou même institutionnel, l'accès du public à l'information ?

Dès lors, la question des restrictions éventuelles posées à la liberté d'expression est de la plus haute importance. A quel titre des restrictions peuvent-elles être considérées comme légitimes ? Impossible de ne pas évoquer d'autres domaines protégés par le droit, comme la vie privée, la dignité et même la sûreté nationale. L'Etat a-t-il par exemple le droit d'interdire la diffusion de messages qui émanent de terroristes ? Parmi les restrictions imposées, dans le cadre de la lutte antiterroriste, aux médias – et en conséquence à l'opinion publique –, quelles sont celles vraiment nécessaires et justifiées ?

Il est un fait que les médias peuvent être utilisés aux fins de manipulation des débats politiques et cette publication s'y intéresse aussi. Mais quelles en sont les retombées juridiques ? Les médias

sont-ils là uniquement pour servir de forums où s'exerce la liberté d'expression ou sont-ils détournés à des fins illégitimes ? Comment trancher ? Le droit garantit-il l'inexistence de tels abus ? Le peut-il seulement ? Où sont les besoins de réglementation ?

Si les questions abordées dans cet *IRIS Spécial* sont passionnantes, c'est aussi parce que leur contexte a changé en même temps que la technique a évolué. Les techniques modernes ouvrent de nouvelles possibilités en relation avec l'implication, bonne ou mauvaise, des médias dans les débats politiques. La question centrale de Niklas Luhmann, "comment les médias construisent la réalité ?" apparaît sous un jour nouveau. Le rôle des médias y a gagné en importance.

Si l'actualité des thèmes abordés ne connaît pas de frontières géographiques et si les interrogations sont d'un intérêt brûlant sur les cinq continents, *IRIS Spécial* se concentre toutefois sur les seuls débats européens et établit une comparaison avec le système des Etats-Unis et sa manière de traiter le discours politique.

Cet *IRIS Spécial* fait suite à l'atelier de juin 2004 organisé conjointement par l'Observatoire européen de l'audiovisuel et son organisation partenaire, l'Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam, intitulé "Les tons changeants de l'expression politique dans les médias".

Tarlach McGonagle (IViR) résume pour vous les débats de cet atelier. Son article, qui introduit ce numéro d'*IRIS Spécial*, est suivi de quatre contributions qui reflètent les conférences de Dirk Voorhoof, Toby Mendel, Páll Thórhallsson et Frederick Schauer pendant l'atelier. Neuf autres articles rédigés par divers participants évoquent les différentes facettes du discours politique et du rôle des médias. La publication propose non seulement une information sur les aspects importants du *débat politique et du rôle des médias*, mais aussi sur les expériences collectées dans douze pays différents et les activités du Conseil de l'Europe.

L'Observatoire remercie vivement tous les participants de l'atelier, et particulièrement Jan Kabel (IViR), qui a dirigé les débats. Les collaborateurs de l'IViR ont fait en sorte que l'atelier se déroule parfaitement. Concernant les textes, la compétence, la fiabilité et aussi la rapidité des traducteurs, des correcteurs et de l'équipe de l'Observatoire européen de l'audiovisuel ont été grandement sollicitées. Tous ont travaillé à cette publication avec cœur et fourni un travail remarquable. Nous les en remercions chaleureusement.

Strasbourg, décembre 2004

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du Département informations juridiques

TABLE DES MATIERES

Compte rendu d'atelier: Les tons changeants de l'expression politique dans les médias	1
L'expression politique dans les médias : Quel type de régulation est nécessaire dans une société démocratique ?.....	35
Restrictions imposées à l'expression politique.....	43
Le Conseil de l'Europe et la liberté du débat politique.....	55
Droit des médias, contenu des médias – L'exception américaine	65
SUISSE :	
La liberté d'expression politique dans les médias – Une sélection d'enjeux	77
ESPAGNE :	
Questions ouvertes liées à l'expression politique pendant les périodes électorales.....	83
FINLANDE :	
Le point sur 10 ans de publicité politique payante à la télévision finlandaise.....	89
IRLANDE :	
Aperçu de questions choisies sur la liberté d'expression politique.....	95
ITALIE :	
Pluralisme et liberté d'expression dans les médias	101
KOSOVO :	
Les médias et les émeutes de mars 2004	107
PAYS-BAS :	
Vue instantanée d'un débat engagé sur la liberté d'expression	111
POLOGNE :	
L'expression politique dans les médias électroniques avec un développement spécial sur les campagnes électorales et autres formes de débats politiques.....	117
RUSSIE :	
"Guerre au terrorisme" et liberté des médias de masse – Restrictions juridiques de la liberté des médias de masse.....	123

Compte rendu d'atelier : Les tons changeants de l'expression politique dans les médias

Tarlach McGonagle
Institut du droit de l'information (IViR),
Université d'Amsterdam

Préface

Cet article est le compte rendu d'un atelier intitulé "Les tons changeants de l'expression politique dans les médias", organisé conjointement par l'Observatoire européen de l'audiovisuel et son organisation partenaire l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam (IViR). L'atelier s'est tenu dans les locaux de l'IViR le 19 juin 2004. Il se veut un compte rendu précis et complet des larges débats qui ont caractérisé cet atelier.¹ Pour des raisons éditoriales, les sujets abordés durant les discussions sont ici présentés de manière thématique plutôt que chronologique. Des précisions supplémentaires viennent compléter et clarifier les informations présentées de manière sommaire durant les travaux. Néanmoins, les quatre parties se rapportant aux sujets qui ont structuré les discussions de l'atelier sont de simples résumés des présentations faites lors de l'atelier.

Introduction

Au cœur du droit à la liberté d'expression se trouve le principe selon lequel le débat politique doit être libre, vigoureux et sans entraves,² ce qui a été régulièrement rappelé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les prises de positions successives du Conseil de l'Europe. Récemment, son importance persistante dans la vie des médias a été réitérée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans sa Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias.³ Il faut dire que ce principe a toujours généré des analyses comparatives passionnantes en raison de la forte diversité des manières connues de le mettre en œuvre qui est le reflet de préoccupations et de priorités sociétales également diverses et fortes. Cela est encore plus vrai aujourd'hui, au moment où l'Europe change de configuration constitutionnelle et politique avec la récente adoption de la nouvelle Constitution de l'Union européenne et l'élargissement historique de celle-ci. En outre, les progrès technologiques posent forcément de nouvelles questions et ouvrent de nouvelles pistes quant à certains aspects de l'expression politique dans les médias qui ont été prises en considération lorsque cela était opportun pendant les travaux de l'atelier.

Cet atelier a été remarquable en raison de la manière fort complète dont il a traité de l'expression politique dans les médias à partir d'un ensemble unique de perspectives thématiques diverses et cohérentes. A cela s'ajoute une perception aiguë de la façon dont les paramètres contemporains de

1) L'auteur adresse ses remerciements à tous les participants pour les informations fournies pendant et après l'atelier, en particulier à Nico van Eijk et David Goldberg pour leurs conseils généreux pendant la préparation de l'atelier. Toutes les erreurs ou imprécisions éventuelles ne peuvent engager que la responsabilité de l'auteur.

2) Selon les termes de la Cour suprême des Etats-Unis dans *New York Times Co c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

3) Adoptée le 12 février 2004, disponible à l'adresse : <http://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=118995&Lang=fr>
Voir aussi : Christophe Poirel, "Comité des Ministres : Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias", *IRIS* 2004-3: 3.

réflexion et de résolution des problèmes évoluent en raison de l'élargissement de l'Union Européenne et des importantes avancées (dans des directions diverses : co-régulation, autorégulation ou dérégulation) dans les législations, les politiques et les technologies en matière de radiodiffusion. Tout cela a été rehaussé par la tendance à procéder à des analyses comparatives et à examiner des exemples concrets, relevée pendant les débats.

Comme cela sera démontré plus loin, l'expression politique dans les médias est assujettie à une large batterie de mesures de régulation dont le but est de faire respecter, selon les circonstances, certaines exigences dans le débat politique : organiser, contrôler ou restreindre certains types de contenu liés à l'expression politique ; organiser, contrôler ou restreindre les modalités de distribution de l'expression politique ; garantir ou promouvoir certains types d'expression politique tels que l'information, les reportages sur l'actualité, les messages officiels des organes de l'Etat, et le pluralisme des voix de manière générale. Les neuf études de pays publiées dans ce volume attestent de la grande diversité des mécanismes de régulation qui accompagnent aujourd'hui l'expression politique au niveau national. Ces études explorent aussi diverses questions théoriques et pratiques posées par certaines mesures de régulation.

Qu'est-ce que l'expression politique ?⁴

Le socle de la protection du droit à la liberté d'expression en Europe est l'article 10 de la Convention (européenne) de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui dispose :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation.
2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

L'analyse de l'article 10 montre que la Convention n'opère aucune distinction entre les diverses formes de liberté d'expression.⁵ Cependant, la Cour européenne des Droits de l'Homme s'est déjà, à l'occasion, appuyée sur une classification commode des formes d'expression,⁶ dans laquelle elle reconnaît comme catégories principales l'expression politique, l'expression artistique et l'expression commerciale :

L'article 10 [...] ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression [...], notamment ceux de nature politique ; il englobe aussi l'expression artistique [...], des informations à caractère commercial [...] – la Commission le rappelle à juste titre – ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble [...].⁷

Dans le cadre de cette classification sommaire, la Cour européenne des Droits de l'Homme a traditionnellement octroyé un niveau de protection différencié aux diverses catégories d'expression (la priorité allant à l'expression principalement politique, l'expression à coloration commerciale étant considérablement moins protégée). La priorité dont jouit la liberté d'expression s'explique par la place centrale tenue par ce principe dans la vision de la société démocratique qui imprègne la pensée judiciaire européenne.

La liberté dans le débat politique est caractéristique d'une démocratie saine. Dans l'arrêt *Bowman c. Royaume Uni* par exemple, la Cour européenne des Droits de l'Homme déclare que "[D]es élections

4) Cette question est aussi abordée par Toby Mendel et Páll Thórhallson dans leurs articles respectifs, *infra*.

5) Voir, *inter alia*, *Müller et autres c. Suisse*, arrêt du 24 mai 1988, Série A no. 133, para. 27.

6) Le mode de classification de la Cour a par la suite été repris ailleurs, y compris dans des ouvrages majeurs comme *Law of the European Convention on Human Rights* de David J. Harris, Michael O' Boyle & Chris Warbrick, (London, Butterworths, 1995); il est maintenant d'un usage assez conventionnel.

7) *Casado Coca c. Espagne*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 24 février 1994, para. 35.

libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique."⁸ Dans l'arrêt *Lingens c. Autriche*, elle affirme qu'"il incombe [à la presse] de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir."⁹ Elle poursuit dans la même veine, affirmant que "le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière."¹⁰ Depuis lors, cette position a été maintenue avec constance – et même étendue dans la jurisprudence de l'article 10 de la CEDH. Il est généralement convenu maintenant qu'elle englobe les débats sur des questions d'intérêt public au sens large.¹¹

Il est intéressant de noter que les catégories adoptées par la Cour européenne des Droits de l'Homme n'ont pas été nécessairement reprises par d'autres organes judiciaires ou quasi-judiciaires internationaux concernés par les droits de l'homme. A l'échelle mondiale (par opposition à l'échelle européenne), la principale source de protection du droit à la liberté d'expression est le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP). L'article 19 du PIDCP dispose :

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée, artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:
 - (a) au respect des droits et de la réputation d'autrui ;
 - (b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Dans l'arrêt *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*,¹² la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies rejette l'argument selon lequel il faut désigner des catégories de formes d'expression afin de parvenir à une hiérarchie dans la protection dont chacune de ces catégories respectives devrait jouir :

[...] l'article 19, paragraphe 2 doit être interprété comme concernant toutes les formes d'idées et d'opinions subjectives pouvant être transmises à autrui, et compatibles avec l'article 20 du Pacte,¹³ de nouvelles ou d'informations, d'expression commerciale et de publicité, d'œuvres d'art, etc.; il ne doit pas être limité aux moyens d'expression politiques, culturelles ou artistiques. [...] La Commission n'accepte pas non plus que l'une quelconque des formes d'expression mentionnées ci-dessus puisse être assujettie à des degrés divers de restriction, dont le résultat serait que certaines formes d'expressions souffriraient de restrictions plus sévères que d'autres.¹⁴

Cette affaire concernait une plainte contre une disposition législative québécoise qui interdisait l'utilisation de la langue anglaise dans des messages publicitaires, par exemple sur des panneaux publicitaires à l'entrée de locaux commerciaux ou dans la dénomination d'une entreprise. La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU a conclu que le droit du requérant à la liberté d'expression, tel que garanti par l'article 19 du PIDCP, avait été effectivement violé par la façon dont cette disposition législative avait été appliquée.

8) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 19 février 1998, para. 42.

9) Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 8 juillet 1986, para. 41.

10) *Ibid.*, para. 42.

11) Voir aussi : *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 juin 1992; *Bladet Tromsø & Stensaas c. Norvège*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 20 mai 1999; *Nilsen & Johnsen c. Norvège*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 novembre 1999; *Fressoz & Roire c. France*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 21 janvier 1999; *Bergens Tidende & autres c. Norvège*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 2 mai 2000.

12) *Ballantyne, Davidson & McIntyre v. Canada*, Communications Nos. 359/1989 et 385/1989, Avis de la Commission des droits de l'Homme de l'ONU du 31 mars 1993.

13) Note de l'auteur : l'article 19 et l'article 20 du PIDCP doivent être lus dans la même optique. L'article 20 dit : "1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi." / "2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdite par la loi."

14) *Ballantyne, Davidson & McIntyre c. Canada*, *op. cit.*, para. 11.3.

Ainsi, des arguments de principe peuvent être avancés pour soutenir un traitement égal, ou au moins similaire pour tous les types d'expression. Mais des considérations pratiques peuvent aussi être invoquées pour réfuter la classification ou la hiérarchisation des types d'expression. Les tentatives pour faire émerger des catégories génériques d'expression permettent rarement de mettre en place une classification qui puisse se prévaloir de définitions parfaitement étanches : par exemple, les expressions politiques, religieuses ou artistiques présentent souvent des caractéristiques (clairement) commerciales aussi. Cette perméabilité des définitions peut considérablement réduire l'utilité des définitions taxinomiques étant donnée la hiérarchisation *de facto* des différentes formes d'expression dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10. Dans le même ordre d'idées, il a été suggéré que :

[L]a taxinomie des types d'expression employée par la Cour européenne des Droits de l'Homme est schématique. Si elle peut s'avérer utile pour indiquer les grandes distinctions, elle peine à fournir le détail et la précision nécessaires à une analyse au plus près. Cela est dû pour une large part au fait que dans la pratique, les distinctions entre les définitions s'estompent ou que les catégories "fusionnent",¹⁵ comme cela a pu être dit.¹⁶

Si les contours des catégories sont flous, la solution serait peut-être de développer des sous-catégories ? Une telle démarche soulèverait cependant de nouveaux problèmes théoriques. Comme le souligne Frederick Schauer, le recours à des sous-catégories peut créer le risque d'une fragmentation excessive de la doctrine.¹⁷

Thème 1 : Vers des catégories au sein de l'expression politique (la publicité et les élections)

L'expression politique peut, bien évidemment, revêtir diverses formes. Le classement de diverses formes d'expression politique que nous présente Dirk Voorhoof (voir *infra*) constitue un cadre intéressant pour les débats plus spécifiques à suivre. Les distinctions (conceptuelles et pratiques – régulatrices, par exemple) entre des propos publics et privés de nature politique ne sont pas toujours aisées à saisir. Il existe aujourd'hui un problème préoccupant dans certains pays où l'on cherche à déterminer si la publicité politique devrait être traitée comme la publicité pure et simple (auquel cas elle relèverait de la réglementation générale applicable à la publicité), comme un type de publicité devant être assujettie à une réglementation sévère concernant son contenu et son financement en raison de son impact potentiel sur les processus politiques et électoraux, ou un type d'expression qui mérite une protection accrue en vertu de son utilité pour l'avancement de la démocratie. Le document de travail publié par le Comité permanent sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe¹⁸ fait écho à la perplexité que soulève ce classement en catégories. Une attention particulière sera accordée aux différentes approches régulatrices mises en œuvre pour divers types de médias.

Au cours de ces dernières années, pour des raisons assez évidentes, la couverture par les médias des campagnes électorales (et les référendums constitutionnels) a fait l'objet d'une grande attention sur le plan national et international. Lorsque se déroulent des élections, l'exigence générale d'un débat politique impartial et accessible dans des conditions d'égalité et d'équité parfaites pour toutes les parties prenantes devient plus aiguë. Dans beaucoup de pays, les élections sont souvent accompagnées d'accusations de pratiques malhonnêtes, d'où l'importance d'une couverture fiable et équitable du processus par les médias dans l'exercice de leur fonction de "chien de garde", observateurs scrupuleux. Les règles qui encadrent les messages radiodiffusés des partis politiques, le contrôle du financement des messages de campagne, la régulation de la diffusion des résultats des sondages d'opinions, le contournement des règles au moyen d'innovations technologiques sont autant de sources d'inquiétude dans ce contexte.¹⁹

15) Colin R. Munro, "The Value of Commercial Speech", 62 *Cambridge Law Journal* No. 1 (Mars 2003), pp. 134-138, point 149.

16) Tarlach McGonagle, "Commercial expression – the usefulness of an imperfect notion?", dans Eoin O'Dell, à paraître. Voir aussi : *Barthold c. Allemagne, Stambuk c. Allemagne, Hertel c. Suisse, VgT c. Suisse et Murphy c. Irlande*.

17) Frederick Schauer, "Commercial Speech and the Architecture of the First Amendment", (1988) 56 *Cincinnati Law Review* 1181, at p. 1199. Voir aussi : *ibid.*, p. 1200.

18) Document de discussion sur la publicité politique préparé par le Secrétariat, Doc. No. T-TT (2002) 025, 32ème réunion du Comité permanent sur la télévision transfrontière, 12-13 décembre 2002, disponible à l'adresse : [http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/2_Documentation_thematique/Radiodiffusion_&_convergence/T-TT\(2002\)025%20F%20Publicite%20politique.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/2_Documentation_thematique/Radiodiffusion_&_convergence/T-TT(2002)025%20F%20Publicite%20politique.asp#TopOfPage)

19) Pour un inventaire plus long des questions pertinentes, voir Yasha Lange, *Média et élections: Manuel* (Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999), disponible à l'adresse : http://www.coe.int/t/e/Integrated_Projects/democracy/Media&Elections.pdf Voir aussi *Election Reporting: a Practical Guide to Media Monitoring* (London, ARTICLE 19, 1998) et Bernd Peter Lange & David Ward, Eds., *The Media and Elections : A Handbook and Comparative Study* (Lawrence Erlbaum Associates, à venir).

Thème 2: Restrictions à l'expression politique

Les tensions entre la tolérance, le discours de haine et la nécessité d'un débat politique vigoureux sont d'une forte actualité aujourd'hui dans beaucoup de pays, tout autant que les éternels conflits entre les impératifs de la sûreté nationale des pays et de la lutte antiterroriste (qui ont été fortement réévalués depuis septembre 2001) d'une part, et la nécessité d'un débat politique énergique d'autre part. Comme le souligne Toby Mendel dans son article (*infra*), si ces questions ne sont pas forcément liées, elles contribuent chacune à sa manière à modeler l'expression politique. La diffamation et la vie privée (fréquemment citées parmi les motifs pouvant justifier des restrictions à l'expression politique) sont deux domaines juridiques qui enregistrent des mutations et des réévaluations dynamiques engendrées dans une grande mesure par les progrès technologiques. Si les mutations du droit dans les domaines de la diffamation et de la vie privée (du point de vue relationnel autant que du point de vue de l'information) sont largement débattues par ailleurs, l'atelier s'est particulièrement intéressé à leur impact sur l'expression politique. A titre d'illustration, on s'est demandé si poser la question de la diffamation dans un contexte politique n'amènerait pas à s'interroger sur la légitimité des lois pénales anti-diffamation ; la question de la compétence juridictionnelle pour les propos diffamatoires publiés sur Internet a également été examinée ainsi que la solidité mentale à toute épreuve des hommes et femmes politiques pour que le débat politique soit ouvert et rigoureux. La vie privée, pour sa part, pose des problèmes liés à la collecte et au traitement de données à caractère personnel à des fins politiques, comme l'élaboration de profils d'électeurs ou la diffusion de messages politiques ou électoraux. Le thème 2 a aussi donné lieu à une analyse de divers autres aspects de l'expression politique dans les médias, par exemple les questions structurelles pertinentes telles que la régulation de la propriété des médias.

Thème 3: L'expression politique et les médias – Objectifs et synergies du Conseil de l'Europe

La Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias aborde frontalement les questions évoquées dans de précédentes Recommandations et Déclarations du Comité des Ministres (liberté de communication sur Internet, mesures concernant la couverture par les médias des campagnes électorales, les médias et la promotion d'une culture de tolérance, le droit de réponse – voir à cet égard le projet de recommandation sur le droit de réponse dans le nouvel environnement médiatique, entre autres). Dans son article, *infra*, Páll Thórhallsson s'appuie sur la jurisprudence de l'article 10 de la CEDH pour analyser les déclarations du Comité des Ministres évoquées ci-dessus, portant sur la liberté d'expression politique.²⁰ Puis, considérant l'expression politique au sens large, il dresse la liste des diverses initiatives menées actuellement par le Conseil de l'Europe dans le but de promouvoir la liberté d'expression politique dans un contexte plus large.

Thème 4: Une perspective américaine de l'expression politique dans les médias

Le dispositif du premier Amendement à la Constitution des Etats-Unis d'Amérique indique: "Le Congrès ne pourra faire aucune loi [...] restreignant la liberté de la parole ou de la presse [...]". Mais la force de cette disposition est bien plus grande dans la pratique que dans la lettre, comme nous le démontre de façon convaincante l'article de Frederick Schauer dans cet *IRIS Spécial*.

Au premier regard, si l'on se veut formaliste, il peut sembler peu judicieux de comparer la tradition de la liberté d'expression américaine (qui est le produit de l'ordre juridique d'un seul pays) à celle du Conseil de l'Europe (organisation internationale, intergouvernementale), comme nous le faisons dans cet article. Cependant, même si cela revient techniquement à comparer un chat à un chien, les points de convergence et les contrastes sont trop intéressants et instructifs pour que l'on s'interdise un

20) Parmi les documents pertinents adoptés par le Comité des Ministres, on peut citer : la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias; la Déclaration sur la liberté de communication sur Internet (2003) ; la Recommandation (2002) 2 sur l'accès aux documents officiels ; la Recommandation (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information ; la Déclaration sur la diversité culturelle (2000) ; la Recommandation (99) 15 relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias ; la Recommandation (99) 1 sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme dans les médias ; la Recommandation (97) 21 sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance ; la Recommandation (97) 20 sur le "discours de haine" ; la Recommandation (96) 10 concernant la garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion ; la Déclaration sur la protection des journalistes en situation de conflit et de tension (1996) ; la Recommandation (96) 4 sur la protection des journalistes en situation de conflit et de tension ; la Déclaration sur la liberté d'expression et d'information (1982), tous disponibles à l'adresse : http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/1_Textes_de_base/2_%20Textes_du_Comite_des_Ministres/Liste.asp#TopOfPage

examen concerté de ces deux ordres juridiques à l'aune d'un même thème. Il est indéniable que les deux systèmes ont développé des régimes qualitativement différents pour la protection de la liberté d'expression. Il est donc naturel que l'on souhaite étudier les différences qualitatives qui séparent deux cultures de la protection de la liberté d'expression. La démarche qui prévaut en Europe est plus relativiste que la démarche "prétendument absolue"²¹ qui est de mise aux Etats-Unis, et cela s'explique en partie par le fait que la société américaine présente les caractéristiques d'une "société de la *tabula rasa*" :²²

Bien que l'on puisse faire remonter la genèse moderne du droit à la liberté d'expression au creuset commun du siècle des Lumières en Europe, les évolutions intellectuelles et pratiques qu'a connu ce concept sont loin d'être identiques en Europe et aux Etats-Unis. Kevin Boyle explique que cela est dû en grande partie au fait que les Etats-Unis, "société table à dessin ont été bâtis par des immigrants, ayant pu affirmer de nouveaux principes d'ordre démocratique républicain."²³

En tout état de cause, les deux systèmes juridiques se retrouvent sur un point essentiel qui est le respect considérable dont tous deux font preuve à l'égard de la liberté d'expression, qui est dû avant tout à l'importance de ce principe pour la démocratie et ensuite à "la place primordiale de la démocratie"²⁴ en leur sein. En définitive, entreprendre une étude comparative telle que celle-ci, avec un esprit ouvert, atteste de ce que Kevin Boyle a appelé "l'émergence d'un village global du précédent."²⁵

Aux Etats-Unis, l'expression politique – dans ses aspects les plus divers – jouit d'un très haut niveau de protection constitutionnelle et judiciaire, sans parler de la grande et féconde attention qu'elle suscite dans la sphère intellectuelle. La comparaison des modes opératoires pertinents respectifs des deux systèmes s'est avérée extrêmement instructive pour l'atelier. Après avoir examiné les leçons putatives qu'il y a à tirer de l'approche américaine, l'atelier a été amené à procéder à une réflexion et à une discussion sur la base des similitudes et des différences relevées dans diverses approches nationales.

Compte-rendu de la discussion²⁶

Questions constitutionnelles

Du point de vue constitutionnel, l'évènement le plus marquant de ces derniers mois a été l'adoption de la nouvelle Constitution de l'Union européenne²⁷ qui, *inter alia*, intègre la Charte (de Nice) des Droits Fondamentaux de l'Union européenne.²⁸ L'article 11 (Liberté d'expression et d'information) de la Charte de Nice dispose :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.
2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

21) Luzius Wildhaber, "The right to offend, shock or disturb? – aspects of freedom of expression under the European Convention on Human Rights", Sixth Annual RTE/UCD Conférence dans la série: Broadcasting, Society and the Law, Dublin, 11 octobre 2001, publié aussi sous le même titre dans : xxxvi *Irish Jurist* 17 (2001).

22) Kevin Boyle, discours le 8 décembre 1999, Human Rights Centre, University of Essex, England. Voir aussi : Tarlach McGonagle, "Wresting (Racial) Equality from Tolerance of Hate Speech", (2001) 23 *Dublin University Law Journal* (ns) 21.

23) Kevin Boyle, "Overview of a Dilemma: Censorship versus Racism" aux Editions Sandra Coliver, *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression and Non-discrimination* (Essex, ARTICLE 19 & University of Essex, 1992), pp. 1-9, point 4.

24) Luzius Wildhaber, "A constitutional future for the European Court of Human Rights?", dans 23 *Human Rights Law Journal* (No. 5-7, 2002), pp. 161-165, point p. 162.

25) Kevin Boyle, *op. cit.*, 1999.

26) Ce qui suit est un compte rendu des débats au cours de l'atelier et donc, les propos rapportés ne sont pas nécessairement partagés par tous les participants à l'atelier, l'Institut du droit de l'information (IVI), l'Observatoire européen de l'audiovisuel ou le Conseil de l'Europe.

27) Version provisoire consolidée du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, approuvée par la Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres [de l'Union européenne] le 18 juin 2004, Doc. No. CIG86/04 (Bruxelles, 25 juin 2004), disponible à l'adresse : http://europa.eu.int/futurum/eu_constitution_en.htm

28) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice, le 7 décembre 2000, telle que publiée dans le Journal Officiel des Communautés européennes du 18 décembre 2000, C 364/1. Lire aussi : Susanne Nikoltchev, "Convention européenne : Vers la protection de la liberté d'information par la Charte de l'UE", *IRIS* 2000-9: 4.

L'objectif de l'article 11 est double. D'abord, il tente de formuler une version modernisée de l'article 10 de la CEDH qui cristallise et intègre le corpus de la jurisprudence développée par la Cour européenne des Droits de l'Homme au cours de ses années d'existence.²⁹ Il est vraisemblable qu'avec le temps, cette disposition deviendra la pierre angulaire de l'approche européenne de la liberté d'expression. Si cette prédiction devait se réaliser, on s'interrogera longuement pour déterminer la source première de la protection fondamentale de la liberté d'expression, d'information et d'opinion au niveau européen. En attendant, c'est l'article 10 de la CEDH qui est reconnu comme tel.

La liberté d'opinion évoquée par l'article 10 paragraphe 1 de la CEDH peut être perçue comme un élément interne au droit global à la liberté d'expression. Eu égard à sa nature personnelle, privée, elle ne peut être assujettie aux restrictions envisagées dans le deuxième paragraphe de la même disposition. Cette idée de non-ingérence dans le droit d'exprimer une opinion est avancée plus explicitement dans l'article 19 (1) du PIDCP (cité *supra*). Il a été noté au passage que le droit de garder le silence – inscrit dans certaines constitutions nationales, par exemple – ne serait pas nécessairement violé par une loi qui rendrait le vote obligatoire, au moins dans la mesure où cette loi autoriserait l'abstention dans le processus électoral.

Il a été observé que dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, le droit de communiquer des informations reçoit plus d'attention et de réflexion que le droit de recevoir des informations. Cependant, la Cour a régulièrement affirmé qu' " il incombe [aux médias] de communiquer des informations et des idées. [A cela] s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir".³⁰

Il est évident que certaines interprétations de l'article 10 de la CEDH qui donneraient au droit de recevoir des informations plus de poids que cela n'a été le cas jusqu'à maintenant auraient aussi des conséquences sur le droit de communiquer des informations. Selon l'une de ces lectures, le droit de communiquer des informations (en d'autres termes le droit des orateurs) peut être vu sous un angle instrumental. Il servirait ainsi la théorie de la recherche de la vérité de Millian selon laquelle il est essentiel qu'un large éventail d'idées et d'informations puissent circuler librement dans la société.

Ainsi interprété, le droit de recevoir des informations serait renforcé par une plus grande protection des sources des journalistes et des informateurs, et même par une protection de l'anonymat dans le contexte du débat public quoique cette dernière idée puisse être sujette à controverse. S'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles la publication anonyme d'informations relève de l'intérêt public ou alimente le débat public, le Tribunal Fédéral Suisse a jugé en 2002 que "le déroulement d'un débat public équitable implique notamment que l'identité des auteurs de tracts ou d'affiches apparaisse sur les écrits". L'affaire qui fait l'objet de cet avis s'est conclue par la condamnation de l'auteur des affiches anonymes qui attaquaient des femmes politiques soutenant une proposition de légalisation de l'avortement pendant les 12 semaines suivant la conception.³¹ Malgré le seuil élevé de tolérance pour les propos tenus dans le contexte de débats politiques, le Tribunal avait estimé en l'espèce que la dissimulation délibérée de l'identité de l'auteur ne servait pas l'idée d'un débat public ouvert.

En poussant cette logique plus loin, on pourrait dire que si le droit de communiquer des informations est, en fait, censé constituer une fin en soi et non pas jouer un rôle simplement fonctionnel, instrumental ou facilitateur, alors des droits à la liberté individuelle et à l'expression individuelle bien plus étendus que ce n'est le cas aujourd'hui devraient être octroyés dans la plupart des pays.

La notion de droit collectif à recevoir l'information n'est pas à l'abri de critiques,³² dont une serait liée aux nombreux problèmes (de procédure) que pose son applicabilité judiciaire : qui seraient les victimes ? Qui pourrait se prévaloir d'un *locus standi*? Qui serait tenu pour coupable de n'avoir pas fourni au plaignant telle information ?

L'un des arguments que l'on a opposé aux réserves émises ci-dessus concernant l'applicabilité du droit de recevoir des informations est que ce droit porte moins sur la réception d'éléments particuliers d'information que sur la réception d'informations en général – et de manière systématique. Dans cette

29) Voir aussi : Paul Mahoney, "The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights from the Perspective of the European Convention", 23 *Human Rights Law Journal* 300-303 (2002).

30) *The Sunday Times* (No. 1) c. Royaume Uni, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 26 avril 1979, Série A, No. 30, para. 65.

31) Voir Franz Zeller, *infra*, Suisse : La liberté d'expression politique dans les médias – Une sélection d'enjeux, 2.1.

32) Voir par exemple, Ronald Dworkin, "Is the Press Losing the First Amendment?", *The New York Review of Books*, 4 décembre 1980.

interprétation, il s'agit d'un droit de recevoir l'information à partir de sources plurielles et non pas d'un droit de recevoir des informations particulières qui serait, pour le coup, beaucoup plus controversé.³³

D'après la doctrine de l'"instrument vivant", la Cour européenne des Droits de l'Homme est habilitée à envisager de nouvelles obligations découlant de l'article 10, lui permettant ainsi d'évoluer avec le temps. Dans l'arrêt *Lentia*, la Cour affirme que l'Etat est l'"ultime garant"³⁴ du pluralisme dans le secteur audiovisuel. Elle estime aussi que parmi tous les moyens possibles de promouvoir le pluralisme, ainsi que d'autres valeurs, le monopole public dans la radiodiffusion (qui faisait l'objet de l'examen de la Cour dans l'affaire en question) "est celui qui impose les restrictions les plus fortes à la liberté d'expression".³⁵ La Cour n'a pas fait oeuvre d'anticipation dans l'élaboration d'obligations positives à cet égard : c'est seulement après que la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe eurent introduit des systèmes d'autorisation pour des radiodiffuseurs privés qu'elle a modifié sa jurisprudence à l'occasion de l'arrêt *Lentia* et déclaré qu'il existait aussi une obligation positive de faciliter le développement du pluralisme dans le secteur de la radiodiffusion privée.³⁶

Si la jurisprudence de Strasbourg est ferme quant aux obligations négatives concernant le débat public, on ne peut en dire de même pour ce qui concerne les obligations positives correspondantes. En effet, la Cour a toujours été plus encline à admettre des obligations positives – et à conclure à des violations – pour les Etats concernant, par exemple, certains droits liés à la vie privée protégés par l'article 8 de la CEDH. Malgré son jugement (controversé) dans l'affaire *Hatton*³⁷ (concernant les vols au dessus de l'aéroport d'Heathrow), la Cour s'est beaucoup employée dans la jurisprudence issue de l'article 8, à exiger des Etats membres qu'ils créent les procédures et les mesures de sauvegarde appropriées pour éviter des violations du droit au respect de la vie privée et à la vie de famille. La jurisprudence issue de l'article 10 ne contient pratiquement rien de similaire ; elle n'exige aucune procédure assurant l'équité dans le débat public (voir *supra* la tendance de la Cour à laisser ces questions à l'appréciation des journalistes eux-mêmes). Dans l'arrêt *Murphy*,³⁸ qui justifie l'interdiction de la diffusion de messages publicitaires religieux, la Cour manifeste un respect considérable pour la doctrine de la marge d'appréciation. En Irlande, des interdictions similaires pèsent sur les messages publicitaires religieux et politiques,³⁹ ce qui indique que la conclusion de la Cour dans l'affaire *Murphy* pourrait trouver des applications analogues.

Jusqu'à maintenant la Cour a montré quelque réticence à imposer aux Etats des obligations positives en ce qui concerne la divulgation de l'information. Cette réticence s'est encore manifestée récemment dans l'affaire *Sîrbu et autres c. Moldova*,⁴⁰ concernant, *inter alia*, l'accès du public à l'information officielle. La Cour estime dans son arrêt que la liberté d'information (telle qu'elle apparaît dans l'affaire *Leander*)⁴¹ ne peut être interprétée comme imposant à l'Etat, dans les circonstances de l'espèce, une obligation positive de révéler au public des documents secrets ou des informations concernant ses forces armées, ses services de renseignement ou de police.⁴² Dans l'affaire *Sîrbu*, les requérants, des inspecteurs des services anti-incendies se plaignaient que le secret entourant la décision du gouvernement concernant leurs émoluments en tant qu'employés du Ministère de l'intérieur violait leur droit d'être informés, tel qu'il est garanti par l'article 10 de la CEDH. Dans son raisonnement, la Cour fait la distinction entre le droit du public de recevoir l'information "en tant que corollaire de la fonction spécifique des journalistes, qui est de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public",⁴³ d'une part, et l'obligation positive qui incombe à l'Etat de rendre publiques les décisions gouvernementales, d'autre part.

33) Une exception notable dans ce raisonnement général serait la violation systématique de droits de l'homme, pour laquelle le public aurait un droit irréfutable d'être informé.

34) Para. 38.

35) Para. 39.

36) Cela peut même se déduire de l'arrêt lui-même: voir les paragraphes 36 et 39, par exemple.

37) *Hatton et autres c. Royaume Uni*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Grande Chambre) du 8 juillet 2003, Requête No. 36022/97.

38) *Murphy c. Irlande*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième Section) du 10 juillet 2003, Requête No. 44179/98.

39) Voir chapitre 10(3) de la loi sur la radio et la télévision (*Radio and Television Act*) de 1988 qui régit le secteur indépendant de la radiodiffusion et le chapitre 20(4) de la loi sur l'Autorité de la radiodiffusion (*Broadcasting Authority Act*) de 1960 (concernant le service public de radiodiffusion). A noter cependant que l'interdiction des émissions à caractère religieux a été quelque peu atténuée par la loi sur la Radiodiffusion (*Broadcasting Act*) de 2001. Lire aussi : Tarlach McGonagle, *infra*, Irlande : Aperçu de questions choisies sur la liberté d'expression politique, point 6.

40) *Sîrbu et autres c. Moldova*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (quatrième Section) du 15 juin 2004.

41) *Leander c. Suède*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 26 mars 1987, Série A, no. 116. Dans l'arrêt *Leander*, la Cour déclare que la liberté de recevoir des informations, telle que garantie par l'article 10(2) de la CEDH : "interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir" (para. 74).

42) *Ibid.*, para. 18.

43) *Ibid.*, para. 17.

L'on a suggéré au cours des travaux que la Cour avait manqué là une opportunité historique en ne reconnaissant pas un droit général d'accès à certains documents officiels dans le cadre de l'article 10 de la CEDH. Le Conseil de l'Europe a adopté divers instruments destinés à promouvoir l'accès aux documents officiels, notamment la Recommandation du Comité des Ministres Rec (2002) 2 sur l'accès aux documents officiels,⁴⁴ mais ceux-ci ne constituent pas des instruments contraignants susceptibles d'être directement exécutés par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Aujourd'hui la plupart, sinon tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont mis en place une législation et des structures ouvrant plusieurs niveaux d'accès aux documents officiels. L'arrêt de la Cour ne procède pas à une analyse en profondeur de la nature évolutive du droit à l'information au niveau national.

Le droit des personnes ou de groupes de personnes à faire diffuser un contenu n'existe pas en principe. Mais le problème pourrait être posé sous l'angle de l'article 14 de la CEDH (interdiction de la discrimination), par exemple dans le cas où des politiques discriminatoires seraient menées envers des candidats ou des partis politiques en période électorale. Cette prévention de la discrimination en matière d'accès peut aussi constituer une plateforme sur laquelle des procédures destinées à asseoir le pluralisme pourraient être bâties. Elle pourrait servir à développer des mécanismes qui assurent la représentation des minorités dans les médias, ou des procédures qui puissent sauvegarder l'équilibre du débat public entre partis au pouvoir et partis d'opposition. Les contenus locaux ou les contenus ayant pour cible des petits groupes d'individus pourraient être promus de la même manière. Les modalités pour ce faire sont nombreuses (bien que les moyens de faire respecter un droit collectif de ce type puissent poser problème) et nous étayerons notre propos par l'exemple allemand, dans lequel la recherche du pluralisme a engendré une obligation pour les radiodiffuseurs privés d'ouvrir des créneaux régionaux dans leurs programmes. Ces créneaux doivent être consacrés à des informations sur des questions d'intérêt public bien que, dans la pratique, ce qu'on y trouve relève plus du divertissement et du petit reportage.

L'expression politique dans les médias : Quel type de régulation dans une société démocratique ? (Thème 1)

Entre les médias et la politique, l'interdépendance est forte. Cela n'est jamais aussi évident que dans la couverture médiatique des périodes électorales. Ceci dit, en raison de la multiplicité et de la diversité des facteurs qui influent sur cette interdépendance, il peut s'avérer excessivement difficile de mesurer l'impact des médias sur la communication politique dans un contexte électoral.

Il existe à travers le continent européen un large éventail de règles qui gouvernent la communication politique en général, ouvrent des opportunités et imposent des restrictions en la matière, et décrivent les modalités de l'expression politique ainsi que les formes qu'elle doit revêtir. Ces règles sont méticuleusement schématisées dans l'annexe à l'article de Dirk Voorhoof (*infra*). La régulation génère inévitablement des questions concernant le contrôle et l'application. Ces interrogations sont particulièrement pertinentes dans le cas de l'expression politique, eu égard à l'extrême diversité des modes de régulation en question.

Cette masse d'instruments de régulation s'appuie sur une théorie sociologique abondante dont les ramifications complexes sont aussi relevées. Au départ, divers modèles de médias ont été développés, rapidement résumés comme il suit: "depuis le modèle hypodermique déterministe (*réaction à une impulsion*) jusqu'à la théorie de l'absence complète d'effet, en passant par la conception des conséquences minimales ; [auxquels s'ajoutent] toutes les théories et études intermédiaires consacrées aux influences, utilisations et satisfactions en plusieurs étapes, à l'élaboration des programmes à l'effet de renforcement, à la dissonance cognitive, à la spirale du silence, à la médiatisation de la politique, etc".⁴⁵ Le caractère superficiel des campagnes politiques et la diversité des interprétations des messages politiques parmi les citoyens peuvent aussi avoir de l'importance. Il y a aussi des facteurs sociétaux de plus grande envergure, notamment les types de consommation de médias, qui participent à la formation des attitudes individuelles et des préférences politiques. Par conséquent, la capacité des médias à influencer l'opinion publique n'est que l'un des facteurs déterminants dans le jeu démocratique.

Une analyse minutieuse des dernières élections belges pourrait constituer une bonne illustration des interactions complexes qui s'opèrent entre les facteurs qui viennent d'être évoqués. Les récentes

44) Adopté le 21 février 2002.

45) Voir aussi, Dirk Voorhoof, *infra*, L'expression politique dans les médias : Quel type de régulation est nécessaire dans une société démocratique ?, 4^{ème} paragraphe après les citations.

fortunes électorales du *Vlaams Blok* – parti d’extrême-droite – sont au cœur de cette analyse. Ce parti a obtenu presque 25% des suffrages exprimés dans la communauté flamande au cours des élections du 13 juin 2004. Les raisons de cette recrudescence du vote en faveur du *Vlaams Blok* – qui est d’autant plus surprenante qu’ailleurs en Europe les partis d’extrême-droite ont comparativement subi un net recul électoral – sont analysées *infra*. Pour le moment, il est essentiel de noter que ce succès électoral s’est produit (i) malgré une couverture fort négative parmi les grands médias des politiques et des activités du parti (et de ses membres) avant les élections, (ii) une décision de justice déclarant le parti coupable d’incitation à la haine raciale et à la discrimination, et (iii) un accès réduit du parti aux émissions politiques diffusées par l’organe du service public de radiodiffusion flamand, la VRT. Cet accès réduit est le résultat de la politique interne de la VRT qui l’empêche de véhiculer les discours ou opinions de partis qui ne respectent pas les valeurs démocratiques et incitent ouvertement à la haine. En outre, la VRT s’est engagée à promouvoir la tolérance et les bonnes relations entre les communautés dans une société pluri-ethnique et multiculturelle. Autre précision d’importance, le Parlement flamand a décidé en 2002 de relever la VRT de son obligation d’allouer un temps d’antenne à la télévision aux partis représentés en son sein.

Des règlements et des restrictions ont certes été élaborés en nombre pour mettre à niveau les structures et les conditions du débat politique mais ils doivent être analysés à l’aune des normes développées par la Cour européenne des Droits de l’Homme, en particulier la jurisprudence issue de l’article 10. L’un des principes fondamentaux de cette jurisprudence est constitué par la fine marge dans laquelle des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d’intérêt public sont permises.

Pour stimuler une analyse plus profonde encore de la nécessité ou de la pertinence de certains types de régulation ou de restrictions concernant l’expression politique, les médias et les élections, il a été élaboré une liste d’affirmations qui, chacune dans son domaine, appellent, ou plutôt exigent un examen attentif. Collectivement, ces affirmations confirment la nécessité d’une réflexion et d’une discussion plus poussées autour de ces questions pressantes:

- Selon l’article 1, alinéa c de la Directive 89/552/CE “Télévision sans frontières” la “publicité à caractère politique” télévisuelle ne constitue pas une publicité ; elle ne doit pas davantage être considérée comme « un discours commercial » au regard de l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme.
- La Cour européenne des Droits de l’Homme considère l’interdiction complète de la publicité politique payante à la télévision comme une restriction légitime de la liberté d’expression, nécessaire dans une société démocratique. Cette situation n’est pas en contradiction avec l’autorisation de la publicité politique à la télévision dans certaines sociétés démocratiques où elle n’est pas (considérée comme) un danger pour la démocratie.
- La publicité politique télévisuelle doit être limitée, non pas interdite, car une interdiction complète constituerait une restriction disproportionnée de la liberté d’expression.
- Lorsque les candidats et les partis ont équitablement accès à un temps d’antenne pour la diffusion de publicités politiques gratuites durant les campagnes électorales, la nécessité d’une publicité politique payante se fait moins (ou ne se fait plus ?) sentir.
- Une chaîne de télévision ne devrait refuser la diffusion d’une publicité à caractère politique au motif que le contenu en serait illicite, car l’appréciation dudit caractère illicite relève de la compétence du pouvoir judiciaire (ou de toute autre autorité compétente).
- L’imposition, par la législation, d’une période de non-publication des sondages d’opinion préélectorales constitue une atteinte à la liberté d’expression garantie par l’article 10 de la Convention
- Au regard de l’article 10 de la Convention, le champ d’application limité des restrictions imposées au discours politique ne saurait aller de pair avec une marge d’appréciation importante accordée en la matière à des Etats membres désireux de légitimer leur ingérence dans la radiodiffusion politique et la publication de sondages d’opinions.⁴⁶

46) Pour une liste exhaustive des conclusions de Dirk Voorhoof, voir *infra*, conclusions 1 à 9 (fin de l’article).

La publicité politique

Dans la publicité politique, qui est une forme d'expression politique, il est important de faire une distinction entre la publicité politique payante et la publicité politique gratuite (c'est-à-dire le temps d'antenne alloué à tous les partis politiques reconnus ou à tous les partis politiques représentés au niveau parlementaire, etc.). Les politiques d'allocation et de régulation généralement mises en place en la matière pour veiller au respect des principes d'égalité et d'équité revêtent une importance cruciale. Tout un ensemble d'autres questions méritent aussi d'être examinées : les organes gouvernementaux doivent-ils avoir un accès direct aux ondes pour la diffusion d'informations officielles ? Si oui, cet accès doit-il être limité à la radiodiffusion de service public ? Quels droits et opportunités de réponse pour les partis d'opposition ? Les campagnes négatives devraient-elles être permises dans les médias radiodiffusés, au risque de susciter des controverses dangereuses surtout dans les pays où les divisions et les tensions sociales sont graves ? L'accent est mis ici sur la publicité politique payante et la publicité concernant des questions de société.

Parmi les raisons les plus marquantes qui sont avancées pour justifier les restrictions ou, *a fortiori*, l'interdiction (sous certaines formes) de la publicité politique, l'on retrouve celles-ci :

- (i) Elle provoque la division dans la société et fait peser des menaces sur l'ordre public
ou
- (ii) favorise ceux qui disposent des plus grandes ressources financières (l'argument de la prétendue "égalité des chances pour tous")

Une troisième justification plausible, la préservation et la promotion de la qualité du débat politique, est invoquée moins fréquemment, probablement en raison des risques de subjectivité et de discrimination qu'elle emporte. L'un des principaux dilemmes auxquels se heurte la réflexion concerne les médias et le pluralisme de leur production. Pour en revenir au débat évoqué plus haut concernant les obligations positives auxquelles les médias pourraient être astreints, les plus grands d'entre eux devraient-ils se trouver renforcés par des privilèges spéciaux parce qu'ils touchent un plus grand nombre de personnes ou bien les médias marginaux devraient-ils être promus afin que les forces politiques et les groupes d'intérêt marginaux soient pris en considération ? Ou encore, pour aborder la question sous un angle différent, les médias dominants ne devraient-ils pas être contraints à élargir l'éventail des voix qu'ils véhiculent ? Plus fondamentalement, on peut se demander si toutes les voix devraient être entendues ou seulement les plus pertinentes ou les plus efficaces.⁴⁷ La réponse à cette question devrait dépendre de l'offre mais aussi du droit de recevoir des informations.

Les craintes de fractures dans la société et celles d'une domination du débat public par les plus riches peuvent bien sûr se superposer. Le cas s'est présenté au Kosovo où l'éruption de violence survenue en mars 2004 témoigne de l'impact que peut avoir la production des médias sur une société déjà divisée.⁴⁸ En outre, l'on a proposé l'introduction du principe de la publicité politique payante à la télévision et à la radio à l'occasion des élections législatives. Le travail de régulation à venir devra prendre en charge l'absence de transparence dans le financement des trois partis politiques dominants et dans les politiques tarifaires des chaînes de télévision. La prudence reste toutefois de mise quant à l'impact potentiel de la publicité politique payante : "[dans] les situations de mutation du système politique et de hausse d'un électorat fluctuant [...] la composante visuelle peut prendre de l'importance, et peut faire de la publicité politique télévisuelle un outil plus efficace pour ceux qui ont les moyens de l'utiliser".⁴⁹

Un examen plus attentif des catégories d'expression politique que décrit Dirk Voorhoof montre qu'en ce qui concerne l'expression politique, il existe tout un éventail de possibilités de régulation envisageables qui vont de l'interdiction pure et simple à la liberté totale. Selon le postulat de Tom Moring, *infra*, "[E]ntre les deux extrêmes de l'interdiction absolue et du laisser-faire total, les restrictions peuvent porter sur le coût des campagnes, les règles de non-discrimination, la réglementation de la transparence de l'accès et des tarifs, les prix, les limites budgétaires, la longueur, les exonérations de responsabilité, la période de silence précédant le jour du scrutin, et les contenus."⁵⁰ Aux Etats Unis,

47) Lire aussi : E.J. Dommering, "Advertizing and Sponsorship law, Problems of partly liberalized Markets", *Europäisches Medienrecht*, Berlin : Jehle Rehm 1998, *Schriftenreihe des Instituts für Europäisches Medienrecht*, Band 18, Saarbrücken, 49-60.

48) Lire aussi, Bob Gillette, *infra*. Pour une analyse plus complète de ces événements, lire aussi le rapport de mars 2004 du Commissaire provisoire pour les médias de l'OSCE concernant le lien entre la couverture médiatique et la violence au Kosovo, disponible à l'adresse : http://www.osce.org/documents/mik/2004/04/2765_en.pdf

49) Tom Moring, *infra*, Finlande : Le point sur 10 ans de publicité politique payante à la télévision finlandaise, point 4.

50) Tom Moring, *infra*, introduction.

les restrictions sont quasi inexistantes. Dans la pratique, il n'y a aucun intérêt à s'interroger pour savoir si une publicité politique peut aussi être classée comme commerciale ou non, tant la protection dont jouit la publicité commerciale est grande.

Quant à la Finlande, elle se situe dans l'extrémité non régulée de l'éventail. Les autorités chargées de la régulation n'y ont défini aucune restriction en matière de dépense, de temps ou de contenu. Les seules restrictions liées au contenu qui soient appliquées à la publicité politique payante à la télévision ont été élaborées – volontairement – par MTV3, la principale chaîne de télévision privée du pays. Cette chaîne refuse de diffuser les messages publicitaires comportant des attaques personnelles et ceux qui associent un produit commercial à un message politique. MTV3 étant leader sur le marché de la télévision privée, les autres radiodiffuseurs suivent son exemple. En outre, les spots politiques destinés à être diffusés sur son antenne le sont aussi sur d'autres chaînes.⁵¹ Ce système, pourrait-on penser, désavantage les petits ou les nouveaux partis, mais des études montrent qu'il n'en est rien. Les directeurs de la campagne 2004 des trois plus petits partis représentés au parlement se sont prononcés en faveur du *status quo*. L'une des raisons (invoquée par un parti qui n'a pas recours à la publicité politique payante) est qu'ils sont très satisfaits de leur image auprès des citoyens et qu'ils peuvent donc utiliser le financement public qu'ils reçoivent – comme les autres partis – aux fins qui leur semblent les plus utiles à leur cause.⁵² Une autre raison (avancée, celle-là, par un parti adepte de la publicité politique payante) est que les petits partis ont quelque mal à trouver leur place sous les feux de l'actualité télévisée, et la publicité payante constitue pour eux un moyen d'accroître leur visibilité à la télévision.

Malgré une tendance marquée vers une régulation légère du secteur de la radiodiffusion dans beaucoup de pays européens, il est rare que la publicité politique payante soit permise, et encore plus rare qu'elle ne soit pratiquement pas encadrée. Et pourtant, c'est le cas en Finlande depuis 1991 et la Norvège se prépare à en lever l'interdiction.⁵³ Malgré tout, le système politique est resté très stable en Finlande où les trois principaux partis engrangent régulièrement près de 65% des suffrages. Pour bien comprendre la manière dont ce système non régulé fonctionne, il est essentiel de procéder à une analyse du rapport efficacité-coûts des dépenses publicitaires des partis politiques et de leur impact sur l'électorat.

A cet égard, plusieurs facteurs doivent être examinés : le budget général de la campagne, le coût de l'élaboration des campagnes publicitaires dans les divers médias et leurs impacts comparés, les caractéristiques particulières de la publicité à la télévision (les coûts élevés de production et de diffusion, la nécessaire répétition des messages pour en assurer l'impact, la durée très courte des messages qui signifie que le visuel doit primer) et enfin la popularité croissante de moyens de recherche de l'information comme Internet (pour une part de l'électorat).

Jusqu'à maintenant, nous avons mis l'accent sur la publicité politique. La publicité concernant des questions de société peut aussi prendre un caractère manifestement politique et amener la régulation à s'exercer là où des dispositions restrictives statutaires ou autres sont en place. Au début des années 1980, une publicité particulièrement frappante (reproduite ci-dessous), parue dans le cadre d'une campagne contre le régime de l'apartheid en Afrique du Sud finit par faire l'objet d'une procédure devant les tribunaux. Le message publicitaire en question disait : "Ne consommez pas les oranges (sud-africaines) Outspan. Ne pressez pas un Sud-africain".⁵⁴ Le graphisme montrait la tête d'un noir Sud-africain sur un presse-citron. Le message fut publiquement condamné par le *Reclame Code Commissie* (Commission du Code de la Publicité), organe d'autorégulation néerlandais, qui considéra qu'il violait les normes prescrites en matière de décence et de bon goût. Cette condamnation fut maintenue en appel par le *College van Beroep* (l'instance de recours du Code). En fait de condamnation, il s'est agi d'une recommandation faite aux éditeurs (de journaux et de magazines) afin qu'ils ne publient pas le message publicitaire incriminé.

51) Voir aussi, Tom Moring, *infra*, point 2.

52) Voir aussi, Tom Moring, *infra*, point 3.

53) Pour plus de détails sur cette proposition, voir Tom Moring, *infra*, point 1.

54) *Eet geen Outspan sinaasappele. Pers geen Zuid-Afrikaan uit.*

Figure 1



Les initiateurs de la campagne, *Boycot Outspan Aksie* (BOA), intentèrent une action au civil contre la Commission devant le Tribunal d'Amsterdam, affirmant que la Commission avait outrepassé ses pouvoirs (puisque leur campagne n'était pas commerciale dans sa nature). BOA ajouta que le refus des éditeurs de publier leur campagne qui était intervenu en raison de la condamnation publique émise par la Commission, constituait une violation de leur droit à la liberté d'expression.

Le Tribunal d'Amsterdam infirma la décision de la Commission du Code. Il estima que s'il entrait dans les prérogatives de la Commission d'évaluer les messages publicitaires non commerciaux au même titre que les messages publicitaires commerciaux, elle devait cependant faire preuve de plus de retenue dans son appréciation des premiers. Le Tribunal convint que le boycott du message publicitaire en cause constituait une ingérence grave dans le droit de BOA à la liberté d'expression. Il ajouta que cette publicité n'aurait du être condamnée que si elle avait heurté à l'extrême la conception du bon goût et de la décence d'une partie majoritaire de la société, et si elle avait été de nature à rendre les lecteurs méfiants envers toute publication qui l'aurait diffusée. Dans l'esprit du Tribunal, cela n'était manifestement pas le cas. Ainsi, il revint aux éditeurs de choisir par eux-mêmes de publier ou de ne pas publier ce message publicitaire.⁵⁵

En Irlande, la publicité radiodiffusée à des fins politiques est interdite. Cette formulation a créé des difficultés d'interprétation. Parmi les messages publicitaires mis en cause sur la base de cette disposition, on en trouve qui concernent une organisation anti-avortement, des livres (une autobiographie et un recueil de nouvelles) signés par un homme politique de premier plan, un concert organisé dans le cadre d'une campagne anti-guerre (et en particulier contre une visite envisagée par le Président des Etats-Unis George Bush en Irlande). Ces exemples de controverse autour de la notion de politique (le sens électoral étroit ou plus large, celui du débat sur des questions d'intérêt public) montrent bien le dilemme auquel bien des Etats ont été confrontés dans la recherche d'une définition.⁵⁶

En Suisse aussi la publicité politique payante à la radio et à la télévision est interdite. Dans le passé, le Tribunal fédéral a eu tendance à recourir à une interprétation large de la notion de publicité politique. Cependant, dans l'affaire *Verein gegen Tierfabriken (VgT) c. Suisse*, La Cour européenne des Droits de l'Homme estima que cette interprétation large de la notion violait l'article 10 de la CEDH dans les circonstances de l'espèce. Les faits concernaient un refus de diffuser une campagne publicitaire télévisée produite par une organisation protectrice des animaux contre l'industrie de la viande. Depuis cette décision défavorable de la Cour à leur encontre, les autorités suisses ont opté pour une interprétation plus restrictive de la disposition législative en question. Aujourd'hui, la diffusion de publicités politiques (même sur des questions très controversées) n'est interdite que dans le contexte d'élections ou de consultations populaires (qui peuvent porter sur tout un éventail de sujets sociaux

55) Décision du Tribunal d'Amsterdam, 30 octobre 1981, *Nederlandse Jurisprudentie* 1981, 422. Voir aussi : Jan Kabel, *Praktijkboek Reclamerecht*, Ch. XII B, nr. 3 (Deventer, Kluwer, Suppl. 1995).

56) Voir aussi Tarlach McGonagle, *infra*, point 6.

et politiques). Les autorités compétentes annoncent publiquement le point de départ de la période préélectorale.

Dans le débat en cours au sein du Parlement suisse concernant la révision de la loi sur la Radio et la Télévision, il a été proposé de lever totalement l'interdiction. En mars 2004, la majorité de l'une des chambres s'est prononcée en faveur de la levée de l'interdiction de la publicité politique et religieuse. Les arguments pour ou contre l'interdiction ont pris un tour plutôt unique en Suisse, en raison du système de démocratie directe qui prévaut dans le pays :

“[le] système politique Suisse [...] repose sur le principe d'égalité des chances accordées aux différentes forces politiques. Selon ce principe, les acteurs politiques disposant d'importants soutiens financiers doivent être empêchés d'acquérir un avantage compétitif encore plus grand. Ce problème peut s'avérer plus sérieux en Suisse qu'ailleurs pour une double raison. Premièrement, parce que les partis politiques dépendent presque exclusivement des cotisations de leurs membres ou de particuliers pour financer leurs campagnes, le parlement ayant refusé toute évolution vers un Etat qui prendrait à sa charge une partie substantielle du financement. Deuxièmement, en raison de la nature même de la démocratie directe, qui implique des consultations électorales plus fréquentes en Suisse que dans les autres pays européens.”⁵⁷

On vient de voir qu'il n'est pas toujours aisé de dire si un message radiodiffusé doit être considéré comme une publicité et qu'il est encore plus difficile d'en déterminer la nature politique. L'affaire espagnole *Hay Motivo* (“Il y a une raison”) montre bien combien les contours de la définition peuvent être flous.⁵⁸ Cette affaire concernait une série, *Hay Motivo*, comprenant 32 petits films qui décrivaient divers aspects de la vie sociale et politique espagnole. Le *Partido Popular* (Parti Populaire) avait estimé qu'il était la cible de cette série dont il considérait qu'elle constituait une publicité politique. La publicité politique est complètement interdite en Espagne. Dans ce contexte, TVE, le radiodiffuseur du service public, ainsi que des chaînes de télévision privées choisirent de ne pas diffuser la série pendant la période électorale. Seules quelques chaînes locales la diffusèrent avant les élections. Cependant, la série était accessible par téléchargement sur Internet, ce qui soulève des interrogations quant à l'efficacité de cette interdiction sur les autres médias.

La radiodiffusion est plus fortement encadrée que les autres mass médias. Cela est attribué en général à l'ancienne étroitesse du spectre et aussi à l'impact et à l'influence des médias radiodiffusés. Les autres mass-médias ne sont pas l'objet de cette discussion mais il est peut-être utile de rappeler à cette occasion que la municipalité de Londres a poursuivi deux maisons de disques, Sony et BMG pour affichage illégal,⁵⁹ invoquant une nouvelle législation, la loi sur les comportements antisociaux (*the Anti-Social Behaviour Act*).⁶⁰ Appliquée à la publicité politique, cette loi permettrait à la réglementation gouvernementale sur l'affichage public d'influer sur l'atmosphère en période électorale et par là, sur la sensibilisation du public.⁶¹

Médias et Elections

L'expression politique devient particulièrement intense en période d'élections. C'est la raison pour laquelle les paradigmes et les pratiques qui la gouvernent changent souvent pendant cette période. L'objectif principal pour le régulateur consiste alors à veiller à l'équité dans le débat public retransmis par les radiodiffuseurs et à faire respecter les normes en vigueur. L'autre problème qui se pose est celui de l'émergence de nouveaux formats dans la radiodiffusion tels que le vote par Internet (la participation directe du public) et la participation des politiciens à des émissions de divertissement. Ces nouveaux formats feront-ils l'objet de règles nouvelles, spécifiques ou classiques ? Cela reste à voir.

57) Franz Zeller, *infra*, point 4.

58) Voir aussi Francisco Cabrera, *infra*, Espagne : Questions ouvertes liées à l'expression politique pendant les périodes électorales, point 2.

59) Voir aussi : Steven Morris, “Sony promises to stop flyposting after court threat”, *The Guardian*, 15 juin 2004, disponible à l'adresse : <http://society.guardian.co.uk/crimeandpunishment/story/0,8150,1238840,00.html> ; Matt Born, “Sony backs down in flyposting row with council”, *The Telegraph*, 15 juin 2004, disponible à l'adresse : <http://www.telegraph.co.uk/news/main.jhtml?xml=/news/2004/06/15/nfly15.xml>

60) *UK Anti-social Behaviour Act 2003* (s. 43 *Penalty notices for graffiti and fly-posting*), disponible à l'adresse : <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2003/20030038.htm>

61) De la même manière, les mesures de protection de l'environnement et les mesures anti-détritus peuvent potentiellement restreindre la libre circulation de tracts politiques.

En Italie, la communication politique, y compris en période électorale, est régie par une loi détaillée, la loi sur la communication politique de l'an 2000 (amendée). Cette loi garantit à tous les organes de nature politique un accès égal aux programmes de radio et de télévision à contenu politique (messages des partis politiques, débats, entretiens, etc...). Le radiodiffuseur de service public (RAI) ainsi que les radiodiffuseurs nationaux privés émettant en clair sont dans l'obligation de diffuser ces programmes. Pendant les 45 jours qui précèdent l'élection, la présence des partis politiques à l'antenne est déterminée sur la base de critères relatifs à leur représentativité.

Les partis politiques, les coalitions et les candidats ont droit à la diffusion de leurs messages politiques (officiellement appelés *messagi autogestiti*) à titre gratuit sur les chaînes nationales (publiques et privées) et pour la moitié du tarif habituel sur les chaînes locales.⁶² Ces messages doivent durer entre une et trois minutes à la télévision et entre 30 et 90 secondes à la radio. Bien que la diffusion de publicités politiques payantes soit généralement interdite aux radiodiffuseurs nationaux, une exception est faite pour ces derniers qui diffusent des *messagi autogestiti*, l'idée étant que ce mécanisme soit vertueux et qu'il prenne en considération les intérêts des partis et des radiodiffuseurs de manière équilibrée.

En matière de diffusion de sondages d'opinion, les modes de régulation diffèrent considérablement. Il convient d'ailleurs de souligner que le concept de sondage d'opinion se décline sous plusieurs formes : les sondages sur des attitudes générales vis-à-vis de la politique, les sondages d'intention de vote et les sondages de sortie des urnes. Autre variation sur ce thème, l'imposition d'un "temps de silence" entre la fin de la campagne électorale et la proclamation des résultats. En Pologne, ce mécanisme ne s'applique qu'à la publication de sondages d'opinion portant sur les intentions de vote et les résultats de l'élection en question. L'argument qui est généralement avancé pour justifier les restrictions ou l'interdiction temporaire de la publication des sondages d'opinion divers est qu'ils peuvent avoir des effets indésirables ou pervers à des moments critiques du processus électoral. Et l'on ajoute que l'électorat a droit à une période de réflexion avant de se rendre aux urnes. Cette justification est souvent donnée pour l'interdiction de la diffusion d'informations sur les affaires politiques dans la période qui précède immédiatement le jour des élections (en Irlande par exemple).⁶³ On peut opposer à ces arguments que l'influence de ces messages particuliers sur l'électorat ne devrait pas en soi, constituer une raison de les restreindre ou de les interdire.

Parmi les dispositions prises pour sauvegarder la transparence et l'équité du débat politique pendant les périodes électorales, on trouve encore d'autres mesures. Pendant les élections législatives espagnoles de mars 2004, deux d'entre elles firent la une de l'actualité.⁶⁴ Il existe une disposition réglementaire qui requiert que l'information sur la programmation (générale) des chaînes soit publiée avec au moins 11 jours d'avance. Les changements de programmation après cette publication ne sont admis que lorsqu'ils sont dus à des circonstances imprévues. En d'autres termes, ils ne peuvent dépendre du bon vouloir du radiodiffuseur. A la veille des élections nationales, la chaîne du service public espagnol *La Primera* remplaça une émission de divertissement par un documentaire sur les victimes des activités terroristes de l'ETA. Ce changement intervint à une heure de grande écoute et sans notification préalable. A ce moment, les responsables des attentats du 11 mars n'étaient pas encore connus. En raison de l'influence que cette information pouvait avoir sur l'issue des élections, ce changement de programmation fit l'objet de fortes critiques.

Le second incident se produisit pendant les élections européennes en Espagne, en juin 2004. Il y eut un désaccord concernant la date prévue pour la diffusion d'un débat télévisé qui devait opposer des représentants des deux principaux partis politiques. La *Junta Electoral Central* (organe indépendant chargé de superviser les élections) intervint et imposa à deux radiodiffuseurs privés l'obligation d'ouvrir leur antenne aux autres partis qui briguaient les suffrages des électeurs.

En Italie, les émissions d'information et d'actualités retransmises pendant les campagnes électorales doivent satisfaire à une série de critères d'évaluation élaborés par l'AGCOM en 2003. Parmi les exigences générales imposées aux radiodiffuseurs, il leur est demandé de faire preuve d'impartialité, d'éviter d'influencer le public et de limiter les apparitions des candidats aux seules émissions d'information et d'actualités. En outre, les critères plus spécifiques qui doivent être respectés sont des critères temporels (l'émission en question est-elle durable?), des critères de contenu (par exemple, le sujet de l'émission sert de base à l'évaluation de l'égalité d'accès pour les participants) et des critères subjectifs (par

62) "Lorsque ces transmissions sont effectuées dans les 30 jours qui précèdent une élection, les radiodiffuseurs locaux peuvent obtenir le remboursement de leurs dépenses" - Maja Cappello, *infra*, Italie : Pluralisme et liberté d'expression dans les médias, point 5.

63) Voir aussi Tarlach McGonagle, *infra*, point 5.

64) Pour plus de détails, voir Francisco Cabrera, *infra*, point 4.

exemple les références aux qualités des personnes participant aux débats). Il y a ensuite tout un éventail de critères qualitatifs et quantitatifs qui s'appliquent aussi.⁶⁵

Il n'est pas rare du tout que la régulation de la couverture d'élections par les médias soit basée sur des législations principales ou secondaires disparates, des codes de pratique auto ou co-élaborés ou sur d'autres mesures ou politiques internes d'entités médiatiques individuelles. En Pologne par exemple, il existe une gamme considérable d'instruments législatifs relatifs aux élections qui s'ajoutent aux dispositions de la loi sur la Radiodiffusion. En Italie, comme nous l'avons déjà vu, il existe une loi détaillée sur la communication politique. Cette loi a été amendée en novembre 2003 et elle facilite aujourd'hui les initiatives de co-régulation au niveau local.⁶⁶ Les élections européennes ont été l'occasion d'appliquer pour la première fois les dispositions amendées.⁶⁷ En résumé, les radiodiffuseurs locaux sont autorisés à diffuser des publicités politiques payantes à condition que le tarif appliqué n'excède pas 70% des tarifs appliqués aux spots publicitaires classiques. Cette mesure est destinée à stimuler le débat politique au niveau local. Dans le passé, les radiodiffuseurs locaux rechignaient à accorder cet accès, de crainte de contrevenir à une législation électorale complexe en matière d'égalité d'accès.

Il est aussi important de noter, en rapport avec les règles spéciales applicables à l'expression politique pendant les périodes électorales, que des règles spéciales peuvent également s'appliquer aux référendums constitutionnels et à d'autres formes de consultations publiques sur des questions de société, lorsque ces consultations font partie de la culture politique du pays concerné. Mais si ces règles spéciales répondent partout aux mêmes préoccupations et sont destinées à combattre des abus d'ordre équivalent, elles n'en contiennent pas moins des différences marquantes.⁶⁸

Restrictions de l'expression politique (Thème 2)

Dans son article, Toby Mendel part de l'idée selon laquelle la liberté d'expression politique se trouve au cœur de la société démocratique et qu'elle fait donc l'objet d'une protection de premier plan. Le champ de l'expression politique s'étend en cercles concentriques qui vont de l'expression explicitement politique (y compris la critique à l'encontre de personnalités élues et les propos concernant des questions manifestement politiques) au centre, aux propos sur des autorités publiques (pas nécessairement des élus) et des questions d'intérêt public (qui même si elles ne sont pas politiques d'un point de vue formel "relèvent d'une catégorie d'expression relative à des questions sociétales ou publiques plutôt que privées"). Cela correspond d'ailleurs à l'approche de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Cet article introduit cependant une réserve importante:

"[...]l'expression politique définit une catégorie de discours non pas par référence au fait qu'elle ne puisse pas être limitée, mais plutôt par référence au type de discours impliqué. La critique de la performance publique d'un politicien, même si elle est diffamatoire et illégale, reste sans aucun doute de l'expression politique. Les propos racistes font partie de la catégorie des discours concernant les problèmes de société [...]."⁶⁹

En droit international, l'évaluation de la légitimité des restrictions imposées à la liberté d'expression s'effectue à partir de trois critères : a) la restriction est-elle prescrite par la loi ; b) sert-elle à sauvegarder un intérêt public ou privé légitime et c) est-elle nécessaire à la protection de cet intérêt ?

Cependant, en matière de liberté d'expression, il semble qu'un changement de paradigme soit en train de se produire. En effet, si auparavant, les restrictions à la liberté d'expression étaient le fait des gouvernements, "[B]eaucoup considèrent maintenant que le risque majeur provient de l'effondrement de l'espace public et des voix locales, ainsi que de la perte de diversité des médias, nonobstant l'augmentation massive des chaînes de radiodiffusion disponibles et l'apparition des nouveaux médias".⁷⁰ Cette nouvelle situation place de nouveau au centre de la réflexion le droit de recevoir des informations, le contenu local par exemple, et le pluralisme en général. Le poids accru du droit de recevoir (par rapport au droit de communiquer) des informations "dresse[nt] l'orateur contre l'auditeur, le modèle de droit privé de la liberté d'expression contre un autre modèle qui cherche à préserver un

65) Voir aussi, Maja Cappello, *infra*, point 6.

66) Voir aussi, Maja Cappello, "IT - Co-régulation pour le pluralisme de la Radiodiffusion locale", *IRIS* 2004-7: 13.

67) Voir aussi, Maja Cappello, *infra*, Italie : Pluralisme et liberté d'expression dans les médias, point 8.

68) Voir aussi les études sur l'Irlande et la Suisse, *infra*.

69) Toby Mendel, *infra*, Restrictions imposées à l'expression politique, point 3.

70) *Ibid.*, point 1.

espace d'expression publique, un paradigme traditionnel sans interférence contre un autre qui demande une réglementation pour protéger le droit de recevoir".⁷¹

Si les restrictions qui limitent habituellement le droit à la liberté d'expression ont vocation à protéger d'autres intérêts sociaux (par exemple le respect de la vie privée, l'ordre public ou l'administration de la justice), la priorité donnée au droit de recevoir des informations a plutôt pour objet de promouvoir une conception particulière du droit à la liberté d'expression, peut-être aux dépens d'une autre. Ceci, bien entendu, ouvre un débat sur des questions très complexes opposant des visions concurrentes de la liberté d'expression. Cependant, par le passé, la Cour européenne des Droits de l'Homme a montré quelque réticence à inclure des droits positifs dans l'article 10, plus particulièrement le droit de recevoir des informations.

Cet article traite aussi de diverses restrictions (qui ne sont pas forcément apparentées les unes aux autres) à la liberté d'expression politique dans les médias, en commençant par la diffamation. Il relève un certain nombre de tendances positives : le développement d'une exception basée sur le caractère raisonnable de la diffamation; la charge de la preuve du mal-fondé des affirmations en cause qui pèse de plus en plus sur le plaignant dans les affaires concernant des questions d'intérêt public.⁷² Cependant, le refus persistant de la Cour européenne des Droits de l'Homme de déclarer clairement que les lois pénales anti-diffamation constituent – par définition – une violation du droit à la liberté d'information reste une source de déception. Mais la Cour a tout de même affirmé que les Etats, en raison de leur position dominante, devaient faire preuve de retenue dans l'application des sanctions pénales concernant les poursuites pour diffamation. L'article critique également la récente Déclaration sur la liberté du discours politique qui " [va] au-delà de la simple reconnaissance de la diffamation pénale, en prévoyant une peine de prison pour diffamation, même pour des déclarations politiques ", et qui introduit aussi le discours de haine dans l'équation (voir *infra*). Derrière ces critiques se trouve la conviction selon laquelle le droit pénal est un moyen disproportionné pour punir des attaques injustifiées contre la réputation d'autrui (le droit civil offrant des moyens adéquats pour que les victimes obtiennent réparation) et qu'il crée un "effet inhibiteur sur la liberté d'expression qui est inacceptable".⁷³

Pour ce qui est de l'impact d'Internet, les questions de compétence juridictionnelle sont celles qui se posent avec la plus grande acuité, avec celles de la responsabilité du fournisseur de services Internet (FSI). Sur ces deux questions, les évolutions récentes sont largement documentées. Le rapport de la Commission des affaires juridiques et du marché intérieur de l'Union européenne suggère de suivre la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles,⁷⁴ afin que la responsabilité du contenu publié sur Internet soit déterminé par les lois de la juridiction dans laquelle il est téléchargé, ou alors celles du pays où est situé l'éditeur. En ce qui concerne la responsabilité du fournisseur de services Internet, la Déclaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de communication sur Internet indique que les fournisseurs de services Internet ne devraient pas être condamnés pour avoir fourni un accès à court terme à des contenus qu'ils hébergent (au motif qu'ils n'ont aucun lien avec la source de ce contenu). Prenant la suite de la Directive sur le commerce électronique du Parlement européen et du Conseil de la Communauté européenne, la Déclaration du Conseil de l'Europe dispose que les fournisseurs de service doivent être tenus pour responsables dans le cas où ils ne retireraient pas les contenus illégaux après avoir pris connaissance de la présence de ceux-ci. Cependant, selon la Déclaration, cela n'impose aucune obligation de surveillance aux fournisseurs de services. En outre, les contenus ne doivent pas être retirés sur la simple foi de plaintes les concernant : des politiques entraînant des actions trop hâtives en la matière auraient pour effet d'inhiber la liberté de communication sur Internet.

Finalement, l'article postule que :

"La garantie de la liberté d'expression s'applique aux sanctions ainsi qu'aux restrictions primaires, afin que des sanctions excessivement dures ou disproportionnées n'enfreignent

71) *Ibid.*, point 4.

72) Ceci est conforme au Principe 7 du *Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation* d'Article 19, Londres, 2001.

73) Note de l'éditeur : Mais si l'on tient compte du contexte dans lequel elle a été adoptée, à savoir que la diffamation reste une infraction pénale dans la plupart des pays membres du Conseil de l'Europe, le texte de la Déclaration était le seul compromis possible entre ces Etats membres et ceux qui auraient voulu aller au-delà du texte final. Il est vraisemblable que toute tentative d'aller plus loin aurait seulement abouti à faire avorter plusieurs années de négociation. Voir aussi, Páll Thórhallsson, *infra*, Le Conseil de l'Europe et la liberté du débat politique, point 2.1.

74) ("Rome II"), 22 juillet 2003, COM (2003) 427 final, disponible à l'adresse : http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2003/com2003_0427fr01.pdf

d'elles-mêmes le droit à la liberté d'expression. En conséquence, la garantie de la liberté d'expression requiert que les Etats imposent la forme la moins paralysante de sanction qui protège de manière appropriée l'intérêt légitime concerné."⁷⁵

A cet égard, il présente brièvement des arguments en faveur de mesures d'autorégulation pour traiter efficacement les problèmes que posent les restrictions à l'expression politique. De telles mesures sont de nature à permettre une plus grande flexibilité dans la prise en charge de questions subtiles.

Considérations structurelles

Si par le passé les Etats étaient considérés comme étant les entités les plus susceptibles de violer le droit à la liberté d'expression, aujourd'hui les craintes de voir des acteurs privés – en particulier les entités commerciales et politiques – leur emboîter le pas s'accroissent. De ce point de vue, la concentration de la propriété des médias et l'absence de pluralisme qui l'accompagne en général peuvent avoir des conséquences graves pour l'expression et le débat publics. Cela est particulièrement vrai lorsque la propriété est concentrée entre les mains d'une personnalité ou d'une organisation politiques, ou encore d'une personnalité ou d'une organisation politiquement active.⁷⁶ Le malaise que suscite à cet égard la situation actuelle en Italie a amené le Parlement européen⁷⁷ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe⁷⁸ à se montrer critiques et préoccupés. Cependant, dans le cas de l'Italie, les règles relatives au contenu qui régissent la communication politique sont peut-être plus importantes que les règles qui prévalent en matière de concentration des médias⁷⁹ qui se sont avérées largement inefficaces jusqu'à maintenant.⁸⁰

Dans certains pays, des dispositions législatives existent pour empêcher les acteurs politiques de posséder des médias ou restreindre leur capacité d'en posséder. L'interdiction faite à certains organes ou catégories d'organes de détenir des licences de radiodiffusion⁸¹ peut donc être considérée comme l'un des aspects de la régulation de la propriété. L'une des interdictions les plus persistantes à cet égard concerne les organisations politiques (dans leurs diverses définitions). Cependant, depuis peu, une certaine libéralisation semble poindre dans les politiques nationales pertinentes en la matière au niveau national. Au Royaume-Uni par exemple, la section 349 de la loi sur les communications (*Communications Act*) de 2003 permet aux pouvoirs locaux de détenir des licences de radiodiffusion

75) Toby Mendel, *infra*, point 8.

76) Il est important de relever la distinction entre une organisation politique et une organisation politiquement active. Par exemple, lorsque des radiodiffuseurs ont toujours entretenu des liens avec des partis politiques particuliers, cela crée des conflits d'intérêts – ou au moins des soupçons de conflit d'intérêt.

77) Rapport sur les risques de violation, dans l'Union européenne et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (Article 11(2) de la Charte des droits fondamentaux) (2003/2237/(INI)), Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures (Rapporteur: Johanna L.A. Boogerd-Quaak), 5 avril 2004, Doc. A5-0230/2004 (Final), disponible à l'adresse :

http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?SAME_LEVEL=1&LEVEL=2&NAV=X&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2004-0230+0+DOC+XML+V0//FR ; Voir aussi : Tarlach McGonagle, "Parlement européen : Adoption d'un rapport sur l'indépendance et le pluralisme des médias", *IRIS* 2004-6: 6.

78) Monopolisation des médias électroniques et possibles abus de pouvoir en Italie, Recommandation (Edition provisoire), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 24 juin 2004; Monopolisation des médias électroniques et possibles abus de pouvoir en Italie, Résolution 1387 (2004) (Edition provisoire), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 24 juin 2004, et Monopolisation des médias électroniques et possibles abus de pouvoir en Italie, rapport de la Commission de la Culture, de la Science et de l'Éducation (Rapporteur: Mr. Paschal Mooney), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 3 juin 2004, Doc. 10195, tous disponibles à l'adresse :

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta04/FRES1387.htm>
<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc04/FDOC10195.htm>
 Voir aussi : Tarlach McGonagle, "Assemblée parlementaire : Une nouvelle résolution critique de la concentration des médias en Italie", *IRIS* 2004-7: 3.

79) Pour les évolutions récentes en la matière, voir Law 3 May 2004, no.112, Règlements et principes régissant la structure du système de radiodiffusion et la RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., autorisant le gouvernement à publier une loi consolidée sur la radiodiffusion (la "loi Gasparri") disponible (en anglais) à l'adresse :

<http://www.comunicazioni.it/en/Img/9/Law%203%20MAY%202004,%20no.%20112.pdf> . Pour des commentaires, voir : Maja Cappello, "IT – Nouvelle loi relative à la radiodiffusion", *IRIS* 2004-6: 12.

80) Pour la dernière réforme en date, voir *Legge 20 luglio 2004, n. 215 "Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi"* (la "loi Frattini"), disponible à l'adresse : <http://www.camera.it/parlam/leggi/04215l.htm> . Selon cette loi sur les conflits d'intérêt, seule la gestion (et non la possession) d'entreprises commerciales est interdite. Voir aussi Maja Cappello, IT – L'AGCOM sera chargée du contrôle des conflits d'intérêts dans le secteur de la radiodiffusion, *IRIS* 2004-10 : 14, disponible à l'adresse : <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=9350>

81) Par exemple, au Royaume-Uni, une organisation religieuse ne peut détenir une licence nationale de radiodiffusion (bien qu'elle puisse détenir d'autres types de licences de radio et de télévision). Les agences de publicité ne le pouvaient pas non plus avant l'introduction de la loi sur les communications (*Communications Act*) de 2003.

(ou d'en confier la jouissance à des tiers), pour autant que l'activité des organismes opérant sous ces licences soit de transmettre ou de diffuser l'un ou l'autre des deux types d'information suivants, ou les deux :

- (a) les informations concernant les services fournis dans la zone de compétence de l'autorité concernée par elle-même ou par [certaines] autres autorités [...];
- (b) les informations relatives aux fonctions de l'autorité.

Sur ce point, il a été souhaité que la définition des termes "autorité locale" soit claire et sans ambiguïté et que la radiodiffusion soit strictement limitée aux fonctions et services relevant de l'autorité en question (ou d'autres autorités compétentes).⁸² En effet, la neutralité attribuée à l'information émanant des autorités administratives peut masquer des intentions ou des contenus politiques ou politiques qui sont susceptibles de conférer un avantage dans la communication au parti dominant au sein des instances de ces autorités.

Il faut noter, en ce qui concerne les restrictions au Royaume-Uni, qu'elles sont motivées moins par des considérations liées à la concurrence en matière de propriété des médias ou à la nécessité de garantir le pluralisme que par le souhait de garantir l'équité dans le jeu électoral. De ce point de vue, le lien est clair avec l'interdiction statutaire générale de la publicité politique payante dans les médias radiodiffusés. A l'inverse, en Suisse, c'est l'objectif de pluralisme qui nourrit la législation en ce domaine : les organisations politiques ou religieuses ne sont pas empêchées de détenir des licences de radiodiffusion, mais "considérés dans leur ensemble, les programmes offerts dans une zone de diffusion ne doivent privilégier aucun parti ou groupe d'intérêts, ni aucune idéologie ou doctrine".⁸³

Le respect de la vie privée

Comme nous l'avons vu plus haut, le débat politique dans les médias, classiques autant que nouveaux, soulève des problèmes liés au respect de la vie privée. Par exemple, avant le début des opérations de vote en Italie pour les élections européennes de juin 2004, la Présidence du Conseil des ministres italien convint avec les opérateurs de téléphonie mobile que le message suivant devait être envoyé à leurs abonnés sous forme de sms : "Elections 2004 : vous pouvez voter le samedi 12 de 03H à 22H et le dimanche 13 de 07H à 22H. Carte d'identité et carte d'électeur requises". Cette initiative fut fortement critiquée en raison de ce qu'elle impliquait par rapport au respect de la vie privée. Une plainte fut déposée auprès de l'Autorité de la protection des données, qui estima que le message était admissible pour des raisons d'ordre public. L'explication avancée était que le message informait les électeurs du fait que les opérations de vote s'étaleraient sur deux jours (au lieu d'un), permettant d'éviter les files d'attente trop longues et la congestion des bureaux de vote. Il s'agissait donc d'un message institutionnel plus que d'une communication politique qui aurait relevé d'un autre régime réglementaire.⁸⁴

En ce qui concerne l'information par les médias de manière plus globale, la règle générale veut que l'atteinte à la vie privée de personnalités publiques ne soit admise que lorsque l'intérêt public le justifie.

La diffamation

La partie de la discussion portant sur la diffamation s'est articulée autour des analyses approfondies que contiennent les communications de Toby Mendel, Páll Thórhallsson et Fred Schauer. Le lecteur est donc renvoyé aux parties de ces textes qui en traitent.

La tolérance

Cela relève du truisme que de dire que tous les pays européens deviennent de plus en plus hétérogènes dans leur composition sociale. L'exercice de la liberté d'expression génère forcément des

82) Il faut noter à cet égard que dans certains pays, comme la Pologne, des dispositions législatives existent qui permettent à certaines autorités gouvernementales d'accéder directement aux médias pour lancer certains types de messages. Voir aussi Matgorzata Pełk, *infra*, Pologne : L'expression politique dans les médias électroniques avec un développement spécial sur les campagnes électorales et autres formes de débats politiques, point 2.

83) Article 3(2) de la loi suisse sur la radio et la télévision, 1991.

84) Voir aussi *supra* et Maja Cappello, *infra*, Italie : Pluralisme et liberté d'expression dans les médias, point 8.

points de friction dans un environnement au sein duquel majorité et minorités recherchent le point d'équilibre ou rivalisent pour la légitimité ou la suprématie. Dans sa contribution, *infra*, Aernout Nieuwenhuis procède à une exploration conceptuelle et pratique de ces points de friction, inévitables, dans la société néerlandaise contemporaine.

Le mémorandum que vient d'adopter le Gouvernement néerlandais, *Grondrechten in een pluriforme samenleving* (Les Droits fondamentaux dans une société pluraliste) analyse plusieurs affaires controversées qui se sont déroulées aux Pays-Bas. Deux de ces affaires concernent des propos publics assimilant vol et homosexualité et décrivant cette dernière comme une aberration et une menace pour la société. Dans les deux affaires, les défenseurs furent acquittés. Tout en estimant que les propos en question étaient choquants, la Cour d'appel ne les jugea pas criminels en raison du contexte religieux dans lequel ils avaient été tenus (leurs auteurs étaient respectivement homme politique chrétien orthodoxe et imam musulman). L'affaire concernant les propos assimilant le vol et l'homosexualité fit l'objet d'un ultime recours devant la *Hoge Raad* (Cour suprême), qui confirma le jugement de la Cour d'appel mais souligna aussi, chose essentielle, l'importance du débat public.⁸⁵ En outre, les remarques choquantes au sujet de l'islam (affirmant que l'islam était une religion arriérée et que Mohammed était un pervers) faites par un homme politique suscitèrent une polémique sans que le ministère public ne jugea utile de poursuivre l'affaire devant les tribunaux.

Les tribunaux néerlandais, et la Cour suprême plus significativement, ont tendance à emboîter le pas de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans sa jurisprudence, fixant les limites extérieures de la liberté d'expression à la ligne où l'expression se mue en manifestation de racisme et de haine. C'est sur cette ligne aussi que se heurtent la tolérance dans la société et le discours de haine.

La Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée cette année par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, a été critiquée pour la manière dont elle semble mettre la diffamation et le discours de haine dans le même panier (voir *supra*). Le dispositif du point VIII de la Déclaration ("Voies de recours contre les violations par les médias") postule que :

[...] La diffamation ou l'insulte par les médias ne devrait pas entraîner de peine de prison, sauf si cette peine est strictement nécessaire et proportionnée au regard de la gravité de la violation des droits ou de la réputation d'autrui, en particulier si d'autres droits fondamentaux ont été sérieusement violés à travers des déclarations diffamatoires ou insultantes dans les médias, comme le discours de haine.

La critique porte précisément sur le fait qu'en matière de diffamation, par conséquent, il s'agisse surtout de la protection de la réputation ou du "good name", et que le discours de haine soit essentiellement l'expression d'une haine ou l'incitation à une haine dirigée contre un individu ou un groupe sur la base de certaines caractéristiques fondamentales de cet individu ou de ce groupe. Ce sont donc là deux types de torts différents. En ce qui concerne les sanctions, il a été dit que l'emprisonnement ne saurait être la sanction adéquate en matière de diffamation, alors qu'en matière de discours de haine, la question est peut-être moins tranchée.

L'article 10 de la CEDH ne protège en aucune façon le discours de haine puisque celui-ci contrevient à l'article 17 de la même convention ("Interdiction de l'abus de droit"). L'article 17 a été conçu pour servir de mécanisme interne de sûreté destiné à empêcher que la Convention ne soit détournée par des individus dont les motivations vont à l'encontre de sa lettre et de son esprit.⁸⁶ L'Article 17 dispose :

Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut-être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention.

Dans une longue série d'affaires, la Cour n'a que rarement fait varier son refus d'accorder la moindre protection au titre de l'article 10 de la CEDH au discours raciste ou haineux, en particulier lorsque celui-ci versait dans la négation de l'Holocauste.⁸⁷ Dans l'arrêt *Garaudy* qui constitue à ce jour sa prise de position la plus tranchée contre le discours de haine, la Cour déclare que :

85) Voir aussi, Arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas du 9 janvier 2001, *Nederlandse Jurisprudentie* 2001, 203.

86) Voir aussi Tarlach McGonagle, "Protection de la dignité humaine, distribution de contenu raciste (discours de haine)", dans Co-régulation des médias en Europe, *IRIS Special* (Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2003), pp. 47 à 50, à la page 49.

87) Voir aussi, Tarlach McGonagle, *op. cit.*

[...] Or, il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La révision ou la négation de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à nuire gravement à l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention. La Cour considère que la plus grande partie du contenu de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, telles que les exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix. [...] ⁸⁸

La sécurité nationale

En privant les partis extrémistes de l'"oxygène de la publicité" on n'obtient pas nécessairement l'effet recherché par le régulateur, à savoir limiter les avancées électorales des partis que ciblent ces restrictions et ces interdictions (comme l'ont montré les récentes performances du *Vlaams Blok* en Belgique, évoquées plus haut). La critique généralisée et la diabolisation de ces partis par les grands médias ne constituent pas non plus l'arme fatale qui permettra d'atteindre le même but, l'isolement électoral et politique. En effet, les partis extrémistes font preuve d'une grande habileté à convertir l'adversité en avantage. Ils se posent en martyrs subissant une discrimination permanente, écartés par la force du débat public, ouvertement et constamment piétinés, pour s'attirer les faveurs de la frange de l'électorat encline au vote protestataire.

Au début des années 1990, feu la Commission européenne des droits de l'Homme examina des requêtes contre l'Irlande et le Royaume-Uni concernant des interdictions de radiodiffuser ordonnées dans ces pays.⁸⁹ L'interdiction en Irlande était beaucoup plus stricte que son pendant au Royaume-Uni mais en fin de compte, la Commission déclara les deux requêtes irrecevables, faisant ainsi prévaloir l'intérêt de la sécurité nationale sur la liberté d'expression dans les deux affaires en question. L'effet inhibiteur de ce type d'interdiction a été largement étudié et l'exemple irlandais montre combien l'ombre de ces interdictions peut être durable, bien au-delà de leur propre existence.⁹⁰

Les multiples facettes de la relation entre la liberté d'expression, l'accès à l'information et la sécurité nationale sont largement abordées dans les Principes de Johannesburg sur la liberté d'expression, l'accès à l'information et la sécurité nationale.⁹¹ Cependant, depuis l'adoption de cet ensemble de principes, le débat autour de la sécurité nationale et de la liberté d'expression a beaucoup évolué, entraînant une redéfinition considérable des conceptions classiques de la sécurité nationale.

La récente guerre en Irak et les craintes accrues d'attentats terroristes dans le monde ont produit un surcroît d'inquiétude et de critiques à l'égard des politiques d'information des gouvernements en matière de sécurité et de défense. Les illustrations de ce climat de suspicion et de mécontentement abondent aux Etats-Unis et les accusations de dissimulation, de manipulation et de falsification d'informations officielles ont aussi fleuri dans nombre de pays européens. Les exemples les plus célèbres

88) *Garaudy c. France*, Décision d'irrecevabilité de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Quatrième Section) du 24 juin 2003, Requête No. 65831/01.

89) *Purcell et autres c. Irlande*, Décision d'irrecevabilité de la Commission européenne des Droits de l'Homme du 16 avril 1991, Requête No. 15404/89; *Brind & autres c. Royaume Uni*, Décision d'irrecevabilité de la Commission européenne des Droits de l'Homme du 9 mai 1994, Requête No. 18714/91.

90) Voir aussi Tarlach McGonagle, *infra*, Irlande : Aperçu de questions choisies sur la liberté d'expression politique, point 3.

91) ARTICLE 19, novembre 1996, disponible à l'adresse : <http://www.article19.org/docimages/511.htm> . Pour une analyse approfondie des Principes, lire : Sandra Coliver, "Commentary on the Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", in Sandra Coliver, Paul Hoffman, Joan Fitzpatrick & Stephen Bowen, Eds., *Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression, and Access to Information* (The Hague, M. Nijhoff Publishers, 1999), pp. 11-81. Pour une analyse de ces principes dans l'après 11 septembre, voir le recueil d'essais intitulé *National Security and Open Government: Striking the right balance* (New York, Campbell Public Affairs Institute, The Maxwell School of Syracuse University, 2003), disponible à l'adresse : <http://www.maxwell.syr.edu/campbell/opengov/>

en sont les évènements qui ont conduit à l'enquête Hutton au Royaume-Uni⁹² et la réaction immédiate du Gouvernement espagnol aux attentats de Madrid en mars 2004.⁹³

Le rapport de l'enquête Hutton exonère largement le Gouvernement britannique des accusations de falsification et d'exagération délibérée dans son dossier sur les armes de destruction massive irakiennes (*Iraq's Weapons of Mass Destruction*). La BBC avait lancé des affirmations concernant les exagérations gouvernementales dans ce dossier qui, il faut le noter, a lourdement pesé dans la décision du Gouvernement britannique de participer à la guerre. Selon le rapport Hutton,

La communication par les médias d'informations (y compris les informations obtenues par des journalistes d'investigation) concernant des affaires d'intérêt et d'importance publics est essentielle dans la vie d'une société démocratique. Cependant, le droit de communiquer ces informations est sujet à la condition (qui, elle-même, existe pour le bien de la société démocratique) que les fausses accusations de faits qui portent atteinte à l'intégrité d'autrui, y compris les personnalités politiques, ne soient pas proférées par les médias. Lorsqu'un journaliste manifeste l'intention de diffuser ou de publier des informations qui portent atteinte à l'intégrité d'autrui, la direction de l'entreprise de radiodiffusion ou du journal qui l'emploie doit veiller à ce qu'un système existe qui permette à ses supérieurs dans la rédaction d'examiner soigneusement la formulation de l'information et l'opportunité à tous égards de sa diffusion ou publication.⁹⁴

Le même débat a suscité la controverse et la division en Espagne.⁹⁵ Un récent rapport du Parlement européen observe que "les pressions gouvernementales sur la télévision de service public TVE ont entraîné des déformations et manipulations flagrantes concernant les informations sur les responsabilités dans les actes terroristes abominables du 11 mars 2004."⁹⁶

Il est encore trop tôt pour évaluer la quantité et la qualité de l'information relative aux questions de sécurité nationale mise à la disposition du public. Les contours précis de l'impact d'Internet sur ces deux plans restent encore à déterminer. Il est également difficile de comparer, d'un pays à l'autre, d'une période historique à une autre, les niveaux du secret qui entourent ces questions. A cela il faut ajouter la difficulté déjà ancienne qui caractérise les relations entre médias et gouvernement⁹⁷ qui sont essentielles pour le passage de l'information dans la sphère publique. D'une part, les gouvernements sont partout fustigés par les médias pour leur affection du secret et d'autre part, l'information passe généralement par les médias, ce qui signifie que le public dépend de ceux-ci pour mesurer l'importance de la part de l'information qui ne lui parvient pas, et que la critique émanant des médias est loin d'être désintéressée.

L'on nous prédit une collision vraisemblable entre les valeurs de la liberté d'expression et la publication en ligne de manuels de fabrication de bombes, de gaz neuroplégiques et d'armes de destruction massive à laquelle on pourrait ajouter, d'ailleurs, les conseils sur la manière de poser des bombes sans être démasqué ainsi que tout un ensemble d'autres pratiques terroristes. Est-il possible, par analogie, de dériver des principes de régulation de précédents relatifs, disons, à la fabrication et à l'usage de stupéfiants ? La question reste posée.

Les conséquences de la guerre contre le terrorisme suite aux attentats du 11 septembre 2001 suscitent des inquiétudes qui ont été fréquemment exprimées au niveau international, entre autres

92) Lord Hutton, "Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Death of Dr David Kelly C.M.G.", 28 Janvier 2004, disponible à l'adresse : <http://www.the-hutton-inquiry.org.uk/content/report/> Voir aussi Tony Prosser, "GB - Le Président Directeur Général de la BBC est révoqué après enquête publique", *IRIS* 2004-4-10, et David Goldberg, "GB - Le juge chargé de l'enquête Hutton se prononce contre la diffusion à la télévision des dépositions des témoins", *IRIS* 2003-9: 8.

93) Voir aussi Cabrera, *infra*.

94) Lord Hutton, *op. cit.*, Chapitre 12 "Summary of conclusions", para. 467 (3) (ii). Concernant les allégations plus précises, le rapport poursuit : "Les affirmations que M. Gilligan avait l'intention de diffuser concernant le gouvernement et la préparation du dossier constituaient des allégations très graves sur un sujet de grande importance et je considère que le système rédactionnel que la BBC a mis en œuvre a été défaillant dans la mesure où M. Gilligan a été autorisé à diffuser son reportage à 06h 07 sans que sa hiérarchie n'ait vu le texte de ce qu'il allait dire ni réfléchi à l'opportunité de l'approuver."

95) Voir aussi, Francisco Cabrera, *infra*, point 1.

96) Rapport sur le risque de violation, dans l'UE et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (Article 11(2) de la Charte des droits fondamentaux) (2003/2237/(INI)), Parlement européen -Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures (Rapporteur : Johanna L.A. Boogerd-Quaak), 5 avril 2004, Doc. A5-0230/2004 (Final), disponible à l'adresse : <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=FR&OBJID=75982&LEVEL=2&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N>

97) Voir à cet égard Edward S. Herman & Noam Chomsky, *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media* (Great Britain, Vintage, 1994).

par les organes spécialisés dans la promotion de la liberté d'expression de trois organisations internationales : le Rapporteur spécial des Nations Unies pour la liberté d'opinion et d'expression, le Représentant de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe pour la liberté des médias et le Rapporteur spécial de l'Organisation des Etats américains pour la liberté d'expression. Dans une partie de leur déclaration conjointe de novembre 2001 intitulée "Combattre la terreur", les trois organes spécialisés affirment que :

- La terreur ne doit pas triompher sur les Droits de l'Homme en général, et la liberté d'expression en particulier ;
- A la suite des évènements du 11 septembre, certains gouvernements ont adopté des mesures ou mené des actions destinées à limiter la liberté d'expression et restreindre la libre circulation de l'information ; cette réaction fait le jeu des terroristes ;
- Les garanties de la liberté d'expression ont été développées au cours des siècles, mais elles peuvent être aisément défaits ; nous craignons particulièrement que les récentes mesures prises par quelques gouvernements pour introduire des lois qui restreignent la liberté d'expression ne créent un mauvais précédent ;
- Nous sommes convaincus que, pour être efficace, toute stratégie de lutte contre la terreur doit aussi réaffirmer et renforcer les valeurs démocratiques, sur la base de la liberté d'expression ;
- Les attentats du 11 septembre ont amené dans leur sillage une recrudescence du racisme et des attaques contre l'Islam ; nous appelons les gouvernements, ainsi que les médias, à combattre cette tendance de toutes leurs forces.⁹⁸

Les stratégies de lutte contre le terrorisme qui ont été élaborées en rapport avec des conflits dont la source est différente de celle des attentats du 11 septembre 2001 ont connu des évolutions différentes. Par exemple, l'influence du conflit en Tchétchénie et de ses ramifications ont fortement pesé sur les pays de l'ancienne Union soviétique. En 1998, la Russie adopta une loi antiterrorisme pour traiter le conflit en Tchétchénie.⁹⁹ Cette loi interdit la diffusion d'informations qui "servent à promouvoir ou à justifier le terrorisme et l'extrémisme" et prévoit qu'à tous les niveaux, la distribution publique d'informations portant sur des activités terroristes doit se conformer aux règles émises par le Chef du centre des opérations antiterroristes.¹⁰⁰ Dans les faits, cette loi aboutit à limiter la possibilité pour les médias de diffuser certains types d'information en provenance de zones dans lesquelles des opérations antiterroristes sont en cours. Les autorités russes ont été accusées de tenter d'imposer une interprétation élargie de la définition statutaire de la notion de "zone d'opération antiterroriste" en l'appliquant à l'ensemble de la Tchétchénie qui représente une superficie d'environ 16 000 km².

Des législations antiterroristes furent par la suite adoptées ailleurs. A la fin de l'année 1998, un modèle de règles statutaires pour la lutte antiterroriste avait été rédigé par la Communauté des Etats Indépendants (CEI). Il fut adopté par plusieurs pays qui le traduisirent et l'adaptèrent pour donner au prototype russe une coloration nationale.¹⁰¹ Dans le lot, le Turkménistan fit figure d'exception. Il interdit effectivement aux médias la diffusion de tout message (direct ou enregistré) en provenance de zones d'opération antiterroriste et leur assigna la mission d'éduquer la nation pour prévenir toute manifestation du terrorisme.

Lorsqu'il apparut que ces lois ne réussissaient pas à étouffer l'information par les médias sur les activités terroristes, les législateurs redoublèrent d'efforts et une nouvelle vague de lois furent adoptées dans plusieurs pays,¹⁰² dans le but, cette fois de prévenir l'extrémisme (notion décrite comme un élément du terrorisme dans les lois précédentes sans être clairement définie). S'appuyant sur le Code pénal russe, la loi sur la lutte contre l'extrémisme attribuée à cette notion de nouvelles caractéristiques, en particulier le lien avec la violence ou l'incitation à la violence. Juridiquement, l'extrémisme est aujourd'hui connu en Russie comme comprenant "toute activité de planification, d'organisation, de

98) Disponible à l'adresse :

<http://www.article19.org/docimages/1244.doc> ou http://www.osce.org/documents/rfm/2001/11/193_en.pdf

99) Loi sur la lutte contre le terrorisme adoptée le 25 juillet 1998.

100) Article 15, loi sur la lutte contre le terrorisme, adoptée le 25 juillet 1998.

101) Kirghizstan, (21 octobre 1999); Ouzbékistan (15 décembre 2000); Moldova (12 octobre 2001); Belarus (3 janvier 2002); Ukraine (20 mars 2003); Turkménistan (15 Alp Arslan (août) 2003).

102) Une loi de répression des activités extrémistes a été adoptée en Russie le 25 juillet 2002 et en Moldova le 21 février 2003. Elle reste à l'état de projet en Bélarus.

préparation et d'exécution d'actes visant à porter atteinte par la violence [...] à l'existence de la Fédération de Russie ainsi qu'à l'ordre et à la sécurité de la Russie, à la prise de contrôle ou à l'exercice du pouvoir, à l'organisation de formations armées illégales et à la pratique d'activités terroristes."¹⁰³

Pour les médias, l'émergence de cette législation anti-extrémisme crée une situation troublante parce que, pour la première fois dans l'histoire de la Russie post-soviétique, les procureurs, à tous les niveaux, se voient investis du pouvoir de punir non seulement les journalistes, mais aussi des entités médiatiques tout entières. Ils peuvent émettre des avertissements à l'attention des organismes de presse et ordonner la suspension de leurs activités pour fait de diffusion d'informations extrémistes. La propagande pour l'extrémisme étant à présent incriminée comme activité extrémiste, les médias déplorent le fait qu'outre deux exemples clairs (la propagande pour le nazisme ou pour le fascisme italien sous Benito Mussolini) le flou demeure en matière de définition.

Comme on peut le voir dans l'article d'Andrei Richter, *infra*, ces craintes sont loin d'être hypothétiques. Plusieurs médias locaux ont été poursuivis et des tentatives d'interdiction d'activité ont eu lieu depuis l'adoption de la loi de 2002. L'article décrit aussi d'autres textes législatifs relatifs à la couverture par les médias de questions liées à la sécurité nationale : le Code pénal (1996, révisé en 2003), la loi sur les mass médias (1991, amendée en 2002), la loi sur l'état d'urgence (2001) et la loi sur l'état de loi martiale (2002). En transposant les leçons de la situation en Russie sur un plan plus général, il apparaît clairement que lorsqu'un surcroît de législation vient réglementer divers aspects de la vie des médias, en se superposant à une législation plus maîtrisée, spécifique aux médias, il y a un risque accru de voir la portée effective de ces lois s'étendre au-delà de la simple somme des dispositions qu'elles contiennent. Cet excès de régulation est susceptible de mettre en danger la liberté des médias ou, au moins, d'exercer un effet inhibiteur sur celle-ci. D'aucuns (en particulier dans les milieux gouvernementaux de la CEI) estiment qu'il y a des convergences significatives entre les réponses législatives apportées respectivement par les Etats de l'Europe occidentale et ceux de la CEI à différents types de terrorisme.

Le Conseil de l'Europe et la liberté du discours politique (Thème 3)

La liberté du discours politique se trouve au confluent de plusieurs champs essentiels d'intérêt et d'intervention du Conseil de l'Europe : les traités, la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'activité normative du Comité des Ministres, les programmes de monitoring des divers organes du Conseil, la valorisation des meilleures pratiques constitutionnelles par la Commission de Venise, l'appui aux élections et à la démocratie, la lutte radicale contre la corruption dans la fonction publique. La nature essentielle de cette notion s'incarne dans le vaste corpus d'instruments juridiques contraignants et non contraignants qui l'entourent et dans sa présence effective dans de nombreux programmes institutionnels développés par le Conseil. En outre, la liberté du discours politique est largement prise en compte dans les projets intégrés menés par l'institution, par exemple le projet "Les institutions démocratiques en action", et dans l'action des organes spécialisés du Conseil au niveau de ses Etats membres, destinée à assister ceux-ci dans l'élaboration ou la réforme de leur législation en matière de médias.

En réaffirmant que la liberté du discours politique est une condition incontournable de l'existence d'une société démocratique, la Cour européenne des Droits de l'Homme a toujours eu tendance à interpréter cette notion de manière large. Ainsi, elle reconnaît que le débat sur des questions d'intérêt public, telles que la violence policière (dans l'affaire *Thorgerison*), ou les salaires des dirigeants d'une entreprise qui supprime des emplois (*Fressoz & Roire c. France*), mérite d'être protégé au plus haut point par la CEDH. En matière de diffamation, comme elle le déclare dans *Lingens c. Autriche*, le personnel politique doit être prêt à accepter plus de critiques que le citoyen ordinaire. Pour ce qui concerne les autres types d'expression, la Cour a toujours exclu de la protection offerte par la CEDH le discours raciste, l'incitation à la violence et le discours constituant une propagande pour le terrorisme.

En matière de sanctions pour diffamation, il nous apparaît que si les sanctions pénales sont plus dissuasives que les sanctions civiles, celles-ci peuvent s'avérer tout aussi coûteuses pour le défendeur. En outre, "la jurisprudence de la Cour suggère que dans la pratique, une peine d'emprisonnement ne sera jamais conforme aux exigences de proportionnalité de l'article 10."¹⁰⁴ On ajoutera que, dans sa Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias (citée plus haut), la référence que fait

103) Voir aussi Andrei Richter, *infra*, Russie : "Guerre au terrorisme" et liberté des médias de masse, point 2.

104) Voir Páll Thórhallsson, *infra*, point 2.1.

le Comité des Ministres à l'emprisonnement comme sanction envisageable pour la diffamation est "assez nuancée".¹⁰⁵

Certains instruments (non contraignants) du Conseil de l'Europe se sont intéressés à des formes particulières du discours politique (voir *supra*) comme la communication en période électorale et la publicité politique, pour envisager des restrictions ciblées. On peut citer l'exemple des limites à la publication de sondages d'opinion juste avant des élections afin de garantir l'authenticité et la nature libre et équitable du vote.¹⁰⁶ Les nouvelles technologies de la communication méritent également beaucoup d'attention. Ces nouvelles technologies ont exercé leur influence sur le débat politique de diverses manières : si Internet accroît les opportunités de communiquer, il peut aussi aggraver la fragmentation du discours politique.

Jusqu'à maintenant, l'on a peu exploré l'éventail des obligations positives qui incombent aux Etats membres. Dans cet article, les obligations positives qui sont analysées sont la radiodiffusion de service public, une politique d'information ouverte dans le secteur public, le pluralisme des médias et la promotion de consultations publiques dans le cadre du processus démocratique.

L'importance du rôle du service public dans la promotion du pluralisme dans le secteur de la radiodiffusion est largement reconnue. Elle peut trouver sa traduction dans les dispositions législatives qui édictent des obligations différentes pour les radiodiffuseurs publics et les radiodiffuseurs privés en matière de communication politique.¹⁰⁷ La Recommandation No. R (96) 10 concernant la garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion¹⁰⁸ comprend des normes qui devraient aider à réduire les pressions économiques, politiques et technologiques qui s'exercent sur le secteur de la radiodiffusion publique. Le poids et les effets de ces pressions ont été abordés dans un rapport adopté par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au début de l'année 2004.¹⁰⁹ En réponse aux problèmes technologiques auxquels les radiodiffuseurs du secteur public sont de plus en plus confrontés, la 7ème Conférence ministérielle européenne sur les politiques de communication de masse qui se tiendra les 10 et 11 mars 2005 à Kiev, en Ukraine, initiera des activités concernant le service public de la radiodiffusion dans la société de l'information.¹¹⁰

Pour que les citoyens participent de manière active et significative au gouvernement de la société, la liberté de l'accès à l'information constitue un exigence minimale. Le Conseil de l'Europe a toujours promu une politique ouverte de l'information dans le secteur public ainsi que le démontrent, entre autres, la Déclaration de son Comité des Ministres sur la liberté d'expression (1982) et la Recommandation 2002 (2) de ce même Comité relative à l'accès aux documents officiels. En période de tension et de conflit, la liberté d'informer est souvent mise à mal. Le Conseil de l'Europe travaille actuellement à l'élaboration d'un projet de Déclaration sur la liberté d'expression et d'information dans les médias dans le contexte de la lutte contre le terrorisme.¹¹¹ Un certain nombre de questions sont examinées dans ce cadre : les autorités publiques peuvent-elles délibérément fournir de fausses informations aux journalistes ? Peuvent-elles présenter l'information sous une forme tronquée ou la garder secrète ? Peuvent-elles délibérément éloigner l'attention publique de l'information essentielle ?

Le Conseil de l'Europe consacre beaucoup d'efforts à la promotion du pluralisme dans les médias. Il encourage notamment les Etats membres à adopter des lois destinées à éliminer les concentrations de médias. Plusieurs instruments du Conseil de l'Europe s'inscrivent dans cette perspective de manière générale (Recommandation (99) 1) et dans des contextes plus spécifiques, par exemple les élections (Recommandation (99) 15 concernant la couverture des campagnes électorales par les médias). Puisque la Cour européenne des Droits de l'Homme considère que les Etats membres sont les garants ultimes du pluralisme dans les médias, ceci peut être considéré comme une obligation positive. La promotion du

105) *Ibid.*

106) Voir par exemple la Recommandation No. R (99) 15 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à des mesures concernant la couverture par les médias des campagnes électorales.

107) Pour l'exemple polonais, voir Małgorzata Pęk, *infra*, pt 2.

108) Disponible à l'adresse :

[http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/1_Textes_de_base/2_%20Textes_du_Comite_des_Ministres/Rec\(1996\)010%20F%20&_Exp_Mot.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/1_Textes_de_base/2_%20Textes_du_Comite_des_Ministres/Rec(1996)010%20F%20&_Exp_Mot.asp#TopOfPage)

109) Service public de radiodiffusion, Rapport de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation (Rapporteur: M. Paschal Mooney), Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 12 janvier 2004, Doc. 10029 (voir aussi l'addenda au rapport du 21 janvier 2004), disponible à l'adresse :

<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc04/FDOC10029.htm>

Voir aussi : Tarlach McGonagle, "Assemblée parlementaire: nouvelle recommandation sur le service public de radiodiffusion", *IRIS* 2004-3: 3.

110) Voir aussi:

http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/media/7_Liens/consultation_annoucement_%20F.asp#TopOfPage

111) Au moment où nous rédigeons, aucune version de ce document n'a encore été publiée.

pluralisme dans les médias passe aussi par la garantie d'un droit de réponse effectif qui permette une information complète et garantisse aux citoyens l'opportunité de réagir à des propos négatifs les concernant pouvant paraître dans les médias, afin que la description de la situation en question soit complète. Il est important par ailleurs que ce droit soit étendu aux services en ligne.¹¹²

La promotion des consultations publiques dans le cadre du processus démocratique figure parmi les obligations positives assignées aux Etats membres. Le Conseil de l'Europe est en train d'élaborer un projet de Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres concernant la gouvernance électronique,¹¹³ dont le but consistera à exploiter les nouvelles technologies pour optimiser la participation des citoyens au débat et à la prise des décisions politiques et rendre ainsi le gouvernement de la société plus participatif, démocratique et dynamique.

Dans le cadre du projet intégré "Les institutions démocratiques en action", un livre vert intitulé *L'avenir de la démocratie en Europe*¹¹⁴ a été récemment mis à la disposition du public pour consultation. Il contient des propositions très élaborées destinées à améliorer la qualité des activités démocratiques en Europe et qui s'appuient sur l'idée que le remaniement des "institutions formelles et des pratiques informelles existantes" est préférable à leur consolidation et à leur pérennisation.

Des processus et des pratiques démocratiques plus ouverts

Tout au long de l'atelier, il a été souligné que l'expression politique - ainsi que sa régulation - n'était pas une chose isolée. Il existe toute une gamme de facteurs (politiques, sociaux, civiques, économiques, historiques, éducatifs, etc.) qui sont déterminants dans la définition des contours de l'arène dans laquelle l'expression politique se déploie. La coexistence de tous ces facteurs relativise la pertinence des garanties juridiques qui entourent l'expression politique. L'on s'est donc particulièrement intéressé à la responsabilité qui incombe aux gouvernements et aux médias d'assurer la prospérité de l'expression politique dans des conditions optimales.

(a) Gouvernance efficace et éducation civique

Une gouvernance efficace, par nature, requiert qu'une grande attention soit accordée à la promotion de l'éducation civique. Après tout, le désintérêt des citoyens pour le fonctionnement du gouvernement et de la gouvernance de la société peut être mis, dans une certaine mesure, sur le compte des institutions publiques qui se révèlent incapables de susciter l'intérêt du public.

Si les remarques relatives aux défauts des institutions européennes et le déficit démocratique dont elles souffrent peuvent résonner comme un vieux refrain, il n'en reste pas moins que les causes et les effets du mécontentement et de la désillusion sont encore bien réels. La quête d'une meilleure gouvernance se poursuit donc au sein de l'Union européenne¹¹⁵ et du Conseil de l'Europe.¹¹⁶ Le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne énumère cinq principes essentiels d'une gouvernance efficace : l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence.¹¹⁷ Le Livre vert du Conseil de l'Europe sur l'avenir de la démocratie en Europe contient des propositions très élaborées en vue de la réforme des institutions et des pratiques démocratiques en Europe (voir aussi Páll Thórhallsson, *infra*).

Comme en atteste le faible taux de participation aux élections européennes de 2004, la désaffection des citoyens pour la politique est plus marquée au niveau européen qu'au niveau national. Les institutions européennes sont situées à une grande distance géographique et psychologique de la majorité des citoyens européens. Leur mode de fonctionnement complexe et leurs préoccupations moins locales

112) Voir aussi http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l%27Homme/media/

113) Document IP1 (2004) 21 rev., 25 mai 2004, disponible à l'adresse : http://www.coe.int/T/F/Projets_integres/Democratie/02_Activite%27s/01_Gouvernance_%27electronique/default.asp#TopOfPage

114) Disponible à l'adresse : http://www.coe.int/T/F/Projets_integres/Democratie/05_Textes_fondamentaux/02_Livre_Vert/

115) Voir à cet égard *Gouvernance européenne : Livre blanc*, Commission des Communautés européennes, 25 juillet 2001, COM(2001) 428 final; Groupe Mandelkern pour une meilleure régulation - Rapport final, 13 novembre 2001; ces deux documents ont été favorablement accueillis par le Conseil européen de Laeken, les 14 et 15 décembre 2001.

116) Philippe C. Schmitter & Alexander H. Trechsel, Coordinateurs, *L'avenir de la démocratie en Europe : Etat des lieux et propositions de réforme* (Livre vert pour le Conseil de l'Europe), commandé par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Projet intégré "Les institutions démocratiques en action", disponible à l'adresse : http://www.coe.int/t/f/Projets_Integres/democratie/05_Textes_fondamentaux/02_Livre_Vert/00lv_01.asp#TopOfPage

117) Livre blanc sur la gouvernance européenne, *op. cit.*, p. 10.

n'aident pas à les rapprocher des citoyens. Cet état des choses est aggravé par la tendance des partis politiques dans beaucoup de pays de l'Union à accorder une attention moindre aux enjeux européens. Leur assise est souvent nationale, ce qui explique que l'essentiel de leur énergie et de leurs finances soit consacré aux joutes nationales. Si les partis politiques eux-mêmes sont timorés dans leur engagement européen, a-t-on pensé, peut-être des mesures compensatoires de diverses sortes pourraient-elles réveiller leur ardeur ? Par exemple, les Etats pourraient octroyer aux partis politiques des financements supplémentaires à consacrer spécifiquement aux élections parlementaires européennes. On pourrait encore s'inspirer de l'initiative prise par la deuxième chaîne publique de la télévision allemande au cours des élections parlementaires européennes de 2004 : elle fit un effort particulier dans sa programmation pour faire connaître aux jeunes téléspectateurs le fonctionnement et les activités de l'Union européenne.

Dans la même veine, le Conseil de l'Europe a mis sur pied un groupe de travail chargé de réfléchir à la promotion des médias dans une société démocratique. Ce groupe s'intéresse, notamment, à la possibilité d'organiser des forums de discussion en ligne encadrés qui puissent faire remonter au niveau des décideurs les avis et opinions des citoyens, donnant ainsi à ces derniers le sentiment d'une participation significative.

La retransmission télévisée des séances parlementaires est, dans une certaine mesure, de nature à satisfaire la demande de transparence émanant des citoyens en ce qui concerne le travail de leurs élus. Mais cette pratique n'échappe pas à la critique : elle légitime et consolide un modèle de démocratie particulier, à savoir le modèle parlementaire. Dans les pays où seuls des extraits des séances sont diffusés, le choix discrétionnaire de la rédaction s'exerce, et pose des problèmes de garantie d'impartialité. En outre, dans une sorte de jeu à somme nulle, le temps d'antenne consacré aux séances parlementaires pourrait être considéré comme une source d'aggravation des difficultés que connaissent les nouveaux partis à surmonter les nombreux obstacles qui les privent d'une présence viable dans la conscience publique.¹¹⁸

(b) Ouverture, accessibilité et transparence

Le droit d'accéder à l'information peut être un droit constitutionnel ou statutaire. En Pologne par exemple, il est consacré par l'article 61 de la Constitution.¹¹⁹ En Irlande, le régime de la liberté d'information découle d'une disposition législative ; cependant, le fait que la confidentialité des délibérations du gouvernement soit inscrite dans la Constitution l'atténue d'une certaine manière. Le régime fort de liberté d'information dont s'enorgueillissent les Etats-Unis découle directement d'une loi du Congrès et non du Premier Amendement lui-même. Depuis qu'elle a été introduite en 1966, la loi sur la liberté d'information (*Freedom of information Act*) est devenue un élément incontournable du paysage politique américain. Les effets du secret des délibérations gouvernementales et de l'accès du public à l'information officielle sont examinés plus loin, en particulier sous l'angle de la sécurité nationale.

Les efforts destinés à garantir l'ouverture et la transparence dans la sphère politique prennent parfois un tour inhabituellement radical. En 1993 le Parlement national de Russie a rejeté un projet de loi sur les droits de l'opposition parlementaire. Ce texte envisageait, entre autres, la possibilité pour tout groupe détenant 30% des sièges au parlement de constituer un cabinet fantôme dont les membres seraient habilités à assister aux réunions du gouvernement, avec un droit à la parole. Il prévoyait également pour l'opposition un droit d'accès aux médias, notamment radiodiffusés.

L'obligation d'ouverture et de transparence doit aussi s'étendre aux processus d'élaboration des textes législatifs et réglementaires. Il a été proposé que les organisations internationales gouvernementales autant que non-gouvernementales exigent des règles d'engagement minimum avant de fournir un appui technique à des gouvernements pour l'élaboration de lois. Pour garantir que le processus soit démocratique, ces règles d'engagement minimum devraient mettre l'accent sur la transparence maximale et l'organisation de consultations publiques à l'appui de chaque étape. Imposer ces valeurs ne sera cependant pas chose aisée dans la pratique. Dans certains pays, la culture de la liberté d'information n'a pas encore pris racine, ce qui signifie qu'il n'est pas toujours facile d'entrer en possession de copies de textes de lois déjà adoptés, encore moins de projets de textes en cours d'élaboration. En outre, dans beaucoup de pays, la consultation publique n'est pas consacrée comme

118) Il a été noté au passage qu'il serait intéressant de procéder à une étude comparative pour déterminer la portée et la nature de la régulation de la retransmission des séances parlementaires dans les pays européens.

119) Pour plus de détails, voir Małgorzata Pęk, *infra*, point 1.

une tradition dans le processus législatif. Et lorsque les autorités acceptent une aide extérieure pour l'élaboration de textes de lois particuliers, il est habituel de demander leur accord avant que les conseils prodigués ou les projets de textes rédigés ne soient rendus publics. Si les textes législatifs doivent être démocratiques dans le fond et dans la forme, alors l'ensemble du processus dont ils sont le résultat doit être marqué par un esprit d'ouverture de la part de tous les acteurs qui y ont pris part.

Le nouveau cadre réglementaire de l'UE pour les communications électroniques oblige toutes les autorités nationales de régulation à recourir aux consultations publiques pour l'adoption des règles, afin de stimuler la participation active des citoyens par le biais d'auditions, d'audiences publiques, etc...¹²⁰

Responsabilités des médias

Conformément à l'article 10(2) de la CEDH, la jouissance des droits journalistiques est subordonnée à l'exercice simultané de devoirs et de responsabilités. A ce titre, les journalistes doivent, d'abord et avant tout, respecter les lois pénales de droit commun,¹²¹ et aussi agir "de bonne foi, de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique".¹²² A côté de ces devoirs juridiques, il existe des responsabilités d'ordre moral ou éthiques telles que l'équilibre, l'équité, l'impartialité, etc. Ces responsabilités sont distinctes des devoirs juridiques. C'est la raison pour laquelle elles sont habituellement inscrites dans les codes de pratique ou d'éthique (élaborés par la profession elle-même) plutôt que dans la législation. Quant à la Cour européenne des Droits de l'Homme, elle ne s'est pas hâtée pour montrer aux médias la manière d'exercer leurs fonctions. Elle a plutôt choisi de leur accorder une grande marge d'autonomie opérationnelle et de discrétion éditoriale.

Ceci étant dit, les citoyens ont une conscience de plus en plus aiguë des responsabilités qui incombent aux médias. Ils attendent donc de ceux-ci plus de qualité dans la production et des prestations globalement meilleures que par le passé. Les Pays-Bas nous fournissent l'exemple fort parlant d'une prise de conscience brusque et douloureuse des standards de performance attendus des médias. L'assassinat de l'extrémiste de droite Pim Fortuyn en 2002 a constitué un tournant dans la vie politique néerlandaise. Depuis cette date, le débat politique s'est rétréci et l'opinion publique s'est durcie.¹²³ Un rapport datant de 2003, *Medialogica*, s'est intéressé aux relations qui existent entre les médias, les citoyens et la politique. Il relève les défauts qui sont prêtés aux médias à cet égard et formule une série de propositions. D'aucuns ont critiqué le fait qu'il n'insiste pas suffisamment sur l'importance et la nécessité de protéger la liberté des médias. Mais le Gouvernement néerlandais a adopté deux des propositions véhiculées par ce rapport : fournir un appui accru aux activités du Conseil de la presse (sans aller jusqu'à donner plus de poids à ses jugements comme le propose le rapport), et introduire un test de diversité dans le mécanisme de contrôle des fusions dont l'orientation est principalement économique.¹²⁴

Aux Pays-Bas (quelles que soient les conséquences des propositions évoquées ci-dessus) et ailleurs, les inquiétudes et les critiques que suscitent les performances des médias ne risquent pas de disparaître de sitôt. Il est cependant important de les nuancer par rapport aux exigences d'une liberté d'expression saine et véritable. Aujourd'hui, on attend de plus en plus des médias qu'ils s'impliquent dans la promotion d'une culture de tolérance¹²⁵ et dans l'éducation relative à leur utilisation, qui peuvent être des moyens importants pour rehausser la qualité du débat politique dans les médias. Mais la "maîtrise des médias" est un concept qui couvre potentiellement un champ très vaste, ce qui a pu créer un sentiment d'incertitude quant à la manière de le rendre opérationnel.

120) Voir en particulier l'article 6 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électroniques (Directive cadre), *Journal Officiel des Communautés européennes* L108/33 du 24 avril 2002.

121) *Fressoz & Roire c. France*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 21 janvier 1999, para. 52.

122) *Bergens Tidende & autres c. Norvège*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 2 mai 2000, para. 53, s'appuyant sur *Goodwin c. Royaume Uni*, Arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 27 mars 1996, para. 39.

123) Voir aussi : Egbert Dommering, "De grenzen van de vrijheid van meningsuiting", publié in: *Utrechts Dagblad*, 21 juillet 2004, *BN/De Stem*, 22 juillet 2004, *Limburgs Dagblad*, 24 juillet 2004 et *Het Parool*, 31 juillet 2004, disponible à l'adresse : <http://www.ivir.nl/publicaties/dommering/grenzenuitingsvrijheidParool.html>

124) Au moment où nous rédigeons cet article, le détail de ces propositions est en cours d'élaboration.

125) Voir à cet égard : Recommandation No. R (97) 21 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance, adoptée le 30 octobre 1997, disponible à l'adresse : http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/1_Textes_de_base/2_%20Textes_du_Comite_des_Ministres/Liste.asp#TopOfPage

La promotion de l'éducation aux médias est l'une des obligations positives qui incombent à l'autorité de régulation en vertu de la loi sur la communication (*Communications Act*) du Royaume-Uni.¹²⁶ Si la loi ne définit pas précisément ce terme, il semble tout de même qu'il s'agisse de promouvoir une meilleure connaissance et une meilleure compréhension de "la nature et des caractéristiques de l'information publiée par le biais des médias électroniques" ; des processus par lesquels cette information est choisie ou publiée; du cadre réglementaire pertinent et des systèmes existants de contrôle de la réception de cette information. Il semble qu'il s'agisse également d'encourager "le développement et l'usage de technologies et de systèmes destinés à réguler l'accès à cette information et faciliter le contrôle sur la nature de l'information reçue, qui soient à la fois efficaces et faciles à utiliser".¹²⁷ L'OFCOM a également lancé une vaste consultation pour s'assurer de ce que pourraient ou devraient être les conséquences de cette obligation.¹²⁸ Il reste à savoir dans quelle mesure l'éducation aux médias peut stimuler une plus grande conscience du rôle des médias dans le débat politique.

A l'échelle européenne également, les contours précis de "la maîtrise des médias" attendent d'être définitivement tracés. Dans le Manuel de maîtrise d'Internet du Conseil de l'Europe¹²⁹ qui a été élaboré dans le cadre du projet intégré "Les institutions démocratiques en action",¹³⁰ la maîtrise des médias est décrite comme :

Etre capable d'analyser le contenu de l'information, de vérifier ses sources et de chercher d'autres points de vue. Cela nous permet de ne pas se laisser dicter son opinion par la presse écrite ou audiovisuelle. Cela nous rend capable de nous forger notre propre opinion car nous connaissons l'existence de multiples points de vue. C'est une condition indispensable au libre choix électoral et à la survie de la démocratie.

Ceci dit, le concept figure de plus en plus fréquemment dans les documents relatifs aux médias du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Par exemple, l'éducation aux médias est l'un des objets d'un projet en cours de réalisation du Conseil de l'Europe concernant la citoyenneté démocratique en général. Dans l'Union européenne, l'un des objectifs déclarés de la récente proposition de recommandation relative à la protection des mineurs et de la dignité humaine et le droit de réponse est de promouvoir entre autres :

Une action visant à permettre aux mineurs d'utiliser de façon responsable les services audiovisuels et d'information en ligne, notamment grâce à une meilleure sensibilisation des parents, des éducateurs et des enseignants au potentiel des nouveaux services et aux moyens de protection des mineurs, en particulier à travers des programmes d'éducation aux médias.¹³¹

Il est important que la portée de notions telles que celle de maîtrise des médias soit analysée dans les deux perspectives, nationale et européenne, comme nous le faisons ici. Car si cette notion renferme un noyau de caractéristiques qui s'appliquent à l'échelle nationale autant qu'à l'échelle internationale, il en contient d'autres qui sont variables et qui doivent être adaptées à des nécessités plus locales. La langue pourrait constituer un bon exemple de spécificité culturelle ou juridique à laquelle la notion devrait être adaptée. Dans un pays multilingue, on peut concevoir de faire appel à la maîtrise des médias pour promouvoir l'usage dans les médias radiodiffusés, outre la langue d'état/officielle, de langues minoritaires et aussi de langues pouvant faciliter la communication intercommunautaire (la langue d'état ou une langue largement répandue), ou même (plus difficilement peut-être) d'une langue étrangère dominante en écho à des aspirations qui dépasseraient les frontières du pays.

126) Loi sur la communication (*UK Communications Act*) 2003 (s. 11 Duty to promote media literacy), disponible à l'adresse : <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2003/20030021.htm> . Voir aussi, Tony Prosser, "GB – Promulgation de la nouvelle loi relative aux communications", *IRIS* 2003-8: 10.

127) Section 11(1)(e), *ibid.*

128) Stratégie et priorités de l'Ofcom pour la promotion de l'éducation aux médias, voir:

<http://www.ofcom.org.uk/consultations/past/strategy/medialit/?a=87101> Au moment où nous rédigeons cet article, la consultation est arrivée à son terme, mais les résultats ne sont pas encore publiés.

129) Disponible à l'adresse :

http://www.coe.int/T/F/Projets_integres/Democratie/02_Activite%9s/03_Ma%Ee%9s_rise_d'Internet/01_Manuel_de_Ma%Ee%9s_rise_d'Internet/default.asp#TopOfPage

130) L'un des deux "Projets intégrés" lancé en janvier 2002. Pour plus d'informations : http://www.coe.int/t/f/Projets_Integres/

131) Proposition pour une recommandation du Parlement européen et du Conseil sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et le droit de réponse en lien avec la compétitivité de l'industrie européenne de services audiovisuels et d'information, COM (2004) 341 final, 30 avril 2004, disponible à l'adresse :

http://europa.eu.int/comm/avpolicy/legis/key_doc/legispdf/com2004-0341fr.pdf . Voir aussi Sabina Gorini, "Commission européenne : Proposition de nouvelle recommandation sur la protection des mineurs et de la dignité humaine", *IRIS* 2004-6: 5.

Droit des médias, contenu des médias – l’exception américaine (Thème 4)

L’exception constitutionnelle américaine se lit très bien dans l’approche américaine des relations internationales de manière générale mais aussi dans plusieurs domaines importants. Au sein même de cette exception générale, la tradition américaine de la libre expression est unique en ce sens qu’elle jouit d’un niveau de protection plus élevé que ce ne serait le cas dans les démocraties comparables, en Europe par exemple. Aux Etats-Unis, la responsabilité juridique formelle en matière d’expression politique est sensiblement moindre et les sanctions qui en résultent sont également plus réduites. Des événements juridiques précis ont fortement contribué à faire naître cette situation. Jusqu’en 1964, la législation américaine en matière de diffamation restait très proche de ses origines dans la *common law*. La diffamation était un délit strict, ce qui signifie que le plaignant n’avait pas à prouver, de manière absolue, que certains mots ou propos pouvaient entacher sa réputation aux yeux de la société. Pour faire valoir le moyen de défense du commentaire loyal (*fair comment*) sur des questions d’intérêt public, le défendeur devait faire reconnaître la véracité factuelle des propos incriminés.

Mais dans l’affaire *New York Times Co. c. Sullivan*¹³² – célèbre affaire concernant un message publicitaire payant qui affirmait l’hostilité de l’Etat d’Alabama au mouvement des droits civiques – la Cour suprême donna un éclairage radicalement nouveau à la loi sur la diffamation. Elle affirma que la notion de responsabilité sans faute était contraire au principe du débat vigoureux, largement ouvert et sans restriction défendu par le premier Amendement. Pour que ce type de débat puisse avoir lieu, il faut que les agents publics et les politiques publiques soient susceptibles d’être soumis à une critique sévère. Pour éviter l’effet inhibiteur de poursuites handicapantes, la Cour suprême a fortement souhaité trouver une formule qui permette que la sanction pour le préjudice causé par une information fautive soit moindre que le préjudice d’une vérité non publiée. La règle de la “malveillance manifeste” qui est le résultat de cet effort signifie que, pour l’emporter dans une affaire de diffamation, les agents publics doivent prouver avec une clarté convaincante non seulement que les propos incriminés sont erronés mais aussi qu’ils ont été publiés en toute connaissance de leur fausseté.

De ce fait, il est rare aujourd’hui qu’une personnalité officielle ou publique entame des poursuites pour diffamation. La conséquence de cette posture très favorable à la liberté d’expression aux Etats-Unis est que d’autres valeurs sociales et intérêts collectifs passent régulièrement au second plan alors qu’ailleurs, dans la plupart des pays membres du Conseil de l’Europe par exemple, on leur accorde une importance bien plus grande. C’est la raison pour laquelle le système juridique américain rejette sans beaucoup de ménagement les arguments avancés en faveur de l’introduction de lois contre le discours de haine (qui interdiraient ou restreindraient l’apologie de la haine raciale ou la négation de l’Holocauste). La diffamation et le discours de haine constituent les illustrations les plus marquantes de l’exception américaine en matière de liberté d’expression. Mais la liberté d’expression prévaut aussi lorsqu’elle se heurte à des intérêts rivaux tels que la bonne administration de la justice, le reportage judiciaire, le respect de la vie privée, le vol de secrets d’état, etc. Par ailleurs, pour revenir au thème qui nous occupe,

“...pour ce qui est des élections et référendums, toutes les tentatives menées pour rendre la communication de campagne exacte, loyale, ouverte, non coercitive et équilibrée sont venues buter contre la forte prépondérance du droit de communiquer des radiodiffuseurs, journaux et candidats ou des droits d’individus ou d’entreprises sur le droit plus diffus du citoyen à une communication politique et électorale plus ouverte mais mieux contrôlée.”¹³³

Le quasi-absolutisme de la culture du premier Amendement qui règne aujourd’hui aux Etats-Unis peut être expliqué, ou au moins contextualisé de la manière suivante : “[...] La société américaine, de par son histoire et sa culture politique plus que son droit constitutionnel et le texte de sa Constitution, est clairement une société de culture libertaire qui élève avec persistance la liberté individuelle au-dessus des valeurs souvent opposées d’égalité, de civilité et de communauté”¹³⁴ Il est à noter qu’il n’existe aucun mécanisme interne qui équilibrerait les rapports entre la liberté d’expression et d’autres droits ou valeurs concurrentes.

S’ajoutant à cette “préférence pour la liberté”, il y a toujours eu une “méfiance généralisée envers le gouvernement” dans la société américaine. Cette méfiance endémique revêt des formes diverses dont la plus aiguë est peut-être l’opposition implicite à l’idée qu’un individu ou un organe de l’Etat puisse

132) *Op. cit.*

133) Fred Schauer, *infra*, Droit des médias, contenu des médias – L’exception américaine, point 1.

134) Fred Schauer, *infra*, point 4.2.

se voir confier la mission de dire "ce qui est vrai et ce qui est faux, ce qui a de la valeur et ce qui n'en a point". En d'autres termes, la tradition du premier Amendement refuse toute remise en cause de la neutralité du point de vue de l'Etat, au même titre qu'elle rejette l'idée que l'Etat soit investi d'une "capacité de discernement" dans le domaine de l'expression.

Sans surprise, la force constitutionnelle et symbolique du premier Amendement a donné naissance à une culture politique particulière, une culture qui, dans une certaine mesure, se perpétue elle-même en raison de l'influence et du dynamisme des groupes d'intérêt concernés. Il va sans dire qu'elle est aussi le produit de la rencontre d'un large ensemble d'autres influences (politiques, sociales, philosophiques et économiques).

Dans la pratique, il est évident que l'éventail des opinions qui traversent la société américaine et le débat public américain, est plutôt étroit. On voit bien que, "si derrière cette absence de restriction juridique se trouvait l'idée de promouvoir un environnement dans lequel des opinions d'une grande diversité pourraient être exprimées, débattues et prises au sérieux, alors la liberté absolue d'expression n'est peut-être pas une condition suffisante. Il n'est en tous cas pas certain que la doctrine libertaire ait produit la communication politique diverse et vigoureuse que l'on voit dans nombre de pays dont l'approche de la liberté de communication est plus restrictive que celle des Etats-Unis".¹³⁵

Au sein des organes décisionnels, deux types d'erreurs devraient retenir l'attention. Le premier concerne les actions positives conduites de manière erronée, par exemple des agents corrompus ou inefficaces, investis de pouvoirs, conduisant des actions positives. Dans le deuxième type d'erreur, c'est l'incapacité de mener une action positive ou bénéfique qui est en jeu : par exemple, le fait que des agents publics capables et bien intentionnés soient empêchés d'exercer les pouvoirs qui leur sont conférés pour le bien commun. Dans la culture politique américaine et dans la culture du premier Amendement, on peut dire que c'est la crainte du premier type d'erreur qui prédomine, ce qui explique une vision assez négative de la manière dont les tribunaux doivent interpréter le premier Amendement et les valeurs qu'il porte.

Survol comparatif des Etats-Unis et de l'Europe

L'inclination de la Cour suprême des Etats-Unis pour le classement en catégories de l'expression peut être perçue comme une tentative méthodologique d'ordonner une jurisprudence volumineuse. L'on constate dans la jurisprudence de la Cour suprême un abandon progressif des normes larges et ouvertes des origines telles que la nécessité et la proportionnalité. Avec le temps et l'expérience, la répétition des types d'affaires et l'accumulation de la jurisprudence, la nécessité d'un classement s'impose. La nature laconique du premier Amendement, ainsi que la tradition de *common law* des Etats-Unis, signifient qu'il y avait une certaine obligation quant à la manière dont la doctrine allait se développer sur la base du précédent. Il est probable qu'avec le même temps et la même expérience, la Cour européenne des Droits de l'Homme devra elle aussi recourir à divers mécanismes de tri, de filtrage et de classement en catégories qui lui permettront de gérer une jurisprudence toujours croissante.

Dans le contexte de la conception extraordinairement négative qu'ont les tribunaux américains vis-à-vis des droits en général et de la liberté d'expression en particulier, une flambée de revendications de droits (positifs) d'accès à des locaux du gouvernement et de privilèges spéciaux pour des journalistes ont été rejetées. Dans *CBS c. Democratic National Committee*¹³⁶ il est affirmé qu'aux fins de la Constitution, au moins pour ce qui concerne le débat politique, les radiodiffuseurs privés ne pouvaient être assujettis à des obligations positives. En d'autres termes, les citoyens ne jouissent pas individuellement d'un droit positif ou constitutionnel d'accès à l'antenne de CBS.

Le premier Amendement ne connaît pas d'application horizontale : de par ce qu'on appelle la "doctrine de l'action d'état" (*State action doctrine*) les journalistes ne peuvent opposer de droit à la libre expression aux journaux ou aux radiodiffuseurs, et les employés ne disposent pas de droit exécutoire à la liberté d'expression, à faire valoir contre leurs employeurs. Tout ceci contribue à accroître le pouvoir et la concentration d'organisations particulièrement puissantes auxquelles le droit américain semble attribuer leur propre droit à la liberté d'expression, y compris celui de recruter qui elles souhaitent pour transmettre leur message. L'une des conséquences de cet état de fait (auquel, bien entendu, d'autres facteurs contribuent également) est que les médias sont tellement intégrés dans le système institutionnel politique qu'ils sont traités comme une partie du pouvoir politique se

135) Fred Schauer, *infra*, point 5.

136) *Columbia Broadcasting System Inc. c. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).

trouvant hors du système de contrôle judiciaire. La grande presse bénéficie aujourd'hui d'un ensemble de doctrines juridiques qui ne lui étaient certainement pas destinées.

Comme nous l'avons observé plus haut, les poursuites pour diffamation intentées par des personnalités officielles ou publiques ont pratiquement disparu de la scène américaine. Les rares fois où elles ont pu prospérer en première instance, la décision a presque toujours été infirmée en appel. Outre les raisons de fond déjà évoquées pour expliquer cette tendance, des causes procédurales et autres peuvent aussi être mentionnées. Aux Etats-Unis, l'assurance pour couvrir la diffamation est très abordable, largement disponible et adossée à un système dans lequel la charge des frais de justice revient au plaignant qui, même s'il gagne son procès en fin de compte, doit pouvoir supporter les coûts de procédure dès le début des poursuites.

La sécurité nationale et la lutte contre le terrorisme sont évidemment d'une actualité brûlante aux Etats-Unis. Même s'il y a des affaires américaines classiques concernant l'obligation de retenue préalable,¹³⁷ l'on a observé qu'il était peu vraisemblable que les médias publient l'identité d'agents secrets ou des informations manifestement sensibles sur des mouvements de troupes, leurs positions exactes, leurs déplacements, etc. par sens des responsabilités professionnelles et éthiques qui leur incombent et par respect pour des impératifs de sécurité. Sur un plan moins altruiste, ils ne souhaiteraient pas prêter le flanc à des accusations d'antipatriotisme ou mettre en péril l'accès privilégié aux informations officielles en matière de sécurité dont ils jouissent. Cet accès privilégié peut être le fruit d'une collaboration formelle ou informelle avec les autorités gouvernementales ou les forces de sécurité. Pendant la guerre du Golfe, par exemple, seuls les grands médias étaient représentés dans les pools officiels de presse américains. Plusieurs magazines de gauche qui en avaient fait la demande et s'étaient vu refuser l'accès à ces pools avaient lancé une action devant les tribunaux pour obtenir gain de cause. L'affaire fut cependant dépassée par les événements : la guerre se termina et les tribunaux n'eurent pas l'occasion de se prononcer.

En conclusion, il n'est pas apparu évident qu'il y ait des leçons transposables à tirer de l'expérience américaine. Puisque les américains préfèrent de loin la liberté aux valeurs de communauté, de civilité, d'égalité, etc. – qui sont toutes fondées sur une trame complexe d'influences sociales, économiques, philosophiques, politiques et historiques – l'éventualité d'une importation de la doctrine du premier Amendement¹³⁸ a semblé peu convaincante. Mais est-elle seulement la meilleure doctrine pour les Etats-Unis eux-mêmes ?

137) Par exemple : *Near v. Minnesota*, 283 US 697 (1931); *New York Times v. United States* 403 US 713 (1971) (généralement connue comme "l'affaire des papiers du Pentagone" – "*The Pentagon Papers Case*").

138) Pour paraphraser le titre du livre : *Importing the First Amendment – Freedom of Expression in American, English and European Law* - Ian Loveland, Ed.(Oxford, Hart Publishing, 1998).

L'expression politique dans les médias : Quel type de régulation est nécessaire dans une société démocratique ?

Dirk Voorhoof
Université de Gand, Belgique

“Laissez la radiodiffusion pénétrer ne fût-ce qu'une fois dans l'univers politique et vous ne parviendrez plus à tenir le monde politique à l'écart de la radiodiffusion”.

Le ministre britannique des Postes et Télécommunications en 1926, cité dans : O. Scannel et D. Cardiff, *A Social History of British Broadcasting*, Volume 1, 1922-1939: Serving the Nation, Oxford, Blackwell, 1991, 23.

“Si l'on pose pour principe que la BBC est au service de la population et que le gouvernement est au service de la population, il s'ensuit que la BBC doit être au service du gouvernement”.

John Reith en 1926, cité dans : T. Burns, “The Organisation of Public Opinion”, in J. Curran, M. Gurevitch et J. Woollacott (sous la direction de), *Mass Communication and Society*, Londres, Arnold, 1977, 54.

“En cas de victoire de Kinnock aujourd'hui, la dernière personne à quitter la Grande-Bretagne pourrait-elle éteindre en sortant ?”.

En première page du quotidien *The Sun*, la veille des élections du 9 avril 1992 au Royaume-Uni.

“Le Test électoral, diffusé par la radiodiffusion flamande, est une émission dangereuse. La diffusion d'une émission de ce genre ne devrait pas être autorisée dans une démocratie”.

Louis Michel, vice-Premier ministre de Belgique, ministre des Affaires étrangères, quelques jours avant les élections européennes et les élections régionales du 13 juin 2004 en Belgique, *Knack* 9 juin 2004, 34.

“Les élections libres et la liberté d'expression, et en particulier le débat politique, constituent le fondement de toute société démocratique”.

Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998.

“Une interdiction de la publicité à caractère politique, qui vise uniquement certains médias et non d'autres, ne semble pas procéder d'un besoin particulièrement impérieux”.

Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt *VGT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001.

Les médias influencent la politique. La politique influence les médias. La relation d'interdépendance entre médias et politique se manifeste tout particulièrement dans la couverture médiatique et la communication politique en période préélectorale, dans ces grand-messes de la démocratie que représentent les élections, moments décisifs au cours desquels se détermine dans les urnes le choix de la politique et des représentants voulus par les citoyens.¹ Les médias jouent de ce point de vue un rôle important dans une démocratie, puisqu'ils informent les citoyens sur la *res publica*, donnent une analyse de la politique, offrent aux responsables politiques un forum dans les périodes préélectorales et communiquent des informations, des opinions et des commentaires dont la signification politique est explicite ou implicite.

Tous les pays européens ont promulgué un imposant ensemble de règles, en vue a) d'interdire ou de limiter certaines catégories ou certains contenus de communications à caractère politique, b) d'organiser et de contrôler, ou c) de favoriser ou de garantir certains types ou formats d'expression politique dans les médias.

Il est généralement admis que les médias et la communication politique ont une conséquence et une influence sur la société et l'électorat. Mais il demeure difficile de déterminer avec précision le fonctionnement, la direction, les conditions et le moment de cette incidence, ainsi que les personnes sur lesquelles elle s'exerce.

Une multitude de théories et de modèles différents ont été élaborés, depuis le modèle hypodermique déterministe (*réaction à une impulsion*) jusqu'à la théorie de l'absence complète d'effet, en passant par la conception des conséquences minimales ; à cela s'ajoute toutes les théories et études intermédiaires consacrées aux influences, utilisations et satisfactions en plusieurs étapes, à l'élaboration des programmes, à l'effet de renforcement, à la dissonance cognitive, à la spirale du silence, à la médiatisation de la politique, etc...² Nous savons par ailleurs que la perception des messages varie selon les destinataires : un contenu identique peut ainsi véhiculer des messages contradictoires. Enfin, et cet élément est loin d'être insignifiant, la société, les modèles de consommation médiatique et, tout particulièrement, les caractéristiques individuelles recèlent d'innombrables facteurs susceptibles d'influer sur les comportements et les penchants politiques des citoyens. C'est la raison pour laquelle il est extrêmement difficile d'isoler l'effet médiatique ou le contenu politique des médias qui permettrait de mesurer si, et si oui, comment ils influencent l'opinion publique ou plutôt le processus de formation et d'expression de l'opinion des citoyens. Les médias et la politique sont par ailleurs constamment en mouvement ou en transition, tant à l'échelon local que mondial, ce qui complique encore la formulation de conclusions cohérentes, fiables et générales sur la manière dont les médias et les campagnes politiques influent sur l'opinion publique et, plus précisément, ont une incidence sur le comportement électoral des individus. La compréhension des mécanismes de l'effet (à court et long terme) des médias sur l'électorat demeure une tâche complexe.

Il est cependant incontestable que le compte rendu journalistique de la politique, la couverture médiatique d'élections à venir et la stratégie des campagnes politiques influencent au moins d'une certaine manière et dans une certaine mesure une part importante de l'électorat, notamment les électeurs qualifiés d'*indécis*. On estime généralement que le parti politique qui remporte les élections est précisément celui qui a mené la meilleure campagne et/ou celui qui a été le plus ou le mieux soutenu par les médias durant la période préélectorale. Cette interprétation n'est cependant étayée par aucune preuve systématique.

Examinons à titre d'exemple la situation de la Belgique, et plus particulièrement de la Communauté flamande, au cours des dernières élections du 13 juin 2004. Celles-ci consistaient, comme dans d'autres pays, non seulement à élire les députés du Parlement européen, mais également en des élections nationales et régionales. De plus, les citoyens de la Communauté flamande étaient appelés ce même jour à élire un nouveau Parlement flamand.

Les résultats les plus frappants des élections de la Communauté flamande du 13 juin furent les près de 25 %³ - soit quasiment un million d'électeurs sur quatre - de voix en faveur du parti d'extrême droite, le *Vlaams Blok*, qui enregistra à cette occasion son meilleur score. Ce chiffre fut d'autant plus étonnant que la couverture médiatique du *Vlaams Blok* avait été extrêmement négative. Il s'agissait

1) Rappelons cependant le slogan anarchiste : "si les élections avaient une réelle incidence sur la séparation des pouvoirs dans la société, elles auraient été supprimées".

2) Pour une introduction générale à cette question, voir P. Norris et autres, *On Message. Communicating the Campaign*, Londres, Sage, 1999 et D. McQuail, *McQuail's Mass Communication Theory*, Londres, Sage, 2000.

3) Le *Vlaams Blok* obtint précisément 24,2 % des voix lors des élections du Parlement flamand.

par ailleurs d'un résultat atypique, dans la mesure où partout ailleurs en Europe les partis nationalistes d'extrême droite, comme le Front national de Jean-Marie Le Pen en France ou le FPÖ de Jörg Haider en Autriche, connaissaient un recul.

Le scrutin du 13 juin donna naissance à un débat sur le rôle des médias, auxquels était reprochée leur prétendue contribution au succès du *Vlaams Blok*, un parti imprégné d'idéologie néo-nazie et d'extrême droite, résolument hostile aux immigrés, porteur d'un discours étroitement nationaliste et intolérant et animé par la propagation de sa doctrine du *Eigen Volk Eerst*.

Au cours de la période électorale, le *Vlaams Blok* et certains de ses candidats avaient suscité les critiques et l'hostilité des médias. Le 21 avril 2004, après quatre ans de procédure, la cour d'appel de Gand avait conclu que le *Vlaams Blok* avait systématiquement et ouvertement incité à la discrimination et à la haine raciale dans un certain nombre de ses publications et publicités, notamment en diffamant, en humiliant et en criminalisant les immigrés originaires de Turquie et du Maroc. Trois personnes morales du *Vlaams Blok*⁴ avaient été condamnées pour leur participation à une organisation propageant systématiquement et ouvertement un discours discriminatoire et raciste. La condamnation du 21 avril 2004 fut la première jamais prononcée à l'encontre du *Vlaams Blok* en application de la loi relative à la lutte contre le racisme du 30 juillet 1981.⁵ Les médias suivirent avec attention l'arrêt de la cour d'appel de Gand et ses conséquences juridiques et politiques tout au long de la campagne électorale. Il apparaissait en effet évident que l'arrêt du 21 avril 2004 pouvait avoir de profondes répercussions sur le fonctionnement du *Vlaams Blok*, puisqu'il réduisait considérablement ses chances de prendre part à un gouvernement futur ; il n'était guère concevable qu'un autre parti politique se montre disposé à constituer une coalition avec un parti condamné pour incitation au racisme et à la discrimination.

Ce ne fut pas là le seul événement impliquant le *Vlaams Blok* au cours de la période préélectorale à susciter l'intérêt des médias. Plusieurs responsables politiques du *Vlaams Blok* durent en effet faire face à une couverture médiatique extrêmement négative peu de temps avant le jour des élections, le 13 juin 2004 : l'un de ses membres fut incarcéré pour trafic de drogue, un autre poursuivi pour avoir fait feu à l'aide d'une carabine sur le client d'un café et, pire encore, un candidat au Parlement flamand fut poursuivi pour avoir violemment battu sa femme dans un lieu public. Ces faits suscitèrent d'abondantes critiques de la part des médias, car le *Vlaams Blok* se montrait farouchement hostile au trafic de drogue, évoquait constamment l'augmentation inquiétante de la criminalité et prônait une conception plutôt conservatrice de l'institution du mariage.

Le *Vlaams Blok* a protesté contre le boycott des médias dont il était victime et s'en est plaint depuis de nombreuses années ; plusieurs signes indiquent en effet que certains journaux et radiodiffuseurs ne rendent pas compte (ou nettement moins) des activités ou de l'action politique du *Vlaams Blok* ou n'invitent pas (ou nettement moins) ses représentants ou députés à participer à des débats politiques ou des interviews.⁶ Celui-ci reproche aux médias de ne lui accorder d'attention que pour formuler une critique ou parler de façon négative de son programme, de son action ou de ses représentants. Il peut être intéressant de rappeler à ce propos qu'une étude scientifique récente a révélé que près de 75 % des journalistes de la Communauté flamande se situaient politiquement au centre gauche (avec une prépondérance de socialistes/sociaux-démocrates et d'écologistes), ce qui fournit au *Vlaams Blok* un argument supplémentaire pour se plaindre de sa sous-représentation dans les médias due, assure-t-il, à la sensibilité de gauche de la majorité des journalistes flamands.

Il convient de mentionner que l'organisme public de radiodiffusion, la VRT, a adopté en 2001 une série de lignes directrices internes intitulées "La VRT et la société démocratique", selon lesquelles ledit organisme public flamand de radiodiffusion ne saurait être un instrument de diffusion de déclarations ou d'opinions émanant d'organisations ou de partis politiques qui ne respectent pas les valeurs fondamentales de la démocratie et de la tolérance et qui incitent ouvertement à la haine et à la discrimination. Ces lignes directrices internes mentionnent expressément le *Vlaams Blok*, dont le programme et les options politiques sont en principe incompatibles avec la mission assignée à la VRT. Celle-ci consiste en effet également à "contribuer à la tolérance dans la société et à promouvoir les relations communautaires dans les sociétés pluriethniques et multiculturelles", selon les termes de la Déclaration de Prague, adoptée en 2000 par les ministres compétents des médias. L'application de ces lignes directrices empêche le *Vlaams Blok* et ses responsables politiques de faire des déclarations ou d'exprimer des opinions contraires à la mission de la VRT ou à la Déclaration de Prague. Il est indéniable

4) En tant que parti politique, le *Vlaams Blok* n'a aucune personnalité juridique. Ses députés bénéficient de l'immunité parlementaire.

5) Cour d'appel de Gand, 21 avril 2004, *Auteurs & Médias* 2004/2, 170. Voir également D. Voorhoof, "Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symbolwet", *TvMR (Tijdschrift voor Mensenrechten)* 2004/2, 9-11.

6) Voir le site web du *Vlaams Blok* : www.vlaamsblok.be

que les responsables politiques et les députés du *Vlaams Blok* au Parlement flamand sont sous-représentés dans les émissions politiques de la VRT ou y ont peu accès, en particulier dans les émissions où les représentants des partis sont invités à participer à des débats politiques.⁷ Depuis 2002, le Parlement flamand a supprimé l'obligation autrefois imposée à la VRT d'offrir un temps de parole aux partis représentés dans son hémicycle. L'abrogation du droit d'accès des partis politiques à la télévision publique a été vigoureusement critiquée par le *Vlaams Blok* et a été considérée par les autres partis comme une décision stratégique, destinée à "censurer" davantage le *Vlaams Blok* et à le couper des auditeurs et téléspectateurs d'émissions politiques.

Malgré cette couverture médiatique négative et son accès limité aux médias au cours des mois et des semaines qui ont précédé le jour du scrutin, le *Vlaams Blok* a réalisé son meilleur score électoral et est devenu le premier parti politique de la Communauté flamande.⁸

Le lendemain des élections, certains responsables politiques et journalistes ont expliqué cet impressionnant succès par le traitement prétendument trop amical réservé au *Vlaams Blok* par quelques médias, et en particulier la VRT, qui avaient donné l'occasion aux candidats dudit parti de participer à des émissions dites "d'info-divertissement" ou d'y être interviewés.

L'exemple du *Vlaams Blok* montre que la sous-représentation d'un parti politique dans les médias et l'hostilité à son égard de la plupart des journaux, publications et émissions radiodiffusées n'ont pas déterminé de manière décisive les résultats de celui-ci le jour des élections. Il est même parfaitement plausible que les règles et restrictions légales, ainsi que les lignes directrices internes, appliquées dans le cadre de la couverture médiatique du *Vlaams Blok* aient pu produire un effet pervers en plaçant ce dernier et ses candidats dans la position (avantageuse ?) de l'opprimé "censuré", privé en partie de sa liberté d'expression et critiqué par l'establishment (le gouvernement, la majorité parlementaire, le pouvoir judiciaire et ... les médias).

L'ensemble des règles et des restrictions légales applicables au compte rendu médiatique en période électorale a été élaboré en vue de créer une "situation équitable pour tous", afin d'accorder à l'ensemble des partis politiques concernés ou démocratiques un accès égal ou proportionnel aux médias et de leur assurer un traitement équitable et équilibré dans les compte rendus médiatiques, au nom du bon fonctionnement de la démocratie et du droit des citoyens à être convenablement informés.

Il est cependant indéniable que la législation et la réglementation applicables en matière d'expression politique, d'élections et de médias ne contribuent pas effectivement (ou proportionnellement), dans leur intégralité, à ces buts légitimes. Le présent article introductif a pour but d'ouvrir le débat sur la légitimité et la nécessité démocratique de certaines de ces restrictions et réglementations.

Les normes juridiques nationales et internationales en matière de liberté d'expression consentent généralement peu à imposer des restrictions au discours politique et soulignent énergiquement que leur portée doit être limitée. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme au regard de l'article 10 de la Convention a souligné à plusieurs reprises que "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".⁹

Il existe cependant un corpus législatif et réglementaire considérable et complexe, qui traite précisément du discours politique ou a une incidence directe ou indirecte sur la liberté d'expression des responsables et des partis politiques, ainsi que des médias, notamment durant les périodes préélectorales (*voir en annexe*).

En vue d'approfondir l'analyse de la pertinence, ou plutôt de la nécessité, dans une société démocratique, de certains types de règles et de restrictions applicables à l'expression politique, aux médias et aux élections, nous formulons ci-après une série de conclusions. Celles-ci concernent la publicité à caractère politique, le contrôle par les médias ou les services postaux de (la diffusion de) certains types de propagande politique, ainsi que le compte rendu des sondages d'opinion préélectorales (sondages sur les intentions de vote).

7) Voir D. Voorhoof et J. Debackere, "Nieuwsberichtgeving en de democratische rechtsstaat. De journalistieke opstelling in Vlaanderen tegenover racisme, discriminatie en extreemrechts", in D. Biltereyst et Y. Peeren (sous la direction de), *Nieuws, Democratie en Burgerschap*, Gand, Academia Press, 2003, 27-54.

8) La fraction politique la plus importante, composée des CD&V et NV-A, est le produit de la fusion de deux partis politiques.

9) Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Sürek n° 1 c. Turquie, 8 juillet 1999, paragraphe 61 ; Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Müslüm Gündüz, 4 décembre 2003, paragraphes 37-53 et récemment : Cour européenne des Droits de l'Homme, arrêt Hrico c. Slovaquie, 20 juillet 2004, paragraphe 40.

1. *Selon l'article 1, alinéa c, de la Directive 89/552/CE "Télévision sans frontières", la "publicité à caractère politique" télévisuelle ne constitue pas une publicité ; elle ne doit pas davantage être considérée comme un "discours commercial" au regard de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.*
2. *La Cour européenne des Droits de l'Homme considère l'interdiction complète de la publicité politique payante à la télévision comme une restriction légitime de la liberté d'expression, nécessaire dans une société démocratique. Cette situation est en contradiction avec l'autorisation de la publicité politique payante à la télévision dans certaines sociétés démocratiques où elle n'est pas (considérée comme) un danger pour la démocratie.*
3. *La publicité politique télévisuelle doit être limitée, mais non pas interdite, car une interdiction complète constituerait une restriction disproportionnée de la liberté d'expression.*
4. *Lorsque les candidats et les partis ont équitablement accès à un temps d'antenne pour la diffusion de publicités politiques gratuites durant les campagnes électorales, la nécessité d'une publicité politique payante se fait moins (ou ne se fait plus ?) sentir.*
5. *Une chaîne de télévision ne devrait refuser la diffusion d'une publicité à caractère politique au motif que le contenu en serait illicite, car l'appréciation dudit caractère illicite relève de la compétence du pouvoir judiciaire (ou de toute autre autorité compétente).*
6. *Les services postaux ne devraient pas être autorisés à refuser la diffusion d'imprimés ou de publicités politiques qu'ils jugeraient constitutifs d'une incitation au racisme, à la haine ou à l'infraction à toute autre loi, car l'appréciation de leur caractère illicite relève de la compétence du pouvoir judiciaire.*
7. *L'imposition, par la législation, d'une période de non-publication des sondages d'opinion préélectorales constitue une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention.*
8. *Il est impossible, dans la pratique, de contraindre les médias à publier des sondages d'opinion en se référant à un ensemble de caractéristiques propres aux sondages.*
9. *Au regard de l'article 10 de la Convention, le champ d'application limité des restrictions imposées au discours politique ne saurait aller de pair avec une marge d'appréciation importante accordée en la matière à des Etats membres désireux de légitimer leur ingérence dans la radiodiffusion politique et la publication de sondages d'opinion.*

ANNEXE

Expression politique

- Système politique
 - système proportionnel, seuil, élection législative/présidentielle
 - législation électorale
 - système des partis, nombre de partis politiques (représentés)
 - professionnalisme de la communication politique
- Système médiatique
 - médias publics/privés
 - presse, audiovisuel, Internet
 - autonomie éditoriale et professionnalisme journalistique
 - degré de pluralisme (interne/externe)
- Société civile/citoyens/consommateurs/marché
- Législation et réglementation

Catégories de législation et de réglementation concernées

- Droit constitutionnel
- Droit de la presse
- Droit de la radiodiffusion
- Droit publicitaire
- Droit pénal (diffamation, injure, vie privée)
- Droit civil (droits de la personnalité, honneur et réputation, vie privée)
- Législation relative aux sondages d'opinion ou aux sondages sur les intentions de vote
- Législation relative au financement des partis politiques
- Législation relative aux campagnes électorales
 - restrictions en matière financière (plafonnement des budgets de campagne)
 - restrictions en matière de temps
 - restrictions en matière de médias (presse, cinéma, radio et télévision, panneaux d'affichage, Internet, email)
- Droit de réponse
- Droit d'auteur
- Législation relative à la lutte contre la discrimination, droit de la concurrence, législation relative à la lutte contre la concentration
- Législation relative au respect de la vie privée et législation relative à la protection des données
- Ethique journalistique
- Formes d'autorégulation (médias, sondages d'opinion, politique)

Publicité politique

- Presse, journaux et publications
- Radios régionales et locales commerciales
- Télévisions régionales et locales commerciales
- Radiodiffusion publique
- Internet
- Téléphone et SMS
- Panneaux d'affichage
- Cinéma
- Auto-promotion des partis politiques

Radiodiffusion politique et publicité à caractère politique diffusée à la télévision (et à la radio)

- Emissions d'information et d'actualité et couverture impartiale, équitable et équilibrée
 - règles générales ou réglementation spécifique
 - définies par la législation ou les lignes directrices internes/éditoriales
 - différences entre radiodiffusion privée et publique
 - pourcentage minimal de temps d'antenne réservé à l'actualité et à l'information
- Emissions/débats politiques et accès égal
- Retransmission télévisuelle des séances parlementaires
- Publicité politique gratuite
 - attribution

- d'un accès égal ou proportionnel
- à l'ensemble des partis ou uniquement aux partis déjà représentés au parlement
- minimale pour les partis non représentés ?
- limitations de temps/quantité
- studios dotés des installations essentielles
- restrictions en matière de contenu ?
- Publicité politique payante
 - totalement interdite ou (il)limitée
 - dépenses (il)limitées de campagne
 - non discriminatoire : principe de l'égalité des chances
 - transparence des modalités d'accès et des tarifs
 - unité tarifaire réduite
 - limitation des dépenses par parti/candidat (plafonnement des dépenses)
 - durée minimale
 - clarté des indications (clauses limitatives de responsabilité)
 - période de non-diffusion (jour des élections ?)
 - restrictions en matière de contenu ?
- Communications gouvernementales
 - uniquement sur la radiodiffusion publique ?
 - limitations (période précédant les élections)
 - (absence de) droit de réponse de l'opposition
- Campagnes visant à discréditer l'opposition
 - dans la publicité politique
 - dans les médias
 - sur Internet
 - (aucune) nécessité d'une régulation ?
- Différents types
 - de messages des partis politiques
 - de candidats
 - de personnes non candidates soutenant un parti ou un candidat
 - de publicités portant sur un débat social/politique

Autres formats

- Vote à distance, vote en studio au cours d'une émission
- Info-divertissement (interviews légères, centres d'intérêt personnels, vie privée)
- Divertissement et jeux télévisés avec la participation de responsables politiques
 - interdiction pour les responsables politiques d'y participer (en période préélectorale) ?
- Organisation de pétitions, référendums et groupes de discussion sur les sites Web
- Formats de type "participez au test électoral"

Publication des sondages d'opinion

- Sondages d'opinion
- Sondages sur les intentions de vote
- Sondages à la sortie des urnes
 - aucun sondage à la sortie des urnes avant la fermeture des bureaux de vote ?
- Période de non-publication ?
- Contrôle qualité - label qualité
- Mode de publication des sondages : défini par la législation ou autorégulation (voir également www.esomar.org)
- Effet indésirable (pervers ?) de la publication des sondages sur la course au pouvoir ?

Qui supervise, contrôle ou sanctionne ?

- Contrôle juridictionnel
 - juridiction pénale
 - juridiction civile
 - juridiction commerciale
 - juridiction administrative
 - procédure en référé/injonctions
- Contrôle quasi-juridictionnel/instances indépendantes (autorités chargées de la régulation des médias)
- Instances d'autorégulation
- Parlement/gouvernement/partis politiques
- Efficacité des mécanismes de contrôle ?

Restrictions imposées à l'expression politique

Toby Mendel
ARTICLE 19

1. Introduction

Le présent article traite des restrictions imposées à l'expression politique, sujet dont la portée est pratiquement illimitée. L'auteur a supposé que ses lecteurs connaissaient assez bien les questions générales posées par ce thème, ainsi que le vaste cadre juridique applicable aux restrictions à la liberté d'expression. Il a choisi comme point de départ les garanties internationales de la liberté d'expression.¹

La première question à laquelle il convient de répondre, au moins aux fins du présent article, est la définition de l'expression politique, terme souvent employé mais rarement défini. L'auteur a adopté une approche générale de cette question, conforme à la manière dont les règles juridiques relatives à la liberté d'expression ont été développées, couvrant toute expression qui concerne des questions d'intérêt public.

Du fait de la très vaste portée du sujet concerné, le présent article se concentre sur quelques thèmes, tous en rapport avec l'expression politique mais pas nécessairement les uns avec les autres. L'on peut prendre pour acquis le fait que l'expression politique se trouve au cœur même d'un système démocratique de gouvernement et qu'elle mérite le niveau maximal de protection en vertu du droit international. Plusieurs décisions de tribunaux, à la fois internationaux et nationaux, l'attestent ; ce ne sera pas répété ici.

Une partie importante de cet article traite la question controversée de l'évolution des conceptions de la liberté d'expression, sujet qui peut également être étudié du point de vue de l'évolution des dangers menaçant la libre circulation des informations et des idées dans nos sociétés modernes. Alors que, traditionnellement, l'Etat, ou plus précisément le gouvernement, constituait la principale menace pour la liberté d'expression, dans de nombreuses sociétés modernes, il n'en va plus ainsi. Beaucoup considèrent désormais que le risque majeur provient de l'effondrement de l'espace public et des voix locales, ainsi que de la perte de diversité des médias, nonobstant l'augmentation massive des chaînes de radiodiffusion disponibles et l'apparition des nouveaux médias. Le présent article étudie également les derniers développements intervenus dans des domaines plus établis, tels que la loi sur la diffamation, la réglementation d'Internet et la protection de la vie privée.

2. Restrictions imposées à la liberté d'expression en vertu du droit international

Le droit international et la majorité des constitutions autorisent des restrictions limitées au droit à la liberté d'expression afin de protéger divers intérêts privés et publics. Lorsqu'il se trouve qu'une

¹ En fait, ces garanties incluent le nom de l'organisation pour laquelle l'auteur travaille, découlant de l'article 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies 217A(III), 10 décembre 1948.

mesure restreint, ou interfère avec, le droit à la liberté d'expression, le droit international prévoit un test strict, en trois parties, permettant d'évaluer la légitimité de la restriction. Ce test requiert que toute restriction (a) soit prévue par la loi ; (b) vise à protéger un intérêt public ou privé légitime ; et (c) soit nécessaire pour sécuriser cet intérêt.²

Etre "prévue par la loi" implique non seulement que la restriction soit basée sur le droit mais également que la loi applicable respecte certaines normes de clarté et d'accessibilité. Les intérêts légitimes pouvant justifier une restriction à la liberté d'expression sont répertoriés dans divers instruments législatifs ; ces listes ne sont pas illustratives mais plutôt exhaustives afin que toute mesure ne cherchant pas à protéger un intérêt répertorié ne soit pas déclarée légitime. Enfin, la troisième partie du test, l'exigence de nécessité, signifie que même lorsque des mesures cherchent à protéger un intérêt légitime, le gouvernement doit prouver qu'il existe un "besoin social impérieux" pour justifier ces mesures ; de plus, la restriction doit être proportionnée au but légitime poursuivi et les motifs qui l'accompagnent doivent être pertinents et suffisants.³

3. Portée de l'expression politique

Il est important de commencer par définir ce que couvre l'expression politique, au moins aux fins du présent article.

Cette question est cruciale en Australie où, bien que la liberté d'expression ne soit pas explicitement protégée par la Constitution, les tribunaux ont décidé que la liberté de communication politique est implicitement protégée comme faisant partie intégrante du système de gouvernement représentatif. Dans *Lange c. Australian Broadcasting Corporation*, la Haute Cour australienne a traité en détail la portée de cette protection, notant :

De plus, la conduite de la branche exécutive n'est pas limitée aux ministres et au service public. Elle couvre les affaires des autorités statutaires et des services publics qui sont obligés de rendre compte au corps législatif ou à un ministre responsable devant le corps législatif.⁴

Il existe un noyau incontournable de l'expression politique qui est de nature explicitement politique et qui n'a pas besoin d'être précisé. Les critiques des officiels élus et les commentaires sur des sujets spécifiquement politiques, par exemple, constituent, de manière évidente, un discours politique. Dans *Lingens c. Autriche*,⁵ le plaignant avait été déclaré coupable de diffamation à l'encontre d'un chancelier partant à la retraite. La Cour européenne des Droits de l'Homme a spécifiquement noté que l'expression contestée était d'ordre politique, type d'expression particulièrement important qui garantit une protection spéciale.

Un commentaire public sur une autorité publique, même s'il ne désigne pas spécifiquement un officiel élu, peut également, sans trop porter à controverse, être qualifié d'expression politique, bien que dans ce cas une conception plus large de l'expression politique s'applique.⁶ Dans *Castells c. Espagne*,⁷ le plaignant avait été condamné pour avoir critiqué les autorités espagnoles dans leur façon de traiter certains événements survenus au Pays basque. Une fois de plus, la Cour européenne a spécifiquement considéré que l'expression était de nature politique, impliquant, en conséquence, une référence à des questions de gouvernance.

Par contre, il est plus difficile de déterminer si l'expression concernant généralement des questions d'intérêt public ou d'intérêt général⁸ constitue une expression politique. L'arrêt *Bladet Tromso et Stensaas c. Norvège*, par exemple, traitait d'une affaire de diffamation basée sur une critique à l'encontre des chasseurs de phoques. Bien que les déclarations incriminées ne fussent pas politiques

2) Le test découle assez clairement du texte des garanties. Pour une élaboration du test par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, voir *Mukong c. Cameroun*, 21 juillet 1994, n° 458/1991, paragraphe 9.7. Ce test a également été élaboré à certains égards dans le contexte européen par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, requête n° 6538/74.

3) *Sunday Times c. Royaume-Uni, ibid.*, paragraphe 62. Ces normes ont été rappelées dans de multiples affaires.

4) (1997) 71 ALJR 818, p. 826.

5) 8 juillet 1986, requête n° 9815/82 (Cour européenne des Droits de l'Homme).

6) Les communications privées avec les autorités publiques au sujet de questions privées ne relèvent pas de l'expression politique, excepté pour certaines communications privées.

7) 23 avril 1992, requête n° 11798/85 (Cour européenne des Droits de l'Homme).

8) L'expression "questions d'intérêt public" doit être préférée car elle écarte les sujets qui, bien qu'intéressant le public, ne peuvent pas, pour des raisons juridiques, être considérés comme des questions d'intérêt public.

au sens strict du terme, la Cour européenne des Droits de l'Homme a estimé qu'un niveau de prudence plus élevé en ce qui concerne la restriction, analogue à celui appliqué aux critiques des officiels, devait être garanti en raison de la nécessité d'un débat ouvert au sein de la société sur de tels sujets :

La Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime.⁹

Aux fins du présent article, l'expression politique sera comprise comme incluant l'expression sur des questions d'intérêt public. Bien que celle-ci puisse ne pas être de nature spécifiquement politique, elle fait partie d'une catégorie de discours très proche englobant des questions de société ou publiques, plutôt que privées.

Une question plus difficile se pose par rapport aux types d'expression, comme les propos racistes, qui ne font pas partie de l'intérêt général légitime et peuvent même tomber dans une catégorie de discours que les Etats sont tenus d'interdire, en vertu du droit international. Il est suggéré que ces discours, même s'ils ne sont pas protégés par la garantie de la liberté d'expression, doivent néanmoins être considérés comme de l'expression politique. Il convient de noter que l'expression politique définit une catégorie de discours non pas par référence au fait qu'elle ne puisse pas être limitée, mais plutôt par référence au type de discours impliqué. La critique de la performance publique d'un politicien, même si elle est diffamatoire et illégale, reste sans aucun doute de l'expression politique. Les propos racistes font partie de la catégorie des discours relatifs aux problèmes de société, comme susmentionné. Ils peuvent également être politiques au sens plus limité d'une référence à des questions de gouvernance.

Une autre question de limite se pose par rapport à l'expression adressée à un officiel ou personnage public qui ne concerne pas la société, parce qu'elle a trait par exemple à sa vie privée. Il peut être difficile de tracer une ligne nette entre la vie publique et privée d'un politicien ou d'un officiel public. Au Royaume-Uni, par exemple, il a été demandé au Premier ministre Blair s'il avait fait administrer à ses propres enfants un certain vaccin, objet d'une promotion officielle, dans le cadre de la dénonciation de possibles risques pour la santé associés à ce vaccin. Le comportement des célébrités peut avoir d'importantes répercussions sur la société. Parfois, ces personnes servent de modèles pour des groupes entiers de la société et les informations concernant leur comportement en privé peuvent se retrouver en étroite relation avec ce fait.

4. Redéfinir les restrictions

Une règle juridique sera normalement comprise comme limitant la liberté d'expression si elle place des entraves quelconques à celle-ci. L'évaluation de la légitimité de la règle est ensuite soumise au test en trois parties susmentionné applicable aux restrictions.

Toutefois, dans certains cas, la règle peut être conçue pour promouvoir la liberté d'expression ou un certain aspect de ce droit. Par exemple, une règle qui impose aux radiodiffuseurs de diffuser des quotas minimaux de contenu local peut améliorer la liberté d'expression et, en particulier, le droit de recevoir des informations et des idées. En l'absence d'une telle règle, les radiodiffuseurs ont tendance à diffuser de grandes quantités de programmes étrangers pour diverses raisons, notamment parce qu'il est souvent moins cher d'acheter du contenu que de le produire soi-même. En conséquence, l'impact d'une règle sur le contenu local correctement formulée est de veiller à ce que les téléspectateurs et les auditeurs aient accès à des matériaux et informations produits au niveau local, ce qui représente un aspect important de la diversité.

La Charte africaine sur la radiodiffusion, adoptée lors d'une conférence organisée à Windhoek en mai 2001 par l'UNESCO et l'Institut des médias d'Afrique du Sud, a reconnu l'importance des règles sur les contenus locaux, dans les termes suivants :

Les radiodiffuseurs devraient être tenus de promouvoir et de développer les contenus locaux, qui devraient être définis pour inclure des contenus africains, notamment via l'introduction de quotas minimaux.¹⁰

9) 20 mai 1999, requête n° 21980/93, paragraphe 64.

10) Partie I.6.

Il existe plusieurs autres domaines dans lesquels ce qui peut être présenté comme une restriction à la liberté d'expression est en fait conçu pour promouvoir la libre circulation des informations et des idées. L'attribution de licences de radiodiffusion, nécessaire pour garantir une utilisation ordonnée des fréquences dans l'intérêt public, en est un exemple. Les règles conçues pour empêcher une concentration excessive de la propriété des médias en sont un autre exemple, ainsi que les règles limitant la publicité politique privée pendant les périodes électorales. Dans ces deux derniers cas, les règles sont promulguées pour empêcher que les voix disposant de la puissance commerciale ne deviennent dominantes.

On peut être tenté de classer ces types de règles sous la rubrique des mesures positives pour promouvoir la liberté d'expression, ce qui est superficiellement intéressant. Toutefois, une analyse plus approfondie montre que cette structure est à la fois inappropriée et inadéquate. Une règle limitant la publicité politique privée, par exemple, est difficilement qualifiable de mesure positive pour promouvoir la libre circulation des informations et des idées ; elle écarte spécifiquement certaines communications. Elle est plutôt conçue pour promouvoir une situation équitable, ce qui représente un objectif plutôt différent.

En outre, une telle classification ne saisit pas le raisonnement étayant ces mesures. Elles ne sont pas établies pour promouvoir davantage d'expression, bien que ceci puisse être défini, mais plutôt pour améliorer la qualité de l'expression disponible. Un marché des médias très concentré peut offrir un choix énorme en terme de nombres de chaînes de radiodiffusion et même de sujets et de styles. Cependant, il peut également faire l'objet d'interférences de la part des politiques et/ou du propriétaire, en conséquence de quoi la couverture de certaines questions politiques importantes peut être supprimée ou limitée, portant ainsi préjudice à la qualité des informations qui sont à la disposition du public.

Il semble que les mesures susmentionnées, alors qu'elles devraient être de nature positive, sont mieux comprises comme promouvant le droit de recevoir, plutôt que de transmettre, des informations et des idées. Il convient de noter que, très souvent, ces mesures limitent réellement le droit de transmettre des informations et des idées. En conséquence, elles dressent l'orateur contre l'auditeur, le modèle de droit privé de liberté d'expression contre un autre modèle qui cherche à préserver un espace d'expression publique, un paradigme traditionnel sans interférence contre un autre qui requiert une réglementation pour protéger le droit de recevoir.

Dans la plupart des cas, les restrictions à la liberté d'expression sont spécifiquement conçues pour promouvoir d'autres intérêts sociaux, tels que la vie privée, l'ordre public ou l'administration de la justice. Les mesures susmentionnées sont, au contraire, conçues pour promouvoir la liberté d'expression, ou plutôt un aspect, voire une conception, de ce droit et souvent aux dépens d'un autre. Cela ne signifie pas que de telles mesures ne puissent, si elles limitent également un autre aspect, ou peut-être une autre conception de la liberté d'expression, être considérées comme enfreignant ce droit.

La question reste de savoir comment la légitimité des mesures de ce type devrait être évaluée ou, plus concrètement, comment les tribunaux devraient déterminer si ces mesures enfreignent la garantie de la liberté d'expression. Les tribunaux examinent normalement si les mesures concernées interfèrent avec le droit à la liberté d'expression et, si c'est le cas, appliquent le test en trois parties. Généralement, les analyses insistent sur la dernière partie du test, à savoir si les mesures peuvent être justifiées comme étant nécessaires dans une société démocratique. On peut dire que la partie du test relative à la nécessité fonctionne comme une présomption en faveur de la protection du droit à la liberté d'expression.

Toutefois, cette présomption n'est pas appropriée lorsque l'intérêt légitime servi est en fait un droit de l'homme et en particulier lorsque ce droit est la liberté d'expression. Autrement dit, il n'est pas pertinent d'appliquer une analyse qui accorde automatiquement à une conception de la liberté d'expression la priorité sur une autre. Pour donner un exemple concret, les règles sur le contenu local peuvent être présentées comme limitant les droits des propriétaires de médias à communiquer librement les informations, tout en promouvant le droit du grand public à recevoir l'information. Le simple fait qu'un propriétaire n'accepte pas une telle règle ne signifie pas que sa réclamation soit automatiquement supérieure. Cependant, appliquer le test en trois parties à la mesure aboutirait exactement à ce résultat.

Une option offerte aux tribunaux consiste à commencer par évaluer si, en tenant compte de toutes les circonstances, les mesures concernées limitent, en fin de compte, la liberté d'expression. Pour reprendre l'exemple des règles sur le contenu local, un tribunal ayant à statuer sur une telle règle évaluerait si, finalement, la liberté d'expression a été favorisée ou gênée par cette mesure. S'il décide

que, dans l'ensemble, la liberté d'expression a été favorisée, la règle ne sera pas considérée comme une restriction et la remise en question sera rejetée. Si la liberté d'expression n'a pas été favorisée par la règle, elle sera soumise au test en trois parties.

D'un point de vue philosophique, ce procédé est évidemment supérieur à l'autre solution qui consiste à soumettre automatiquement au test en trois parties toutes les mesures promouvant le droit à recevoir des informations et des idées, et affecte même le droit de transmettre ces mêmes choses. Comme susmentionné, cela vaudrait présomption en faveur de la vision défendue par la personne qui remet en cause la règle.

En même temps, cette approche pose d'autres problèmes. Elle requiert des tribunaux qu'ils comparent des visions opposées de la liberté d'expression, ce qu'ils rechignent souvent à faire. On peut alors noter que les tribunaux internationaux, en particulier la Cour européenne des Droits de l'Homme, se sont montrés raisonnablement désireux de traiter la question des droits positifs dans des domaines tels que la vie de famille et la vie privée,¹¹ ils se sont montrés peu enthousiastes à l'idée de reconnaître le droit à recevoir des informations ou des idées comme aspect du droit à la liberté d'expression.¹² Peut-être est-ce dû au fait que les tribunaux ne souhaitent pas statuer sur la base de comparaisons philosophiques.

Deuxièmement, le risque existe pour l'approche susmentionnée, qui débouche parfois sur une situation dans laquelle l'application du test en trois parties est évitée, de conduire à une analyse superficielle ou sans scrupules, au détriment des droits de l'homme. D'autre part, peut-être que l'application de cette approche au fil du temps générerait des modèles analytiques structurés qui empêcheraient ce résultat.

On peut penser que, quels que soient les problèmes, les cours constitutionnelles et celles connaissant des droits de l'homme seront forcées à traiter cette question plus sérieusement à l'avenir. Des exemples de mesures qui assurent la promotion du droit à recevoir des informations, aux dépens apparents du droit à les transmettre, abondent dans les pays du monde entier et ils vont sûrement être remis en cause. En outre, ne pas arriver à apporter une protection appropriée au droit à recevoir aurait des conséquences qui sont de plus en plus évidentes. En fait, dans de nombreux pays, l'interférence gouvernementale n'est plus la principale menace à la libre circulation des informations et des idées. Ce sont plutôt les actions privées qui, entraînant par exemple une concentration excessive de la propriété, une relation trop proche entre les propriétaires de médias et les politiciens ou un sérieux déclin des voix locales dans les médias, posent le plus de problèmes.

5. Diffamation

L'une des restrictions les plus importantes imposées à la liberté d'expression politique est la loi sur la diffamation. Chaque pays reconnaît que la parole doit être limitée pour protéger les réputations mais, en même temps, si ces restrictions ne sont pas fixées avec précaution et précision, elles peuvent limiter excessivement le débat politique.

De nombreux groupes de médias et de liberté d'expression estiment que les lois pénales sur la diffamation enfreignent le droit à la liberté d'expression. Historiquement, de telles lois sont justifiées par l'étroite relation entre la protection des réputations et de l'ordre public. Comme l'a noté la Cour suprême du Canada en évoquant l'infraction de *Scandalum Magnatum* (datant de 1275), l'une des premières interdictions de la diffamation, celle-ci "visait à empêcher les déclarations fausses qui, dans une société dominée par des propriétaires terriens extrêmement puissants, risquaient de menacer la sécurité de l'État".¹³ On ne peut pas dire que cette justification de la diffamation pénale existe toujours de nos jours.

La diffamation ne devrait pas être couverte par le droit pénal pour deux raisons de principe. Premièrement, l'utilisation du droit pénal constitue un moyen disproportionné pour traiter le problème des attaques injustifiées portées à une réputation, et paralyse de manière inacceptable la liberté d'expression. C'est particulièrement le cas des déclarations politiques.

11) Voir, par exemple, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, requête n° 6289/73.

12) Voir, par exemple, *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, requête n° 9248/81 ; *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, requête n° 10454/83 ; *Guerra et Ors. c. Italie*, 19 février 1998, requête n° 14967/89 ; et *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, requêtes n° 21825/93 et 23414/94. Dans ces affaires, la Cour a reconnu en principe le droit à recevoir des informations comme aspect de la vie de famille ou privée, mais pas comme aspect du droit à la liberté d'expression.

13) *R. c. Keegstra* [1990] 2 SCR 697, p. 722.

Deuxièmement, les lois civiles sur la diffamation permettent à elles seules une réparation appropriée des atteintes portées à une réputation. L'expérience de plusieurs pays, y compris des pays à des étapes relativement peu avancées du développement économique et/ou démocratique, le prouve.¹⁴ Si les lois civiles constituent un recours efficace, elles doivent être préférées aux lois pénales sur la diffamation, car les restrictions à la liberté d'expression doivent être soigneusement conçues afin de limiter le moins possible ce droit.

Il est toutefois significatif que la Cour européenne des Droits de l'Homme ait refusé de reconnaître que les lois pénales sur la diffamation enfreignent, à elles seules, le droit à la liberté d'expression. En fait, dans quelques rares cas, elle a confirmé des condamnations au pénal pour diffamation¹⁵ tout en notant :

[L]a position dominante que le gouvernement occupe lui commande de témoigner de la retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias.¹⁶

Cependant, la récente Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe inclut la déclaration suivante :

La diffamation ou l'insulte par les médias ne devrait pas entraîner de peine de prison, sauf si cette peine est strictement nécessaire et proportionnée au regard de la gravité de la violation des droits ou de la réputation d'autrui, en particulier si d'autres droits fondamentaux ont été sérieusement violés à travers des déclarations diffamatoires ou insultantes dans les médias, comme le discours de haine.¹⁷

Elle va au-delà de la simple reconnaissance de la diffamation pénale, en prévoyant une peine de prison pour diffamation, même pour des déclarations politiques. Elle introduit également le concept de discours de haine, normalement traité en marge de la loi sur la diffamation.

D'autres organismes internationaux ayant autorité se sont montrés moins réticents à condamner les lois pénales sur la diffamation et la Cour inter-américaine des Droits de l'Homme a récemment statué sur une affaire importante à cet égard.¹⁸ ARTICLE 19 et plusieurs autres ONG l'ont identifié comme une question prioritaire.

La pratique internationale et comparative reconnaît de plus en plus souvent une défense spéciale pour les déclarations diffamatoires sur des questions d'intérêt public, même au regard des lois civiles sur la diffamation. Il est largement reconnu que les lois sur la diffamation qui condamnent les erreurs en rapport avec des déclarations de fait sur des questions d'intérêt public, quand bien même l'auteur aurait agi conformément aux normes professionnelles les plus strictes, ne peuvent pas être justifiées. Une règle stricte de cette nature sur la responsabilité est tout particulièrement intenable par les médias, dont le devoir est de satisfaire le droit du public à savoir et qui souvent ne peuvent pas attendre d'être absolument certains de la véracité de chaque fait avancé avant de publier ou de diffuser une information. Même les meilleurs journalistes font des erreurs honnêtes et les exposer au risque d'une punition pour chaque fausse allégation saperait l'intérêt public à recevoir des informations opportunes. A la place, les tribunaux internationaux et nationaux ont adopté une position d'équilibre plus appropriée entre le droit à la liberté d'expression et la bonne réputation en protégeant ceux qui ont agi raisonnablement,¹⁹ tout en permettant aux plaignants de poursuivre les auteurs. Aux fins du présent article, nous appellerons ce système la défense de nature raisonnable.

La Cour européenne, par exemple, a même estimé que punir des déclarations fausses et diffamatoires pouvait violer le droit à la liberté d'expression.²⁰ Dans ces affaires, la Cour a examiné toutes les circonstances et estimé que, en fin de compte, il était raisonnable de publier les déclarations. Bien

14) Les pays suivants ont aboli leurs lois pénales sur la diffamation sans répercussion visible en termes de modèles d'information par les médias : Ghana (2001), Sri Lanka (2002) et Ukraine (2001).

15) Voir par exemple, *Tammer c. Estonie*, 6 février 2001, requête n° 41205/98. Voir également *Panev c. Bulgarie*, 3 décembre 1997, requête n° 35125/97 (Commission européenne des Droits de l'Homme).

16) *Castells c. Espagne*, note 7, paragraphe 46.

17) Adoptée le 12 février 2004, principe VIII.

18) *Ulloa et Rohrmoser c. Costa Rica*, affaire n° 12.367. L'arrêt a été rendu en juillet 2004.

19) Différents tribunaux utilisent divers termes et expressions pour faire référence à la norme appropriée, y compris "diligence due", et parfois elle a été limitée à une exigence d'agir de bonne foi.

20) Voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, requête n° 21980/93 et *Dalban c. Roumanie*, 28 septembre 1999, requête n° 28114/95.

qu'elle n'ait pas utilisé l'expression "défense de nature raisonnable", son analyse est similaire à l'approche susmentionnée. Plusieurs tribunaux nationaux ont suivi cette approche.²¹

Aux Etats-Unis, la Cour suprême est allée encore plus loin, principalement de deux façons. Premièrement, en rapport avec des officiels publics et ensuite avec une gamme plus étendue de discours politique, la Cour a estimé que seules les déclarations faites en sachant qu'elles sont fausses, ou en ne tenant ouvertement pas compte de la vérité, pouvaient impliquer la responsabilité de leur auteur. Deuxièmement, la Cour a décidé que, dans ces affaires, la charge de la preuve incombait au plaignant pour prouver que les déclarations étaient fausses et faites en sachant qu'elles étaient fausses.²²

6. Vie privée

Un autre domaine de restriction imposée à l'expression politique est la loi sur la protection de la vie privée qui, si elle est interprétée d'une manière excessivement large, peut représenter un obstacle pour le journalisme d'investigation, y compris en rapport avec les sujets politiques.

Les tribunaux ont identifié quatre différents types d'intérêt en rapport avec la vie privée méritant d'être protégés : intrusion excessive dans la solitude d'autrui, appropriation du nom ou de la ressemblance d'autrui, publicité présentant autrui sous un angle biaisé et publicité excessive donnée à la vie privée d'autrui.²³ Aux fins du présent article, le plus important est la publicité excessive donnée à la vie privée.

Il est assez évident que, d'un point de vue global, les interdictions imposées à la publicité excessive donnée à la vie privée pourraient significativement saper la capacité des journalistes d'investigation à travailler de manière efficace. Imaginons, par exemple, à quel point il serait difficile d'enquêter pour savoir comment un officiel public percevant un salaire modeste a réussi à acheter une somptueuse maison ; après tout, les finances personnelles font clairement partie de la vie privée.

Le premier moyen par lequel les tribunaux ont cherché à contrer la portée autrement très étendue des règles sur la vie privée a été de déterminer si la publication pouvait être justifiée dans l'intérêt public. Bien qu'aucune définition claire de l'intérêt public n'ait été donnée, la jurisprudence fait état de plusieurs facteurs pertinents. Pour éviter un effet paralysant, l'intérêt public doit être défini de façon large afin que les journalistes et les rédacteurs ne soient pas contraints d'établir des distinctions trop détaillées, en conséquence de quoi le flux des informations importantes destinées au public serait diminué.

Dans plusieurs affaires françaises, les tribunaux ont estimé que toute personne, y compris les politiciens, a un droit absolu sur son image.²⁴ Il semble toutefois dans ces affaires que l'utilisation des images fût purement commerciale. Dans un autre cas, lorsque les images ont été utilisées dans le cadre d'une affaire concernant un photographe célèbre, engageant ainsi sans doute l'intérêt public, le tribunal a pris plus soigneusement compte des intérêts en concurrence. Pour estimer que les photographies prises alors que l'appelant était sur un yacht violaient son intérêt privé, le tribunal a noté que le bateau n'était pas dans un port ni à proximité d'une plage, en conséquence de quoi ses occupants pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que leur vie privée soit respectée.²⁵

Une affaire canadienne, *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.*, est née d'une plainte sur le droit d'un artiste à publier des photographies sans l'accord du sujet. Dans ce cas, la photographie montrait un jeune inconnu de 17 ans dans un lieu public. La Cour suprême, à sa majorité, a déclaré :

Le droit du public à l'information, soutenu par la liberté d'expression, impose des limites au droit au respect de la vie privée dans certaines circonstances. Ceci tient au fait que l'expectative

21) Voir, par exemple, *National Media Ltd c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (Cour suprême d'appel d'Afrique du Sud) ; *New York Times c. Sullivan*, 376 US 254, 279 (1964) (Cour suprême des Etats-Unis) ; *Rajagopal & Anor c. Etat de Tamil Nadu* [1994] 6 SCC 632 (Cour suprême d'Inde) ; *Theophanous c. Herald & Weekly Times Ltd* (1994) 124 ALR 1 (Haute Cour australienne) ; et *Reynolds c. Times Newspapers Ltd et autres*, [1999] 4 All ER 609 (Chambre des Lords).

22) *Ibid.*, *New York Times c. Sullivan*.

23) Voir, *Lake c. Wal-Mart-Stores Inc.*, 30 juillet 1998, Cour suprême du Minnesota, C7-97-263. Voir également, *Restatement (Second) of Torts*, § 652B-E (1977).

24) Voir *Pompidou c. L'Express*, 4 avril 1970, *Dorléac c. Sté Presse Office*, 14 mai 1975 et *Giscard d'Estaing c. M. Ways*, 15 octobre 1976, toutes jugées par la Cour d'appel de Paris.

25) *Schneider c. Sté Union Editions Modernes*, 5 juin 1979, Cour d'appel de Paris.

de vie privée est réduite dans certains cas... Une seule question se pose : c'est celle de la pondération des droits en cause. Il y a donc lieu de décider si le droit du public à l'information peut justifier la diffusion d'une photographie prise sans autorisation.²⁶

La Cour a indiqué plusieurs cas dans lesquels la liberté d'expression pouvait prévaloir, y compris lorsque le sujet est un personnage public ou quelqu'un "dont la réussite professionnelle dépend de l'opinion publique", lorsqu'une personne précédemment inconnue est amenée à jouer un rôle de premier plan ou lorsque la personne est accidentellement ou de façon accessoire incluse sur une photographie, par exemple dans une foule.²⁷ En ce qui concerne cette affaire, il aurait été relativement simple pour le photographe d'obtenir l'accord du sujet, ne fût-ce qu'en le payant, c'est pourquoi le droit au respect de la vie privée a prévalu.

Aux Etats-Unis, la norme communément appliquée dans ce contexte consiste à déterminer si l'information objet de la publication est d'un type qui (a) serait très préjudiciable pour une personne raisonnable et (b) ne concerne pas légitimement le public.²⁸

Une récente décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme, *Von Hannover c. Allemagne*, fixe plusieurs règles claires dans ce domaine. Cette affaire impliquait plusieurs photographies de la princesse Caroline de Monaco, par exemple à cheval, lors de vacances au ski et trébuchant sur quelque chose sur une plage privée. La Cour a déclaré :

Dans les affaires relatives à la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression dont la Cour a eu à connaître, elle a toujours mis l'accent sur la contribution que la parution de photos ou d'articles dans la presse apportait au débat d'intérêt général.²⁹

La Cour a également stipulé :

La Cour considère 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.³⁰

Les tribunaux nationaux avaient estimé que la princesse Caroline était une personnalité de l'histoire contemporaine "absolue" et qu'en conséquence elle n'avait pas de droit à la vie privée à moins de se trouver dans un lieu fermé, à l'écart du regard du public. Cette norme peut concerner des politiciens exerçant des fonctions officielles, mais n'était pas applicable dans cette affaire. Comme la Cour l'a noté eu égard à la plaignante, "l'intérêt du grand public et de la presse est basé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors qu'elle-même ne remplit pas de fonctions officielles".³¹

Il est intéressant de noter que la Cour a semblé être prête à laisser une large marge de manœuvre aux informations, même aux photos, qui apportaient leur contribution au débat sur une question d'intérêt public. L'absence totale d'une telle contribution dans le cas présent, représentée tout particulièrement par la photo de la princesse Caroline trébuchant sur la plage, a justifié la conclusion de la Cour.

7. Internet

L'une des caractéristiques distinctives les plus importantes d'Internet est sa nature globale. Une information transférée sur un ordinateur dans une petite chambre à Bishkek, par exemple, est immédiatement accessible dans le monde entier. Une fois que le matériau est téléchargé dans une juridiction, on ne peut plus faire grand chose, en particulier les petits éditeurs ayant des moyens limités, pour l'empêcher d'être téléchargé n'importe où ailleurs. C'est l'opposé des médias publiés et radiodiffusés, pour lesquels il existe sans doute un degré raisonnable de contrôle du lieu où les publications sont distribuées. Toutefois, il n'existe pas de règle généralement acceptée sur la question de la juridiction eu égard aux plaintes découlant des publications sur Internet.

26) *Aubry c. Éditions Vice-Versa Inc.* [1998] 1 SCR 591, paragraphes 57 et 61.

27) *Ibid.*, paragraphes 58-9.

28) *Lake c. Wal-Mart-Stores Inc.*, note 23.

29) 24 juin 2004, requête n° 59320/00, paragraphe 60.

30) *Ibid.*, paragraphe 63.

31) *Ibid.*, paragraphe 72.

Cela a donné lieu à des affaires inattendues. Récemment, la Haute Cour australienne a décidé qu'un homme d'affaires local de l'Etat de Victoria pouvait légitimement poursuivre Dow Jones pour diffamation en ligne, même si l'article traitait du marché américain des valeurs, avait été écrit par un journaliste américain à destination des Etats-Unis et avait été transféré sur un ordinateur situé dans le New Jersey. Le juge a estimé que "la publication a lieu au moment et au lieu où les contenus (sont) compris par le lecteur".³² Des affaires analogues ont été entendues en Allemagne et en France.³³

Selon le raisonnement de la Haute Cour australienne, tous ceux qui publient sur Internet doivent connaître (et respecter, sous peine de mise en cause de leur responsabilité) les lois sur la diffamation de tout Etat dans lequel une réputation peut être affectée par leurs déclarations. Cela s'applique, que ces lois soient ou non compatibles avec les normes internationales relatives à la liberté d'expression ou avec les lois sur la liberté d'expression applicables, dans le pays où l'éditeur est établi ou où le matériau est téléchargé. Cette situation est particulièrement onéreuse pour les millions "d'éditeurs" sur Internet y compris les particuliers et les petites organisations, qui ne peuvent absolument pas respecter les lois étrangères sur la diffamation.

Une situation similaire aurait été atteinte en vertu d'une réglementation concernant le choix de la loi pour les obligations non contractuelles (règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles)³⁴ actuellement développée au sein de la Commission européenne pour les pays de l'Union européenne. Dans ses commentaires concernant le projet de réglementation, ARTICLE 19 a estimé que la loi applicable aux publications sur Internet devrait être la loi du pays dans lequel le matériau a été transféré vers l'ordinateur qui l'héberge ou, en variante, la loi du pays dans lequel l'éditeur est établi. En conséquence, le rapport du Comité sur les affaires juridiques et le marché interne de l'Union européenne a proposé que la réglementation soit amendée pour tenir compte de ce point.

La position des fournisseurs d'accès Internet (FAI) et autres intermédiaires (par exemple, moteurs de recherche ou autres sites qui comprennent des "liens" vers du contenu hors de leurs propres sites) pose des questions distinctes. Les FAI jouent un rôle important en permettant aux utilisateurs d'accéder à Internet et, dans le cadre de ce rôle, transmettent du contenu via leurs systèmes et souvent hébergent du contenu publié par leurs abonnés sur des sites web. C'est pourquoi ils ont été comparés à des éditeurs de livres et sont, dans certains pays, considérés comme étant légalement responsables de tout matériau qu'ils hébergent.

Cela pose de graves problèmes pour des raisons assez évidentes. Héberger un site web ne revient pas à publier un livre. Il est globalement impossible pour les FAI de faire la police sur leurs sites et, contrairement aux éditeurs classiques, ils n'ont pas d'intérêt financier ou autre eu égard au contenu des sites web hébergés.³⁵

Le Conseil de l'Europe a récemment adopté une Déclaration sur la liberté de communication sur Internet³⁶ qui indique que les intermédiaires ne peuvent être tenus pour responsables uniquement parce qu'ils assurent un accès à court terme au contenu qui circule via leur service :

Les Etats membres devraient veiller à ce que les fournisseurs de services ne soient pas tenus responsables des contenus diffusés sur l'Internet lorsque leur fonction se limite, selon la législation nationale, à transmettre des informations ou à donner accès à l'Internet.³⁷

En termes de responsabilité eu égard aux sites web hébergés et autres systèmes de stockage de contenu plus permanents, la Déclaration du Conseil de l'Europe établit la responsabilité des fournisseurs de services lorsque le matériau est illégal et lorsque le fournisseur ne supprime pas ce contenu après avoir "pris connaissance" de sa présence.³⁸ Une politique similaire est proposée dans la "Directive sur le commerce électronique" de la Communauté européenne.³⁹ Toutefois, la Déclaration

32) *Gutnick c. Dow Jones* [22] HCA56.

33) Par exemple, voir *The People c. Felix Somm*, 17 novembre 1999, dossier n° 20 Ns 465 Js 173158/95 (tribunal régional de Munich); *UEJF et Licra c. Yahoo!*, 20 novembre 2000, n° 00/05308 (Tribunal de Grande Instance de Paris).

34) Bruxelles, 22. juillet 2003 Com (2003) 427 final 2003/0168 (COD).

35) Ils perçoivent de l'argent pour l'utilisation de ce service, mais cela n'a pas de rapport avec le contenu réellement stocké, contrairement aux éditeurs qui dépendent évidemment de la publication d'ouvrages populaires.

36) Adoptée le 28 mai 2003.

37) Principe 6.

38) *Ibid.*

39) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), articles 12-15. Voir également *Godfrey c. Demon Internet Ltd* [1999] 4 All ER 342 et *Venables et Thompson c. News Group Newspapers Ltd.*, 10 juillet 2001, QB (pas encore publié).

insiste sur le fait qu'elle n'impose aucune obligation quelle qu'elle soit aux fournisseurs de services de "faire la police" sur leurs serveurs, ce qui leur serait de toute façon relativement impossible :

Les Etats membres ne devraient pas imposer aux fournisseurs de services l'obligation générale de surveiller les contenus diffusés sur l'Internet auxquels ils donnent accès, qu'ils transmettent ou qu'ils stockent, ni celle de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.⁴⁰

La Déclaration insiste également sur le fait que le contenu ne doit pas être supprimé à la légère :

En définissant, dans le droit national, les obligations des fournisseurs de services telles qu'énoncées au paragraphe précédent, une attention particulière doit être portée au respect de la liberté d'expression de ceux qui sont à l'origine de la mise à disposition des informations, ainsi que du droit correspondant des usagers à l'information.⁴¹

La Note explicative à la Déclaration précise qu'on ne peut pas s'attendre à ce que les FAI agissent et retirent du contenu après avoir reçu une seule plainte, ni même quelques plaintes. Cela mettrait gravement en danger, par exemple, le droit d'un particulier à publier un matériau qui, bien qu'il puisse offenser de nombreuses personnes, est parfaitement légal. Elle indique :

Les Etats membres devraient cependant rester prudents quant à la mise en cause de la responsabilité des fournisseurs de services qui n'ont pas recours à de telles notifications [pour retirer du matériau]. Les questions concernant l'illégalité de certains contenus sont souvent complexes, et relèvent plutôt des tribunaux. Il peut être dangereux du point de vue de la liberté d'expression et d'information que les fournisseurs de services suppriment trop rapidement un contenu après réception d'une plainte. Un contenu parfaitement légitime pourrait ainsi être supprimé par crainte de voir sa responsabilité juridique mise en cause.⁴²

8. L'application des restrictions

Enfin, nous traiterons de la manière dont les restrictions sont appliquées dans la pratique. La différence est grande entre une sanction pénale et une sanction civile, comme l'indique clairement la discussion précédente au sujet de la diffamation. Et la différence entre les règles légalement obligatoires et les règles d'autorégulation est au moins aussi importante.

Il convient de noter que la garantie de la liberté d'expression s'applique aux sanctions, ainsi qu'aux restrictions primaires, afin que des sanctions excessivement dures ou disproportionnées enfreignent, d'elles-mêmes, le droit à la liberté d'expression.⁴³ En conséquence, la garantie de la liberté d'expression requiert que les Etats imposent la forme la moins paralysante de sanction mais qui protège de manière appropriée l'intérêt légitime concerné.

En général, les mesures d'autorégulation sont les moins intrusives et ainsi doivent être encouragées, au moins lorsqu'elles sont réalistes, au sens où la communauté des médias a mis en place ou est capable de mettre en place un système d'autorégulation efficace. Un tel système présente plusieurs avantages. Il entraîne normalement des sanctions qui limitent moins la liberté d'expression tout en étant efficaces pour réparer les préjudices. La sanction la plus commune des systèmes d'autorégulation, l'exigence de reconnaître et de corriger une erreur, est certainement nettement moins intrusive que les grosses sommes si souvent accordées par les tribunaux au titre de dommages-intérêts. Comme la Cour suprême d'Afrique du Sud l'a si bien indiqué : "[R]ien ne peut être plus paralysant que la perspective d'être condamné à verser des dommages-intérêts".⁴⁴

En outre, et c'est peut-être encore plus important, les mesures d'autorégulation peuvent traiter de manière plus appropriée et efficace les subtiles questions qui sont souvent posées lorsque l'expression politique est remise en question. Dans de nombreux cas, une telle attitude pose de difficiles questions et, alors, il est plus important de préciser les limites professionnelles acceptables que de donner raison

40) Déclaration sur la liberté de la Communication sur Internet, note 36, Principe 6.

41) *Ibid.*

42) *Ibid.*, note explicative, p. 11.

43) Voir, par exemple, *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, requête n° 18139/91 (Cour européenne des Droits de l'Homme).

44) *National Media Ltd c. Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196, p. 1210.

ou tort à un média ou à un journaliste. En outre, un système d'autorégulation peut sanctionner l'expression dans des situations où une interdiction légale formelle constituerait une violation du droit à la liberté d'expression. Il représente en conséquence un moyen nettement plus subtil de traiter les remises en question de l'expression politique.

9. Conclusion

Dans notre monde moderne, des défis majeurs pour la libre circulation des informations et des idées sont de plus en plus souvent posés par des sources non officielles, ou à tout le moins indirectement par des sources officielles. Cela ne signifie pas que les gouvernements ne constituent plus une menace, ce qui est malheureusement bien loin d'être vrai dans de nombreuses régions du monde, mais plutôt que de nouveaux défis apparaissent.

Une partie importante de la solution à ces défis pourrait consister à apporter une plus grande protection au droit à recevoir des informations et des idées, y compris en réglementant les marchés des médias commerciaux. Bien que l'on puisse avancer que le droit à la liberté d'expression exige de telles mesures, elles seront sans aucun doute remises en cause par certains en tant que restrictions illégitimes imposées à ce droit primordial. A un certain niveau, les tribunaux devant faire face à ces défis ne pourront plus les résoudre qu'en ayant recours aux compréhensions conceptuelles de la nature de la liberté d'expression. A la base de ces défis se trouve la question de savoir si, en prenant tout en compte, les mesures limitent ou favorisent la liberté d'expression.

Dans plusieurs autres domaines, un consensus international est en train d'émerger sur les limites des restrictions acceptables imposées à l'expression politique. Il est de plus en plus souvent admis que les lois pénales sur la diffamation sont illégitimes et que de nouvelles défenses pour les plaintes civiles en diffamation sont nécessaires pour permettre aux médias d'informer le public d'une manière exhaustive et opportune. Les règles sur le respect de la vie privée changent également car il est de plus en plus reconnu que l'intérêt public global peut effectivement faire mieux que les intérêts privés. Des règles spéciales sont nécessaires pour Internet, dont les acteurs ne peuvent être traités simplement comme des éditeurs ou des radiodiffuseurs. En particulier, la nature globale d'Internet lance des défis juridictionnels uniques, alors que le rôle technique des fournisseurs de services implique qu'ils devraient bénéficier d'une certaine protection contre la responsabilité concernant le contenu qu'ils hébergent.

Cet article essaie de proposer des solutions aux problèmes qui accompagnent toujours la liberté d'expression tout en reconnaissant qu'il existe souvent des intérêts légitimes en balance. Il ne fait aucun doute que l'on tend globalement vers une plus grande reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression, en particulier de l'expression politique. La raison à cela semble évidente : l'importance de la liberté du discours politique a souvent été nettement sous-évaluée par le passé et les tendances mentionnées dans les présentes sont un moyen pour y remédier.

Le Conseil de l'Europe et la liberté du débat politique

Páll Thórhallsson
Division Média, DG II,
Conseil de l'Europe

1. Introduction

La protection de la liberté du débat politique est considérée comme étant fondamentale dans le système du Conseil de l'Europe. Le débat politique libre est au coeur de la notion de liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, mais c'est aussi l'un des fondements d'une société véritablement démocratique.

La problématique est abordée de différents angles par le Conseil de l'Europe et elle concerne plusieurs organes de l'organisation, surtout la Cour européenne des Droits de l'Homme qui, en appliquant la Convention européenne des Droits de l'Homme, fixe les limites de la liberté de débat politique et de l'intervention de l'Etat ou d'un parti tiers. Plusieurs instruments juridiques, contraignants et non contraignants, sont pertinents en la matière : le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité (qui contient des dispositions sur les discours racistes et xénophobes diffusés sur Internet), la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des ministres relative aux mesures concernant la couverture de campagnes électorales par les médias et la Déclaration du Comité des Ministres sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée en 2004. La décision de préparer cette dernière fut prise en 1998 suite à un exercice de surveillance mené par le Comité des Ministres dans le domaine de la liberté d'expression et d'information qui avait révélé que des journalistes étaient persécutés dans plusieurs Etats membres pour avoir critiqué des personnalités politiques ou les autorités publiques. A travers sa Déclaration, le Conseil de l'Europe souhaitait envoyer un signal politique fort condamnant ces pratiques et réaffirmer son attachement à une valeur aussi fondamentale que le débat politique libre.

Par le biais des différentes activités qu'il met en œuvre, le Conseil de l'Europe aide les Etats membres à mettre leur législation en conformité avec ses normes. Ses experts ont ainsi procédé à un examen approfondi de la législation relative aux médias dans la plupart des Etats qui ont récemment rejoint l'organisation, qu'il s'agisse de dispositions constitutionnelles sur la liberté d'expression, de la législation relative à la radiodiffusion ou à la presse, ou de dispositions pénales sur la diffamation et l'insulte. Cet examen a eu pour but, entre autres, d'adapter la législation aux normes européennes afin de créer les conditions propices à un débat politique libre. Le Conseil de l'Europe dispense en outre une formation aux fonctionnaires, y compris aux juges et aux procureurs, afin de les sensibiliser à ces normes. Il essaie aussi de rendre plus rigoureuse l'éthique professionnelle des médias pour les encourager à assumer un rôle de "chien de garde" public et à servir de plateforme de débat politique.

Qu'entend-on par débat politique libre ? Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des Droits de l'Homme livre quelques éléments de réponse intéressants. Selon elle, il s'agit d'un débat où la liberté d'expression est en jeu, indépendamment de la nature politique, culturelle, économique, professionnelle, commerciale ou artistique de l'information communiquée publiquement. Mais il s'agit surtout

de protéger le discours politique, car “des élections libres et la liberté d’expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l’assise de tout régime démocratique”.¹

Si la Cour emploie parfois de manière interchangeable le terme “débat politique” et l’expression “débat sur des questions d’intérêt général”, elle a tenu bon face aux tentatives des gouvernements d’atténuer la portée de certains éléments clés de l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme, qui bénéficie de la protection la plus étendue.²

En principe, “toute personne, physique ou morale”,³ jouit de la liberté d’expression, y compris les fonctionnaires, nonobstant leur devoir de réserve,⁴ et même les soldats, car la liberté d’expression “ne s’arrête pas aux portes des casernes”.⁵ La Cour relève que la liberté d’expression revêt une importance particulière pour les personnalités politiques : “Un adversaire des idées et positions officielles doit pouvoir trouver sa place dans l’arène politique. Précieuse pour chacun, la liberté d’expression l’est tout particulièrement pour un élu du peuple [...]. Partant, des ingérences dans [sa] liberté d’expression [...] commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts.”⁶

Il n’y a pas lieu de s’étendre ici sur le rôle fondamental de la presse comme moteur du débat public sur des questions générales, y compris politiques : l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme autorise ainsi les journalistes à taire leurs sources d’information. Privés d’un tel droit, ces derniers ne disposeraient que d’un accès limité à l’information et le débat public serait moins éclairé.

La notion de débat politique implique un échange de vues sur des questions politiques et les problèmes de la société, mais aussi une discussion sur les différentes réponses qui peuvent y être apportées. Elle implique un débat ouvert sur l’action du gouvernement et de ceux qui gouvernent, mais également sur le rôle de l’opposition et de tous ceux qui souhaitent un jour prendre les rênes du pouvoir. Ce débat doit être mené sans tabous dans toutes les couches de la société et pas uniquement entre parlementaires ou membres de l’élite. Sa finalité est d’avoir un impact sur la politique. Il doit aider les électeurs à choisir leurs élus et obliger ceux-ci à respecter leurs engagements après les élections.

Aujourd’hui, la liberté du débat politique est malmenée en Europe. Certaines personnalités politiques au pouvoir tentent d’étouffer le débat d’idées. Les exemples de manipulation de l’opinion publique sont nombreux, surtout avant des élections ou lorsque les autorités de certains pays craignent de perdre le soutien de l’opinion.

De plus en plus souvent, la lutte contre le terrorisme est mise en avant pour justifier les ingérences dans le débat politique. Les autorités de certains pays ne tolèrent pas que les médias passent au crible les actions qu’elles ont engagées (et les abus qu’elles ont parfois commis) dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Souvent, les médias subissent des pressions pour prendre le parti des autorités dans leur lutte contre l’“ennemi”. Un tel climat ne favorise pas un débat désinhibé.

Dans certains pays, des sujets tels que la corruption sont devenus à ce point “tabous” que les journalistes ne peuvent les évoquer sans mettre leur vie en péril. Dans d’autres, on assiste à une instrumentalisation croissante des médias, qui servent désormais à promouvoir les intérêts des “puissants” de la société. De nos jours, ce ne sont plus les partis politiques, mais les “rois des affaires” qui misent sur le contrôle des médias pour défendre leurs intérêts.

Enfin, les dernières élections européennes témoignent de manière saisissante de la lassitude et du désintérêt croissants qu’inspire au public la politique traditionnelle. Cette tendance aura très certainement un impact sur notre perception de la valeur du débat politique.

Après cette longue introduction, penchons-nous de plus près sur les obligations qui incombent aux autorités publiques, à commencer par celle de s’abstenir de toute intervention : il s’agit d’une

1) *Bowman c. le Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 19 février 1998.

2) Voir par exemple *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 25 juin 1992, et *Fressoz et Roire c. France*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 21 janvier 1999. Voir aussi *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 28 juin 2001: “[...] il y a lieu en l’espèce de relativiser l’ampleur de la marge d’appréciation, puisque l’enjeu portait non pas sur les intérêts strictement “commerciaux” de tel individu mais sur sa participation à un débat touchant à l’intérêt général.”

3) *Autronic SA c. Suisse*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 22 mai 1990.

4) *Vogt c. Allemagne*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 26 septembre 1995.

5) *Grigoriades c. Grèce*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 25 novembre 1997.

6) *Piemont c. France*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l’Homme du 26 avril 1995.

obligation négative (2). Ensuite, nous essayerons de déterminer s'il existe une obligation positive, destinée à créer les conditions propices à un débat libre et informé permettant à terme de rétablir la confiance entre la classe politique et les citoyens. Enfin, nous tenterons de déterminer ce qu'une telle obligation pourrait impliquer (3).

2. L'obligation négative : L'Etat ne devrait pas s'ingérer dans la liberté d'expression politique

La liberté d'expression connaît bien évidemment des limites. Lorsqu'ils définissent ces limites, les Etats membres ont une marge d'appréciation qui varie selon les motifs justifiant la restriction en question. Cependant, pour reprendre les termes employés par la Cour européenne des Droits de l'Homme, il n'y a "[...] guère de place [...] pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général".⁷

La nécessité de restreindre la liberté d'expression "doit se trouver établie de manière convaincante, particulièrement si la nature du discours est politique plutôt que commerciale [...]".⁸

2.1 La législation en matière de diffamation devrait être appliquée de manière restrictive

Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des Droits de l'Homme a formulé des conditions préalables à l'application de la législation en matière de diffamation. Celles-ci laissent suffisamment de place à la liberté d'expression, y compris politique.

Lorsqu'ils appliquent cette législation, les Etats membres, surtout leurs juridictions, sont tenus de distinguer entre les jugements de valeur et les déclarations factuelles. De plus, les juridictions doivent reconnaître l'excuse de bonne foi et prononcer des sanctions proportionnelles au délit.

Plusieurs organisations non gouvernementales dont les activités portent sur la liberté d'expression militent pour la dépénalisation de la diffamation en Europe. Quelle est, à cet égard, la position du Conseil de l'Europe ? Pour répondre à cette question, il faut s'interroger sur l'objectif poursuivi : est-il de rayer la diffamation, l'insulte et les délits connexes du Code pénal ou simplement d'abolir les peines d'emprisonnement prévues lorsqu'il y a abus de la liberté d'expression ? S'agissant de la première question, les positions ne sont pas claires. En effet, il pourrait s'avérer contradictoire de défendre la dépénalisation alors même que le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité – qui est un texte adopté par le Conseil de l'Europe – contient des dispositions aux termes desquelles les Etats contractants à la Convention acceptent de qualifier certains types de discours de délit et de les punir comme tels. Les actes visés par la Convention sont la "diffusion de matériel raciste et xénophobe", la "menace avec une motivation raciste ou xénophobe", l'"insulte avec une motivation raciste ou xénophobe", la "négation, minimisation grossière, approbation ou justification du génocide ou des crimes contre l'humanité", toujours par le biais d'un système informatique. Certes, le Protocole additionnel ne traite pas la diffamation, mais parfois la frontière n'est pas très nette et dans des cas extrêmes de diffamation les dispositions du Protocole additionnel peuvent s'appliquer.

Par ailleurs, la dépénalisation de certains délits peut ne pas aboutir aux résultats escomptés. Bien que les sanctions pénales aient un effet plus dissuasif qu'un recours civil, ce dernier s'avère souvent tout aussi coûteux pour le défendeur. Pour une entreprise médiatique, peu importe qu'elle ait à payer une amende à l'Etat ou des dommages et intérêts au demandeur.

En outre, rien ne laissait entrevoir que la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, récemment adoptée, propagerait l'idée de la dépénalisation de la diffamation. La diffamation reste un délit dans la plupart des Etats membres du Conseil de l'Europe⁹ et la Cour européenne des Droits de l'Homme a clairement affirmé que la décision d'appliquer ou non des mesures pénales relevait de leur compétence.¹⁰

7) *Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 novembre 1996.

8) *VGT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 juin 2001.

9) Voir "Aperçu des législations nationales en matière de diffamation et d'injure", compilé par la Division Média, DG II, Conseil de l'Europe, 2003, consultable à l'adresse : http://www.coe.int/T/E/Droits_de_l'Homme/Media/5_Ressources_documentaires/2_Documentation_thematique/Liberte_d'expression/default.asp#TopOfPage

10) *Castells c. Spain*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 25 juin 1992.

En ce qui concerne la deuxième question, la jurisprudence de la Cour suggère que dans la pratique une peine d'emprisonnement ne sera jamais jugée conforme aux exigences de proportionnalité de l'article 10 dans une affaire touchant la liberté d'expression. Dans sa Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias adoptée en 2004, le Comité des Ministres fait une distinction extrêmement précise : "La diffamation ou l'insulte par les médias ne devrait pas entraîner de peine de prison, sauf si cette peine est strictement nécessaire et proportionnée au regard de la gravité de la violation des droits ou de la réputation d'autrui, en particulier si d'autres droits fondamentaux ont été sérieusement violés à travers des déclarations diffamatoires ou insultantes dans les médias, comme le discours de haine (principe VIII)."

Cette formulation de compromis masque le fait que tous les Etats membres n'étaient pas prêts à abandonner la possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement dans les cas les plus extrêmes de déclarations diffamatoires ou racistes. Cependant, ces mesures sont très rarement appliquées et restent réservées aux attaques verbales les plus choquantes et les plus virulentes, par exemple lorsque les propos constituent un discours de haine.

De plus, la Cour européenne des Droits de l'Homme a mis au point ce que l'on pourrait appeler un système graduel de protection qui fonctionne et qui peut être résumé ainsi : qui se plaint de quel type de violation ? Cette approche nuancée permet de ménager à la fois l'intérêt de la société à voir émerger un débat public vigoureux et les droits de l'individu. La protection s'étend d'abord aux particuliers, puis de manière décroissante aux fonctionnaires, aux personnalités politiques et enfin à l'Etat ou au gouvernement en tant que tels.¹¹

Lors de l'élaboration de la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, un des points les plus délicats à traiter était de savoir si l'on pouvait justifier la protection pénale de la réputation ou de la dignité d'institutions de l'Etat comme le président ou le parlement. De telles dispositions figurent toujours dans plusieurs législations nationales. Les 45 Etats membres du Conseil de l'Europe n'ont pas réussi à s'entendre sur leur abolition,¹² mais ils ont fini par se mettre d'accord sur le compromis suivant : "L'Etat, le gouvernement ou tout autre organe des pouvoirs exécutif, législatif ou judiciaire peuvent faire l'objet de critiques dans les médias. En raison de leur position dominante, ces institutions ne devraient pas être protégées en tant que telles par le droit pénal contre les déclarations diffamatoires ou insultantes. Lorsque ces institutions bénéficient toutefois d'une telle protection, cette protection devrait être appliquée de façon très restrictive en évitant, dans tous les cas, qu'elle puisse être utilisée pour restreindre la liberté de critique. Les personnes représentant ces institutions restent par ailleurs protégées en tant qu'individus. (principe II)"

2.2 Quelles sont les limites ?

Même la liberté de participation à un véritable débat politique connaît des limites. Ainsi, elle n'inclut pas la liberté d'exprimer des opinions racistes ou des opinions qui **incitent à la haine, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toute forme d'intolérance**.¹³ "[E]n cas de conflit et de tension", les médias ne doivent pas devenir "un support de diffusion de discours de haine et d'incitation à la violence".¹⁴ En outre, la **lutte contre le terrorisme** peut justifier l'interdiction opposée à des

11) Pour citer l'affaire *Oberschlick c. Autriche* (No. 2), arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 1er juillet 1997 : "Quant aux limites de la critique admissible, elles sont plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier. L'homme politique s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes, tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et doit montrer une plus grande tolérance [...]. Il a certes droit à voir protéger sa réputation, même en dehors du cadre de sa vie privée, mais les impératifs de cette protection doivent être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques."

12) Voir le 60e rapport de réunion du Comité directeur sur les moyens de communication de masse (CDMM), consultable à l'adresse www.coe.int/media. Lors des travaux préparatoires du projet de Déclaration, l'argument en faveur de la protection pénale des institutions de l'Etat a été résumé ainsi : "Dans la pratique, il ne sera pas toujours possible d'opérer une distinction entre des déclarations visant des institutions et des déclarations visant la personnalité qui la représente. De plus, bien que l'on puisse attendre d'une institution et de l'individu qui la représente qu'ils acceptent que leur action soit jugée plus sévèrement dans le contexte du débat politique, il n'y a [...] aucune raison qu'ils soient exclus de la protection générale conférée par le Code pénal en cas de diffamation ou d'insulte. Par leur nature même, les débats politiques dans les médias entraînent une diffusion plus large des propos diffamatoires par rapport aux déclarations échangées entre citoyens normaux. Ces propos peuvent donc s'avérer particulièrement nuisibles pour la personne concernée. Il faut également souligner que la protection pénale conférée à cet égard contribue à rendre le débat politique plus digne, plus décent et plus objectif, participant ainsi de l'émergence d'un climat politique sain [traduction libre]". Avis formulé par le Bureau du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) sur le projet de Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, document CDMM (2002) 4.

13) Préambule de la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias.

14) *Surek c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 8 juillet 1999.

organisations terroristes d'utiliser les médias pour diffuser leur idéologie et recruter de nouveaux membres.¹⁵

Un **acteur de la vie politique** est en droit de bénéficier d'une plus grande liberté de parole qu'une personne dont les activités sont étrangères à la politique : "La Cour observe cependant que le requérant s'exprimait en sa qualité de dirigeant syndical, dans le cadre de son rôle d'acteur de la vie politique turque, et que l'article dont il est question, malgré sa virulence, n'incite ni à l'usage de la violence, ni à la résistance armée, ni au soulèvement".¹⁶

L'importance de préserver la **confiance des citoyens dans la justice** peut également se révéler pertinente : "Il convient cependant de tenir compte de la mission particulière du pouvoir judiciaire dans la société. Comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un Etat de droit, son action a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer. Aussi peut-il s'avérer nécessaire de protéger celle-ci contre des attaques destructrices dénuées de fondement sérieux, alors surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir".¹⁷ Dans un autre arrêt, la Cour a considéré que des déclarations étaient protégées car elles ne représentaient pas une "attaque personnelle gratuite".¹⁸

S'agissant de la **protection de la vie privée**, le principe VII de la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias énonce : "La vie privée et la vie familiale des personnalités politiques et des fonctionnaires devraient être protégées à l'encontre de reportages par les médias en application de l'article 8 de la Convention. Toutefois, des informations sur leur vie privée peuvent être divulguées si cela constitue un sujet d'intérêt public directement lié à la façon dont ils ont exercé ou exercent leurs fonctions, tout en tenant compte de la nécessité de ne pas porter inutilement préjudice à un tiers. Lorsque des personnalités politiques et des fonctionnaires attirent eux-mêmes l'attention sur des éléments de leur vie privée, les médias sont habilités à exercer un droit de regard sur ces éléments."

Quant aux **restrictions imposées à la publicité politique et à la publication de sondages** dans le but de limiter les possibilités de manipulation du débat public et de la formation de l'opinion publique, elles sont préconisées dans des instruments du Conseil de l'Europe telle que la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias.

Bien qu'ils soient loin d'être exhaustifs, ces exemples permettent de se faire une idée des limites.

3. Les obligations positives : Peut-on attendre de l'Etat qu'il intervienne pour créer les conditions propices à un débat politique "informé et sensé" ?

Même lorsqu'elle prévaut, la liberté d'expression politique ne garantit en rien un débat politique sensé, ni que celui-ci influencera la prise de décision. Il faut trouver les moyens de garantir l'accès à l'information sur les autorités publiques, mais aussi de prévenir la fragmentation du débat public, c'est-à-dire son organisation dans plusieurs endroits (laquelle diminuerait son importance et son impact sur l'opinion, ainsi que sur la manière dont une communauté donnée ou un pays sont gouvernés).

Pendant longtemps, il était difficile de savoir si des obligations positives découlaient de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, mais les arrêts *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000 et *Özgur Gundem c. Turquie* du 16 mars 2000 laissent aujourd'hui penser que de telles obligations existent bel et bien.

Ci-après, nous ferons part de quelques réflexions sur la forme que peut prendre l'intervention de l'Etat, qui se fonderait surtout sur les instruments non contraignants du Conseil de l'Europe. Si l'on ne peut pas affirmer sans équivoque que cette intervention fait partie des obligations incombant aux autorités au titre de l'article 10, on peut néanmoins s'y attendre.

15) *Hogefeld c. Allemagne*, décision de recevabilité du 20 janvier 2000, numéro de requête 35402/97.

16) *Ceylan c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 8 juillet 1999.

17) *Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 26 avril 1995.

18) *Oberschlick c. Autriche, n° 2*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 1 juillet 1997.

3.1 Le service public de radiodiffusion

La Recommandation n° R (96) 10 du Comité des ministres concernant la garantie de l'indépendance du service public de radiodiffusion réaffirme "la fonction vitale du service public de la radiodiffusion en tant que facteur essentiel d'une communication pluraliste accessible à tous, aux niveaux tant national que régional, à travers la fourniture d'un service de base généraliste comprenant des informations et des programmes éducatifs, culturels et de divertissement". Par ailleurs, le texte précise que "le cadre juridique régissant les organismes de radiodiffusion de service public devrait affirmer le principe selon lequel ces organismes veillent à ce que les journaux télévisés présentent loyalement les faits et les événements, et favorisent la libre formation des opinions".

Une recommandation récemment adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe souligne l'importance du service public de radiodiffusion dans une société démocratique, tout en attirant l'attention sur les défis de nature économique, politique et technologique auxquels sont confrontés les radiodiffuseurs de service public : "La situation varie selon les pays européens. A l'un des extrêmes, la radiodiffusion nationale continue à être strictement contrôlée par le gouvernement et l'introduction par la voie législative d'un service public de radiodiffusion n'est guère probable dans un avenir proche."¹⁹ La 7^e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, qui se tiendra à Kiev en mars 2005, se penchera sur l'avenir du service public de radiodiffusion en Europe ("Diversité culturelle et des médias"). Les efforts déployés par le Conseil de l'Europe dans les nouveaux Etats membres afin de les encourager à transformer le service public – comprendre gouvernemental – de radiodiffusion en un service public de radiodiffusion indépendant prouvent qu'il s'agit là d'un élément essentiel du système médiatique démocratique.

3.2 Une politique ouverte de l'information dans le secteur public

En 1982, le Comité des ministres appelait déjà les Etats membres à engager, en matière d'information et de communication de masse, "une politique ouverte de l'information dans le secteur public, y compris l'accès à l'information, permettant d'accroître pour chaque individu sa capacité de comprendre et de discuter librement les questions politiques, sociales, économiques et culturelles".²⁰

Il y a deux ans, le Conseil de l'Europe adoptait la Recommandation (2002) 2 sur l'accès aux documents publics en soulignant "l'importance que revêt, dans une société démocratique pluraliste, une administration publique transparente et la disponibilité immédiate d'informations sur les questions d'intérêt public [...]", estimant "qu'un large accès aux documents publics [...] permet au public d'avoir un aperçu suffisant et de se former une opinion critique sur l'état de la société dans laquelle il vit et sur les autorités qui le gouvernement, tout en favorisant la participation éclairée du public aux affaires d'intérêt commun".

En période de crise, les gouvernements ont malheureusement tendance à pratiquer la rétention d'information, voire à essayer de manipuler l'opinion. Sur fond de lutte contre le terrorisme, ces problèmes sont abordés dans le projet de Déclaration sur la liberté d'expression et d'information dans les médias qui est en cours d'élaboration par le Comité directeur sur les moyens de communication de masse (CDMM) du Conseil de l'Europe.

3.3 Garantir le pluralisme des médias

Au cours des dernières décennies, une des préoccupations majeures du Conseil de l'Europe a été de veiller à la préservation du pluralisme des médias, c'est-à-dire de la variété du contenu qu'ils diffusent. En témoigne la Recommandation n° R (99) 1 sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias : "Les Etats membres devraient examiner les mesures qui pourraient être prises pour qu'un contenu varié des médias reflétant différents points de vue politiques et culturels soient mis à la disposition du public, en conservant à l'esprit l'importance qui s'attache à garantir l'indépendance éditoriale des médias et l'intérêt que des mesures adoptées sur une base volontaire par les médias eux-mêmes peuvent également présenter."

Le reflet de la diversité des points de vue est particulièrement important en période électorale, comme le souligne la Recommandation n° R (99) 15 du Comité des ministres relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias : "Pendant les campagnes électorales, les cadres de régulation devraient favoriser et faciliter l'expression pluraliste des courants d'opinion via les médias du secteur de la radiodiffusion."

19) Recommandation 1641 (2004), consultable à l'adresse <http://assembly.coe.int>

20) Déclaration sur la liberté d'expression et d'information du 29 avril 1982.

Dans un arrêt fameux,²¹ la Cour européenne des Droits de l'Homme a par ailleurs affirmé que l'Etat était le garant ultime du pluralisme, signifiant par là qu'ici au moins une obligation positive consistant à assurer la diversité des sources d'information incombait à l'Etat.

Le droit de réponse préconisé par la Résolution n° (74) 26 du Comité des ministres sur le droit de réponse – situation de l'individu à l'égard de la presse, répond en partie au même objectif. Le préambule de la résolution justifie ce droit en soulignant "qu'il est également de l'intérêt de l'individu et du public de recevoir des informations de différentes sources qui garantissent ainsi la possibilité de disposer d'une information complète". Le CDMM est en train d'actualiser cette résolution pour déterminer dans quelle mesure le droit de réponse doit s'appliquer aux médias en ligne.

3.4 Promouvoir les consultations publiques dans le cadre du processus démocratique

Le Conseil de l'Europe prépare actuellement un projet de recommandation sur la gouvernance électronique par lequel il souhaite inviter les Etats membres à "donner à tous la chance de prendre part à la prise de décision afin de contribuer à une démocratie plus dynamique et plus inclusive". Un élément important du projet de recommandation est l'idée que les autorités publiques devraient activement impliquer les citoyens dans des discussions sur les orientations politiques.

Le CDMM a en outre examiné la question de la gouvernance électronique du point de vue du rôle des médias. Il ressort de cette étude que des consultations en ligne bien gérées pourraient contribuer de manière considérable à une meilleure gouvernance, à une citoyenneté plus active et à un renforcement de la confiance entre élus, médias et citoyens. Cependant, certains membres du CDMM sont plus prudents dans leur analyse, des recherches ayant montré que les nouvelles technologies ne remplaçaient pas nécessairement les processus démocratiques traditionnels. Alors qu'elles devaient surtout permettre à plus de voix de s'exprimer publiquement, elles n'ont pas nécessairement conduit à un débat plus éclairé ou des décisions plus raisonnées.²²

4. Conclusions

Pour finir, mentionnons le Livre vert sur l'avenir de la démocratie en Europe, qui est désormais disponible pour consultation. Parmi les propositions avancées, on trouve celle de remplacer les référendums par des assemblées de citoyens dans le souci, entre autres, d'assurer la qualité du débat politique. Cette assemblée serait composée d'un échantillon choisi au hasard dans l'ensemble du corps électoral, à savoir les électeurs inscrits et non inscrits. L'assemblée des citoyens serait considérée comme une "commission plénière", chargée par l'assemblée normalement élue de l'aider dans l'examen des lois. Autrement dit, il faut la considérer comme une mesure visant à renforcer, et non à affaiblir, la légitimité du parlement ordinaire. Selon la proposition, elle se réunirait une fois par an pendant un mois dans le but d'examiner et de voter sur un ou deux projets de loi adoptés par le parlement attiré pour lesquels une partie des membres auraient demandé expressément une suspension d'application. "Dans les systèmes qui disposent déjà de mécanismes de référendum ou d'initiative populaire, l'assemblée des citoyens pourrait remplacer ces dispositifs – à moindre coût et avec une plus grande visibilité et davantage d'espace pour la délibération."²³

L'Etat pourrait et devrait envisager d'autres actions pour encourager le débat politique libre et désinhibé. Pour résumer, citons les dispositions juridiques pour protéger les informateurs,²⁴ le droit de publier des articles anonymes dans la presse et "l'éducation en faveur d'une citoyenneté démocratique", pour reprendre le terme employé par le Conseil de l'Europe.

Une organisation intergouvernementale comme le Conseil de l'Europe se doit d'aborder la problématique en adoptant une approche englobante intégrant différentes perspectives. Dans certains pays européens, on continue de lutter pour que les autorités publiques comprennent et acceptent l'idée d'un débat politique libre et la critique ouverte.

21) *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme du 28 octobre 1993.

22) Rapport de la 61^e réunion du Comité directeur sur les moyens de communication de masse, consultable à l'adresse www.coe.int/media

23) Livre vert sur "L'avenir de la démocratie en Europe", Conseil de l'Europe, 2004, p 105-106, consultable à l'adresse http://www.coe.int/t/f/Projets_Integres/democratie/

24) Lors de la 6^e Conférence ministérielle sur les moyens de communication de masse qui s'est tenue à Cracovie en 2000, ce sujet devait être évoqué par le CDMM, mais en raison de questions urgentes impliquant de longues négociations, comme la Déclaration sur la liberté de discours politique dans les médias, le travail sur ce sujet intéressant n'a pu commencer.

Dans d'autres Etats, même dans ceux qui sont le mieux notés par les ONG en matière de liberté de la presse, des institutions démocratiques comme les organismes publics de radiodiffusion ont été à ce point négligées que la qualité du débat public risque sérieusement d'en pâtir sur le long terme.

L'Europe doit donc relever un double défi : d'un côté, continuer à assurer la mise en œuvre et le respect des normes de protection clairement établies et, de l'autre, trouver de nouveaux moyens pour impliquer l'opinion dans le débat et l'associer à la prise de décision.

Droit des médias, contenu des médias – L'exception américaine

*Frederick Schauer*¹

*John F. Kennedy School of Government,
Université de Harvard*

Le droit constitutionnel des Etats-Unis diffère à bien des égards de celui des autres démocraties. Certaines de ces différences sont à l'origine de vives controverses, par exemple, la constitutionnalité de la peine capitale aux Etats-Unis et la réticence des tribunaux américains à s'inspirer des idées, modèles ou précédents venant d'ailleurs. Effectivement, on entend souvent dire que cette exception constitutionnelle n'est que le reflet d'une autre exception américaine, celle-là plus large, dans les relations internationales en général, qui isole de plus en plus les Etats-Unis sur diverses questions d'importance juridique, politique et économique. Pourtant, il existe un domaine dans lequel cette exception américaine est à la fois assez extrême et largement acceptée, à savoir la liberté d'expression. Bien que des juristes et intellectuels aient ponctuellement relevé cette exception américaine en matière de liberté d'expression, le fait que les Etats-Unis se démarquent des autres démocraties à propos de la liberté d'expression et de la liberté de la presse² attire bien moins l'attention³ (et cela pas seulement aux Etats-Unis) que leur dissidence face aux autres démocraties occidentales sur la question de la peine capitale et celle des droits positifs économiques et sociaux. Ce manque d'attention relatif s'explique en partie par le constat qu'en matière de liberté d'expression, l'exception américaine est inverse, les Etats-Unis offrant de manière générale une protection plus étendue à un droit dont pratiquement tous les textes juridiques internationaux en matière de droits de l'homme considèrent qu'il est fondamental. Mais cette explication n'est pas entièrement satisfaisante dans la mesure où une protection plus forte de la liberté d'expression se forge en général aux dépens d'autres droits que l'on peut considérer comme étant également fondamentaux, notamment les droits à l'égalité, au respect de la vie privée, de la réputation et de la dignité. Mais quelle que soit la raison pour laquelle l'exception

1) Professeur *Frank Stanton*, spécialiste du Premier amendement, *John F. Kennedy School of Government*, Université de Harvard. Ce texte a été rédigé pour les besoins du Séminaire sur l'expression politique organisé par l'Observatoire européen de l'audiovisuel du Conseil de l'Europe et l'Institut du droit de l'information de l'Université d'Amsterdam, qui s'est tenu le 19 juin 2004 à Amsterdam. Le travail de recherche a été généreusement effectué par le *Joan Shorenstein Center on the Press, Politics and Public Policy* de l'Université Harvard.

2) Il n'est nullement question dans ce texte de s'étendre sur les différences qui peuvent être faites entre les expressions "liberté de parole", "liberté d'expression" et "liberté de communication". Bien que les termes "liberté d'expression" soient la formulation la plus courante à l'échelle internationale, celle qui apparaît dans la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution de l'Afrique du Sud et la Charte canadienne des droits et libertés, entre autres, le risque existe que l'ambiguïté du mot "expression" dans la langue anglaise n'obscurcisse l'analyse. Si "expression" constitue un synonyme commun de "communication", il est aussi souvent employé pour décrire des manifestations de sentiments ou de désirs personnels. La confusion est donc possible si la "liberté d'expression" est perçue comme englobant l'ensemble des actes d'expression personnelle, qu'ils relèvent principalement de la communication ou non. Voir *Frederick Schauer, Free Speech: A Philosophical Enquiry* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), chapters 1, 4, 5. Malgré tout, "liberté d'expression" prédomine aujourd'hui. Mais s'il est bien entendu qu'il s'agit de la liberté de communiquer, la confusion s'en trouvera réduite.

3) Il y a des exceptions. Voir, par exemple *Eric Barendt, Freedom of Speech* (Oxford: Clarendon Press, 1988); *Ian D. Loveland, ed., Importing the First Amendment* (Oxford: Hart Publishing, 1998); *Ian Loveland, Political Libels: A Comparative Study* (Oxford: Oxford University Press, 2000); *Roy Leeper, "Keegstra and R.A.V.: A Comparative Analysis of Canadian and U.S. Approaches to Hate Speech Legislation," Communication Law and Policy*, vol. 5 (2000), pp. 295-322; *G. Quinn, "Extending the Coverage of Freedom of Expression to Commercial Speech: A Comparative Perspective,"* in *L. Heffernan, ed., Human Rights: A Comparative Perspective* (Dublin: Trinity College Press, 1994); *Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Comparative Perspective: A Comparative Analysis," Cardozo Law Review*, vol. 24 (2003), pp. 1523-67.

de la liberté d'expression américaine est si peu étudiée, il convient d'y remédier et je souhaite donc, dans cet article, analyser les conséquences de la vision américaine de la liberté d'expression et de la liberté de la presse sur le contenu du débat public et sur la nature même de la vie politique américaine.

1.

Il me semble utile pour commencer de décrire les aspects de l'exception américaine en matière de liberté d'expression qui semblent avoir le plus fort impact sur la communication politique et le débat public concernant les questions de politique générale. A cet égard, il faut souligner l'approche américaine, unique, de la diffamation – la loi sur les diffamations verbale et écrite. Avant 1964, la loi américaine sur la diffamation, à quelques exceptions près,⁴ suivait l'orientation de la *common law* anglaise dans laquelle elle trouve ses origines.⁵ La diffamation était un acte délictuel strict, c'est-à-dire que pour être dédommagée, la victime devait démontrer sur la base de simples preuves que des mots portant atteinte à sa réputation dans la société avaient été prononcés ou publiés. Et, chose importante, la victime, en tant que plaignante, n'avait pas à démontrer une intention de la part du défendeur de la blesser, ni même démontrer que le comportement de celui-ci avait été négligent ou incompatible avec les règles d'une bonne pratique professionnelle. Le plaignant n'était même pas dans l'obligation de prouver que les paroles prononcées à son encontre étaient fausses, bien que le défendeur pût gagner en établissant la véracité de ses dires.⁶ Et bien qu'il existât une exception de *fair comment* (commentaire loyal) sur des questions d'intérêt public, ce moyen de défense exigeait une vérité factuelle totale, si bien que l'inexactitude, délibérée ou non, d'un seul des éléments avancés pour la faire prospérer suffisait à l'annuler.

Il y eut un changement spectaculaire en 1964. L'application rigoureuse de la *common law*, en particulier l'exception du *fair comment* avait permis à un tribunal de l'Alabama de condamner le *New York Times* à verser des dommages et intérêts s'élevant à 500 000 dollars américains pour avoir publié un message publicitaire alléguant une hostilité de l'état d'Alabama à l'encontre du mouvement des droits civiques, à un moment où la Cour Suprême était particulièrement soucieuse de protéger ce mouvement dans sa quête d'éradication de la ségrégation raciale. Ainsi, pour la première fois, dans l'affaire *New York Times Co. v. Sullivan*,⁷ la Cour Suprême estima que la loi sur la diffamation était fermement encadrée par le Premier amendement, en particulier en ce qui concerne les propos publiés au sujet de personnages officiels et de leur comportement dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour conclut que le concept de responsabilité sans faute en *common law* était incompatible avec l'objectif du Premier amendement, qui est de permettre un débat public "vigoureux," largement ouvert," et "sans entrave", et que cet objectif supposait inévitablement que soient tolérées des attaques publiques souvent dures à l'encontre des personnages officiels et des politiques qu'ils adoptent. En outre, la Cour se montra particulièrement préoccupée par le comportement des éditeurs en situation d'incertitude. Dans le raisonnement de la Cour, si les éditeurs exerçaient leur métier dans la crainte de poursuites en diffamation potentiellement paralysantes, la raison voudrait que, dans l'incertitude, ils évitent tout risque de condamnation et se refusent à publier des propos concernant des personnages officiels et leurs politiques qui, pour être véridiques, ne seraient pas connus comme tels, avec une certitude absolue, au moment de leur publication. Cette préoccupation – le "*chilling effect*" (l'effet refroidissant)⁸ – domina l'arrêt *Sullivan*, et conduisit la Cour à élaborer une règle en matière de responsabilité qui considérait que la publication de fausses informations était moins grave que la non publication de la vérité, permettant ainsi que de nombreuses fausses informations soient publiées pour que seul un minimum de vérité reste dans l'ombre.

La Cour affirma que cette règle exigeait une "malveillance manifeste". Mais cette expression est trompeuse car rien dans cette règle n'évoque la nécessité de démontrer une intention ou une volonté de nuire. La Cour estima plutôt que les personnages officiels (ainsi que les candidats à des fonctions officielles)⁹ ne pouvaient gagner des procès pour diffamation contre les médias que s'ils étaient

4) L'une des plus notables est l'arrêt *Coleman v. McClennan*, 78 Kan. 711, 98 P. 281 (1908).

5) En 1952, la Cour suprême dit explicitement ce qui était déjà largement admis, à savoir que la législation anti-diffamation dans son ensemble n'était pas à ce moment restreinte par la protection offerte par le Premier amendement en faveur de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

6) Devant certaines juridictions américaines, tout comme dans certains états australiens, même la vérité n'était pas suffisante. Ce moyen de défense ne pouvait être invoqué que lorsque l'éditeur était en mesure de prouver que les propos tenus ou publiés étaient à la fois véridiques et utiles.

7) 376 U.S. 254 (1964).

8) Voir Frederick Schauer, "*Fear Risk, and the First Amendment: Unraveling the 'Chilling Effect,'*" *Boston University Law Review*, vol. 58 (1978), pp. 685-726.

9) *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265 (1971).

capables de démontrer avec une "clarté convaincante"¹⁰ que les propos en question étaient non seulement mal fondés, mais aussi qu'ils étaient connus comme tels au moment de leur publication.¹¹ Dans l'esprit de la Cour, seul un tel niveau d'exigence pouvait créer un espace suffisant pour que les acteurs politiques, les éditeurs, les journalistes et les auteurs puissent critiquer les personnages officiels et leurs politiques sans crainte d'être poursuivis pour diffamation et s'exposer à des sanctions financières.

Peu de temps après l'arrêt *Sullivan*, la Cour souligna que sa décision s'appliquait à la diffamation écrite autant qu'à la diffamation verbale, aux poursuites pénales autant qu'aux poursuites civiles.¹² Chose encore plus importante, quelques années plus tard, la Cour étendit la portée de l'arrêt *Sullivan* à toutes les personnalités publiques : celles qui exercent des fonctions officielles mais aussi celles qui, d'une manière ou d'une autre, sont exposées dans la vie publique.¹³ Il est important de noter que cette catégorie comprend non seulement les chefs religieux mais aussi les dirigeants syndicaux, les chefs d'entreprise et d'autres personnalités dont la présence dans la vie et le débat publics n'est pas amoindrie par le fait qu'ils n'exercent aucune fonction gouvernementale. On y retrouve aussi les acteurs de cinéma, les vedettes du sport, les grands cuisiniers dans le monde de la télévision et toutes ces personnalités dont la célébrité n'est aucunement liée à leur implication dans des affaires d'intérêt véritablement public.¹⁴ Au même titre, les personnes diffamées qui n'exercent pas de fonctions publiques et qui ne sont pas des personnalités publiques doivent démontrer la négligence ainsi que le mal-fondé des propos litigieux pour obtenir quelque réparation que ce soit. Elles doivent de surcroît démontrer la "malveillance manifeste" pour obtenir des dommages et intérêts.¹⁵

Quarante ans plus tard, on peut dire que les effets de l'arrêt *New York Times c. Sullivan* ont été spectaculaires. S'il y eut une petite vague de poursuites intentées par des personnalités publiques dans les années 1970 et 1980 (le Général William Westmoreland contre CBS Television et Ariel Sharon contre Time magazine pour citer les plus célèbres), dans la pratique, le procès en diffamation intenté par une personnalité officielle ou publique à l'encontre de médias ou d'adversaires politiques a disparu de la vie publique américaine. Les causes de cette disparition virtuelle sont complexes mais elles trouvent leur origine, pour la plupart, dans l'affaire *Sullivan*. C'est à cause de *Sullivan* que les juridictions d'appel rejettent régulièrement les décisions infligeant de lourdes sanctions pécuniaires aux médias, c'est grâce à *Sullivan* que les assurances contre la diffamation sont si abordables et disponibles, et c'est *Sullivan* qui amène les éventuels plaignants à penser, à juste titre, que la possibilité pour eux de démontrer tout mal-fondé délibéré avec une clarté convaincante est si ténue qu'il leur est plus aisé de répliquer par des moyens autres que judiciaires. Et puisque la pratique américaine exige, sauf quelques exceptions qui ne sont pas pertinentes ici, que les parties prennent en charge leurs propres frais de justice quelle que soit l'issue du procès, les obstacles aux poursuites en diffamation sont tels que celles-ci ont pratiquement disparu de l'environnement politique américain. Le fait qu'en 2003 il n'y ait eu, sur l'ensemble du territoire américain, devant les juridictions fédérale et d'états, que six verdicts rendant les médias coupables de diffamation (dont deux ou trois seront infirmés en appel ou largement vidés de leur substance, si l'on en juge par les statistiques)¹⁶ est la preuve éclatante de la mort, attribuable à *Sullivan*, des poursuites en diffamation en tant que facteur important de la communication politique aux Etats-Unis.¹⁷

10) Cette qualité de la preuve exigée, bien que moindre que celle de la "preuve de l'intime conviction" est considérablement plus élevée que celle de la "preuve la plus convaincante" qui prévaut généralement dans les contentieux au civil. Voir Frederick Schauer et Richard Zeckhauser, "On the Degree of Confidence for Adverse Decisions," *Journal of Legal Studies*, vol. 25 (1996), pp. 27-52.

11) L'arrêt *Sullivan* évoque une "négligence délibérée" de la vérité ainsi que la conscience du mal-fondé des propos. Mais d'autres arrêts sont venus par la suite préciser que même la norme de "la négligence délibérée", pour s'appliquer, exige que soit établi "le doute réel" dans l'esprit de l'éditeur sur la véracité du propos avant la publication. *St. Amant c. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

12) *Garrison c. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

13) *Curtis Publishing Co. c. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

14) Voir Frederick Schauer, "Public Figures," *William and Mary Law Review*, vol. 25 (1984), pp. 905-35.

15) *Gertz c. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974).

16) Sur un total de quatorze procès. Les huit autres ont donné des verdicts favorables aux défendeurs, des médias. Ces chiffres proviennent du *Libel Defense Resource Center* devenu, sans surprise, le *Media Law Resource Center*.

17) Voir le rapport 2003 du *Libel Defense Resource Center* (à présent le *Media Law Resource Center*). Les six verdicts défavorables aux médias sont légèrement en dessous de la moitié des quatorze procès en diffamation qui ont eu lieu pendant cette année, chiffre resté assez constant au cours de ces dernières années, avec une moyenne de 12,5 procès pour diffamation aux Etats-Unis au cours des années 2000 à 2003. Ce qui représente une baisse par rapport à une moyenne de 23 procès par an dans les années 1990 et de 24 procès par an dans les années 1980. Tous ces chiffres sont étonnamment faibles eu égard à la taille des Etats-Unis, à la forte judiciarisation de la société américaine et à la multiplicité des juridictions qui se chevauchent.

2.

L'exception américaine en matière de liberté d'expression est aussi manifeste, en ce qui concerne l'incitation à la haine raciale et d'autres formes de "discours de haine", qu'elle l'est pour la diffamation écrite ou orale.¹⁸ Bien que les lois interdisant l'incitation à la haine raciale soient la norme dans les systèmes démocratiques et qu'elles soient prescrites par diverses conventions internationales,¹⁹ elles demeurent clairement anticonstitutionnelles aux Etats-Unis. La promotion de la haine raciale, de la discrimination raciale et même de la violence raciale est protégée de manière générale par la constitution parce que la promotion d'actes illégaux est constitutionnellement protégée à moins qu'elle n'incite à des actes illégaux qui en seraient le résultat immédiat,²⁰ par exemple haranguer une foule en colère en l'incitant à une action violente immédiate. Et parce que l'interdiction du "viewpoint discrimination" (discrimination selon le point de vue) aux Etats-Unis est pratiquement totale,²¹ il importe peu que les propos en question portent sur la race, la religion, l'origine ethnique, la nationalité, le sexe ou l'orientation sexuelle plutôt que sur un autre sujet. Il importe peu, par exemple, qu'il s'agisse d'un appel en faveur de la haine raciale plutôt que de l'égalité raciale, en faveur de l'intolérance religieuse plutôt que de la tolérance religieuse, en faveur de la violence interethnique plutôt que de l'harmonie et du respect mutuel entre les ethnies.²²

D'autres aspects du discours de haine sont logés à la même enseigne. Il n'existe pas et il ne pourrait pas exister aux Etats-Unis de loi interdisant le négationnisme (la négation de l'holocauste) et aucune législation de portée plus générale ne saurait être invoquée à ces fins.²³ Il en va de même en ce qui concerne l'inconstitutionnalité dans la doctrine constitutionnelle américaine actuelle pour les lois qui interdiraient les épithètes ou insultes à caractère racial, religieux ou ethnique.²⁴ Et lorsqu'en 1977 Frank Collin, le chef du parti nazi américain,²⁵ demanda une autorisation pour organiser un défilé nazi – avec force croix gammées, drapeaux, uniformes, et bottes cavalières – dans un quartier à forte population de rescapés de l'holocauste, il était si évident qu'on ne pouvait lui opposer un refus que la Cour Suprême ne daigna même pas connaître de l'affaire.²⁶

A la lumière de tous ces éléments de la doctrine américaine issue du Premier amendement, il apparaît évident que Jean-Marie Le Pen ne pourrait être condamné aux Etats-Unis comme il l'a été en France, pour avoir accusé les juifs d'avoir exagéré la portée de l'Holocauste. Brigitte Bardot ne pourrait se voir infliger une amende, comme ce fut le cas en France, pour s'être lancée dans une croisade contre l'Islam et avoir appelé à l'expulsion des maghrébins. James Keegstra ne pourrait faire l'objet de poursuites criminelles, comme il l'a été au Canada, en raison d'un discours de haine niant l'Holocauste. Que les Etats-Unis refusent en raison du Premier amendement d'exécuter une décision de la justice française à l'encontre d'un fournisseur de services Internet qui vendait par le biais d'enchères en ligne des objets

18) Voir Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford: Clarendon Press, 1985), pp. 163-65; Wojciech Sadurski, *Freedom of Speech and Its Limits* (Dordrecht, Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1999), chapter 6; David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism," *Cardozo Law Review*, vol. 8 (1987), pp. 445-62; Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Comparative Perspective: A Comparative Analysis," *Cardozo Law Review*, vol. 24 (2003), pp. 1523-67.

19) Bien qu'un grand nombre d'instruments juridiques internationaux permettent implicitement ou explicitement l'interdiction de l'incitation à la haine raciale, certains d'entre eux sont à remarquer soit parce qu'ils interdisent directement cette incitation, soit parce qu'ils exigent des pays signataires qu'ils l'interdisent. On trouve dans ce dernier cas de figure, le plus exigeant, les exemples pertinents de l'Article 20 du Traité International sur les droits politiques et civiques, le chapitre 4 de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 et l'article 13(5) de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969.

20) *Brandenburg c. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

21) *Etats-Unis c. Kokinda*, 497 U.S. 720 (1989); *Texas c. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); Geoffrey R. Stone, "Content Regulation and the First Amendment," *William and Mary Law Review*, vol. 25 (1983), pp. 189-240; Susan Williams, "Content Discrimination and the First Amendment," *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 139 (1991), pp. 201-58.

22) Effectivement, l'affaire *Brandenburg* citée à la note 20 concernait un dirigeant du Ku Klux Klan qui avait appelé à des actes de "vengeance" contre les juifs et les africains américains. Voir aussi *R.A.V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); Charles Fried, "The New First Amendment Jurisprudence: A Threat to Liberty," *University of Chicago Law Review*, vol. 59 (1992), pp. 225-73; Frederick Schauer, "Intentions, Conventions, and the First Amendment: The Case of Cross-Burning," *Supreme Court Review*.

23) La chose est si évidente aux Etats-Unis qu'il n'y a même pas une décision de justice en la matière. Pour une comparaison internationale approfondie, voir Joseph Magnet, "Hate Propaganda in Canada," in W.J. Waluchow, ed., *Free Expression: Essays in Law and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 223-50. Voir aussi Kent Greenawalt, *Fighting Words: Individuals, Communities, and Freedom of Speech* (Princeton: Princeton University Press, 1995), pp. 64-70; Roy Leeper, "Keegstra and R.A.V.: A Comparative Analysis of Canadian and U.S. Approaches to Hate Speech Legislation," *Communication Law and Policy*, vol. 5 (2000), pp. 295-322.

24) Ce qui est critiqué par des américains. Voir Randall Kennedy, *nigger: The Strange Career of a Troublesome Word* (New York: Free Press, 2002); Richard Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling," *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, vol. 17 (1982), pp. 133-72.

25) Organisation que la doctrine issue du Premier amendement ne permettrait pas de déclarer illégale.

26) *Collin c. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), cert. denied, 439 U.S. 916 (1978); *Village of Skokie c. National Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (Ill. 1978). Aryeh Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (New York: Dutton, 1979).

nazis²⁷ illustre nettement le fossé qui sépare les voies américaine et non américaine.²⁸ Dans la même veine, les Etats-Unis ont refusé pour des motifs liés à la Constitution américaine d'agréer certains pans de divers traités internationaux, par exemple le chapitre 4 de la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de haine raciale, qui exigent des signataires qu'ils interdisent l'incitation à la haine raciale. A de nombreux égards, la loi américaine protège résolument le discours, même celui qui est de nature à promouvoir l'intolérance raciale et ethnique, celui qui professe l'inégalité raciale et ethnique, la haine raciale et ethnique et même, dans la plupart des cas, la violence raciale et ethnique. Le droit constitutionnel américain en matière de discours de haine montre clairement que le Premier amendement, tel qu'il est interprété, fait prévaloir la liberté d'expression sur des droits et des valeurs potentiellement antagonistes comme l'égalité, la dignité, la civilité et la communauté.

3.

Si la diffamation et le discours de haine en constituent les exemples les plus frappants, dans les faits, le phénomène de l'exception américaine en matière de liberté d'expression s'étend aussi au droit à la liberté de communication politique, sociale, religieuse et idéologique. Lorsqu'il existe un conflit entre les intérêts de la presse, qui souhaite informer le public sur des poursuites pénales en cours ou des débats dans des procès pénaux en cours, d'une part, et le droit des accusés à un procès équitable, à l'abri des interférences de journaux à sensation et des reportages sur des faits que le jury n'a pas à entendre, d'autre part, les Etats-Unis ont tendance à favoriser les premiers dans une mesure inégalée dans le monde.²⁹ On pourrait dire la même chose pour l'ouverture des procès aux médias, qui est la règle pratiquement universelle aux Etats-Unis où, en outre, il existe très peu de restrictions admises par la Constitution à ce que les médias peuvent dire de ce qui se déroule dans un prétoire ou est écrit dans les dossiers judiciaires.³⁰ Quant aux conflits entre le souhait des victimes de crimes de voir leur vie privée respectée – y compris leur souhait de ne pas voir leur identité et leur image révélées au monde entier – et le souhait des médias de rendre compte des procès pénaux, ils sont toujours tranchés en faveur des médias, contre les intérêts des victimes.³¹ Dans tous ces domaines voisins, le pouvoir judiciaire est traité de la même manière que le pouvoir législatif, l'exécutif et l'administration. Il constitue donc un objet d'intérêt public tout aussi susceptible d'être observé et critiqué par le public.

Dans d'autres domaines du droit, les Etats-Unis ont adopté une démarche similaire. En allant jusqu'à permettre la publication d'informations illégalement obtenues, comme ce fut le cas dans la célèbre affaire des documents secrets volés au Pentagone, la doctrine issue du Premier amendement, sans toutefois absoudre le voleur, va plus loin dans la protection du droit de publier que les autres démocraties les plus avancées en ce qui concerne la protection de la presse.³² En matière de publicité privée, le Premier amendement encadre sévèrement certaines formes de publicité pour le tabac et l'alcool qui sont monnaie courante ailleurs.³³ Mais pour ce qui est des élections et référendums, toutes les tentatives menées pour rendre la communication de campagne exacte, loyale, ouverte, non coercitive et équilibrée sont venues buter contre la forte prépondérance du droit de communiquer des radiodiffuseurs, journaux et candidats ou encore du droit à l'expression des individus et des

27) Yahoo!, Inc. c. La Ligue Contre le Racisme et L'Antisémitisme, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001). Voir Mark D. Rosen, "Exporting the Constitution," *Emory Law Journal*, vol. 53 (2004), pp. 171-232.

28) On peut en dire de même au sujet de la diffamation. Au moins deux tribunaux américains ont refusé de reconnaître des décisions étrangères au motif que les normes non américaines en matière de diffamation violent la politique publique des Etats-Unis.. *Telnikoff c. Matusevitch*, 702 A.2d 230 (Md. 1997); *Bachchan c. India Abroad Publications, Inc.*, 585 N.Y.S.2d 661 (App. Div. 1992). Plus récemment, le même grief a été soulevé dans un procès opposant la Dow-Jones Company (*The Wall Street Journal*) à Harrods concernant des poursuites pour diffamation devant les tribunaux britanniques ; mais le tribunal américain a décidé que l'affaire n'était pas encore mûre pour une décision. *Dow Jones & Co. c. Harrods, Ltd.*, 237 F. Supp. 2d 394 (S.D.N.Y. 2002). Plus généralement, voir Mark D. Rosen, "Should Un-American Foreign Judgments Be Enforced?," *Minnesota Law Review*, vol. 88 (2004), pp. 783-824.

29) *Smith c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *Nebraska Press Association c. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Bridges c. California*, 314 U.S. 252 (1941).

30) *Richmond Newspapers, Inc. c. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

31) *Florida Star c. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989); *Cox Broadcasting Corp. c. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

32) *Bartnicki c. Vopper*, 121 S. Ct. 1753 (2001); *Landmark Communications, Inc. c. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978); *New York Times Co. c. United States (Pentagon Papers Case)*, 403 U.S. 713 (1971).

33) See *44 Liquormart, Inc. c. Rhode Island*, 517 U.S. 484 (1996); Kathleen M. Sullivan, "Cheap Spirits, Cheap Cigarettes, and Free Speech: The Implications of 44 Liquormart," *Supreme Court Review*, vol. 1996, pp. 123-61; Colin Munro, "The Value of Commercial Speech," *Cambridge Law Journal*, vol. 62 (2003), pp. 134-59. Cette dimension de l'exception américaine en matière de liberté d'expression a récemment eu une influence considérable sur les négociations concernant la Convention-cadre de l'OMC pour la lutte antitabac de 2003.

représentants des entreprises, sur le droit plus diffus du citoyen à une communication politique et électorale plus précise mais mieux contrôlée.³⁴

Il y a, bien entendu, beaucoup d'autres exemples que l'on pourrait citer et je n'ai fait qu'effleurer ceux que je viens d'évoquer. Mais cela devrait suffire à montrer l'étendue de l'exception américaine en matière de liberté d'expression et la diversité de ses applications. Mais avant d'en arriver aux causes et aux effets, il convient de noter que tout ce qui vient d'être dit s'applique non seulement aux décisions constitutionnelles mais aussi au domaine législatif et au champ politique plus généralement. Si la doctrine issue du Premier amendement n'octroie pas un droit constitutionnel positif d'accès aux délibérations et dossiers gouvernementaux,³⁵ les politiques américains n'ont pas oublié la maxime selon laquelle "il ne faut jamais chercher querelle à celui qui achète l'encre à la tonne." Par conséquent, c'est par la grâce législative plus que constitutionnelle que le public (notamment les médias) jouit d'un accès aux documents, dossiers et réunions qui est inégalé dans le reste du monde. La loi sur la liberté d'information n'est pas une exigence constitutionnelle mais le rôle qu'elle joue est très important, autant que celui joué par les diverses lois "sunshine" (portes ouvertes), qui ouvrent les réunions gouvernementales à l'œil du public. Mais même au-delà des exigences que l'on prête à la Constitution, l'ombre du Premier amendement a énormément influé sur l'épanouissement d'une communication politique sans entrave juridique qui est sans égale à l'échelle internationale.

4.

L'existence d'une exception américaine en matière de liberté d'expression est établie. Mais allons plus loin. D'abord, il est important d'en examiner les causes. M'étant déjà longuement étendu sur ce sujet par ailleurs,³⁶ je me bornerai ici à procéder à un bref rappel.

Il y a quelques années, il aurait été possible de mettre l'exception américaine en matière de liberté d'expression sur le compte d'un passé simplement différent. Le Premier amendement date de 1791. Eu égard au fait que le pouvoir judiciaire participe activement à son interprétation et à son explicitation depuis 1919 déjà, on aurait pu penser jusqu'à une période récente que d'autres nations convergeraient plus ou moins vers la pratique américaine, une fois qu'elles auraient acquis une expérience aussi longue et aussi engagée de la liberté d'expression. En outre, cette convergence aurait été accompagnée par une promotion active par les Etats-Unis sur la scène internationale de leur conception de la liberté d'expression et de la liberté de la presse.

Mais cette prédiction qui était plausible il y a dix ou vingt ans ne s'est pas réalisée. En matière de diffamation par exemple, les tribunaux et les organes chargés des réformes législatives en Grande-Bretagne, en Australie, en Nouvelle-Zélande, au Canada et en Afrique du Sud, entre autres, ont attentivement étudié la pratique américaine et l'ont délibérément rejetée. Bien sûr, il y a eu des ouvertures récentes dans la plupart des systèmes démocratiques, mais ces démocraties ont toujours observé la pratique américaine (souvent avec les encouragements des médias nationaux) et ont conclu que celle-ci allait trop loin dans la protection de la liberté de communication politique aux dépens de la réputation des personnes, de la civilité dans la vie publique, et cela a parfois empêché la création d'un environnement qui soit de nature à favoriser la participation de personnes compétentes en matière de vie publique.

La même situation se répercute sur divers aspects du discours de haine, pour des questions touchant à d'éventuelles restrictions aux messages de publicité politique lors des campagnes électorales, pour les questions d'expression commerciale et pour bien d'autres. On ne peut plus dire que l'écart existant entre la pratique américaine et ce qui semble être une norme internationale parmi les pays démocratiques est le résultat d'un passé différent. Car si l'approche américaine reste différente, dans la plupart des cas, c'est en partie parce que les Etats-Unis n'ont montré aucun intérêt pour une harmonisation de leur pratique avec les normes internationales qui prévalent en matière de liberté d'expression et aussi parce que les autres démocraties, après mûre réflexion, ont manifesté un

34) Voir *Arkansas Educational Television Commission c. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998); *McIntyre c. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995); *City of Ladue c. Gilleo*, 512 U.S. 43 (1994); *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992); *Brown c. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982); *First National Bank of Boston c. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978); *Buckley c. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *Miami Herald Publishing Co. c. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

35) *Saxbe c. Washington Post Co.*, 417 U.S. 843 (1974); *Pell c. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974); *Houchins c. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978).

36) Frederick Schauer, "The Exceptional First Amendment," in Michael Ignatieff, ed., *American Exceptionalism in Human Rights* (Princeton: Princeton University Press, date de parution 2005).

désintérêt équivalent pour la voie américaine. Et lorsque l'on examine les raisons de cette divergence persistante, un ensemble de causes se dégagent qui, chacune, expliquent une partie du phénomène.

4.1 Un texte déséquilibré

Si le droit à la liberté d'expression est universellement reconnu dans les constitutions écrites et dans les textes internationaux qui fondent les droits de l'homme, cette reconnaissance est toujours tempérée par divers moyens. La Constitution sud-africaine et la Charte canadienne des droits et des libertés l'assujettissent à des restrictions qui suivent des règles de nécessité et de proportionnalité ; l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui le consacre comprend une liste d'exceptions spécifiques. A l'inverse, le Premier amendement à la Constitution des Etats-Unis, en l'absence de toute exception ou restriction, apparaît comme étant linguistiquement absolu. Bien entendu, il n'y aura aucun juriste américain compétent pour affirmer que dans la pratique, le Premier amendement américain est absolu, que ce soit dans sa force ou dans sa portée, ce qui est largement prouvé par la doctrine. Néanmoins, l'absence de dérogation explicite ou d'exception n'est pas dénué de signification rhétorique et contribue vraisemblablement à faire penser que le Premier amendement doit être interprété avec une grande rigueur. En outre, si la Constitution des Etats-Unis protège de manière explicite l'égalité et les droits des personnes accusées de crimes, elle ne dit rien, contrairement à la Loi fondamentale allemande, au sujet de la dignité, de la réputation ou de la vie privée. Ainsi, la Constitution américaine, dans la mesure où elle garantit la liberté d'expression sans évoquer littéralement certains droits et intérêts auxquels cette liberté est souvent en conflit, contribue à faire pencher la balance du côté de la liberté d'expression.

4.2 Une préférence pour la liberté

Bien que la liberté d'expression se heurte occasionnellement à d'autres droits à fort caractère individuel, la plupart des problèmes qu'elle pose sont le reflet de conflits plus larges entre des valeurs de liberté individuelle et d'autonomie d'une part, et des valeurs de communauté et d'égalité d'autre part. Par rapport à ces conflits, la société américaine, de par son histoire et sa culture politique plus que son droit constitutionnel et le texte de sa constitution, est clairement une société de culture libertaire qui élève avec persistance la liberté individuelle au-dessus des valeurs souvent opposées d'égalité, de civilité et de communauté. Cette préférence pour la liberté trouve son parallèle dans l'absence de toute tradition socialiste ou social-démocrate dans l'histoire américaine, dans le peu d'attrance pour des droits sociaux opposables, dans une politique beaucoup moins tournée vers la recherche du bien-être social universel que ses voisins européens, dans les prélèvements fiscaux relativement faibles même sur les revenus les plus élevés, et dans bien d'autres domaines. Par ailleurs, au-delà des questions économiques, la diversité de la société américaine reste depuis fort longtemps réfractaire à toute forme de communautarisme. Dans ce contexte de préférence généralisée pour la liberté de l'individu (et celle de l'entreprise) plutôt que pour les valeurs concurrentes d'égalité, de civilité, de dignité et de communauté, la tradition libertaire issue du Premier amendement peut être perçue, au moins en partie, comme la vitrine de conceptions politiques, sociales, philosophiques et économiques plus vastes.

4.3 Une culture de méfiance

En deux cents ans d'histoire américaine, il s'est passé bien peu de choses qui incitent à penser que les américains feraient bien de se méfier de leur gouvernement. On peut en dire de même pour les quatre-vingt-cinq dernières années, pour n'envisager que la période durant laquelle le Premier amendement a été pris en considération. Et pourtant, malgré l'histoire, il est largement prouvé que de manière générale, les citoyens américains nourrissent une plus grande méfiance envers leur gouvernement que les citoyens des autres démocraties, y compris ceux de pays dans lesquels il y a bien plus de raisons qu'aux Etats-Unis d'exercer cette méfiance. Cette méfiance généralisée envers le gouvernement revêt plusieurs formes. L'une d'entre elles est une perception du Premier amendement qui fait dire que "selon le Premier amendement, il n'existe pas d'idée fausse."³⁷ Bien entendu, les idées fausses existent bel et bien, et tous les américains le savent. Le problème est le suivant : peut-on se fier à un démembrement de l'état, notamment le pouvoir judiciaire, pour distinguer les idées vraies des idées fausses ? C'est sur ce point que la tradition américaine de méfiance vis-à-vis du gouvernement est la plus visible. La doctrine issue du Premier amendement fait preuve d'un scepticisme durable quant à la capacité des organes de l'Etat à dire ce qui est vrai et ce qui est faux, ce qui a de la valeur et ce qui en est dénué. Cette méfiance peut parfois être perçue par un non américain comme étant exagérée,

37) Gertz c. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974).

à l'instar du fait que le Premier amendement refuse de traiter différemment les Nazis et les membres du Ku Klux Klan d'une part et les démocrates ou les républicains d'autre part. Il n'en reste pas moins qu'il existe une méfiance généralisée envers le gouvernement, qui se manifeste par une absence également généralisée de volonté de faire le tri entre les individus et les idées sur la base du contenu de celles-ci. Ainsi, l'approche américaine de la liberté d'expression est en partie le reflet d'une méfiance caractéristique dans la capacité de discernement de l'état.

4.4 La culture politique issue du Premier amendement

Le droit à la liberté d'expression n'est pas né dans le vide. Elle est dans une grande mesure le résultat du jeu de diverses forces politiques et sociologiques qui déterminent les types de lois qui seront promulguées mais aussi le moment où les personnes que ces textes concernent peuvent les mettre en cause devant les tribunaux. Bien sûr, les principes qui sous-tendent la liberté d'expression jouent un rôle au même titre que la logique interne de toute doctrine juridique. Mais s'il serait excessivement réducteur d'attribuer l'approche américaine de la liberté d'expression à la seule culture politique américaine, ce serait aussi une erreur que d'ignorer totalement ce facteur.³⁸ Il faut donc bien comprendre qu'aux Etats-Unis, nombre de groupes d'intérêt et de pression jouent un rôle important dans le développement et le maintien d'une culture particulièrement forte de la liberté d'expression. Il est vrai que des groupes tels que ARTICLE 19 ont développé une certaine présence internationale, mais cette présence prête moins à conséquences que le poids de certaines associations comme l'*American Civil Liberties Union*, *People for the American Way*, l'*American Library Association*, l'*American Booksellers Association*, et bien d'autres aux Etats-Unis. Tout ces groupes considèrent que leur mission consiste presque entièrement à lutter contre la censure et bénéficient d'une histoire et de ressources qui leur permettent d'être des acteurs politiques et sociaux importants. En outre, la capacité politique de la presse organisée et institutionnelle (dont font partie la télévision et la radio non gouvernementales, contrairement à ce que l'on connaît ou que l'on a connu dans la plupart des autres pays) à protéger ses propres intérêts est également considérable. Il existe un vieil aphorisme américain selon lequel "il ne faut jamais chercher querelle à celui qui achète l'encre à la tonne", qui indique très bien ce que risquerait une personnalité politique (ou, dans une moindre mesure, un juge) à proposer des mesures restrictives à l'encontre des médias institutionnels. On peut donc dire que si le droit américain des médias n'a pas été inspiré par les groupes d'intérêt ni guidé par les intérêts de la presse elle-même, ces facteurs inhibent fortement tout mouvement allant dans un sens contraire à celui qui a été emprunté jusqu'à présent.

5.

Les facteurs décrits plus hauts, et d'autres certainement, expliquent en grande partie l'exception américaine en matière de liberté d'expression mais ils ne nous éclairent pas sur ses conséquences. D'un certain point de vue, celles-ci semblent évidentes car il est pratiquement sûr que la communication politique aux Etats-Unis est moins restreinte par le droit formel qu'elle peut l'être ailleurs dans le monde libre ou moins libre. On parle et on manifeste en toute impunité (juridique), les éditeurs publient sans pratiquement craindre de poursuites judiciaires quel que soit le contenu de ce qu'il publient et il en va de même pour les radiodiffuseurs. Le spectre de l'amende ou de la prison ne plane pas sur l'écrasante majorité de ceux qui s'expriment dans le débat politique. Donc, pour comprendre le comportement des orateurs, manifestants, protestataires,³⁹ écrivains, journalistes, radiodiffuseurs et éditeurs américains, il faut chercher ailleurs que dans le rôle du droit ou l'effet de poursuites civiles ou pénales potentielles.

Mais la liberté d'expression n'est pas une fin en soi. Elle est un moyen d'atteindre un but bien plus large. Ce but, dans le contexte de la communication politique, sous-entend au moins, une floraison de remises en cause de l'opinion politique établie, une grande variété d'expressions politiques orales et écrites accessibles au plus grand nombre, l'existence de médias écrits et radiodiffusés (y compris, et de plus en plus, Internet) qui suivent, analysent et critiquent l'action de l'Etat. La liberté négative de communication – liberté par rapport à toute restriction émanant de l'Etat – peut être perçue comme un instrument servant à instaurer, dans les mots du juge Brennan à l'occasion de l'arrêt *New York Times Co. contre Sullivan*,⁴⁰ un débat public "largement ouvert", "vigoureux", et "sans restriction" sur les questions d'intérêt public.

38) Voir Frederick Schauer, "The Boundaries of the First Amendment," *Harvard Law Review*, vol. 117 (2004), pp. 1765-1809.

39) J'exclus les actes de désobéissance civile qui violent les lois promulguées et en vigueur quel que soit le contenu du message. Par exemple, les lois contre la violation d'espace privé et la destruction de biens publics ou privés.

40) 376 U.S. 254 (1964).

Si, au lieu de s'interroger sur la portée de la liberté négative évoquée, qui est large aux Etats-Unis, on s'intéresse au but que cette liberté est censée promouvoir, les choses deviennent plus complexes. La communication politique aux Etats-Unis est en effet caractérisée par les critiques sévères et fréquentes à l'encontre des agents publics (ceux qui le méritent et ceux qui ne le méritent pas). A d'autres égards cependant, l'image qu'elle donne d'elle-même est moins avantageuse, moins conforme aux idéaux que l'on trouve si souvent décrits dans les textes et les publications sur la liberté d'expression et la liberté de la presse. Par exemple, la communication politique américaine est généralement confinée à la gamme étroite des opinions qui caractérise le paysage politique américain de manière générale. Les débats politiques, qu'ils soient formels ou informels, opposent souvent les démocrates aux républicains et ne laissent pas apparaître des différences vraiment marquantes entre les positions politiques adoptées de part et d'autre. Les positions de la gauche du parti démocrate ou celles de la droite du parti républicain sont rarement exprimées et leurs tenants sont encore plus rarement exposés dans les grands médias. Donc, si derrière cette absence de restriction juridique se trouvait l'idée de promouvoir un environnement dans lequel des opinions d'une grande diversité pourraient être exprimées, débattues et prises au sérieux, alors la liberté absolue d'expression n'est peut-être pas une condition suffisante. Il n'est en tout cas pas certain que la doctrine libertaire ait produit la communication politique diverse et vigoureuse que l'on voit dans nombre de pays dont l'approche de la liberté de communication est plus restrictive que celle des Etats-Unis.

Cette situation s'explique peut-être par une recherche insuffisante de l'équilibre entre la liberté négative en particulier et la loi en général. Ce qui est presque certain, c'est que le débat public est plus ouvert qu'il ne l'aurait été sans l'approche libertaire américaine de la liberté d'expression. Mais cela ne nous en dit pas long sur les conditions politiques qui prévalent dans d'autres sociétés. Est-ce que ces sociétés où les conditions politiques sont différentes et où la liberté d'expression est moins étendue peuvent, du fait de ces différences, créer un environnement qui laisse une communication politique plus large et vigoureuse se déployer ? Et donc, si la communication politique américaine se développe dans un espace plus restreint que ce n'est le cas dans certaines autres démocraties, cela est probablement dû moins au droit américain de la liberté d'expression et de la liberté de la presse qu'à la culture politique américaine. Et si cette culture américaine est à coup sûr le fruit de l'existence d'une presse juridiquement très libre et d'un débat politique extrêmement libre, elle est à mettre encore davantage sur le compte d'un système politique américain qui n'est pas un système parlementaire, et qui encourage les élus et les candidats à converger vers le centre,⁴¹ en raison d'un modèle électoral à un tour qui réduit considérablement la possibilité pour les petits partis politiques de s'insérer dans le système pour y constituer une force politique influente,⁴² et d'une histoire politique américaine qui a toujours été à la fois peu indulgente avec le socialisme et très bienveillante pour le moins d'Etat. Ce dernier facteur est d'ailleurs probablement lié à la composition de la population américaine (qui est presque entièrement constituée de personnes trouvant dans leur histoire familiale de bonnes raisons de se méfier du gouvernement) et surtout à l'économie du pays. La prospérité règne aux Etats-Unis, même dans les régions les moins bien loties (en termes absolus), et cette prospérité aide à expliquer la nature étroite et conservatrice (au sens non politique du terme) du débat politique dans ce pays.

L'économie joue d'ailleurs un rôle probablement plus grand que ce qui est dit dans le paragraphe précédent. Il existe aux Etats-Unis des chaînes de télévision et de radio publiques. Mais ces chaînes ont plutôt une vocation culturelle (une vocation élitiste, diront certains) qui les empêche d'être des acteurs de poids dans le secteur de la radiodiffusion. Ainsi, en l'absence d'une tradition de radiodiffusion sérieuse, généraliste, de service public, et aussi de magazines et journaux de service public, les Etats-Unis se retrouvent principalement avec des médias qui sont sous l'emprise du marché. Et la nature même du marché, et la nécessité qui en découle de plaire aux annonceurs autant qu'aux téléspectateurs et lecteurs peut renforcer cette tendance à exclure les opinions qui ne jouissent pas d'un ancrage solide. En d'autres termes, les idées marginales sont confrontées à d'énormes obstacles économiques et politiques et cela, plus que l'absence de barrières juridiques, peut expliquer leur faible présence dans le débat politique américain.

La doctrine libertaire américaine en matière de liberté d'expression contribue aussi d'une manière perverse à l'étroitesse du débat politique aux Etats-Unis. En raison du Premier amendement, les poursuites pour diffamation ou atteinte à la vie privée⁴³ prospèrent difficilement et la pratique des

41) Il y a bien sûr du positif et du négatif dans ce phénomène. Les mêmes aspects de la structure institutionnelle qui tendent à restreindre le débat politique peuvent empêcher que des personnes partageant les idées de Jean-Marie Le Pen, Jörg Haider, et Pim Fortuyn ne prennent pied dans le débat politique américain comme ces derniers dans leur pays respectif.

42) Encore une fois, ce phénomène présente des inconvénients mais aussi des avantages. L'absence d'un seuil suffisamment bas pour la représentation proportionnelle empêche l'ascension de groupes marginaux certes, mais elle empêche aussi que ces groupes exercent, comme en Israël, une influence disproportionnée sur la vie politique et publique.

43) Pays de *common law*, les Etats-Unis n'ont pas de tradition de lois contre l'insulte en tant que telles. D'ailleurs, si elles y existaient, de telles lois ne résisteraient pas aux contraintes du Premier amendement.

attaques personnelles est très facile et très peu risquée d'un point de vue juridique. Le résultat en est que, pour les médias ou pour d'autres acteurs du débat politique, les personnalités politiques et leur comportement individuel constituent des cibles faciles.⁴⁴ Dans la mesure où les médias n'opposent guère de résistance à cette facilité, la doctrine américaine semble avoir contribué à instaurer un climat dans lequel l'analyse politique et le journalisme d'investigation sérieux ont cédé le pas, plus que cela n'aurait été le cas autrement, à des pratiques moins intéressantes mais qui exercent une attraction plus immédiate sur le public.

Le fait que la doctrine issue du Premier amendement à la Constitution des Etats-Unis oriente la communication politique dans un sens plutôt que dans un autre constitue peut-être un phénomène plus vaste. La structure de toute institution politique ou sociale, de tout organe de prise de décision peut laisser apparaître, à l'examen, deux types d'erreurs que les statisticiens ont maintenant l'habitude de classer dans deux catégories : les erreurs de type I et les erreurs de type II. La caractéristique des premières est le faux positif : une action est menée, à tort. Dans le contexte qui nous intéresse, l'erreur de type I se produit lorsque des agents publics malveillants ou corrompus ou tout simplement incompetents sont malgré tout investis, souvent avec des conséquences désastreuses, du pouvoir de poser des actes officiels. En corollaire, l'erreur de type II a pour caractéristique le faux négatif : le défaut d'action positive ou bénéfique. Ainsi, l'erreur de type II est celle qui consiste à empêcher les agents publics bien intentionnés, compétents et efficaces d'exercer leurs pouvoirs pour le bien de tous.

Dans ce contexte, la culture politique américaine en général, et le Premier amendement à la Constitution américaine en particulier, semblent incarner l'idée selon laquelle les erreurs de type I sont beaucoup plus graves que les erreurs de type II et qu'il est bien plus important de se prémunir contre les agents publics corrompus, malveillants et incompetents que de permettre à des agents publics capables et bien intentionnés d'œuvrer pour le bien de tous. Ainsi, on considère que la prévention des catastrophes politiques que sont les faux positifs est plus importante que la prévention des faux négatifs et leurs succès finalement handicapants. Tant et si bien que la prévention des faux positifs que le système est censé maximiser se fait au prix d'un nombre plus élevé de faux négatifs. La culture politique américaine, surtout la culture du Premier amendement et ses avocats les plus actifs peuvent par conséquent endosser ce que recommandait Karl Popper, à savoir des systèmes politiques qui ne soient pas construits en fonction de la question "Qui doit gouverner ?" mais plutôt en accordant une grande attention à la question "Comment organiser nos institutions de telle sorte que les mauvais gouvernants ou les incompetents ne causent pas trop de dégâts ?"⁴⁵ De ce point de vue, et dans la mesure où cette structure analytique constitue un prisme utile pour l'observation de l'approche américaine à la liberté de communication politique, il n'est pas inconcevable d'entendre que le système américain de communication politique a assez bien réussi à limiter les dégâts que peuvent causer les agents publics malveillants, corrompus ou incompetents que tout système politique génère occasionnellement. Mais ce succès s'est construit sur une restriction excessive à l'entrée d'individus honnêtes, bienveillants et compétents dans la vie publique ou par des entraves excessives à la capacité de ces personnes à faire le bien lorsqu'ils sont investis de pouvoirs politiques.

En construisant un système autour de l'enjeu de l'élimination des erreurs de type I au prix d'un accroissement de l'incidence et des conséquences des erreurs de type II, les Etats-Unis ont ainsi choisi d'étouffer le désir d'entrer dans la vie publique chez ceux qui ont peu de goût pour les attaques personnelles et mal fondées, qui ne souhaitent pas s'engager dans des débats publics avec des racistes et qui souhaitent parfois que leurs discussions politiques restent privées. Dans la mesure où la liberté de communication politique à l'américaine expose les agents publics à ces risques et à leurs conséquences plus que ne le font les autres systèmes démocratiques, les américains pourraient payer leur méfiance obsessionnelle pour le gouvernement et leur hantise de la malveillance, de l'incompétence et de la corruption par la perte du talent et de l'engagement de ceux qui choisissent de rentrer dans la vie publique, et par la piètre efficacité des politiques en place. Ce prix vaut-il d'être payé? Il faudrait bien plus que l'expérience d'une vie humaine pour le savoir.

44) L'exemple du président Clinton vient immédiatement à l'esprit, mais il est complexe. L'idée que la conduite de Clinton était "personnelle" ou "privée", largement répandue en Europe, repose sur des opinions contestées quant aux contours des sphères publique, privée et personnelle, mais aussi sur des perceptions controversées du harcèlement sexuel et des relations sexuelles entre l'employeur (ou l'enseignant ou tout autre figure d'autorité) et l'employé. A cet égard aussi il existe une forme d'exception américaine, le système politique et juridique américain étant beaucoup moins tolérant en matière de harcèlement sexuel et de relations sexuelles employeur-employé que ce n'est le cas ailleurs. Voir Abigail C. Saguy, "Employment Discrimination or Sexual Violence? Defining Sexual Harassment in American and French Law," *Law and Society Review*, vol. 34 (2000), pp. 1091-1128.

45) Karl R. Popper, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge* (London: Routledge & Kegan Paul, 4th revised edition, 1972), p. 25.

SUISSE :

La liberté d'expression politique dans les médias – Une sélection d'enjeux

Franz Zeller

*Office fédéral de la communication (OFCOM)
et Université de Berne, Suisse*

1. Introduction : “Le débat public est l'âme de la démocratie directe”

La liberté de débat politique est au cœur même de la notion de société démocratique. Elle revêt une importance particulière dans un pays comme la Suisse, où les citoyens jouissent de droits étendus, dits de codétermination, à l'égard des autorités. Si le recours fréquent au référendum et à l'initiative populaire reste indispensable au fonctionnement efficace du système politique suisse, la démocratie directe repose aussi sur l'existence d'un débat politique pluriel et équitable, surtout dans les médias. Ce constat fait l'objet d'un consensus en Suisse, comme en témoigne l'affirmation récente du Tribunal fédéral, la plus haute instance judiciaire du pays, selon laquelle “le débat public est l'âme de la démocratie directe”.¹

Cependant, on s'accorde également sur le fait que le droit à la libre expression et à un débat nourri n'est pas illimité. Bien que les possibilités de censurer le discours politique soient restreintes, toute déclaration diffamatoire, raciste, qui prône la violence ou qui viole le secret reste proscrite en Suisse, même si elle est proférée dans un contexte politique (2.).

Aux entraves “traditionnelles” à la libre expression (politique) s'ajoutent des dispositions spécifiques destinées à promouvoir l'égalité des chances d'expression de l'opposition dans le débat politique et à protéger le droit des citoyens d'être informés sur l'enjeu des dizaines de “votations” organisées chaque année aux niveaux fédéral, cantonal et communal. Durant la période précédant ces consultations électorales, l'opinion publique est très attachée à l'organisation d'un débat politique pluriel et équitable dans des conditions de participation égales pour tous, plus particulièrement les petites formations dont les ressources financières sont modestes. Plusieurs mesures garantissent la poursuite de ces objectifs (3.). Parmi celles-ci, on distingue l'interdiction (partielle) de la publicité politique à la radio et à la télévision, qui sera évoquée dans le dernier chapitre de cette communication (4.).

2. Les entraves “traditionnelles” à la libre expression (politique)

2.1. Diffamation, discrimination raciale et violation du secret

Le Code pénal suisse interdit de tenir (publiquement) des déclarations à caractère diffamatoire (art. 173) ou raciste (art. 261^{bis}). Il faut toutefois noter que les derniers procès intentés en diffamation ou pour discrimination raciale dans un contexte politique l'ont été moins contre des journalistes que des acteurs (individuels) du débat politique, comme des membres de partis politiques ou des opposants radicaux à l'avortement.

1) Arrêt du Tribunal fédéral du 14 mai 2002, BGE 128 IV 53 ; considérant 1d, page 60.

En 2002, le Tribunal fédéral a confirmé la condamnation pour diffamation de l'auteur d'une campagne d'affichage anonyme critiquant les femmes politiques qui s'étaient prononcées en faveur d'une proposition de loi autorisant l'avortement pendant les 12 semaines suivant la conception. Sur les affiches intitulées "Elles veulent une culture de la mort en Suisse !" figuraient la photo d'un fœtus ensanglanté âgé de 20 semaines et les noms des politiciens qui avaient exprimé leur soutien. Le Tribunal fédéral a rappelé que le seuil de tolérance applicable aux déclarations faites dans un contexte politique devait être plus élevé. Néanmoins, il a estimé qu'on ne saurait se prévaloir de cette tolérance pour refuser de participer à un débat public en choisissant délibérément de cacher son identité : "Le déroulement d'un débat politique équitable implique notamment que l'identité des auteurs de tracts ou d'affiches apparaisse sur [les] écrits."²

Le rôle joué par les médias de masse dans le signalement de déclarations à caractère raciste a alimenté des discussions sur la déontologie de la profession,³ mais jusqu'à présent, aucun journaliste n'a dû comparaître devant un tribunal suisse pour avoir rapporté des propos racistes tenus par autrui. Les poursuites pénales engagées contre un journaliste qui avait publié les remarques racistes de son interlocuteur ont été abandonnées en 1999.⁴

Pour les journalistes souhaitant couvrir librement l'actualité politique, l'article 293 § 1 du Code pénal constitue un obstacle majeur. Cette disposition prévoit que "celui qui, sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence sera puni des arrêts ou de l'amende".

En 1997, un journal du dimanche avait publié des extraits d'un message confidentiel envoyé par l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis à sa capitale. L'auteur de l'article fut condamné pour violation de l'article 293.⁵ (Le Conseil suisse de la presse avait estimé, pour sa part, que la divulgation de l'information était conforme à l'éthique professionnelle.)

2.2. Les contraintes supplémentaires imposées aux radiodiffuseurs

Le traitement de l'actualité (politique) à la radio ou la télévision obéit à des critères supplémentaires. La loi fédérale sur la radio et la télévision (LFRT) interdit par exemple la diffusion, lors d'émissions, de sujets contenant des éléments susceptibles de nuire à la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération et qui glorifient ou qui banalisent la violence (art. 6 de la LFRT). Ces contraintes pèsent bien plus que les dispositions pénales prévues en cas de provocation publique à la violence (art. 259 du Code pénal) ou de représentation de la violence (art. 135 du Code pénal), lesquelles sont rarement appliquées. Les radiodiffuseurs publics, surtout la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SRG SSR idée suisse), mais aussi privés, sont tenus de s'y plier. L'organisme de régulation chargé d'assurer le respect des dispositions portant sur le contenu des programmes est l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP - art. 93 § 5 de la Constitution fédérale). Sa mission consiste à veiller à la présentation équitable des événements et au reflet fidèle de la diversité des opinions (voir infra 3.1.), mais aussi à protéger la liberté d'expression du radiodiffuseur (art. 17 § 1 et art. 93 § 3 de la Constitution fédérale).

L'AIEP a ainsi jugé acceptable dans deux cas la diffusion de contenus violents dans le prestigieux journal télévisé du soir de la chaîne publique suisse alémanique DRS. Dans le premier, elle a rejeté par 6 voix contre 3 une plainte dirigée contre la manière dont la DRS avait montré les images des corps sans vie des fils de Saddam Hussein en septembre 2003. L'AIEP a estimé que la diffusion d'images violentes dans une émission d'information était parfois nécessaire pour refléter les conflits de manière objective et devait être tolérée tant que l'on ne tombait pas dans l'excès. Selon ses membres minorisés, les photos prises par l'armée américaine n'apportaient pas la preuve concluante de la mort de Kusai et Uday Hussein ; leur projection à l'écran revenait à banaliser la violence et à violer la dignité humaine.⁶

Dans le second cas, l'AIEP a autorisé la diffusion, dans une émission d'information, d'extraits d'une conférence de presse organisée par des opposants encagoulés au Forum économique mondial (WEF) où ceux-ci se déclaraient prêts à manifester violemment. A l'unanimité, l'Autorité a décidé que le contenu du sujet n'avait pas représenté une menace pour la sûreté intérieure.⁷

2) Arrêt du Tribunal fédéral du 14 mai 2002, BGE 128 IV 53 ; considérant 1d, page 60.

3) Le Conseil suisse de la presse a publié plusieurs prises de position sur la question : <http://www.presserat.ch/12330.htm>

4) Franz Zeller, *Öffentliches Medienrecht*, Berne 2004, page 186.

5) Arrêt du Tribunal fédéral du 5 décembre 2000, BGE 126 IV 236 (Jagmetti - *SonntagsZeitung*).

6) Décision b. 479 de l'AIEP, 5 décembre 2003 ; <http://www.ubi.admin.ch/entschei/x/b.479.pdf>

2.3. Mesures prises contre la diffusion en Suisse de publications étrangères illégales

A maintes reprises, les autorités suisses ont saisi (puis détruit) des écrits de propagande considérés comme une menace pour la sûreté de l'Etat. Ce fut notamment le cas de 88 kg de livres et de magazines du Parti des travailleurs kurdes, dans lesquels le PKK faisait l'apologie de la violence et incitait à la lutte armée contre les autorités turques. Une autre affaire concerna le séquestre de disques compacts importés d'Allemagne qui véhiculaient des messages d'extrême droite. Dans les deux cas, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a déclaré irrecevable les requêtes déposées par les plaignants en vertu de l'article 10 de la Convention.⁸

Par ailleurs, la CEDH a jugé conformes à la Convention les mesures prises en 1998 par le Conseil fédéral, le Gouvernement suisse, à l'encontre d'un membre du Front islamique du salut (FIS) algérien. L'homme se vit interdire la diffusion d'écrits de propagande pour des organisations qui justifient ou qui encouragent des actes de violence. En outre, son télécopieur fut saisi et son raccordement à Internet bloqué.⁹

3. Mesures destinées à protéger le droit du public d'être informé et à garantir l'égalité des chances dans le débat politique

La liberté de communication (politique) n'implique pas seulement qu'un journaliste a le droit de s'exprimer librement. Le droit constitutionnel suisse a toujours rappelé l'importance du droit du public d'être informé, comme en atteste la disposition sur la radio et la télévision (art. 93 § 2 de la Constitution fédérale). Son rôle est fondamental dans le champ politique. La garantie constitutionnelle des droits politiques (art. 34 § 2) assure non seulement l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens, mais aussi "la libre formation de [leur] opinion".

Par leurs décisions, les autorités peuvent en effet compromettre la libre formation de l'opinion. Il existe une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral sur le contrôle qu'elles peuvent exercer sur l'information avant une consultation électorale.¹⁰ Dans des circonstances exceptionnelles, le vote peut ainsi être reporté ou annulé. C'est le cas lorsque des organismes privés (tels que les médias) propagent, juste avant l'ouverture du scrutin, des déclarations fausses ou trompeuses ayant un impact considérable sur la formation de l'opinion et que les pouvoirs publics, pris de court, n'ont pas le temps de rectifier l'information.¹¹

D'un autre côté, il n'existe pas en Suisse de "période de silence" obligatoire avant le scrutin, durant laquelle tout sondage serait interdit. Malgré quelques tentatives, le Parlement n'est pas parvenu à réglementer la question. Pour être efficace, il faudrait au demeurant que la période soit très longue, étant donné la tradition suisse du vote par correspondance.¹²

La législation suisse en matière de radiodiffusion met l'accent sur la présentation équitable et équilibrée de l'information dans les médias audiovisuels, mais aucune disposition similaire ne s'applique aux journaux, aux brochures ou aux affiches. La proposition d'une commission parlementaire visant à créer un organe indépendant qui serait chargé de déterminer le caractère adéquat d'écrits politiques spécifiques distribués avant une consultation électorale a été rejetée par le Parlement en 2002.

3.1. La présentation équitable et équilibrée de l'information à la radio et la télévision

Le droit suisse en matière de radio et de télévision contraint tous les radiodiffuseurs à *présenter fidèlement* (ou de manière équitable) les événements (art. 4 § 1 de la LFRT). Cette obligation a pour but de protéger l'opinion publique de toute manipulation, le radiodiffuseur devant lui permettre de se forger sa propre opinion.

7) Décision b. 483 de l'AIEP, 14 mai 2004 ; <http://www.ubi.admin.ch/entschei/x/b.483.pdf>

8) Décisions N° 55641/00 "Farouk Kaptan c. Suisse" du 12 avril 2001 et N° 43874/98 "R.L. c. Suisse" du 25 novembre 2003

9) Décision N° 41615/98 "Zaoui c. Suisse" du 18 janvier 2001

10) Voir Michel Besson, *Behördliche Information vor Volksabstimmungen*, Berne 2003

11) Arrêt du Tribunal fédéral du 4 août 1993, BGE 119 Ia 271 considérant 3c page 274

12) La loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 dit à l'article 8 que les cantons doivent instituer une procédure simple pour le vote par correspondance. Quelques cantons et communes ont mené des projets pilotes de vote électronique.

L'obligation de refléter de manière équitable les événements ne vaut pas uniquement pour les journaux télévisés. La législation suisse va au-delà des exigences de l'article 7 § 3 de la Convention européenne sur la télévision transfrontalière (CETT), car elle inclut tous les sujets des services de programmes d'information.

L'information doit donc être reflétée de manière fidèle (équitable), mais aussi *équilibrée*, par le biais d'une variété d'événements et d'opinions (art. 4 § 1, deuxième phrase de la LFRT). Sa présentation impartiale, équitable et équilibrée est particulièrement importante avant un scrutin. Pendant cette phase sensible, qui peut déterminer l'issue du processus démocratique, les radiodiffuseurs ont un devoir d'objectivité. Le Tribunal fédéral a souligné la grande responsabilité des radiodiffuseurs dans le processus de formation de l'opinion et l'importance du respect des droits politiques des citoyens. Dans sa jurisprudence, la plus haute instance judiciaire suisse¹³ rappelle que ce principe conserve toute sa validité pendant la période de collecte des signatures obligatoires pour organiser un référendum facultatif¹⁴ ou pour introduire une initiative populaire.¹⁵

Lorsqu'ils couvrent les enjeux d'une consultation électorale, les radiodiffuseurs sont aussi astreints au respect du principe d'égalité des chances. Tous les partis et groupes d'intérêts doivent avoir la possibilité de communiquer leurs opinions à une vaste audience. Il incombe donc aux radiodiffuseurs de prendre toutes les mesures nécessaires afin que les acteurs d'un débat bénéficient d'un accès équitable à l'antenne – si possible, dans le même sujet d'une émission.¹⁶ Cependant, ils sont libres de traiter de manière différente les partis, candidats et groupes d'intérêts, en fonction des besoins d'information des téléspectateurs et des auditeurs.

Le Tribunal fédéral a jugé acceptable d'accorder aux partis et candidats d'envergure politique majeure un traitement (légèrement) différent et un temps de parole plus long lors d'un plateau télévisé organisé avant une élection dans le canton de Genève.¹⁷ De plus, il a estimé que la place consacrée aux positions des différentes forces politiques sur telle initiative ou tel référendum n'avait pas non plus à être la même ; les radiodiffuseurs sont autorisés à allouer leur temps et à s'intéresser aux candidats en fonction de critères journalistiques (valeur de l'information).¹⁸

3.2. Le droit d'accès à l'antenne

Si les radiodiffuseurs sont tenus de présenter les informations de manière exacte et équilibrée, certains partis, organisations et individus peuvent aussi faire valoir leur droit de participer à une émission. La Commission européenne des Droits de l'Homme a certes estimé que le droit à la liberté d'expression ne devait pas être interprété comme un droit d'accès général ou illimité au temps d'antenne. Toutefois, dans certaines circonstances, la privation de temps d'antenne peut donner lieu à un recours au titre de la Convention. C'est le cas, par exemple, si un parti politique a été exclu des locaux du radiodiffuseur au moment de l'élection, alors que d'autres partis ont eu l'occasion de s'exprimer à l'antenne.¹⁹ Ce qui est vrai le jour du scrutin ne l'est pas moins les semaines qui précèdent le vote sur une initiative ou un référendum. Il revient donc aux autorités suisses de radiodiffusion de déterminer, dans le cadre d'une procédure formelle, si les éléments constitutifs des circonstances invoquées sont réunis et si le radiodiffuseur concerné doit mettre à disposition son temps d'antenne. Jusqu'à présent, cela ne s'est jamais produit.²⁰

La loi suisse n'excluant pas l'octroi de concessions de diffusion à des organisations politiques ou religieuses, les détenteurs d'une telle licence peuvent faire passer encore plus aisément leur message aux téléspectateurs et aux auditeurs. L'article 3 § 2 de la LFRT précise néanmoins que "considérés dans leur ensemble, les programmes offerts dans une zone de diffusion ne doivent privilégier aucun parti ou groupe d'intérêts, ni aucune idéologie ou doctrine."

La CEDH a laissé aux autorités suisses une grande marge d'appréciation s'agissant de la décision d'accorder ou non une concession de diffusion. La Cour a été sensible aux particularités du paysage

13) Arrêt du Tribunal fédéral du 25 novembre 1988, BGE 114 Ib 334 considérant 4b page 343 ("EOS").

14) Au niveau fédéral : 100 jours à compter de la publication officielle du texte dans la Feuille fédérale (art. 59 de la Loi fédérale sur les droits politiques).

15) Au niveau fédéral : 18 mois à compter de la date de publication officielle du texte de l'initiative dans la Feuille fédérale (art. 71 § 1 de la Loi fédérale sur les droits politiques).

16) Arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 1999, BGE 125 II 497 cons. 3b page 503 (Tamborini).

17) Arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 1999, BGE 125 II 497 cons. 3c page 506 (Tamborini).

18) Décision b. 474 de l'AIEP du 16 octobre 2003 ("Tagesschau c. Kernenergie").

19) Décision N° 28079/95 "De Angelis c. Italie" du 17 janvier 1997 (et décisions antérieures).

20) La position des autorités suisses a été confirmée par la décision N° 23550/94 "Association mondiale pour l'Ecole Instrument de Paix c. Suisse" du 24 février 1995.

politique helvétique, qui exige la prise en compte de critères politiques délicats, comme le pluralisme linguistique et culturel du pays.²¹

4. Les restrictions de la publicité politique

L'article 18 § 5 de la LFRT interdit la publicité politique (et religieuse) payante à la radio et la télévision. En Suisse, il revient donc au radiodiffuseur de refuser de diffuser une publicité (politique) illégale.

Comment juger du caractère politique d'une publicité ? Initialement, le Tribunal fédéral avait opté pour une interprétation large du concept. En 1997, il a ainsi approuvé l'interdiction d'une publicité télévisée produite par une association de défense des animaux (*Verein gegen Tierfabriken*) qui s'attaquait à l'industrie de transformation de la viande. Or la CEDH a estimé que ce refus violait la liberté d'expression (art. 10 de la Convention).²²

Les autorités suisses ont donc modifié leur interprétation de l'article 18 § 5 de la LFRT, reconnaissant que l'interprétation antérieure, plus large, de la disposition sur l'interdiction de la publicité politique ne pouvait être maintenue. Aujourd'hui, elle se limite à l'essentiel : protéger le processus démocratique institutionnalisé d'élections et de votations sur des thèmes précis. Les publicités diffusées avant et après celles-ci sont autorisées, même si elles touchent à des sujets politiques très controversés tels que l'énergie nucléaire ou l'asile politique.²³ L'interdiction plus générale de la publicité portant sur les enjeux d'un débat politique ou de société en cours n'est plus en vigueur.

Dans les milieux politiques suisses, on s'interroge sur la question du maintien tout court d'une restriction de la publicité politique dans les médias audiovisuels. Lors de la discussion au Parlement du projet de révision de la LFRT en mars 2004, le Conseil national, la chambre basse du Parlement, a – contre toute attente – voté majoritairement contre l'interdiction de la publicité politique (et religieuse). Cette décision a été critiquée par les médias suisses, et il n'est pas certain que le Conseil des Etats, la chambre haute, suive la position du Conseil National.²⁴

Les raisons pour lesquelles on rechigne à légaliser la publicité politique à la radio et la télévision tiennent au système politique suisse, qui repose sur le principe d'égalité des chances accordées aux différentes forces politiques. Selon ce principe, les acteurs politiques disposant d'importants soutiens financiers doivent être empêchés d'acquérir un avantage compétitif encore plus grand. Ce problème peut s'avérer plus sérieux en Suisse qu'ailleurs pour une double raison. Premièrement, parce que les partis politiques dépendent presque exclusivement des cotisations de leurs membres ou de particuliers pour financer leurs campagnes, le Parlement ayant refusé toute évolution vers un Etat qui prendrait à sa charge une partie substantielle du financement. Deuxièmement, en raison de la nature même de la démocratie directe, qui implique des consultations électorales plus fréquentes en Suisse que dans les autres pays européens.

En 2003, rien qu'au niveau fédéral, les citoyens suisses ont été appelés aux urnes pour élire un nouveau parlement et se prononcer sur sept initiatives populaires et quatre referendums portant sur des sujets aussi importants que l'énergie nucléaire, l'armée, l'assurance maladie ou les équipements pour handicapés.²⁵

Les moyens financiers considérables à disposition de certaines forces politiques ont permis à celles-ci de conférer une visibilité accrue à leurs positions dans le débat politique, notamment grâce à la publicité politique payante dans les journaux et sur les affiches, moins coûteuse généralement que la publicité à la radio et à la télévision. Tolérer la publicité politique avant une consultation électorale renforcerait cette tendance et aurait une influence non négligeable sur le processus de formation de l'opinion.

21) CEDH Arrêt N° 38743/97 "Demuth c. Suisse" (Car TV) du 5 novembre 2002, § 44.

22) CEDH Arrêt N° 24699/94 "Verein gegen Tierfabriken c. Suisse" du 28 juin 2001.

23) Autorité indépendante d'examen des plaintes, décision b. 467 du 27 juin 2003, <http://www.ubi.admin.ch/entschei/x/b.467.pdf>

24) Concernant la révision de la LFRT, voir <http://www.parlament.ch/e/homepage/do-dossiers-az/do-rtvg-revision.htm>

25) Pour consulter la liste des votations organisées au niveau fédéral depuis 1848, voir <http://www.admin.ch/ch/f/pore/va/index.html>

ESPAGNE :

Questions ouvertes liées à l'expression politique pendant les périodes électorales

Francisco Javier Cabrera Blázquez
Observatoire européen de l'audiovisuel

1. Introduction

Il est établi que les dernières élections législatives en Espagne ont été considérablement influencées par les attentats terroristes qui ont frappé Madrid le 11 mars 2004, ce qui constitue un événement unique dans l'histoire de la démocratie espagnole (et probablement européenne). De ces actes barbares qui ont coûté la vie à 191 personnes et en ont blessé 1500 est née une controverse politique qui continue à diviser la société espagnole. Le gouvernement et le radiodiffuseur public TVE ont fait l'objet de fortes critiques concernant leur manière d'informer le public quant à l'identité des terroristes. Par exemple, un rapport du Parlement européen¹ note *inter alia* que "les pressions gouvernementales sur la télévision de service public TVE ont entraîné des déformations et manipulations flagrantes concernant les informations sur les responsabilités dans les actes terroristes abominables du 11 mars 2004".² Dans le même temps, il semble que des médias privés proches de partis de l'opposition aient publié des informations tendancieuses dans le but de porter atteinte à la crédibilité du gouvernement.

L'auteur de ce texte ne prendra pas position quant à la controverse politique qui est née des attentats terroristes du 11 mars à Madrid et aux élections qui les ont suivis. Il n'entre pas dans ses intentions non plus de procéder à une analyse détaillée des questions politiques et sociales extrêmement complexes qui entourent ces deux événements ni de rechercher une vérité, un crime ou un coupable.³ Cependant, il est impossible d'analyser les questions liées à l'expression politique en Espagne sans prendre en considération certaines des situations que cette tragédie a engendrées et qui sont difficiles à concevoir dans le cadre d'un processus électoral normal. Nous allons donc examiner trois exemples récents liés aux élections générales du 14 mars 2004. Ils montrent combien il est difficile de faire le départ entre la liberté d'expression/information et la publicité politique. Les exemples 1 et 2 montrent, *inter alia*, le rôle que peuvent jouer les nouvelles technologies dans la formation de l'opinion pendant les périodes électorales. Quant à l'exemple 3, il traite de l'affirmation selon laquelle

1) Parlement européen, rapport sur les risques de violation, dans l'Union européenne et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (article 11(2) de la Charte des droits fondamentaux) (2003/2237(INI)). Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures, Rapporteur : Johanna L.A. Boogerd-Quaak. Disponible à l'adresse : <http://www2.europarl.eu.int/omk/sipade2?L=EN&OBJID=75982&LEVEL=2&MODE=SIP&NAV=X&LSTDOC=N>

2) En fait, la TVE a été accusée de clientélisme politique à maintes reprises au cours de ces dernières années. Dans le rapport cité dans la note précédente, le Parlement européen ajoute que des employés de la TVE ont dénoncé "de mauvaises pratiques professionnelles pour provoquer une information non-équilibrée, biaisée ou manipulée, entre le 28 février et le 5 mars, concernant les informations sur l'intervention militaire en Irak". L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe critique également la TVE pour "la couverture de la grève générale en Espagne en 2002, perçue comme prenant le parti du gouvernement [et qui a] conduit à une condamnation [de la TVE] par la justice pour manipulation de l'information". Voir rapport de l'Assemblée parlementaire sur le service public de radiodiffusion, Doc. 10029 du 12 Janvier 2004, Commission de la culture, de la science et de l'éducation. Rapporteur : Mr Paschal Mooney, Irlande, Groupe libéral, démocrate et réformateur. Disponible à l'adresse : <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/doc04/EDOC10029.htm>

3) Une commission parlementaire a été mise sur pied pour enquêter.

le service public de télévision a été utilisé pour influencer sur le résultat des élections. L'exemple 4 porte sur la question de la réglementation des débats télévisés entre candidats pendant les périodes électorales, illustrée par la controverse qui a surgi au cours des récentes élections législatives européennes. Le lecteur notera que ces exemples sont fournis dans le seul but de stimuler le débat et non pas de donner des réponses définitives aux questions posées.

2. *Hay Motivo*, être ou ne pas être (un film publicitaire politique)

Hay motivo ("Il y a une raison") est une série composée de 32 films courts, durant environ 3 minutes chacun. Chacun de ces petits films est l'œuvre d'un réalisateur espagnol (des réalisateurs connus comme Imanol Uribe, Julio Midem ou Vicente Aranda sont dans le lot). L'objet de cette série achevée quelques semaines avant les élections du 14 mars (c'est-à-dire avant les attentats terroristes),⁴ était d'éclairer, dans chacun de ses épisodes, un aspect particulier de la réalité sociale et politique espagnole dont les auteurs considèrent qu'elle aura été "mal traitée au cours de la dernière période législative". Les réalisateurs souhaitent ouvrir les yeux des citoyens sur des problèmes "négligés, manipulés, ou délibérément soustraits à la connaissance de l'opinion publique" par le gouvernement sortant. Les auteurs désiraient que la série soit diffusée par les chaînes de télévision publiques et privées espagnoles avant les élections, en tant que contribution indépendante à la campagne électorale.

Le *Partido Popular* (Parti populaire - PP)⁵ considéra que cette série constituait une publicité politique destinée à lui nuire. En Espagne, la publicité politique à la télévision est généralement interdite par l'article 9.1 c de la loi 25/1994 du 12 juillet 1994 qui met en vigueur la Directive "Télévision sans frontières".⁶ L'article 9.1 c dispose que "la publicité contenant des éléments essentiels ou fondamentaux politiques, ou destinée à la poursuite d'objectifs politiques, est prohibée."⁷ La seule exception à cette règle se retrouve dans la loi 5/1985 du 19 juin 1985 (amendée) qui réglemente les élections en Espagne.⁸ La quatrième partie de la loi contient une disposition en vertu de laquelle, durant les périodes électorales, l'Etat doit mettre des créneaux publicitaires gratuits à la disposition des partis, fédérations, coalitions et groupes politiques prenant part aux élections sur le service public de télévision et de radio.⁹

Questions à soulever :

- La définition de la "publicité télévisée" avancée par l'article 3 c de la loi 25/1994 évoque "tous types de messages radiodiffusés au nom d'une personne physique ou morale, qu'ils soient publics ou privés, dans le but de promouvoir une attitude ou un comportement donnés au sein du public". La série en question n'est-elle qu'un exemple de l'usage par les auteurs de leur droit à la liberté d'expression ou constitue-t-elle aussi une publicité politique ?
- La TVE et les chaînes de télévision privées ont décidé de ne pas diffuser la série pendant la période électorale, et seules quelques chaînes locales l'ont diffusée avant les élections. La série était cependant visible sur Internet.¹⁰ Eu égard à l'importance croissante d'Internet en tant que moyen d'expression (et de publicité) politique, quel type de régulation devrait, le cas échéant, s'appliquer à cette série pendant une période électorale ? L'interdiction de la publicité politique à la télévision devrait-elle être étendue à d'autres médias ?

4) Une suite traitant de la situation créée par les attentats du 11 mars est en cours de production.

5) Le *Partido Popular* est le principal parti conservateur en Espagne. Il a soutenu le gouvernement Aznar au cours de la période 1996-2004.

6) *Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva* (amendée par la loi 22/1999 du 7 juin 1999). Une version consolidée de ce texte est disponible à l'adresse : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l25-1994.html

7) Des textes plus spécifiques comme la *Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, Reguladora de la Publicidad Electoral en emisoras de Televisión Privada* (loi 2/1988 relative à la publicité électorale sur la télévision privée) ainsi que la *Ley Orgánica 14/1995, de 22 de diciembre, de Publicidad Electoral en emisoras de Televisión Local por ondas terrestres* (loi 14/1995 relative à la publicité électorale sur les chaînes locales de télévision) contiennent aussi une interdiction explicite de la publicité politique.

8) *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de Junio, del régimen electoral general* (récemment amendée par la loi 16/2003, du 28 novembre 2003).

9) En ce qui concerne les élections locales, la loi 14/1995 contient une disposition similaire qui accorde des créneaux publicitaires gratuits sur les chaînes de télévision municipales. Cependant, beaucoup de chaînes de télévision locales privées en Espagne diffusent depuis quelques années des spots publicitaires politiques sans contraintes. Voir José Luis Dader et Angeles Moreno, *Elecciones sin ciudadanos (y televisiones sin ley)*, disponible à l'adresse : <http://www.lapaginadefinitiva.com/tribuna/2.htm>

10) Voir <http://www.haymotivo.com/cortos.html>

3. De *No pasarán* à *Pásalo* : Elections et Nouvelles Technologies

Le samedi 13 mars 2004, à la veille des élections législatives, un message fut largement distribué par courrier électronique et par SMS qui appelait à une manifestation devant le siège du *Partido Popular* dans diverses villes espagnoles. Le texte du message invitait les destinataires à le faire passer (*pásalo*) à d'autres. Nul ne sait vraiment qui est à l'origine du message.

Nombre de manifestations eurent donc lieu en Espagne, avec succès. Le PP déclara que ces manifestations étaient illégales parce qu'elles mettaient à l'index un parti politique précis, dans le but d'influer sur le résultat du vote du lendemain. Or l'article 53 de la loi 5/1985 interdit formellement la publicité aux partis politiques à la veille d'élections.

Question à soulever :

- La *Junta Electoral Central* (l'organe indépendant chargé de l'organisation des élections - JEC) décida finalement de déclarer ces manifestations illégales. Mais alors, l'appel à manifester (et sa diffusion) était-il aussi illégal ? Importe-t-il que l'appel ait été lancé par un parti politique en tant qu'entité ou par des membres individuels d'un parti politique ?

4. De *Noche de Fiesta* à *Asesinato en Febrero* : changement de programmes de télévision à la veille des élections

Le samedi 13 mars 2004, un jour avant que les électeurs n'aillent aux urnes, la chaîne de télévision du service public espagnol *La Primera* modifia sa programmation de la soirée (une émission de divertissement intitulée *Noche de Fiesta*) pour diffuser à une heure de grande écoute un documentaire concernant deux victimes du terrorisme de l'ETA, "*Asesinato en Febrero*". La TVE déclara que la diffusion de cet élément constituait un "appel contre le terrorisme", d'où qu'il vienne et un hommage à ses victimes.

Les règles concernant l'information préalable du public en matière de programmes¹¹ exigent que ceux-ci soient publiés au moins onze jours avant la diffusion effective des émissions. Les seules modifications acceptables sont celles qui sont dues à des événements imprévus, indépendants de la volonté du diffuseur.

Question à soulever :

- Il y eut un moment où l'on ne savait pas clairement (ou alors on ne l'avait pas dit publiquement) qui, de l'ETA ou des terroristes islamiques, étaient les auteurs des attentats. Chacun convenait que l'issue des élections dépendait de l'identité de ceux-ci. Ce changement de programme peut-il donc être considéré comme une tentative de peser sur l'issue des élections ?

5. Débat sur les débats

En vue des dernières élections législatives européennes du 13 juin 2004, les partis politiques espagnols avaient convenu de participer à des débats télévisés. L'un de ces débats devait être organisé par le radiodiffuseur de service public TVE et devait rassembler des candidats représentant plusieurs partis politiques. En outre, deux débats opposant des candidats du PP et du PSOE¹² devaient être diffusés respectivement par les radiodiffuseurs privés Telecinco et Antena 3.

Quelques semaines après l'accès décrit ci-dessus, TVE annonça la diffusion d'un débat opposant des candidats du PP et du PSOE le 8 juin 2004, date à laquelle Antena 3 devait organiser son propre débat PP-PSOE. A la suite de protestations du PP qui avait déjà donné son accord pour participer au débat sur Antena 3, la JEC ordonna à TVE de cesser d'annoncer son débat du 8 juin. Elle suggéra aux deux partis politiques de s'accorder sur une date appropriée pour la diffusion de leur débat sur TVE. La JEC

11) *Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrollan otros artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio.* (Instrument statutaire 1462/1999, du 17 septembre 1999, qui entérine la réglementation en matière de droit du public à être informé des programmes de télévision et étend d'autres articles de la loi 25/1994, du 12 juillet 1994, amendée par la loi 22/1999 du 7 juin 1999).

12) Le *Partido Socialista Obrero Español* (Parti socialiste - PSOE) est le principal parti social démocrate. Il soutient l'actuel Gouvernement espagnol.

rappela aussi à Antena 3 et Telecinco l'obligation qui leur était faite d'offrir aux autres partis politiques le temps d'antenne requis pour des débats et des interviews avec leurs candidats. Après cette décision de la JEC, le candidat socialiste accepta de participer au débat d'Antena 3. Il saisit cette opportunité pour plaider en faveur d'une loi qui réglemente la diffusion de débats pendant les périodes électorales.

Question à soulever :

- Ces débats diffusés par les médias audiovisuels devraient-ils être régis pas la loi ? Si oui, quel devrait être le contenu de cette loi ?

FINLANDE: Le point sur 10 ans de publicité politique payante à la télévision finlandaise

Tom Moring

École suédoise des sciences sociales, Université d'Helsinki

Dans sa présentation, Dirk Voorhoof mentionne dix façons différentes de réglementer la publicité payante à la télévision. Entre les deux extrêmes de l'interdiction absolue et du laisser-aller total, les restrictions peuvent porter sur le coût des campagnes, les règles de non discrimination, la réglementation de la transparence de l'accès et des tarifs, les prix, les limites budgétaires, la longueur, les exonérations de responsabilité, la période de silence précédant le jour du scrutin, et les contenus. Mais que se passe-t-il si aucune de ces restrictions n'est appliquée ? Faut-il s'attendre à de sérieux dysfonctionnements du système politique ? Pas nécessairement, si l'on en juge par les dix années d'expérience de la Finlande dans ce domaine. Ce cas particulier est, bien sûr, trop limité pour être généralisé. Néanmoins, il nous donne un exemple de dérégulation de la publicité politique payante dans le contexte d'un système politique relativement stable avec des effets qui restent marginaux sur le système. Bien que limitée à un seul pays, l'étude présentée ici¹ est le résultat de 10 années d'observation systématique des développements intervenus dans ce pays. Néanmoins, le thème de la régulation apparaît comme la question centrale des récents développements en Scandinavie, puisque la Norvège se prépare à lever l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision.

1. Les pays nordiques en cours d'évolution

Comme dans la plupart des pays d'Europe, la publicité politique payante à la télévision a été interdite pendant de nombreuses décennies dans tous les pays nordiques. Or, la Finlande constitue une exception notable et relativement précoce ; la télévision commerciale y possède une longue histoire de co-existence avec la télévision de service public. Lorsque les autres régions d'Europe occidentale ont entamé la dérégulation de la télévision, la Finlande est allée encore plus loin. En 1991, le détenteur des licences de toutes les émissions télévisées (à l'époque, la Société finlandaise de radiodiffusion) a supprimé l'interdiction de la publicité politique payante. Lorsque les chaînes commerciales ont obtenu leurs propres licences, quelques années plus tard, aucune réglementation n'a été mise en place. Ainsi, depuis les élections locales de 1992, les partis politiques et les candidats ont été autorisés à acheter librement des pages publicitaires à la télévision.²

La Finlande constitue un cas particulier parmi les pays nordiques. En Suède, seules quelques annonces politiques isolées ont été diffusées par des radiodiffuseurs intervenant sur le marché suédois, mais opérant à partir de l'étranger. Au Danemark, il n'y a pas d'interdiction formelle, mais les partis politiques ont convenu de ne pas utiliser la publicité payante à la télévision pendant les campagnes

1) L'étude à laquelle il est fait référence a été présentée lors de la Conférence ECPR qui s'est tenue à Marburg du 18 au 21 septembre 2003. Voir Moring, Tom (2003) *"Between ban and laissez faire – Nordic strategies to political television advertisements"*. Rapport présenté à la Conférence ECPR 2003 à Marburg, Allemagne.

2) Contrairement à de nombreux pays européens, en Finlande, les partis politiques ne bénéficient pas de temps de parole gratuit sur les chaînes privées ou publiques. Les débats et les interviews des leaders politiques sont menés selon certains principes d'équité fixés par les radiodiffuseurs eux-mêmes, et qui se rapprochent de plus en plus de ce que les radiodiffuseurs définissent comme les principes "de programmation" ou "rédactionnels".

électorales. En Norvège, les autorités n'ont pas encore autorisé la publicité politique payante à la télévision. Cette situation a été contestée à l'occasion des élections de la fin des années 90 et, de nouveau, lors des élections locales de 2003. Les radiodiffuseurs ont alors fait explicitement référence au principe de la liberté d'expression en lien avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Aujourd'hui, selon les dernières nouvelles, en Norvège, le comité de financement des partis a été sollicité pour faire des propositions sur les modalités de suppression de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision. Cette tâche englobe une réflexion sur les moyens de contraindre les chaînes de télévision à allouer du temps d'antenne gratuit aux partis politiques, les limites à fixer aux dépenses d'un parti pour les annonces télévisées payantes et la durée maximale du temps de diffusion pouvant être acheté par un parti politique.

2. Finlande, nouveau Far West

Considérant le caractère régulateur du cahier des charges remis au comité norvégien, la Finlande reste toujours un cas particulier, même si la Norvège est sur le point de lever l'interdiction. La Finlande ne connaît aucune limite de budget, de temps ou de contenu fixée par les organes de réglementation de la publicité politique payante sur les chaînes commerciales.³ Il en va de même pour la publicité politique payante sur les radios privées. Les seules limites applicables spécifiquement aux contenus de la publicité politique payante à la télévision sont fixées volontairement par la plus grosse chaîne de télévision commerciale (MTV3). Cette chaîne n'autorise pas les attaques personnelles, ni les annonces mélangeant les genres (produit et politique). Étant donné que MTV3 est leader sur le marché de la télévision privée, les règles qu'elle fixe ont des répercussions qui vont au-delà de la chaîne elle-même. Les partis et les candidats produisent habituellement leurs spots pour qu'ils soient diffusés sur cette chaîne, et ils utilisent les mêmes spots sur les autres chaînes.

Lorsqu'un cadre général de réglementation a été introduit, en 1998, afin d'aligner la législation de la Finlande en matière de médias sur la Directive "Télévision sans frontières" (97/36/CE), les autorités ont fait un effort pour intégrer la publicité idéologique et engagée dans ce cadre. Selon les propositions du gouvernement, ce type de publicité était inclus dans la définition de la publicité payante. Le Comité du droit constitutionnel a cependant objecté que ceci était contraire au principe de la liberté d'expression inscrit à l'article 10 de la Constitution finlandaise. Par conséquent, on ignore toujours si la publicité politique payante à la télévision est soumise à une quelconque réglementation. Il reste à déterminer ce que les instances de contrôle feraient, en Finlande, si la publicité politique venait à dépasser la durée maximum fixée par la législation finlandaise et par la Directive européenne pour la publicité, ou si un message politique payant apparaissait dans les programmes sans aucune signalisation, comme la loi l'exige concernant les messages de publicité commerciale.

Néanmoins, ces questions ne sont pas, pour le moment, à l'ordre du jour. Les spots politiques payants sont généralement brefs. Comme l'ont fait remarquer Christina Holtz-Bacha et Lynda Lee Kaid,⁴ les annonces ont tendance à raccourcir dès lors qu'elles sont produites et diffusées selon des contraintes commerciales. Dans la publicité payante, le temps, c'est effectivement de l'argent. D'autre part, les partis politiques et les journalistes ont pris soin de ne pas mélanger les contenus publicitaires avec les autres programmes, car ce type de publicité peut se retourner contre le parti annonceur ou le média lui-même.

3) Moring, Tom (1995) *The North European Exception: Political Advertising on TV in Finland*. Chez Kaid, Lynda Lee and Christina Holtz-Bacha (Eds.) *Political Advertising in Western Democracies*. London: Sage 161-85.

4) Holtz-Bacha, Christina et Lynda Lee Kaid (1995), *A Comparative Perspective on Political Advertising: Media and Political System Characteristics*. Chez Kaid, Lynda Lee and Christina Holtz-Bacha (Eds.) (1995): *Political Advertising in Western Democracies*. London: Sage. 8-18.

3. Les investissements des quatre principaux partis politiques finlandais dans les annonces télévisées pour l'année 2003

Lors des dernières élections parlementaires en Finlande, la télévision a été le média qui a reçu la majeure partie du budget de campagne des partis politiques du pays. En 2003, les principaux partis ont affecté entre un tiers et plus de la moitié de leur budget de campagne électorale aux annonces télévisées (voir tableau 1). Les sommes dépensées pour la publicité politique payante à la télévision sont étonnamment similaires, indépendamment des différences de taille entre les partis et leur budget global de campagne. L'explication est simple : selon les "règles du métier", une campagne publicitaire télévisée exige un certain niveau de répétition pour être efficace. Le budget de publicité télévisée des principaux partis est donc basé sur ce niveau minimum, ce qui permet une exposition du téléspectateur moyen aux spots 5 à 6 fois pendant la campagne.

Tableau 1. Le budget de campagne des quatre principaux partis et la part de la publicité payante à la télévision en Finlande pour l'année 2003 (Moring 2003).

	Parti conservateur	Parti centriste	Parti social-démocrate	Alliance de la gauche	Total
Budget de la campagne (total)	750.000 €	670.000 €	620.000 €	466.000 €	2.506.000 €
Annonces télévisées des partis	230.000 €	280.000 €	300.000 €	266.000 €	1.076.000 €
Part des spots télévisés (%)	31 %	42 %	48 %	57 %	43 %

Il est clair que les campagnes publicitaires à la télévision exacerbent les différences entre les formations politiques. Les grands partis obtiennent en général un taux de reconnaissance de 75 % pour leurs annonces. En 2004, 10 % en moyenne des personnes interrogées considéraient que les annonces télévisées avaient eu un effet positif sur les résultats du parti pour qui elles avaient voté, alors que 4 % estimaient qu'elles avaient eu un effet négatif.⁵ Il existe néanmoins des différences considérables entre les partis. En 2003, la grande gagnante de la campagne électorale fut Suvi-Anne Siimes, la charismatique présidente de l'Alliance de la gauche. Bien que les électeurs de ce parti radical de gauche fussent traditionnellement les plus critiques vis-à-vis de la publicité payante,⁶ 21 % des électeurs de ce parti pensent que l'impact de la campagne publicitaire à la télévision a été positif pour le parti et aucun ne pense qu'il a été négatif. On peut comparer ce résultat aux réactions des électeurs du parti conservateur : seuls 8 % des électeurs pensent que la campagne publicitaire à la télévision a eu un effet positif pour le succès du parti, alors que 16 % pensent qu'elle a eu un effet négatif. Or, les électeurs de ce parti ont généralement une opinion plus favorable de la publicité payante.

Par ailleurs, il semble que l'impact de la campagne publicitaire à la télévision ne se rapproche nullement des montants investis. Les effets informatifs des différents médias sur la décision de vote ont été suivis dans le cadre de plusieurs études réalisées depuis 1992. Même si les effets observés au sein des médias ne constituent pas un aussi bon critère d'appréciation, car l'impact de la publicité tend à être sous-estimé, les comparaisons entre les différentes élections, dans le temps, sont édifiantes. Au début, en 1992, seuls 5 % des personnes interrogées admettaient que la publicité politique à la télévision avait eu davantage qu'une valeur informative marginale. À la fin des années 90, ce chiffre avait doublé, avant de revenir à 5 % en 2003. Les électeurs et les directeurs de campagne des partis considèrent que la publicité politique à la télévision est essentiellement axée sur l'image.

Si l'on considère les facteurs de stabilité politique tels que la part d'électeurs fluctuants ou la proportion des suffrages pour les partis, on observe des changements relativement minimes au cours

5) Cette information découle d'une enquête post-électorale réalisée par Gallup Finland. Cette enquête (1 511 personnes interrogées) a été menée dans le cadre d'un sondage électronique hebdomadaire et elle est représentative de l'électorat finlandais.

6) Notre étude fait apparaître qu'il existe des différences entre les partis au niveau de leur attitude envers la publicité politique payante, mais que ces différences ne sont pas très importantes. Le succès de la campagne télévisée de cette formation semble avoir contribué à réduire l'opposition des électeurs d'extrême gauche vis-à-vis de ce média.

de la période qui s'est écoulée depuis l'introduction de la publicité politique en 1991. En fait, si l'on tient compte de toutes les élections nationales depuis 1983, les trois principaux partis ont obtenu une part des suffrages qui varie entre 64,5 % (élections européennes de 1999) et 69,2 % (élections locales de 1988).

En même temps, ceci révèle que la marge des petits partis est restée la même durant toutes ces années, indépendamment de leurs ressources beaucoup plus limitées. En 2003, le petit Parti populaire suédois avait consacré EUR 51 000 à la publicité télévisée, alors que le parti des Chrétiens démocrates, de même taille, y avait consacré EUR 60 000 ; la Ligue verte, une formation un peu plus importante, n'avait fait, quant à elle, aucune publicité télévisée. Les directeurs de campagne de ces partis n'avaient toutefois exprimé aucun désaccord avec le système finlandais.⁷

Les petits partis pensent manifestement que, dans une certaine mesure, la publicité leur donne une chance d'apparaître à la télévision nationale, alors qu'auparavant, ils figuraient rarement dans les diffusions journalistiques telles que les émissions d'actualité. D'autre part, les grands partis n'ont pas réussi à retirer un bénéfice réel des investissements considérables qu'ils ont fait dans la publicité télévisée. En Allemagne,⁸ il a été démontré qu'en dépit des avantages comparés sous forme de visibilité à l'écran, l'intérêt des grands partis pour la publicité politique à la télévision est en déclin. Plusieurs facteurs spécifiques viennent expliquer cette perte d'intérêt qui s'amorce chez les grands partis allemands, notamment les restrictions des prix, qui démotivent les radiodiffuseurs, et les exonérations de responsabilité, qui provoquent une baisse de l'intérêt des partis à faire leur propre promotion.

Néanmoins, ces contraintes ne sont que des facteurs supplémentaires qui viennent s'ajouter à l'évaluation du rapport coût / efficacité, ce qui, même en Finlande, amène évidemment à remettre en cause la justification de la publicité politique à prix fort à la télévision. D'autre part, si l'électorat devient plus fluctuant et si la publicité télévisée commence à jouer un rôle plus important, ce sentiment pourrait changer rapidement au sein des petits partis.

4. Conclusions

Dans le cadre de la déréglementation de la radiodiffusion et de la liberté des médias, on observe, dans de nombreux pays d'Europe, une tendance vers une attitude plus permissive vis-à-vis de la publicité politique payante à la télévision. Dans les pays nordiques, la Norvège illustre bien ce phénomène, qui s'accompagne d'un débat autour des outils de réglementation ciblés et limités qui permettraient d'éviter tout effet de dysfonctionnement. Cependant, la Finlande a supprimé l'interdiction de la publicité politique à la télévision dès 1991 sans mettre en place d'outils de réglementation. La publicité politique a même été maintenue en marge de la réglementation communautaire concernant la publicité commerciale habituelle. Cet exemple unique fait apparaître une influence minime sur le système au cours de la décennie qui a suivi, hormis les dépenses exagérées consacrées par les grands partis politiques à la publicité politique à la télévision. Ainsi qu'il a été démontré en Allemagne, les grands partis retirent un avantage comparé sous forme de visibilité sur les écrans télévisés. Néanmoins, il est possible que les principaux partis finlandais, à l'instar de leurs homologues allemands, aient perdu une part de leur intérêt pour cet outil, du fait de ses faibles performances sur le marché politique. Il convient toutefois d'émettre une réserve en ce qui concerne les situations de mutation du système politique et de hausse d'un électorat fluctuant. Dans ce type de situation, la composante visuelle peut prendre de l'importance, et peut faire de la publicité politique télévisuelle un outil plus efficace pour ceux qui ont les moyens de l'utiliser.

7) Ces interviews ont été réalisées pour une étude finlandaise concernant les élections parlementaires. Voir Borg, Sami et Tom Moring (à paraître) *Vaalikampanja*. Chez Paloheimo, Heikki (Ed.) (parution en 2004) *Vaalit ja edustuksellinen demokrati Suomessa*

8) Holtz-Bacha, Christina (2003), *To the advantage of the big parties but they seem to lose interest – TV advertising during the 2002 German national election campaign*. Rapport présenté à la Conférence ICA 2003 à San Diego/USA.

IRLANDE :

Aperçu de questions choisies sur la liberté d'expression politique¹

Tarlach McGonagle
Institut du droit de l'information (IViR),
Université d'Amsterdam

1. Le contexte constitutionnel

L'article 40.6.1 de la Constitution irlandaise de 1937, *Bunreacht na hÉireann*,² garantit à toute personne la liberté d'exprimer ses convictions et ses opinions, sous réserve de respecter les exigences de l'ordre public et de la morale :

L'Etat garantit la libre jouissance des droits suivants, sous réserve du respect de l'ordre public et de la morale :

- i. Le droit, pour tout citoyen, d'exprimer librement ses convictions et opinions.
- ii. L'éducation de l'opinion publique représente cependant une question si capitale pour l'intérêt général, qu'il appartient à l'Etat de veiller à ce que les organes de l'opinion publique, tels que la radio, la presse et le cinéma, tout en conservant leur liberté d'expression légitime, y compris celle de critiquer la politique gouvernementale, ne soient pas employés à porter atteinte à l'ordre public, la morale ou l'autorité de l'Etat.
- iii. La publication ou l'expression de propos blasphématoires, séditions ou attentatoires aux bonnes mœurs constitue un délit passible des sanctions prévues par la loi.

Il convient de noter qu'une attention particulière est portée à "l'éducation de l'opinion publique" et que la critique de la politique gouvernementale est considérée comme un élément essentiel du droit à la liberté d'expression. Le droit au respect de la réputation, spécifiquement garanti à l'article 40.3.2, est également pertinent pour le sujet qui nous intéresse ici : "[L']Etat, notamment, protège de son mieux par ses lois tout citoyen des attaques injustes portées contre ce dernier et, en cas de préjudice, défend sa [...]réputation [...]".

2. La diffamation

La législation irlandaise en matière de diffamation, dont la loi relative à la diffamation de 1961 constitue le pivot, aurait dû faire l'objet depuis longtemps d'une refonte complète. Quelques tentatives ont récemment été effectuées en ce sens. En 2002, le ministre de la Justice, de l'Egalité et de la Réforme de la législation a nommé un Groupe consultatif juridique sur la diffamation.³ Ce groupe a été chargé

1) Par manque de place, le présent article couvre uniquement un choix limité de questions, et ce de manière synthétique ; les points pertinents sont examinés de façon approfondie dans l'ouvrage de Marie McGonagle, *Media Law* (deuxième édition) (Dublin, Thomson Round Hall, 2003). Toutes les lois irlandaises mentionnées ici sont disponibles en ligne :

<http://www.irishstatutebook.ie/front.html> (jusqu'en 2002 inclus) ;

<http://www.oireachtas.ie/ViewDoc.asp?fn=/documents/bills28/acts/default.htm&CatID=53&m=l> (1997-2004). Pour ce qui est de la jurisprudence en la matière des juridictions irlandaises, voir : <http://www.ucc.ie/law/irlji/index.php>

2) Disponible sur : <http://www.taoiseach.gov.ie/upload/static/256.pdf>

3) Pour de plus amples informations, voir Marie McGonagle, "IE - Nouveau groupe consultatif sur la diffamation", *IRIS* 2003-1 : 15.

de remettre au ministre un rapport sur un certain nombre de questions spécifiques dans le cadre de l'engagement, formulé dans le programme gouvernemental, de mettre la législation sur la diffamation en conformité avec celle des autres Etats. La publication du rapport du Groupe consultatif juridique sur la diffamation (mars 2003) a été suivie d'une consultation publique.⁴

Les questions abordées dans le cadre de cette consultation publique comprenaient le renforcement nécessaire de l'harmonisation de la législation irlandaise sur la diffamation avec les normes internationales et les meilleurs usages comparés, la réduction des montants des dommages-intérêts, le recours plus fréquent à des sanctions non pécuniaires, la mise en place d'une exception de publication raisonnable, ainsi que d'une exception de publication innocente (avec une protection particulière des fournisseurs de services Internet, lorsque ceux-ci se contentent de fournir un accès à Internet, de transférer des données sur Internet ou d'héberger un site web).⁵

La tendance des juridictions irlandaises à accorder, dans les affaires de diffamation, des dommages-intérêts importants est problématique, car ces derniers entravent la liberté d'expression dans la mesure où ils incitent les médias à la réserve et donnent naissance à un climat d'autocensure peu propice à un journalisme d'investigation énergique.⁶ L'un des meilleurs exemples de l'octroi de dommages-intérêts considérables à des responsables politiques est fourni par l'affaire *De Rossa c. Independent Newspapers Ltd.*,⁷ laquelle a fait couler beaucoup d'encre et se trouve aujourd'hui pendante devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.⁸ Cette affaire est née, pour résumer, de la publication d'un article qui mentionnait les "activités particulières" (à caractère criminel) qui "ont servi à financer le Parti ouvrier" (dont le demandeur en l'espèce avait été le dirigeant). Il convient de noter que le montant des dommages-intérêts (IEP 300 000) accordé au demandeur équivalait à l'époque à environ vingt fois le salaire annuel d'un ouvrier irlandais.⁹

3. La sûreté nationale et la lutte contre le terrorisme

Au cours de ces dernières décennies, l'Irlande a connu un certain nombre de lois et de structures d'exception, principalement destinées à faire face aux troubles qui agitaient l'Irlande du Nord. L'une des plus tristement célèbres d'entre-elles, l'article 31 modifié de la loi relative à l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1960 (ci-après "l'article 31"), habilitait le ministre compétent à ordonner aux radiodiffuseurs radiophoniques et télévisuels de ne pas diffuser "un sujet particulier ou tout sujet d'un genre particulier" qu'il jugerait "susceptible de promouvoir ou d'inciter à la criminalité ou qui tendrait à miner l'autorité de l'Etat". L'article 12 de la loi relative à la radio et à la télévision de 1988 a étendu le champ d'application de l'article 31 aux stations de radio locales. Les arrêtés ministériels pris en vertu de cet article ont eu pour effet d'interdire massivement les interviews radiodiffusées des porte-parole ou des représentants de certaines organisations dissoutes¹⁰ et du Sinn Féin,¹¹ ainsi que les émissions électorales réalisées pour leur compte.

L'article 31 a suscité l'attention et la réprobation de la communauté internationale. Le rapporteur spécial des Nations Unies a exhorté le Gouvernement irlandais à modifier l'article 31 et à le mettre en conformité avec les recommandations formulées en 1993 par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, ainsi qu'à veiller au respect du principe suivant : "la législation doit exclure la possibilité pour les pouvoirs publics d'influer sur les programmes d'une manière susceptible de porter atteinte à l'équilibre, la libre expression et l'impartialité de l'information".¹² Le non-respect de la Convention

4) La procédure de consultation a pris fin le 30 janvier 2004. Pour de plus amples détails, voir (également pour le texte du rapport du Groupe consultatif juridique sur la diffamation) : <http://www.justice.ie/802569B20047F907/vWeb/wpMJDE5U5DHD>

5) Voir, par exemple, ARTICLE 19, campagne mondiale en faveur de la liberté d'expression, *Submission on the Report of the Legal Advisory Group on Defamation*, janvier 2004, disponible sur : <http://www.article19.org/docimages/1719.doc>

6) Voir, par exemple, le rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, M. Abid Hussain, remis conformément à la Résolution 1999/36 de la Commission : Addendum, Rapport de mission sur l'Irlande. E/CN.4/2000/63/Add.2, paragraphes 73 et 84.

7) [1999] 4 I.R. 432.

8) *Independent Newspapers c. Irlande*, requête n° 55120/00. L'affaire a été déclarée recevable par la troisième section de la Cour le 19 juin 2003.

9) Pour plus d'informations, voir Marie McGonagle, *Media Law* (deuxième édition) *op. cit.*, p. 135.

10) Les organisations dissoutes comprenaient l'Armée républicaine irlandaise (IRA), le Parti républicain du Sinn Féin, l'Association de défense de l'Ulster (UDA), l'Armée de libération nationale irlandaise (INLA) et d'autres, déterminées par l'article 21 de la loi (d'exception) relative à l'Irlande du Nord de 1978 - loi adoptée par le Parlement britannique.

11) Le Sinn Féin est un parti politique, qui était autrefois généralement considéré comme la branche politique de l'Armée républicaine irlandaise (IRA).

12) Rapport sur l'Irlande du rapporteur spécial, *op. cit.*, paragraphe 86. Voir également les paragraphes 47 - 50, et tout particulièrement le paragraphe 50.

européenne des Droits de l'Homme par l'article 31 a été invoqué sans succès dans l'affaire *Purcell et autres c. Irlande*.¹³ La Commission européenne des Droits de l'Homme a conclu à la légitimité des buts poursuivis par l'article 31 (à savoir, la protection de la sécurité nationale, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales) et au caractère "limité" du champ d'application des restrictions imposées aux requérants par l'article 31, compte tenu des "intérêts supérieurs" qu'il était destiné à protéger.¹⁴ Aucun arrêté ministériel n'a plus été pris sur ce fondement après 1993 et l'article 31 a finalement été abrogé par l'article 3 de la loi relative à la radiodiffusion de 2001.¹⁵

4. La liberté d'information

Depuis une modification adoptée en 1997, la Constitution irlandaise garantit la notion de confidentialité ministérielle. Cette modification atténuée, dans une faible mesure toutefois, le caractère inconditionnel d'un arrêt rendu quelques années auparavant par la Cour suprême.¹⁶ La Cour avait en l'espèce conclu, à la majorité des voix, au caractère absolu du principe de confidentialité ministérielle, sans aucune exception. Cependant, suite à la modification de 1997, l'article 28.4.3 de la Constitution autorise désormais la divulgation de la teneur des délibérations ministérielles dans quelques cas limités :

- La confidentialité des délibérations des réunions du gouvernement doit être respectée en toutes circonstances, à l'exception des seuls cas dans lesquels la Haute Cour autorise la divulgation d'un point particulier –
- i. dans l'intérêt de la justice rendue par une juridiction
ou
 - ii. en vertu d'un intérêt général supérieur, conformément à une demande d'ouverture d'enquête déposée à ce sujet par une juridiction désignée par le gouvernement ou un ministre du gouvernement, sur ordre des chambres de l'*Oireachtas*, sur un point qualifié par celles-ci d'intérêt général.

La loi relative à la liberté d'expression a été adoptée dans le cadre général d'une "culture de la dissimulation, très dignement qualifiée de confidentialité"¹⁷ en 1997.¹⁸ Malgré quelques revers subis récemment par le régime de la liberté d'information en Irlande,¹⁹ ce texte a eu une incidence extrêmement positive sur l'accès à l'information politique. Ainsi, le commissaire à l'Information a-t-il conclu en 1999 que l'identité et les dépenses de chaque membre de l'*Oireachtas* (le parlement bicaméral d'Irlande) devaient être transparentes au regard de la loi. Il a en effet estimé que "l'intérêt général représenté par l'obligation de rendre compte de l'utilisation des fonds publics prime largement sur tout droit au respect de la vie privée dont les membres du parlement pourraient se prévaloir au sujet des détails de leur déclaration de dépenses".²⁰

13) Décision d'irrecevabilité de la Commission européenne des Droits de l'Homme du 16 avril 1991, requête n° 15404/89.

14) *Ibid.* Il convient de noter que la décision d'irrecevabilité rendue par la Commission dans l'affaire *Brind et autres c. Royaume-Uni* se fondait également sur une ingérence limitée dans la liberté d'expression des journalistes (décision d'irrecevabilité de la Commission européenne des Droits de l'Homme du 9 mai 1994, requête n° 18714/91). Il s'agissait en l'espèce de la contestation d'une interdiction de radiodiffusion analogue, applicable à l'ensemble du Royaume-Uni (y compris en Irlande du Nord), inspirée de l'article 31, mais moins rigoureuse que celle prévue par ce dernier. L'interdiction britannique avait été imposée par des arrêtés ministériels pris par le secrétaire d'Etat à l'Intérieur le 19 octobre 1988 à l'encontre de la *British Broadcasting Corporation* (BBC) et de l'*Independent Broadcasting Authority* (IBA – Autorité de régulation de la radiodiffusion indépendante). Ces arrêtés autorisaient la diffusion de déclarations faites, par exemple, par des membres du Sinn Féin, lorsqu'elles étaient lues par des acteurs. Contrairement à l'article 31, lesdits arrêtés étaient assouplis durant les campagnes électorales.

15) Cependant, comme l'a fait remarquer un observateur, si l'article 31 "ressuscitait d'entre les morts, les affaires de la Cour suprême des Etats-Unis portant sur les évidents dangers actuels et les affaires turques de la Cour européenne des Droits de l'Homme formeraient ensemble un pieu propre à lui transpercer le cœur !" : Eoin O'Dell, *The Sound of Silence: Political Dissent and the Broadcasting Ban*, article présenté lors d'une conférence organisée au Trinity College de Dublin, 5-6 décembre 2003.

16) *A.G. c Hamilton* [1993] 2 IR 227.

17) Joseph Lee, "Towards Open Democracy?", in D. Keogh (sous la direction de), *Irish Democracy and the Right to Freedom of Information Ireland: A Journal of History and Society*, p. 55-57, p. 55.

18) Pour de plus amples informations, voir : Marie McGonagle, "Irlande : Nouvelle loi sur la liberté de l'information", *IRIS* 1997-10 : 8.

19) Par exemple, l'introduction de frais élevés pour les demandes d'information et, en particulier, pour le dépôt des recours contre le refus de communiquer des informations. Voir encore : Tarlach McGonagle, "IE – Derniers développements concernant la liberté de l'information", *IRIS* 2003-9 : 14.

20) Décision du commissaire de l'Information du 27 juillet 1999, affaire 99168 – *Mr Richard Oakley, The Sunday Tribune Newspaper and the Office of the Houses of the Oireachtas*, disponible sur : http://www.irlgov.ie/oic/223e_3c2.htm

5. La couverture des élections et des référendums par les médias de radiodiffusion

Il est une caractéristique bien établie de la radiodiffusion en Irlande : la couverture de l'actualité et des sujets qui suscitent la polémique et font débat doit satisfaire à des exigences générales d'impartialité, d'objectivité et d'équité.²¹ Le temps de diffusion attribué aux partis politiques durant les campagnes électorales est également déterminé par la législation concernée.²² En outre, la *Broadcasting Commission of Ireland* (BCI – Commission de la radiodiffusion d'Irlande) est chargée, selon les besoins, de l'élaboration et de la révision des règles et de la déontologie applicables aux sujets précités.²³

Les lignes directrices les plus récentes formulées par la BCI concernaient les élections locales et européennes, ainsi qu'un référendum sur la nationalité irlandaise, lesquels ont eu lieu en juin 2004.²⁴ Les deux séries de lignes directrices prévoyaient, notamment, l'application d'un moratoire de vingt-quatre heures avant le début du scrutin et pendant tout son déroulement pour la couverture des "candidats ou des groupes à vocation électorale" (ou la couverture "des activités de tout groupe à vocation référendaire ou de toute question référendaire"), afin d'accorder aux électeurs "un temps de réflexion dans la dernière phase de la campagne".²⁵ A cette occasion, la BCI a ordonné à certaines stations de radio d'interrompre la veille des élections la couverture de l'opposition manifestée par le SIPTU, le principal syndicat irlandais, à l'encontre du plan de décentralisation du gouvernement. La BCI estimait en effet que la couverture de cette situation par les actualités risquait de perturber le processus électoral et constituait, de ce fait, une violation du moratoire précité.

La Constitution irlandaise ne peut être modifiée que par voie référendaire.²⁶ Des règles particulières s'appliquent en conséquence à la couverture, par les médias, des référendums. L'arrêt *Coughlan c. Broadcasting Complaints Commission et RTE*²⁷ a conclu que l'attribution d'un temps de diffusion équivalent à l'ensemble des partis politiques, alors même que la majorité d'entre eux s'étaient prononcés de la même manière au sujet du référendum sur le divorce de 1995, avait eu pour effet de déséquilibrer le débat public et était en conséquence illégale. Cet arrêt se fondait sur une jurisprudence antérieure, selon laquelle "l'utilisation, par le gouvernement, de fonds publics pour financer une campagne destinée à influencer les électeurs en faveur du "oui" constitue une ingérence dans le processus démocratique et porte atteinte au principe d'égalité, essentiel au caractère démocratique de l'Etat".²⁸

6. La publicité politique

L'article 10(3) de la loi relative à la radio et à la télévision de 1988 (qui régit le secteur de la radiodiffusion indépendante) dispose "[qu']aucune publicité à but religieux ou politique ou en rapport avec un conflit social ne peut être diffusée" ; une disposition libellée de façon analogue renouvelle cette interdiction pour le radiodiffuseur national de service public (*Radio Telefís Éireann, RTE*).²⁹ La constitutionnalité de cette disposition légale a été contestée – et confirmée – à plusieurs reprises ces dernières années. La Cour suprême a conclu dans l'arrêt *Murphy c. Independent Radio and Television Commission (IRTC – Commission de la radio et de la télévision indépendantes)*,³⁰ qui portait sur un

21) Ces exigences sont fixées par la législation : article 18(1) de la loi relative à l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1960, remplacé par l'article 3 de la loi d'amendement de l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1976 (pour RTE) ; article 9 de la loi relative à la radio et à la télévision de 1988 (pour le secteur privé).

22) Article 18(2) de la loi relative à l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1960 et article 9(2) de la loi relative à la radio et à la télévision de 1988, respectivement pour RTE et le secteur de la radiodiffusion indépendante.

23) Article 9(3) de la loi relative à la radio et à la télévision de 1988. Voir également à ce propos : "Election and Referenda Campaigns", *RTE Programme-Makers' Guidelines* (2002), p. 71, disponible sur : <http://www.rte.ie/about/organisation/ProgrammeMakersGuidelines.pdf>

24) Lignes directrices relatives à la couverture des élections locales et européennes de 2004 ; lignes directrices relatives à la couverture du référendum sur la nationalité irlandaise, *Broadcasting Commission of Ireland* (BCI), 6 mai 2004, toutes deux disponibles sur : <http://www.bci.ie/public.html>

25) En italique dans le texte : voir l'article 9 de chaque ensemble de lignes directrices. En 2001, un projet du gouvernement visant à interdire la publication de sondages d'opinion durant la dernière semaine (c'est-à-dire les sept derniers jours) des campagnes électorales avait rencontré une forte opposition et avait été finalement abandonné.

26) Voir les articles 46 et 47, *Bunreacht na hÉireann, op. cit.*

27) [2000] IESC 44 (26 janvier 2000). Voir encore : Candelaria van Strien-Reney, "IE – Emissions politiques en période de référendum", *IRIS* 2000-2 : 7.

28) *McKenna c. An Taoiseach* (n° 2), [1996] 1 ILRM 81, p. 102.

29) Article 20(4) de la loi relative à l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1960.

30) [1998] 2 ILRM 360. Cette affaire a depuis été examinée à Strasbourg : *Murphy c. Irlande*, arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme (troisième section) du 10 juillet 2003. Voir encore : Dirk Voorhoof, "Cour européenne des Droits de l'Homme : Affaire Murphy c. Irlande", *IRIS* 2003-9 : 3.

refus de diffuser une publicité à caractère religieux, que “ces trois catégories de publicités interdites concernent des sujets qui ont autrefois profondément divisé la société irlandaise. *L'Oireachtas* a estimé à juste titre que les citoyens auraient pris ombrage de la diffusion dans leurs foyers de publicités traitant de ces questions et que de telles publicités, si elles étaient autorisées, pourraient constituer une source d'agitation”.³¹

L'interprétation du terme “à but politique” s'est révélée problématique, comme l'a pleinement illustré l'arrêt *Colgan c. IRTC*,³² qui portait sur un refus de diffuser une publicité radiophonique pour le compte d'une organisation anti-avortement, *Youth Defence*. La Haute Cour a estimé qu'à la lumière des autres dispositions de la loi de 1988, l'expression “à but politique” était à apprécier dans un sens plus large que le simple “intérêt d'un parti politique”, qui n'englobait cependant pas “les affaires publiques en général”. En outre, la Cour a considéré qu'il “n'était pas réaliste en l'espèce de séparer la publicité de la situation immédiate et de la dimension publique de l'annonceur”.³³ “[L]a publicité était si étroitement liée aux objectifs politiques de *Youth Defence* qu'il aurait été arbitraire et artificiel d'ignorer ces objectifs et d'analyser ladite publicité en la dissociant de son contexte” a-t-elle ajouté.³⁴

Une publicité radiophonique en faveur d'un ouvrage publié par le président du Sinn Féin, Gerry Adams, *Hope and History : Making Peace in Ireland* (Espoir et histoire : établir la paix en Irlande), qui devait être diffusée sur un certain nombre de stations de radio locales à la fin de l'année 2003, offre un exemple plus récent en la matière. La *Broadcasting Commission of Ireland* (BCI) a estimé que le libellé de la loi de 1988 ne permettait pas la diffusion de la publicité en question. Les faits en l'espèce présentaient un air de déjà vu : en 1992, *RTÉ* avait refusé de diffuser une publicité en faveur d'un recueil de nouvelles publié par Gerry Adams, *The Street and Other Stories* (La rue et autres nouvelles),³⁵ en application de l'article 31 de la loi relative à l'Autorité de régulation de la radiodiffusion de 1960.

En juin 2004, des publicités radiophoniques en faveur d'un concert contre la guerre, auquel devaient prendre part des musiciens célèbres, ont été retirées des ondes au motif qu'elles contrevenaient, selon la BCI, à l'article 10(3) de la loi de 1988. Ces publicités avaient été réalisées pour le compte du Mouvement irlandais contre la guerre, initiateur de la “Campagne anti-Bush”, enregistrée en qualité de parti politique.³⁶

31) *Ibid.*, p. 370. La Cour suprême a également estimé qu'il s'agissait d'une ingérence “minimale” dans la liberté d'expression du requérant et que les exigences fixées par la disposition contestée étaient proportionnées au but poursuivi.

32) [1998] 1 ILRM 22.

33) *Ibid.*, p. 25.

34) *Ibid.*, p. 26.

35) Les éditeurs de cet ouvrage ont déposé un recours contre la décision de *RTÉ* : *Brandon Book Publishers Ltd. c. Radio Telefis Éireann* [1993] ILRM 806. Voir également, *Brandon Book Publishers Ltd. c. IRTC*, non publié, Haute Cour, 29 octobre 1993.

36) Voir encore : Mark Hennessy, “Anti-war adverts taken off air”, *The Irish Times*, 12 juin 2004.

ITALIE: Pluralisme et liberté d'expression dans les médias

Maja Cappello

Autorita per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM)

1. La nouvelle loi sur la radiodiffusion

L'entrée en vigueur de la loi Gasparri¹ le 5 mai 2004 a introduit divers changements dans la législation italienne en matière de médias. Par exemple, on y trouve à présent une référence explicite à des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et d'opinion conçus comme le droit pour tout individu de recevoir et de communiquer des informations et des idées sans limite de frontières.

La loi apporte diverses modifications à des dispositions législatives existantes destinées à protéger le pluralisme et la liberté d'information, notamment de nouvelles règles concernant l'utilisation des fréquences, la concentration des médias et le service public de radiodiffusion.

2. Les procédures d'octroi de licences

La date butoir pour la cessation des transmissions terrestres analogiques ayant été fixée au 31 décembre 2006², l'accélération du processus de passage au numérique est devenue l'une des principales priorités des autorités italiennes. La loi prévoit deux phases dans la réalisation de la couverture du territoire par la télévision numérique terrestre : 50% de la population à la date du 1^{er} janvier 2004 et 70% à la date du 1^{er} janvier 2005. Pendant cette période de transition, la RAI transmettra sur deux multiplexes en utilisant respectivement les technologies numérique et analogique.

Pour organiser au mieux la gestion des fréquences destinées à la radiodiffusion numérique, l'AGCOM (Autorité italienne de la communication) a été créée et chargée de mettre en œuvre le plan national des fréquences, entré en vigueur en janvier 2004.³ L'AGCOM doit encourager les expérimentations mais aussi sauvegarder les services de radiodiffusion existants. Pendant la transition vers le numérique, les radiodiffuseurs actuels poursuivront leurs transmissions analogiques tout en investissant dans les fréquences numériques – en les achetant à d'autres radiodiffuseurs. L'on s'attend à ce que les échanges de fréquences soient la principale méthode d'acquisition de nouvelles fréquences pour ces radiodiffuseurs. L'AGCOM veillera à la bonne distribution des fréquences du spectre.

1) Loi no. 112/2004, "Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione Italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione", disponible à l'adresse <http://www.camera.it/parlam/leggi/04112l.htm>

2) Loi no. 66/2001, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 gennaio 2001, n. 5, recante disposizioni urgenti per il differimento di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive analogiche e digitali, nonché per il risanamento di impianti radiotelevisivi", disponible à l'adresse <http://www.camera.it/parlam/leggi/01066l.htm>

3) AGCOM - délibération no. 339/03/CONS "Approvazione del piano nazionale integrato di assegnazione delle frequenze per la radiodiffusione televisiva terrestre in tecnica digitale (PNAF DVB-T)", disponible à l'adresse http://www.agcom.it/provv/d_399_03_CONS.htm

Les licences pour l'utilisation des fréquences par les opérateurs de réseaux dans l'environnement numérique terrestre seront octroyées par le ministère de la Communication. Elles seront à la portée des radiodiffuseurs actuels qui ont jusqu'au mois de juillet 2005 (date d'expiration des concessions actuelles) pour en faire la demande.

3. La concentration des médias

Les nouvelles règles en matière de concentration des médias établissent des seuils économiques et techniques. Elles confirment le seuil de 20 % de programmes disponibles déjà défini dans le plan de fréquences actuel. En outre, elles font écho au plan de fréquences de la télévision numérique terrestre et, par conséquent, offrent un nombre plus important de programmes.

Le seuil calculé sur la base des revenus économiques est abaissé de 30 % à 20 % et les chiffres de référence du calcul ne portent plus seulement sur la radiodiffusion classique mais plutôt sur un "système de communication intégré" qui couvre la presse quotidienne et périodique, les annuaires (même sur Internet), la radio et la télévision, le cinéma, les affichages indépendante, les initiatives de communication et les parrainages.

Les prises de participations croisées entre la radiodiffusion de télévision et la presse seront encadrées par une règle asymétrique qui permettra aux opérateurs de presse d'acquérir des participations dans le secteur de la radiodiffusion alors qu'il sera interdit aux radiodiffuseurs de procéder à des acquisitions dans la presse écrite jusqu'au 31 décembre 2010. La loi contient une autre restriction qui concerne les opérateurs de télécommunications dont les revenus représentent plus de 40 % du produit du marché des services de télécommunications. Ces opérateurs ne pourront acquérir de participations représentant plus de 10 % du revenu de l'ensemble du système intégré de communication.

4. La radiodiffusion de service public

La radiodiffusion de service public reste réservée à un concessionnaire public (*RAI-Radiotelevisione italiana*) qui opère sur la base de contrats nationaux et régionaux signés par le ministre de la Communication au nom du gouvernement et renouvelés tous les trois ans.⁴ La radiodiffusion de service public doit couvrir l'ensemble du territoire national et se trouve dans l'obligation de consacrer un nombre adéquat d'heures de transmission à des programmes à caractère éducatif, informatif et culturel conformément à un plan triennal élaboré par l'AGCOM.

La nouvelle loi sur la radiodiffusion contient des dispositions spécifiques pour l'accès des partis politiques à l'antenne, la promotion de la langue et de la culture italiennes à l'étranger, ainsi que le stockage des archives audiovisuelles de la RAI. L'AGCOM et le ministère de la Communication élaboreront conjointement les lignes directrices qui s'appliqueront au renouvellement des contrats de service.

L'AGCOM doit veiller à ce que les ressources tirées de la redevance du service public ne soient utilisées que pour couvrir le coût d'une programmation de service public, conformément à la communication du 15 novembre 2001 de la Commission européenne relative à l'application des règles en matière d'aides d'état à la radiodiffusion de service public. Un auditeur nommé par la RAI et confirmé par l'AGCOM contrôlera le budget annuel. En cas de non-observation de ses obligations de service public, la RAI peut se voir infliger une amende pouvant représenter jusqu'à 3 % de ses recettes.

Les trois chaînes de la RAI seront privatisées. Cependant, aucun actionnaire ne pourra détenir plus de 1 % du capital et un quota d'actions sera réservé aux personnes qui se seront régulièrement acquittées de la redevance l'année précédente.

5. Communication et publicité politiques

Depuis le consensus politique difficilement atteint au sein du Parlement italien en février 2000, les campagnes électorales et la communication politique sont gouvernées par un ensemble de règles qui

4) Le dernier contrat de service a été signé le 23 janvier 2003 pour la période 2003-2005. Il est disponible à l'adresse http://www.comunicazioni.it/it/DocSupp/627/contratto%20rai%202003_bis.pdf

se sont avérées efficaces. La loi sur les communications politiques⁵ comprend des dispositions relatives à l'accès aux mass médias pour les communications politiques et électorales. Sa portée s'étend de l'information politique aux campagnes électorales. Cette loi remplace plusieurs dispositions de l'ancienne loi électorale. Pour toutes les campagnes électorales, l'AGCOM est maintenant chargée de faire appliquer les règles qu'elle contient.⁶

La principale de ces règles dispose que tout organe de "nature politique" (*soggetto politico*) a droit à un accès égal aux programmes de radio et de télévision à l'occasion desquels sont émises des opinions politiques, par exemple les messages de partis politiques, les débats, table-rondes, discussions publiques, interviews et autres émissions dans lesquelles des idées politiques peuvent être exprimées. La transmission de ces programmes est obligatoire pour le concessionnaire du service public (RAI) ainsi que pour les concessionnaires privés qui transmettent librement. Au cours des 45 jours qui précèdent les élections, la présence à l'antenne des "sujets politiques" est garantie par l'allocation de temps d'antenne proportionnels à la représentativité de chaque parti. La publication de sondages d'opinion est interdite au cours des 15 jours qui précèdent l'élection.

Les partis politiques, les coalitions et les candidats ont le droit de diffuser des messages publicitaires politiques (*messaggi autogestiti*) d'une durée pouvant aller d'une à trois minutes à la télévision et de 30 à 90 secondes à la radio. La transmission de ces messages est obligatoire pour le concessionnaire du service public et facultative pour les radiodiffuseurs privés. Elle est gratuite sur les chaînes nationales (publiques et privées). Les radiodiffuseurs locaux sont dans l'obligation d'accorder un rabais de 50 % sur leurs tarifs normaux. Lorsque ces transmissions sont effectuées dans les 30 jours qui précèdent une élection, les radiodiffuseurs locaux peuvent obtenir le remboursement de leurs frais. Seuls les radiodiffuseurs qui acceptent de diffuser des messages gratuitement sont habilités à diffuser des messages payants, à condition que les temps dévolus aux messages gratuits et payants soient équivalents.

6. L'expression politique dans les émissions d'information et d'actualités

Pendant la durée des campagnes électorales, les émissions d'information et d'actualités sont soumises à des règles précises :

- les radiodiffuseurs doivent veiller à l'impartialité des informations ;
- il est interdit d'influencer le public, même de manière indirecte ;
- les candidats ne peuvent apparaître à l'écran que dans les émissions d'information.

Au printemps 2003, l'AGCOM résumait ainsi les critères d'évaluation de ces types d'émission :

- le temps : l'émission en question doit être installée durablement et, si nécessaire, sa périodicité sera prise en compte ;
- le contenu : l'égalité de l'accès offert aux participants sera évaluée en fonction du sujet de l'émission ;
- le sujet : la manière dont le thème de l'émission a été traité dans la discussion doit être prise en considération.

Une fois les critères ci-dessus appliqués à l'émission, les conditions suivantes sont recherchées :

- sur le plan quantitatif :
 - le sujet a été traité de manière complète ;
 - les participants ont bénéficié d'un temps de parole à peu près égal ;
- sur le plan qualitatif (animation de l'émission) :
 - l'information est présentée avec exactitude et bonne foi ;
 - les participants bénéficient tous d'un droit de réponse et sont traités équitablement ;
- sur le plan de la structure du programme :
 - le format et la réalisation de l'émission favorisent une présentation équilibrée des idées en présence ;
 - l'impact d'éléments externes tels que les applaudissements du public, les interventions d'experts, la présentation de sondages, etc... est géré conformément au principe de l'objectivité et de l'impartialité de l'information.

5) Loi no. 28/2000, "Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica", disponible à l'adresse <http://www.camera.it/parlam/leggi/00028l.htm>

6) Toutes les règles adoptées par l'AGCOM à cet égard sont disponibles à l'adresse http://www.agcom.it/par_condicio/index.htm

7. La co-régulation pour assurer le pluralisme

Une nouvelle approche a été récemment adoptée et appliquée pour la première fois à l'occasion de la campagne pour les élections européennes. Elle consiste à appliquer aux radiodiffuseurs locaux une méthode de co-régulation. La loi sur les communications politiques a été amendée en novembre 2003⁷ pour permettre aux associations de radiodiffuseurs d'adopter un code en matière de communications politiques. Ce code a été soumis à l'AGCOM pour approbation et amendements⁸ puis adopté par décret ministériel.⁹ Il s'appuie sur les mêmes idées que la loi mais ses dispositions sont d'une application plus souple.

8. Exemple tiré des récentes élections au Parlement européen

Avant le début des opérations de vote pour le renouvellement du Parlement européen, la Présidence du conseil des ministres a demandé aux opérateurs de téléphonie mobile d'envoyer à l'ensemble de leurs abonnés et des détenteurs de cartes téléphoniques rechargeables (TIM : 26 millions ; Vodafone : 21 millions ; Wind : 10 millions) le message SMS suivant : "Elections 2004 : vous pouvez voter samedi 12 de 3h à 22h et dimanche 13 de 7h à 22h. Carte d'identité et carte d'électeur requis".

La réaction provoquée par ce message fut très vive et l'Autorité de la protection des données fut saisie. Celle-ci a estimé¹⁰ que l'envoi de ce message était acceptable et que le SMS en question ne constituait pas un élément de communication politique. Il s'agissait plutôt d'un message institutionnel destiné à faire savoir aux électeurs que les bureaux de vote seraient aussi ouverts le samedi, ce qui n'avait pas été le cas pour les consultations précédentes.

7) Loi no. 313/2003, "Disposizioni per l'attuazione del principio del pluralismo nella programmazione delle emittenti radiofoniche e televisive locali", disponible à l'adresse: <http://www.camera.it/parlam/leggi/033131.htm>

8) Amendements effectués par l'AGCOM au cours de la délibération no. 43/2004/CONS, disponible à l'adresse http://www.agcom.it/provv/d_43_04_CSP.htm

9) Décret du 8 avril 2004 du Ministre de la communication, disponible à l'adresse <http://www.comunicazioni.it/it/DocSupp/831/decreto%208%20aprile%202004.pdf>

10) Décision du 7 juillet 2004 de l'Autorité de la protection des données, disponible à l'adresse <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1030885>

KOSOVO: Les médias et les émeutes de mars 2004

Robert Gillette

Commissaire provisoire des médias, Kosovo

Au soir du 16 mars, les télévisions du Kosovo annonçaient la disparition et la probable noyade de trois adolescents dans le fleuve Iber, près de Mitrovica, une petite ville où les ethnies albanaise et serbe sont fortement divisées.

Dans les heures qui suivirent, les équipes de secours retrouvèrent le corps de l'un des jeunes hommes. En dépit des appels à la prudence lancés par la police des Nations Unies, les comptes rendus télévisés, et plus particulièrement ceux du diffuseur national du Kosovo, la chaîne RTK, avancèrent immédiatement et catégoriquement - à tort - que des Serbes avaient tué ces adolescents en les prenant en chasse jusqu'à la rivière, donnant ainsi à cet incident un prétexte immédiat au soulèvement.

RTK ne s'est pas contentée de faire un récit factuel d'événements par ailleurs entièrement faux. Elle a repris en la déformant la déclaration du seul témoin oculaire, un quatrième adolescent de 13 ans ayant survécu à l'incident. Outre cela, elle a aggravé la situation en faisant passer à l'antenne un activiste des droits de l'homme anti-serbe et ce, à plusieurs reprises pendant sa programmation du soir, pour y commenter la signification de la mort de ces adolescents.

"Nous avons l'habitude de ces bandits serbes" a déclaré l'activiste lors du premier des deux entretiens auxquels il a participé ce soir-là. "Cela montre bien les intentions des Serbes juste au moment où la situation se calme au Kosovo. Ils sont prêts à tout et la stabilité du Kosovo n'est pas dans leur intérêt".

Plus tard, pendant la dernière série d'émissions spéciales diffusées par la RTK ce même soir, le même activiste, debout sur la berge de la rivière où s'étaient noyés les adolescents, présentait le père affligé de la victime dont on venait de retrouver le corps. Le père a déclaré "les hordes de Serbes tchetniks ont tué mon fils de la manière la plus honteuse qui soit".

Il n'existait pas de base factuelle à ces reportages, ni à cette époque, ni actuellement. En réalité, le survivant avait déclaré que des Serbes, ou des gens, l'avaient pourchassé avec ses compagnons jusqu'à la rivière. Voici la retranscription de ses propos diffusés à la télévision publique :

"Avec quelques cousins et amis, nous marchions en nous rapprochant de la rivière lorsque plusieurs Serbes avec un chien nous ont insultés depuis leur fenêtre. Nous les avons regardés. Je pourrais les identifier si je les voyais, et je connais leur maison, et nous avons essayé de nous sauver, mais nous n'avons pas pu car nous étions près de la rivière. Mon frère, Florent Veseli, âgé de 9 ans, était avec moi. Il ne sait pas nager. Je l'ai pris sur mon dos, j'ai nagé 15 mètres et je n'ai pas pu nager plus loin".

En fait, comme ce jeune l'a relaté le même soir à l'une des deux chaînes privées de portée nationale du Kosovo, il s'était mis à courir non pas parce qu'il avait peur de personnes, mais d'un chien. La police a conclu par la suite que même cette version des faits contenait des contradictions et qu'elle n'avait pu rassembler de preuves, même pour étayer uniquement l'allégation selon laquelle un chien avait poursuivi les enfants. À ce jour, nul ne sait comment ni pourquoi ces adolescents se sont noyés.

Aucune de ces incertitudes n'a atteint le public pendant la soirée du 16 mars, pas plus que le jour suivant. Le lendemain matin, les journaux, même le meilleur d'entre eux, faisaient leurs gros titres dans le sens d'une absolue certitude des informations diffusées à la télévision le jour précédent, à savoir que des Serbes avaient assassiné trois enfants albanais. Un journal titrait même "Nous ne pouvons plus tolérer que des Serbes noient nos enfants".

Le 17 mars en milieu de matinée, une manifestation d'un millier d'enfants des écoles de Mitrovica, certains portant des banderoles peintes demandant aux Serbes de cesser de tuer des enfants albanais, conduite par des membres du corps enseignant, a débouché sur une violente émeute alors qu'une centaine de jeunes, utilisant les enfants comme couverture, s'élançait à travers le pont séparant les parties albanaise et serbe de Mitrovica. Des coups de feu ont éclaté des deux côtés et les hostilités ont commencé.

Les échauffourées entre les manifestants d'une part et la police et la KFOR de l'autre, se sont rapidement étendues à tout le Kosovo. Certains émeutiers ont commencé à assaillir des maisons, des bâtiments communautaires et des lieux de culte serbes en plus de trente lieux différents.

Dès l'après-midi, les responsables politiques albanais du Kosovo multipliaient les appels au calme à la télévision, insistant pour que les émeutiers épargnent au moins la police internationale et la KFOR, oubliant du fait que les principales cibles n'étaient pas les forces internationales, mais bel et bien les communautés serbes.

Par ailleurs, à l'exception notable du Premier ministre Bajram Rexhepi, les leaders politiques du Kosovo ont couplé leurs appels au calme à des déclarations de consternation quant aux meurtres présumés. Certaines de ces déclarations ont fait montre d'une honnêteté discutable ou ont constitué de véritables incitations à la haine. Le ministre de l'Éducation a déclaré que la mort de ces adolescents lui rappelait l'Holocauste. Certains ont cité, restant dans le vague et sans discernement aucun, les "criminels serbes" et les agents des services secrets. Le Président du parlement a déclaré que manifestement, Mitrovica avait besoin d'être "dénazifiée". Indéniablement, les discours les plus virulents que l'on a pu entendre à la radio et à la télévision ont été prononcés par des chefs politiques albanais du Kosovo.

Aucun média n'a demandé d'entretien à des Serbes.

Deux jours plus tard, le bilan était le suivant : dix-neuf morts – onze Albanais et huit Serbes – , des centaines de blessés, plusieurs centaines de maisons appartenant à des Serbes et à d'autres minorités incendiées ou saccagées, 4 000 réfugiés dans les bases de la KFOR dirigées par l'OTAN ou dans d'autres lieux, certains des bâtiments appartenant au patrimoine historico-religieux du Kosovo, réduits en cendres.

Le rôle des médias dans cette catastrophe a été passé en revue par le Bureau du commissaire provisoire des médias – en vertu de son rôle de régulateur des médias. Ce dernier a élaboré un compte rendu de soixante pages concernant l'incident – ainsi que le représentant de l'OSCE pour la liberté des médias et, dans un contexte politique beaucoup plus large, le groupe de crise international, dans un rapport intitulé *Collapse in Kosovo* ("Le Kosovo s'effondre").

Les trois rapports dénoncent particulièrement le diffuseur public du Kosovo dans leurs critiques. Les deux chaînes privées de portée nationale ont commis des erreurs. Mais la conduite de la chaîne publique RTK – institution mise en place par l'OSCE et l'UER (Union européenne de radio-télévision) en 1999 – est singulièrement préoccupante. La chaîne ne s'est pas contentée de rapporter une histoire fautive, mais elle a politisé et monté en épingle cette histoire dépourvue de fondement, générant autour de l'incident une hystérie patriotique qui a largement contribué à enflammer une atmosphère sociale, laquelle s'est avérée beaucoup plus volatile que la communauté internationale ne l'avait supposé.

Rétrospectivement, il apparaît que la rédaction de la télévision publique s'est sentie investie d'une mission que l'on pourrait qualifier d'élan mobilisateur et patriotique ou de mouvement de libération nationale plutôt que d'intégration nationale et de paix entre ethnies, reflétant ainsi le brûlant désir d'indépendance de la communauté albanaise du Kosovo.

On peut difficilement éviter de conclure à l'effective incitation à la violence pour cet ensemble d'émissions. A tout le moins, ce dernier fournissait-il un bon prétexte aux organisateurs opportunistes de la violence qui se sont rattachés à des manifestations de défense plus ou moins spontanées. Mais le lien précis entre les émissions (qui ne contenaient pas d'appels directs à la violence ou à la manifestation) et la réaction publique n'est pas encore pleinement expliqué.

Cet incident nous a conduits à examiner le rôle et la définition de ce qu'est un discours d'incitation à la haine dans le contexte de fragilité que connaît cette région des Balkans.

Plusieurs déclarations diffusées pendant la nuit cruciale du 16 mars pourraient pleinement satisfaire à la définition légale de l'incitation à la haine dans la plupart des pays européens. Cependant, il ne nous apparaît pas que des phrases spécifiques, même ainsi classifiées, puissent expliquer pleinement, voire même substantiellement, la réaction du public.

Voici des facteurs susceptibles d'avoir joué un rôle beaucoup plus important dans l'affaire :

- 1) La frustration générale est grande ; la situation sociale globale est pauvre au Kosovo (60 % de chômage) et les motifs de mécontentement sont nombreux : l'opinion publique considère que la communauté internationale a échoué dans la construction d'une économie de marché et la création d'un statut politique pour le Kosovo.
- 2) Le mécontentement résiduel est intense à l'encontre de la minorité serbe restée au Kosovo (environ 130 000 pour 2 millions d'habitants) ; il est partiellement alimenté par la jalousie provoquée par les subventions "souterraines" de Belgrade aux Serbes vivant dans les enclaves protégées.
- 3) Un flux constant de discours plus ou moins voilés ou "codés" incitant à la haine fait partie intégrante de la vie quotidienne des médias. Ce journalisme nocif qui, pris n'importe quel jour, n'atteint pas (ne sombre pas dans, devrait-on dire) les standards aisément reconnaissables du discours de haine, n'en a pas moins un effet corrosif et propagandiste sur la perception du public quant à la minorité serbe ; cela conduit même les Albanais les plus éduqués à croire à pratiquement toutes les assertions de mauvais comportements de la part des Serbes, y compris aux assassinats aveugles d'enfants. Par exemple :
 - La presse écrite publie régulièrement des rétrospectives de l'époque de l'oppression serbe et des atrocités alors commises par des Serbes, présentées sous forme d'analyses historiques ou de dénonciation d'Albanais en tant que collaborateurs pro-Serbes.
 - Des commémorations anniversaires ont lieu régulièrement auprès des tombes des victimes des attaques serbes contre l'un ou l'autre village. On se recueille à la mémoire de l'un ou l'autre héros du KLA, ce type de manifestation étant scrupuleusement retransmis à la télévision.
 - **Un mythe bien établi, qui s'alimente uniquement de références indirectes pour redevenir présent dans les esprits, fait que les Serbes sont perçus comme des tueurs d'enfants.** Régulièrement, la RTK rediffuse un documentaire intitulé "Lorsque les Serbes tuent les enfants" qui retrace les atrocités de 1999. Lorsque des assaillants inconnus ont tué quatre enfants serbes alors qu'ils nageaient l'été dernier, le quotidien nationaliste *Bot Sot* a commenté qu'il était impossible que les coupables soient des Albanais car tuer des enfants ne fait pas partie de la culture albanaise – sous-entendant que d'autres ethnies pouvaient inclure cela dans la leur.
- 4) L'absence pratiquement totale de tout reportage dans les médias de langue albanaise s'intéressant à des Serbes ou à des communautés serbes présentant des points de vue neutres, humains ou tolérants. Il ne faut peut-être pas s'étonner du fait que les médias ne compensent par aucun "antidote" la partialité de leur discours.
- 5) L'existence au Kosovo de deux mondes des médias strictement séparés. Sur 112 diffuseurs licenciés, 33 (soit 30 %) sont des stations de radio ou des chaînes de télévision serbes. Mais moins de la moitié de la dizaine de stations de radio locales multiethniques veillent véritablement à ce que s'établisse une communication entre les communautés albanaise et serbe. *L'apartheid* des médias est pratiquement total au Kosovo. La télévision publique diffuse quotidiennement dix minutes d'actualités en Serbe, lesquelles sont traduites de l'émission albanaise. On ne voit pratiquement jamais de Serbes invités dans la programmation du soir où se succèdent les émissions d'actualité et de société et les débats télévisés.
- 6) Il ne serait pas juste de prétendre que les médias serbes du Kosovo, dans leur ensemble, soient plus tolérants ou impartiaux que leurs homologues albanaï. Cette enquête porte sur les médias albanaï du Kosovo pour la simple raison que, lors des violences de mars dernier, les foules albanaïses se trouvaient dans le camp des agresseurs et que les Serbes en furent les principales victimes.

PAYS-BAS :

Vue instantanée d'un débat engagé sur la liberté d'expression

Aernout J. Nieuwenhuis

*Département de droit constitutionnel de l'Université d'Amsterdam,
Institut du droit de l'information (IViR)*

1. Introduction

La liberté de parole et la liberté de la presse recouvrent de nombreux aspects : prise de mesures restrictives visant à protéger la vie privée et la réputation, mise à disposition de moyens spéciaux aux journalistes pour l'exercice de leur métier, contrôle des fusions dans le secteur de la presse, conseils de presse, etc. Plutôt que de faire une analyse exhaustive et détaillée des dernières évolutions en la matière aux Pays-Bas, nous traiterons dans cet article deux problématiques essentielles : la liberté de parole dans une société pluraliste et le malaise que suscite le fonctionnement des médias.

2. La liberté de parole dans une société pluraliste

La société néerlandaise est caractérisée par le pluralisme. Depuis longtemps, de multiples idéologies politiques et religieuses s'y expriment et de nombreuses minorités y vivent en harmonie. L'immigration de personnes de confession musulmane a contribué à cette diversité. Cependant, le pluralisme croissant de la société a des incidences sur les limites de la liberté de parole.

2.1 La loi sur la diffamation envers un groupe de personnes

La loi néerlandaise assimile la diffamation envers un groupe de personnes en raison de leur race, de leurs convictions religieuses ou philosophiques ou de leurs tendances hétéro ou homosexuelles à un délit. Il en va de même pour l'incitation à la haine raciale, la discrimination ou les actes de violence dirigés contre un groupe de personnes en raison de leur race, de leur religion, de leurs tendances hétéro ou homosexuelles ou de leur sexe.

Ces dispositions découlent, entre autres, d'obligations de droit international. En effet, l'article 4 (a) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale réclame que l'Etat s'engage

“à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique (...)”.

Elles visent à renforcer la politique néerlandaise de lutte contre la discrimination et de protéger le statut des différentes minorités. En témoigne le projet de loi en discussion qui propose d'étendre le champ d'application des dispositions aux déclarations similaires adressées à des personnes handicapées.

Depuis leur introduction dans le Code pénal, ces dispositions sont appliquées à trois catégories de déclarations. La première inclut les propos anti-immigrants ouvertement racistes ou ceux, un peu plus subtils, formulés par des formations ou des partis politiques d'extrême droite ; la deuxième les propos injurieux sur la Shoah. Pour ces deux catégories, la mise en application a déjà conduit à des condamnations. La troisième, enfin, les propos homophobes d'inspiration religieuse. Jusqu'à présent, l'application de cette dernière et plus récente des dispositions n'a pas encore conduit à une condamnation.

2.2 Le mémorandum "Les droits fondamentaux dans une société pluraliste"

Ces dispositions pénales soulèvent une série de questions sur la liberté de parole que l'on peut résumer ainsi : quel espace laissent-elles à la tenue d'un débat public sans entraves ? Cette question clé, ainsi que d'autres questions plus spécifiques, a été au cœur d'un mémorandum récemment publié par le gouvernement et intitulé *Grondrechten in een pluriforme samenleving* (Les droits fondamentaux dans une société pluraliste).¹

La présentation de quelques valeurs fondamentales (la dignité humaine, la démocratie et l'Etat de droit) sert de toile de fond à l'évocation de diverses affaires, dont quelques-unes sont tirées de la jurisprudence récente.

Aux Pays-Bas, deux affaires sont bien connues : l'une concerne un politicien chrétien orthodoxe qui avait assimilé le vol à l'homosexualité, l'autre, un imam qui avait qualifié l'homosexualité d'aberration et de menace pour la société. Les deux défendeurs furent acquittés. La *Gerechtshof* (Cour d'appel) a estimé que les déclarations étaient injurieuses en tant que telles, mais que le contexte dans lequel la conviction religieuse avait été exprimée n'en faisait plus un délit punissable par la loi.² Après examen d'une des affaires, la *Hoge Raad* (Cour suprême) a admis cette argumentation, en soulignant toutefois l'importance du débat public.³

Dans un autre cas, un politicien du Parti libéral avait déclaré que "l'Islam est une religion arriérée/stupide et Mohammed un pervers". Le procureur décida de ne pas engager de poursuites. Il s'agit de l'affaire la plus intéressante, car qualifier l'Islam d'arriéré/ de stupide est précisément ce qu'avait fait Pim Fortuyn, le chef du parti LPF (aux thèses anti-immigrants) assassiné en mai 2002. Ses déclarations provocantes avaient dynamisé le débat public, qui était jusque-là resté quelque peu cantonné au politiquement correct.

De manière plus générale, le mémorandum n'aborde pas la question de la frontière entre, d'un côté, les déclarations critiques – mais tolérées au titre du débat public – de l'immigration, des étrangers et la diversité culturelle et, de l'autre, les discours de haine – interdits – envers des étrangers. Par le passé, les discours ouvertement racistes, les déclarations insinuant que tous les étrangers étaient des criminels et les propos constituant un mélange d'affirmations telles que "Non à la société multiculturelle" et "Les Néerlandais d'abord"⁴ ont abouti à des condamnations. Dans le dernier cas, les commentateurs se sont montrés peu satisfaits de la décision de justice.

2.3 La voie intermédiaire

Ces affaires s'inscrivent dans le contexte d'une société pluraliste. Elles nous amènent à nous interroger sur ce que signifie le pluralisme : protéger les minorités contre les discours injurieux et de haine ou tolérer les opinions, y compris parfois injurieuses, qu'elles expriment ? Aujourd'hui, l'importance de la communauté musulmane donne tout son sens à cette question.

Le rapport gouvernemental "Droits fondamentaux dans une société plurielle" semble autoriser qu'il doit être permis de critiquer les conceptions et les coutumes des différentes communautés musulmanes ;⁵ l'incitation à la violence et l'intimidation doivent, elles, être proscrites. Inversement, il faut accepter les idées exprimées par les différentes écoles de pensées musulmanes tant qu'elles ne constituent pas une incitation à la violence ou une intimidation.

1) *Min v. Binnenlandse Zaken, Grondrechten in een pluriforme samenleving* (Les droits fondamentaux dans une société pluraliste), La Haye, 2004.

2) *Gerechtshof Den Haag*, 9 juin 1999, AB 1999, 328.

3) HR 9 janvier 2001, NJ 2001, 203.

4) HR 18 mai 1999, NJ 1999, 634.

5) Voir note de bas de page 1.

La Cour suprême néerlandaise semble avoir opté pour une voie intermédiaire, à l'instar de la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH). La tolérance étant fondamentale dans une société pluraliste, la CEDH associe la liberté d'expression à l'ouverture d'esprit. Elle tolère des discours blessants, choquants ou dérangeants tout en autorisant l'application de dispositions restrictives aux propos incitant à la violence, racistes, anti-démocratiques ou très injurieux.

La frontière entre, d'une part, la diffusion de pensées dissidentes mais acceptables et, de l'autre la diffamation, interdite, envers un groupe de personnes restera mouvante. De nouveaux problèmes émergent constamment.

3. La performance des médias

Aux Pays-Bas, le fonctionnement des médias suscite un malaise vague mais de plus en plus palpable. Bien que les critiques manquent encore de cohérence, on peut résumer quelques-unes des allégations et des thèses formulées.

3.1 L'impression de malaise

Les propos suivants montrent des déclarations récemment publiées dans la presse :

Certains milieux continuent d'être convaincus qu'en diabolisant Pim Fortuyn, politicien populaire aux thèses anti-immigrants, les médias ont contribué à sa mort violente.

Selon un rapport des services secrets, la couverture médiatique négative de l'Islam et les écrits polémiques des chroniqueurs contribueraient à l'émergence d'un climat propice à la diffusion d'idées terroristes.

De manière plus générale, on a l'impression que le ton du débat public dans les médias se durcit.

Un professeur de droit invoque le droit de la responsabilité civile pour affirmer que les vices de comportement des médias doivent être jugés de la même manière que le sont les produits défectueux. La liberté de parole ne justifie pas une approche spécifique aux médias.

Selon un sentiment répandu, les médias ne respectent pas assez la vie privée, par exemple celle d'un enfant qui a été victime d'un enlèvement et d'un viol.

Un vaste sondage fait état d'une baisse de la confiance dans les médias.

Le Premier ministre soutient que les médias violent les limites de la morale en parodiant la vie de la famille royale.

Un ministre avance que les médias ne commentent pas équitablement les décisions et les politiques du gouvernement.

On estime en général que les médias sont trop prompts à imiter leurs confrères et qu'ils n'exercent pas d'autocontrôle.

Certaines critiques sont aussi vieilles que la presse, mais l'idée qu'il faille contrer l'influence des médias par l'adoption de nouvelles lois ou l'introduction d'autres mécanismes de responsabilisation semble rencontrer un écho plus large.

3.2 Le rapport "Médialogiques"

Quelques-unes de ces idées ont été compilées dans un rapport publié récemment par un organe consultatif du gouvernement. Intitulé "Médialogiques" (*Medialogica*),⁶ le rapport épingle des manquements spécifiques des médias :

Premièrement, les médias sont accusés de bâcler leur travail et de reprendre les informations de leurs confrères sans vérifier leurs sources dans le seul but de battre la concurrence. Ces pratiques entraînent une hausse du nombre de cas de couverture médiatique inexacte.

6) Raad voor Maatschappelijke ontwikkeling, *Medialogica. Over het krachten veld tussen media, burgers en politiek* (Médialogiques, Sur le rapport de force entre médias, citoyens et politiques), La Haye RMO 2003.

Deuxièmement, il est reproché aux médias de consacrer une attention excessive à des sujets qui ne présentent qu'un intérêt à court terme, comme des scandales et des conflits personnels. Cette manière de couvrir l'actualité est susceptible de générer un sentiment de cynisme et de miner la confiance sociale. A cet égard, le rapport affirme que la confiance de l'opinion dans les médias est à la baisse.

Par ailleurs, cette couverture de l'actualité peut conduire à une fausse perception de la politique gouvernementale. Il convient toutefois de signaler que la prétendue "connivence" des politiciens, fonctionnaires et journalistes est précisément la cible de critiques formulées par le rapport d'un autre organe consultatif.⁷

Pour améliorer le fonctionnement des médias, le rapport Médialogiques préconise :

- d'adopter des lois renforçant la position des rédacteurs par opposition au personnel administratif ;
- d'améliorer le fonctionnement du *Raad voor de Journalistiek* (Conseil de presse néerlandais) et de donner plus de poids à ses décisions ;
- de créer des panels publics chargés de commenter la performance des médias ;
- de créer un poste de médiateur de la presse qui serait chargé de surveiller la performance des médias ;
- d'introduire un "test" de pluralité de la presse (*pluriformiteit*) lors du contrôle des fusions dans les médias si celles-ci sont motivées par des critères économiques.

3.3 La réaction du gouvernement

Le Gouvernement néerlandais n'a pas accueilli les conclusions du rapport avec un enthousiasme débridé. On regrette surtout que les mesures proposées ne tiennent pas suffisamment compte de la liberté de la presse et qu'elles pourraient, d'une manière ou d'une autre, entraver cette même liberté.

Le gouvernement n'a choisi d'adopter que deux recommandations : renforcer le soutien apporté aux activités du Conseil de presse, sans toutefois consolider le statut de ses décisions, et introduire un "test" de pluralité de la presse lors du contrôle des fusions dans ce secteur.⁸ Cependant, les deux propositions doivent encore être étayées.

Rien ne permet d'affirmer avec certitude que le malaise suscité par la performance de la presse se dissipera davantage si ces mesures – somme toutes assez timides – sont mises en œuvre. En même temps, il est difficile de concevoir des mesures plus draconiennes qui respectent encore le droit à la liberté de la presse. C'est pourquoi il convient d'examiner les propositions formulées avec scepticisme.

4. Conclusions

La liberté de parole dans une société pluraliste et la performance des médias sont capitales dans une société démocratique. Elles soulèvent des questions complexes auxquelles il n'existe pas de réponse miracle. Il faut essayer de protéger la liberté de parole tout en ménageant les intérêts des minorités et de l'ordre public. Opérer une distinction claire entre les deux n'est pas une tâche aisée, ne serait-ce que parce de nouveaux propos sont tenus tous les jours.

Le traitement de l'information et la diffusion d'informations dans l'intérêt du public sont tout aussi importants. Aucun consensus ne s'est dégagé ni sur la meilleure façon, ni sur la façon la plus intéressante de couvrir l'actualité. Différentes approches et interprétations sont possibles au titre de la liberté de la presse. Dans tous les cas, les mesures prises par le gouvernement pour encourager la diffusion d'informations dans l'intérêt du public devront respecter le droit de la liberté de la presse.

7) *Raad voor het Openbaar Bestuur, Politiek en Media, pleidooi voor een LAT-relatie* (Politique et médias, plaidoyer pour une relation LAT [vivre ensemble séparément]), La Haye 2003.

8) *Brief aan de kamer* 12 juillet 2004, TK 2004/05, 29692, 1.

POLOGNE :

L'expression politique dans les médias électroniques avec un développement spécial sur les campagnes électorales et autres formes de débats politiques

Małgorzata Pęk
Conseil national de la radiodiffusion

1. Les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression

La liberté d'expression est l'un des droits fondamentaux inscrits à la fois dans les instruments juridiques internationaux et dans le droit national de la Pologne. L'article 54 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997¹ réaffirme ce droit dans les termes suivants :

1. La liberté d'exprimer des opinions, d'acquiescer et de diffuser des informations est garantie à chacun.
2. La censure préventive des moyens de communication sociaux et la délivrance de licences pour la presse sont proscrites. La loi peut exiger l'obtention d'une autorisation pour exploiter une station de radio ou une chaîne de télévision."

En outre, l'article 14 dispose que "la République de Pologne garantit la liberté de la presse et de tout autre moyen de communication social". D'autres clauses constitutionnelles font également référence à cette question.

L'article 31, paragraphe 3, dispose que "toute restriction dans l'exercice des droits et des libertés constitutionnels ne peut être imposée que par une loi et uniquement lorsque cela s'avère nécessaire dans un Etat démocratique en vue de protéger la sécurité ou l'ordre public de cet Etat, de préserver l'environnement naturel, la santé ou la morale publique ou les droits et libertés de tierces personnes. Ces restrictions ne sauraient contrevenir à l'essence même des droits et des libertés".

L'article 61, paragraphe 1, prévoit que tout citoyen a le droit d'obtenir des informations sur les activités des pouvoirs publics et des personnes en charge de fonctions publiques, tandis que le paragraphe 2 du même article établit que le droit d'obtenir des informations garantit l'accès aux documents et le droit de siéger dans les organes collectifs d'autorité publique issus d'élections universelles, tout en ayant la possibilité de procéder à des enregistrements sonores et visuels.

Considérant le rôle particulier de la radiodiffusion, son impact sur l'opinion publique et le rôle de ce média dans les débats publics, la Constitution instaure le Conseil national de la radiodiffusion (CNR) comme organe indépendant dans le domaine de la radiodiffusion, en disposant, dans l'article 213, que "le Conseil national de la radiodiffusion est le garant de la liberté de parole, du droit à l'information et de l'intérêt général en matière de radiodiffusion et de télévision".

1) <http://www.sejm.gov.pl/english/konstytucja/kon1.htm>

2. Les obligations des radiodiffuseurs en termes de présentation des débats publics

Considérant d'une part, le rôle de la radiodiffusion en tant que média et outil de formation de l'opinion publique et, d'autre part, le fait que la radiodiffusion de service public est investie d'une mission publique, le législateur polonais a exigé des radiodiffuseurs publics qu'ils respectent certaines obligations particulières dans le compte rendu des débats publics. L'article 21, paragraphe 2, de la loi sur la radiodiffusion du 29 décembre 1992 (dans sa version amendée)² énumère les obligations auxquelles sont tenus les radiodiffuseurs, notamment : fournir des informations fiables sur la grande diversité des événements et des processus en cours en Pologne et à l'étranger, encourager le développement spontané et la formation de l'opinion publique, permettre aux citoyens et à leurs organisations de prendre part à la vie publique en exprimant des points de vue et des opinions différentes et en exerçant un droit de contrôle social et de critique.

Alors que la loi sur la radiodiffusion fixe certaines règles de conduite pour les radiodiffuseurs en termes d'impartialité, d'équité et d'équilibre au sein des programmes, la conduite des radiodiffuseurs privés est soumise, à cet égard, à des règles internes à la rédaction. Les obligations particulières auxquelles sont tenus les radiodiffuseurs publics découlent de leur mission de service public et tiennent compte du fait que ces derniers sont financés par les fonds publics.

Les radiodiffuseurs publics sont également tenus de faciliter la présentation directe et l'explication de la politique de l'Etat par les autorités suprêmes. La réglementation du 21 août 1996 relative à la procédure de présentation et d'explication de la politique de l'Etat par les instances nationales suprêmes à la radio et à la télévision publiques³ a été adoptée par le Conseil national de la radiodiffusion et comporte des dispositions plus précises.

Le Président de la République de Pologne, le porte-parole du Parlement et du Sénat et le Président du Conseil des ministres peuvent présenter et expliquer directement les politiques menées par l'Etat sur les stations de radio et les chaînes de télévision publiques. Les radiodiffuseurs publics sont tenus de préparer et de diffuser gratuitement ces présentations sur les programmes nationaux et régionaux de la chaîne ou de la station spécifiée. Ces présentations ne dépassent pas 10 minutes et sont diffusées distinctement des autres unités de programme. Les radiodiffuseurs publics ne sont aucunement responsables du contenu de ces présentations. Lors de la diffusion des programmes électoraux, les présentations mentionnées ci-dessus sont diffusées sur des chaînes et des stations différentes de celles qui retransmettent les programmes électoraux et ne doivent comporter ni débat électoral, ni élément visant à persuader le public.

En outre, la loi sur la radiodiffusion impose aux radiodiffuseurs publics de permettre aux partis politiques de présenter leurs positions sur les questions publiques majeures, et il en va de même, en opérant les changements nécessaires, pour les syndicats nationaux et les organisations patronales. Sur ce point aussi, la réglementation du CNR du 24 avril 2003 fixe les procédures de présentation des points de vue des partis politiques, des syndicats nationaux et des organisations patronales sur les questions publiques centrales et fournit des dispositions détaillées à cet égard. Les organismes de radiodiffusion publics sont tenus de présenter la position des partis politiques, des syndicats et des organisations patronales sur les questions publiques de façon fiable, dans le respect du pluralisme et de la diversité des points de vue. Ces points de vue impliquent, en particulier, la présentation à la radio et à la télévision publiques de discussions, d'analyses, de déclarations et de prises de position, d'événements en lien avec les activités des partis politiques, des syndicats et des organisations patronales, ainsi que d'autres modes d'expression courants. Cette réglementation exige que les radiodiffuseurs publics produisent et diffusent des programmes d'information sur les événements publics courants et sur les points de vue mentionnés ci-dessus.

D'autre part, les organismes de radiodiffusion publics sont tenus de fournir des informations courantes sur les travaux de la Chambre basse du Parlement (*Sejm*) et du Sénat selon les modalités convenues avec la Présidence de ces deux chambres. Les organismes de radiodiffusion publics doivent diffuser au moins un programme télévisé et un programme radiophonique par semaine afin de présenter les positions des partis politiques, des syndicats et des organisations patronales sur les questions publiques centrales ; ce programme hebdomadaire doit durer au moins 45 minutes et être diffusé entre 16 h 00 et 23 h 00.

2) <http://www.kkrt.gov.pl/stronykkrit/english.htm>

3) <http://www.kkrt.gov.pl/stronykkrit/english.htm>

Par ailleurs, la loi sur la radiodiffusion comporte des dispositions relatives aux campagnes électorales dans les organismes publics de radiodiffusion. La loi prévoit que les entités participant aux élections au Sejm, au Sénat, aux gouvernements régionaux autonomes et au Parlement européen ont le droit de diffuser des programmes électoraux à la radio et à la télévision publique selon des modalités définies par des dispositions spécifiques. Il en va de même, en opérant les changements nécessaires, pour les élections à la Présidence de la République de Pologne. En outre, les entités habilitées à participer à une campagne de référendum lancée sur les services de radio et de télévision, conformément à la loi sur les référendums nationaux du 14 mars 2003, doivent être autorisées à diffuser des programmes de référendum à la radio et à la télévision publiques selon des modalités définies par des dispositions spécifiques.

Un certain nombre de lois électorales fixent des obligations plus spécifiques : loi du 12 avril 2001 relative aux élections au Sejm de la République de Pologne et au Sénat de la République de Pologne (articles 180 à 186, 216 à 217 et 85 à 94), loi du 27 septembre 1990 relative aux élections à la Présidence de la République de Pologne (articles 76b à 83b), loi du 23 janvier 2004 relative aux élections au Parlement européen (articles 73 à 82), loi du 16 juillet 1998 relative aux élections aux Conseils municipaux, aux Conseils régionaux et aux Conseils de voïvodie⁴ (articles 65 à 79), loi du 20 Juin 2002 relative aux élections directes du responsable communal, maire et président de ville (articles 23 à 25). La loi du 27 juin 1997 sur les partis politiques (notamment le chapitre 4 "Finances et financement des partis politiques") comporte également des dispositions à cet égard.

Nous pouvons constater que, même si certaines règles sont communes, chaque type de campagne électorale est régi par une loi spécifique.

3. Déroulement d'une campagne électorale dans les programmes de radio et de télévision

Comme indiqué plus haut, les différentes campagnes électorales sont assujetties à des règles spécifiques. Nous présentons ci-dessous l'exemple de certaines règles complexes et détaillées régissant la campagne électorale pour le Sejm de la République de Pologne.

Les comités électoraux ont le droit de mener une campagne électorale sur les programmes de radio et de télévision sous la forme d'annonces et de programmes électoraux. Une annonce électorale constitue un message publicitaire au sens défini par la loi sur la radiodiffusion, préparé et livré par un comité électoral,⁵ puis diffusé comme élément de la campagne électorale. Un programme électoral est une partie des programmes radiophoniques ou télévisés, non fournie par le radiodiffuseur, et diffusée gratuitement et distinctement des autres unités de programme quant à sa forme ou son contenu. La radiodiffusion des programmes électoraux permet à un comité électoral d'exercer son droit à un temps d'antenne, conformément à l'article 181 de la loi relative aux élections au Sejm de la République de Pologne et au Sénat de la République de Pologne

Plus précisément, depuis le 15^e jour précédant le jour du scrutin jusqu'au dernier jour de la campagne électorale, les radiodiffuseurs publics doivent diffuser gratuitement les programmes électoraux préparés par les comités électoraux sur les chaînes et les stations nationales et régionales. Ces diffusions doivent avoir une durée totale répartie comme suit :

- sur les chaînes et stations nationales – 15 heures sur les chaînes de la société anonyme de télévision polonaise, comprenant jusqu'à trois heures sur la chaîne par satellite TV Polonia, et 30 heures sur les stations de la société anonyme de radio polonaise, dont 5 heures d'émission pour les auditeurs à l'étranger ;
- sur les chaînes et stations régionales – 10 heures sur les chaînes de la société anonyme de télévision polonaise et 15 heures sur les stations de la société anonyme de radio polonaise.

4) Voir également les dispositions de la loi du 24 juillet 1998 sur la division territoriale en trois niveaux. Cette division comporte les communes, les régions et les voïvodies.

5) Les comités électoraux prennent en charge au nom des partis politiques et des électeurs, les activités de la campagne électorale, notamment la nomination des candidats aux sièges de députés du Sejm et des candidats sénateurs, et ils mènent la campagne électorale exclusivement en leur nom. L'organe d'un parti politique autorisé à représenter ce parti dans ses relations extérieures agit en tant que comité électoral du parti en question (voir articles 95 à 106 de la loi du 12 avril 2001 relative aux élections au Sejm de la République de Pologne et au Sénat de la République de Pologne)

Un comité électoral a le droit de diffuser ses contenus électoraux sur :

- les chaînes et stations publiques nationales – s'il a procédé à l'inscription d'une liste électorale dans au moins une circonscription électorale ;
- sur les chaînes et stations publiques régionales – s'il a procédé à l'inscription d'une liste électorale dans au moins une circonscription électorale.

Sur les chaînes et les stations publiques nationales, le temps alloué à la diffusion du contenu électoral mentionné ci-dessus est divisé en parts égales entre les comités électoraux agréés sur la base des informations communiquées par la Commission électorale nationale (Państwowa Komisja Wyborcza).⁶ Ces informations répertorient les comités électoraux ayant inscrit leurs listes électorales dans au moins une circonscription électorale. En revanche, le temps alloué à la diffusion du contenu électoral sur les chaînes et les stations publiques régionales est divisé proportionnellement entre les comités électoraux agréés en fonction du nombre de listes électorales qu'ils ont inscrites. La décision est prise sur la base des informations relatives aux listes électorales inscrites fournies par les commissions des circonscriptions électorales territorialement compétentes pour la région couverte par la chaîne ou la station en question. Le Conseil national de la radiodiffusion a promulgué des règlements les 13 août et 21 août 2001, qui comportent des dispositions détaillées sur cette question. Ils définissent les principes des procédures d'allocation du temps d'antenne pour les programmes électoraux, l'étendue de leur inscription, les modalités de préparation et de diffusion, ainsi que les modes de publication des informations sur le calendrier de diffusion de ces programmes et la durée totale de retransmission des programmes électoraux sur chacune des chaînes ou des stations régionales et nationales et le calendrier de la totalité du temps d'antenne alloué sur la période comprise entre le 15^e jour précédant le jour du scrutin et le dernier jour de la campagne électorale.

Les rédacteurs en chef des chaînes de télévision publiques nationales et régionales et de TV Polonia, ainsi que les rédacteurs en chef de la radio polonaise doivent tirer au sort, en présence des personnes ayant présenté leurs listes et au plus tard le 18^e jour précédant le jour du scrutin, la séquence de diffusion quotidienne des programmes électoraux.

Les programmes électoraux d'un comité électoral doivent être transmis à la télévision polonaise ou à la radio polonaise au plus tard 24 heures avant la date de diffusion. Leur durée ne doit pas excéder le temps alloué par la loi.

Cependant, nonobstant la durée allouée à la diffusion des programmes électoraux, chaque comité électoral peut diffuser des publicités électorales payantes à la radio et à la télévision à partir du premier jour de la campagne électorale.

Les tarifs de diffusion pour les publicités électorales payantes mentionnées ci-dessus doivent être fixés de façon équitable pour tous les candidats, conformément à la liste des prix en vigueur le jour de l'annonce électorale.

Les règles concernant la publicité à la télévision et à la radio (définies par la loi sur la radiodiffusion en application des dispositions de la Directive "Télévision sans frontières") sont applicables aux programmes électoraux. Néanmoins, il est important de noter que le temps alloué aux publicités électorales payantes n'est pas soumis aux limites fixées aux publicités commerciales telles qu'elles sont définies dans la loi sur la radiodiffusion.

La loi relative aux élections au *Sejm* de la République de Pologne et au Sénat de la République de Pologne établit que les radiodiffuseurs ne sont nullement responsables du contenu des programmes électoraux et des annonces électorales, et qu'ils ne peuvent pas refuser de diffuser des annonces ou des programmes électoraux.

En ce qui concerne la durée limitée des campagnes électorales (à la fois pour le *Sejm* et le Sénat), il convient de noter qu'elles commencent le jour où le Président de la République annonce l'ordonnance électorale et se terminent 24 heures avant le jour du scrutin. Les campagnes électorales ne peuvent être menées que durant la période de quête des suffrages et en stricte conformité avec les règles, les modalités et les durées fixées par la loi.

6) La Commission électorale nationale est une instance suprême permanente chargée de diriger les élections. Elle est composée de trois juges du Tribunal constitutionnel désignés par le président du même tribunal, de trois juges de la Cour suprême désignés par le président de cette dernière et de trois juges de la Cour suprême administrative désignés par le président de cette même instance. Ces juges sont nommés à la Commission électorale nationale par décision du Président de la République de Pologne (voir articles 36 à 43 de la loi du 12 avril 2001 relative aux élections au *Sejm* de la République de Pologne et au Sénat de la République de Pologne).

Il existe certaines règles supplémentaires concernant la période de silence ; de la fin de la campagne électorale jusqu'à la fin du scrutin, il est interdit de publier les résultats des sondages d'opinions publics (enquêtes pré-électorales) sur les choix des électeurs et les résultats du scrutin. De la fin de la campagne électorale jusqu'à la fin du scrutin, il est interdit d'organiser des réunions d'électeurs, des marches ou des manifestations, de tenir des discours ou de distribuer des tracts, ou de s'engager dans toute autre campagne pour soutenir des candidats ou des listes de candidats. Il est interdit de se livrer à une forme quelconque de propagande électorale dans un bureau de vote ou dans les bâtiments abritant les bureaux de vote.

Une autre disposition importante de la loi relative aux élections concerne la diffusion de fausses informations durant la campagne électorale pour le *Sejm* et le Sénat. Si des posters, des slogans, des tracts, des annonces ou toute autre forme de message électoral comporte des renseignements ou des informations erronés ou inexacts, le candidat au siège de député du *Sejm* ou de sénateur ou un représentant du comité électoral concerné a le droit de saisir le tribunal de première instance pour statuer sur :

- 1 - l'interdiction de publier de tels renseignements et informations (erronés)
- 2 - la saisie du matériel en cause
- 3 - la rectification des fausses informations
- 4 - la publication d'un droit de réponse en cas d'atteinte aux droits de la personne
- 5 - des excuses adressées à la personne victime de diffamation

Le tribunal de première instance (un seul juge) examinera la requête dans un délai de 24 heures selon une procédure non litigieuse. Le tribunal peut examiner l'affaire en l'absence (justifiée) du requérant ou du candidat dûment informé de l'heure de la procédure. Toute décision concluant la procédure dans une affaire donnée doit être notifiée sans délai par le tribunal à la personne concernée, à la commission électorale de la circonscription concernée et à toute personne tenue de respecter la décision du tribunal.

Il est possible de faire appel de la décision du tribunal de première instance dans un délai de 24 heures. La cour d'appel est tenue d'examiner le recours dans les 24 heures. Il n'y a pas d'autre recours légal et la décision de la cour d'appel a force exécutoire immédiate.

Les renseignements et informations erronés dans le cadre des élections et de la campagne électorale doivent être rectifiés dans un délai de 48 heures aux frais de la personne condamnée. Le tribunal indiquera dans quel quotidien doit paraître le rectificatif, ainsi que le délai imparti pour procéder à cette publication. Si le rectificatif n'est pas publié, le tribunal peut, à la demande d'une partie intéressée, ordonner la publication du rectificatif par ordonnance d'exécution et aux frais de la personne condamnée.

L'exercice des droits garantis par la loi relative aux élections ne saurait empêcher toute personne lésée ou victime d'un préjudice de faire valoir ses droits relevant de législations différentes.

RUSSIE: "Guerre au terrorisme" et liberté des médias de masse¹ – Restrictions juridiques de la liberté des médias de masse

Andrei Richter

*Centre de droit et de politique des médias de Moscou,
Université d'État de Moscou*

1. La loi sur la lutte anti-terroriste (1998)

Lors de l'adoption de la loi fédérale sur la lutte anti-terroriste, le 25 juillet 1998, les législateurs russes ont accordé pour la première fois une attention particulière au rôle des médias dans la lutte anti-terroriste. Cette loi définit le concept de "terrorisme" qui, auparavant, apparaissait uniquement dans le Code pénal de la Fédération de Russie de 1996. Dans ce Code pénal, le terrorisme est défini comme "le déclenchement d'engins explosifs, la perpétration d'incendies volontaires ou de tout acte mettant en péril la vie d'autrui, risquant de provoquer des dommages matériels importants ou autres conséquences sociales dangereuses, si ces actes sont commis aux fins de troubler l'ordre public, de faire pression sur l'opinion publique ou d'influencer les autorités gouvernementales dans leurs décisions, ainsi que toute menace d'exécuter les actes susmentionnés aux fins spécifiées" (paragraphe 1 de l'article 205). La loi fédérale sur la lutte anti-terroriste a inscrit cette définition dans une catégorie plus vaste englobant des actes tels que la prise d'otages, la diffusion de faits erronés relatifs à un acte de terrorisme, l'organisation d'une formation armée illégale ou toute implication dans une telle formation, la tentative de meurtre sur des hommes d'Etat ou des personnalités publiques, l'agression de représentants d'Etats étrangers ou du personnel d'organismes internationaux ou placés sous protection internationale (article 3).

Au printemps 2000, cette loi a été remise au goût du jour en vue de restreindre les libertés des médias de masse. En mars 2000, lors d'une réunion de la Commission chargée de la prévention de l'extrémisme politique, Mikhail Seslavinsky, alors premier adjoint au ministre de la Presse, de la Radiodiffusion et de la Communication de masse, annonçait que "parallèlement à la loi relative aux médias de masse, existe également la loi sur la lutte anti-terroriste et désormais, tous les contenus journalistiques sur la Tchétchénie seront appréciés en fonction de cette dernière". Selon les autorités, l'article 15 de cette loi concerne les médias de masse. Ledit article prévoit que la diffusion publique d'informations concernant les actes terroristes doit respecter les formes et le volume définis par le directeur du Centre opérationnel anti-terroriste. Par ailleurs, l'article 15 interdit la diffusion d'informations "servant à promouvoir ou à justifier le terrorisme et l'extrémisme politique".

Le revers insoupçonné de la tentative d'application de la loi fédérale sur la lutte anti-terroriste au conflit tchétchène a été mis en évidence par le Centre de droit et de politique des médias de Moscou dès mars 2001. Aux termes de l'article 3 (terminologie de base) de cette loi, "une zone d'opération anti-terroriste", où il est possible d'instaurer un régime juridique spécial applicable également aux médias de masse, désigne "les zones spécifiques terrestres ou aquatiques, véhicules, bâtiments, structures, installations ou locaux et les territoires adjacents au sein desquels se déroulent les opérations susmentionnées". Par conséquent, cette liste restreinte évoque un territoire d'une superficie relativement réduite. L'armée, suivie par le ministère de la Presse, a tenté de donner une signification plus large à

1) Extrait d'un ouvrage sur le journalisme contemporain en Russie et aux Etats-Unis qui paraîtra en russe courant 2004 à l'initiative des éditions de l'Université du Missouri.

l'expression "zones spécifiques" en l'étendant au territoire d'une entité constituante de la Fédération de Russie d'une superficie d'environ 16 000 kilomètres carrés (Tchéchénie). Ensuite, cette notion s'est appliquée à la Fédération de Russie tout entière. D'autres idées viennent également jeter le doute sur la légalité et la validité de l'application de la loi fédérale sur la lutte anti-terroriste aux journalistes qui couvrent le conflit tchéchène.²

2. La loi fédérale sur la lutte contre l'extrémisme politique (2002)

En 2002, une autre loi sur la lutte contre l'extrémisme politique a été créée à l'initiative du Président de la Fédération de Russie; elle a été adoptée le 25 juillet 2002 (n° 114-FZ). Cette loi interdit notamment aux médias de masse de se livrer à des activités extrémistes et de diffuser des contenus de nature extrémiste.³ En cas d'infraction, la loi prévoit des mesures de sensibilisation telles que les avertissements et la suspension d'activité. Ceci dit, il s'agit de savoir dans quelles conditions les activités d'un organisme médiatique peuvent être considérées comme extrémistes.

Aux termes de la loi, l'extrémisme politique est défini sous la forme d'une liste d'actes inscrits dans l'aspect objectif des éléments constitutifs d'un crime, tel qu'il est spécifié par le Code pénal de la Fédération de Russie. Néanmoins, ces actes sont également assortis de nouvelles spécificités telles que leur lien avec la violence ou l'incitation à la violence. L'extrémisme politique englobe "toute activité de planification, d'organisation, de préparation et d'exécution d'actes visant à porter atteinte par la violence [...] à l'existence de la Fédération de Russie ainsi qu'à l'ordre et à la sécurité de la Russie, à la prise de contrôle ou à l'exercice du pouvoir, à l'organisation de formations armées illégales et à la pratique d'activités terroristes", de même qu'un certain nombre d'autres actes. Par conséquent, ces actes caractérisent l'ennemi de l'État dans le conflit tchéchène.

D'autre part, la diffusion par les médias de masse d'appels publics à des actions extrémistes ou à leur soutien est également considérée comme un acte d'extrémisme politique.

Au niveau de la responsabilité des médias de masse quant à la diffusion de contenus de nature extrémiste, la loi comporte de sérieuses contradictions internes.⁴

La loi prévoit de sanctionner les activités extrémistes ou la diffusion de contenus de nature extrémiste par l'adresse d'un avertissement à l'organisme de média ou par une procédure judiciaire engagée par le ministère de la Presse à l'encontre d'un organisme médiatique aux fins de suspendre son activité. Il est important de noter que, parallèlement, les procureurs d'État ont également le pouvoir de délivrer des avertissements et d'entamer des poursuites judiciaires à l'encontre des médias de masse.⁵

Les articles 4 et 16 de la loi relative aux médias de masse ont été amendés en conséquence.

3. Les lois relatives à l'état d'urgence (2001) et à l'instauration de la loi martiale (2002)

La loi relative à l'instauration de la loi martiale (adoptée le 30 janvier 2002, n° 1-KFZ), en l'occurrence, prévoit des restrictions à la liberté de la presse en cas d'agression ou de menace imminente d'agression contre la Fédération de Russie appliquée au territoire de l'Etat tout entier ou à certaines régions distinctes. Certaines dispositions de cette loi sont en contradiction avec le concept de liberté des médias de masse inscrit dans la loi relative aux médias de masse de la Fédération de Russie.⁶

2) "Entretien avec des terroristes : les mises en garde du Ministre de la presse ne s'accompagnent jamais d'explications". Commentaire du Centre de droit et de politique des médias de Moscou : "Lois et pratiques des médias de masse". Voir numéro 3, 2001, pages 25 à 28.

3) "Extrémisme politique et médias de masse : l'heure du constat". Commentaire du Centre de droit et de politique des médias de Moscou : "Lois et pratiques des médias de masse". Voir numéros 8 et 9, 2002.

4) *Ibid.*

5) Le commentaire détaillé est disponible dans l'article de Ye. Lysova "Qu'apporte la loi fédérale sur la lutte contre l'extrémisme politique aux médias de masse russes ?" dans "Lois et pratiques des médias de masse". Voir numéro 6, 2003, pages 6 à 10.

6) "La loi martiale et les médias de masse". Commentaire du Centre de droit et de politique des médias de Moscou : "Lois et pratiques des médias de masse". Voir numéro 3, 2002.

Dans le cas de la loi martiale, certaines mesures sont applicables dans les zones où se déroulent des opérations militaires : contrôle des outils de communication, du matériel d'imprimerie et des organes de médias de masse et utilisation de ces entités au service de la défense, interdiction d'utiliser les émetteurs-récepteurs individuels de radio. Malheureusement, la loi ne précise pas ce qu'elle entend par "contrôle", ni sous quelle forme il peut être pratiqué.

Il convient d'accorder une attention particulière au fait qu'il est possible d'introduire des mesures supplémentaires, si besoin est, en vue de permettre au gouvernement d'État ou à tout autre gouvernement, autorité ou organisation militaire ou locale de mettre en place un régime de secret (article 7, paragraphe 2, point 8). L'existence de cette disposition nous permet de supposer qu'en cas d'application de la loi martiale, l'accès des journalistes aux services du gouvernement central ou local sera légalement restreint.

D'autres mesures peuvent être appliquées sur l'ensemble du territoire, même si la loi martiale n'est décrétée que dans une partie du pays. Ces mesures englobent l'instauration de restrictions provisoires du droit de rechercher, de transmettre, de recevoir, de produire et de diffuser des informations (article 8, paragraphe 1). Parallèlement aux lois fédérales pouvant restreindre les libertés des médias de masse, la loi constitutionnelle fédérale (LFC) comporte une source juridique intitulée "autres réglementations légales" qui englobe habituellement les décrets présidentiels, les règlements gouvernementaux et les lois des entités constituantes de la Fédération de Russie et des autorités locales. Ces dispositions impliquent la possibilité de mettre en place certaines mesures restrictives concernant la recherche et la diffusion d'informations qui affecteront directement les médias de masse. En outre, ces restrictions découleront non seulement des lois fédérales, mais aussi des décrets présidentiels et des lois régionales.

La loi constitutionnelle fédérale relative à l'état d'urgence (adoptée le 30 mai 2001, n° 3-FKZ) prévoit la possibilité de déclarer celui-ci en cas de rébellion armée et d'actes terroristes, de blocus ou de prise de contrôle d'objets de haute sécurité ou de régions distinctes, de préparation et d'intervention de formations armées illégales, de conflits internationaux, interconfessionnels ou régionaux suivis d'actes de violence et représentant une menace imminente pour la vie et la sécurité des personnes, ainsi que pour le fonctionnement régulier des instances gouvernementales et des autorités locales.

Un décret présidentiel sur la durée de l'état d'urgence peut instaurer un régime spécial qui limite la liberté de mouvement sur le territoire soumis à l'état d'urgence. En outre, la liberté de la presse peut également être limitée par l'introduction d'une censure préalable à toute publication et à la confiscation ou la saisie provisoires du matériel d'imprimerie, des équipements techniques de transmission et d'amplification sonores, du matériel de reprographie et de reproduction, ainsi que par la mise en place d'une procédure spéciale d'accréditation des journalistes.

4. La loi relative aux médias de masse (loi de 1991, dans sa version modifiée de 2002)

La loi relative aux médias de masse (adoptée le 27 décembre 1991, n° 2124-1) aurait pu jouer un rôle important dans l'instauration d'un juste équilibre entre la liberté des médias de masse et la guerre contre le terrorisme.

L'article 1 de cette loi dispose qu'une fois adoptée, seule cette loi est habilitée à apporter une quelconque restriction ou limite aux médias de masse. Néanmoins, cette disposition n'est presque jamais appliquée car la priorité est donnée aux lois adoptées ultérieurement, telles que les lois plus récentes de même niveau ou les lois constitutionnelles fédérales, considérées comme des outils de réglementation juridique prééminents. Par conséquent, il existe toujours une possibilité de restreindre la liberté des médias de masse, même si celle-ci n'est pas inscrite dans la loi qui leur est dédiée.

La loi relative aux médias de masse fixe les modalités d'avertissement et de suspension d'activité d'un média.⁷ La délivrance d'un avertissement constitue l'une des étapes de cette procédure, qui peut être engagée par le ministère de la Presse, de la Radiodiffusion et de la Communication de masse (actuellement le Service fédéral de surveillance du respect de la loi dans le domaine de la Communication de masse et de la protection de l'héritage culturel, rattaché au ministère de la Culture et de la Communication de masse) et par les procureurs d'État en cas de violation de l'article 4

7) Voir la cessation d'activité des médias de masse dans "Les fondements juridiques du journalisme" par Andrei G. Richter. *Moscow State University Press*, 2002, pages 54 à 55.

("Inadmissibilité des abus de la liberté de la presse"). Aux termes de la loi relative aux médias de masse dans sa version modifiée du 25 juillet 2002 (n° 112-FZ), l'utilisation des médias de masse pour des activités extrémistes constitue un cas d'abus de la liberté des médias.

5. Le Code pénal (1996, dans sa version modifiée de 2003)

La loi fédérale portant modification et complément du Code pénal de la Fédération de Russie a été adoptée le 8 décembre 2003 (n° 162-FZ), introduisant des changements substantiels, notamment en matière de médias de masse.

L'article 282, anciennement intitulé "Incitation à l'hostilité ethnique, raciale ou religieuse" a été rebaptisé "Incitation à la haine ou à l'hostilité et au dénigrement de la dignité humaine". Ce nouveau titre illustre le fait que, désormais, non seulement l'incitation à l'*hostilité*, mais aussi à la *haine* constituent un acte criminel. Parallèlement, la *propagande* de certains points de vue, idées et opinions n'est plus incriminée. Dans la nouvelle version de cette disposition, les législateurs ont prévu une responsabilité pénale dans un nombre de cas beaucoup plus élevé: la dignité humaine d'une personne ou d'un groupe est protégée ; il est interdit de dénigrer quiconque sur la base de son sexe, de sa race, de sa langue, de sa religion, de son origine ou de son appartenance à un quelconque groupe social. Par conséquent, la réglementation actuelle est passée du statut de clause ethno-confessionnelle à celui de clause anti-discriminatoire. Il faut également mentionner qu'auparavant, la dignité ethnique était protégée, alors que, désormais, la loi fait état d'une "personne" ou d'un "groupe de personnes".

Les actes répertoriés dans cet article ne sont qualifiés de crime que s'ils ont été commis en public ou par le biais des médias de masse. Il s'agit alors de savoir si la responsabilité pénale des journalistes et des éditeurs est engagée. Certains avocats affirment qu'elle l'est, puisqu'ils deviennent pratiquement des complices de ce type de crime.

Il semble que cette question devrait appeler la même réponse que celle liée à l'article 280, paragraphe 2, du Code pénal ("Appel public à des actes extrémistes") et à l'article 354, paragraphe 2, du Code pénal ("Appel public au déclenchement d'une guerre menaçante"). Pour résoudre le problème de la responsabilité journalistique et éditoriale, il conviendrait de retenir pour principal critère le fait que le média de masse ait fourni une plate-forme au criminel, qu'il ait participé au crime ou informé le public des événements en cours. La distinction entre le crime et la diffusion d'informations sur ce crime peut être marquée par la présence ou l'absence d'une volonté délibérée de commettre un crime.⁸

6. Autorégulation des médias de masse

Les autolimitations des médias de masse russes en lien avec la "guerre contre le terrorisme", la mise en œuvre d'opérations antiterroristes et le compte rendu des actes terroristes s'apparentent habituellement davantage à des obligations. L'adoption de la *Convention antiterroriste*, en avril 2003, en est la meilleure preuve.

Les codes de conduite ont été élaborés et signés le 8 avril 2003 en présence du ministre de la Presse. La *Convention antiterroriste* (ou code déontologique des médias de masse en cas d'acte terroriste et d'opération antiterroriste) comporte huit chapitres. Le premier chapitre établit que "pendant un acte de terrorisme ou une opération antiterroriste, la priorité consiste à sauver les gens et à protéger le droit de vivre avant tout autre droit ou liberté".

La Convention impose également une série de restrictions à l'activité des journalistes, notamment la proscription des démarches suivantes :

- interviewer des terroristes de leur propre initiative pendant une action terroriste, sauf si c'est à la demande ou avec l'autorisation du Centre opérationnel antiterroriste ;
- permettre aux terroristes de passer à l'antenne sans consultation préalable du Centre opérationnel antiterroriste ;
- jouer le rôle de médiateur selon l'appréciation personnelle du journaliste, etc.⁹

8) Maria Kitaichick, "Changements liés à l'activité des journalistes dans le Code pénal de la Fédération de Russie". "Lois et pratiques des médias de masse", numéro 2, 2004, pages 3 à 4.

9) Le texte intégral de la Convention antiterroriste est disponible dans l'édition du 9 avril 2003 de *Gazeta*.

La Convention a été ratifiée, entre autres, par Konstantin Ernst, Anton Zlatopolsky, directeur général de la chaîne *Rossiya*, Alexander Lyubimov, président de *MediaSoyuz*, Aleksey Venediktov, rédacteur en chef de la station de radio *Ekho Moskvy* et Dmitry Voskoboynikov, adjoint du directeur général de l'agence de presse Interfax.

La Convention et ses préceptes semblent avoir été oubliés peu après leur adoption, aussi bien par les médias que par les autorités. Ainsi, en dépit des règles préconisant "de faire preuve de tact et de respect à l'égard des sentiments des amis et de la famille des victimes du terrorisme" et "d'éviter une couverture et un réalisme excessifs lors du compte rendu des événements, ainsi que la présentation de leurs participants", les médias se sont délecté des moindres détails lors des attentats terroristes qui se sont déroulés fin 2003 et début 2004, à l'hôtel "National" et dans le métro de Moscou.

7. Publication d'interviews avec des terroristes et des extrémistes

Si l'on en juge par l'activité des législateurs et les modalités pratiques d'application de la loi, les contenus de nature extrémiste constituent la préoccupation majeure du gouvernement en ce qui concerne le contenu des médias de masse.

Le comble de la fureur fut provoqué par la publication d'interviews de leaders tchéchènes appelant à la résistance contre le gouvernement.

Dans le cas de 1999, au début du second conflit en Tchétchénie, la Douma d'Etat a adopté la "Résolution relative à la situation de la République du Daghestan, aux mesures d'urgence et de sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme". Les députés de la Douma d'Etat appelaient à "prendre toutes les mesures requises pour empêcher les représentants des formations armées illégales de s'adresser aux médias". "Tout manquement à cette règle coercitive doit être considéré comme une grave infraction entraînant l'application des sanctions prévues par la législation de la Fédération de Russie, y compris le retrait de la licence de radiodiffusion".

En ce qui concerne les pratiques des organismes chargés de l'application de la loi, il est intéressant de consulter les données statistiques relatives aux avertissements adressés aux médias de masse par le ministère fédéral de la Presse, de la Radiodiffusion et de la Communication de masse. De 2000 à fin 2003, le ministère a adressé 45 avertissements pour abus de la liberté de la presse, dont 35 concernaient l'instigation menée au sujet de dissensions internationales.¹⁰ Pour ce qui est de la typologie de la principale catégorie d'avertissements, force est de constater que le gouvernement concentre essentiellement son attention sur les médias ayant diffusé des interviews mettant en scène des séparatistes.

L'interdiction tacite de diffuser les positions des leaders tchéchènes dans la presse ou les médias audiovisuels a vu le jour au début du second conflit tchéchène. En août 1999, le ministère fédéral de la Presse, de la Radiodiffusion et de la Communication de masse a envoyé un télégramme à tous les radiodiffuseurs nationaux en leur recommandant, sur un ton conciliant, de ne pas interviewer de combattants tchéchènes. En février 2000, Mikhaïl Soslavinsky mettait en garde les stations de radio *Svoboda* (Radio Liberté) et *Ekho Moskvy* (Echo de Moscou) en leur déclarant que "si l'un des terroristes tchéchènes commençait à exposer ses opinions et ses positions par le biais des médias russes en justifiant les actes de terrorisme et les prises d'otages, l'affaire relèverait du ministère de la Presse".

En avril 2000, le ministère fédéral de la Presse, de la Radiodiffusion et de la Communication de masse a adressé des avertissements aux journaux *Kommersant* et *Novaya Gazeta*, pour violation de l'article 4 de la loi fédérale russe relative aux médias de masse et de l'article 15 de la loi sur la lutte antiterroriste.

En mars 2001, un avertissement a été adressé au journal *Nezavisimaya Gazeta*. En fait, tous les avertissements mentionnés ci-dessus ont fait suite à la publication de différentes interviews du président tchéchène Aslan Maskhadov. Dans le cas de *Nezavisimaya Gazeta*, l'avertissement était motivé par le fait que "l'équipe rédactionnelle avait publié des contenus faisant la propagande de la guerre et appelant à un changement par la violence du système constitutionnel et de l'Etat, qu'elle s'était livrée à un abus de la liberté de la presse et, de ce fait, qu'elle avait enfreint l'article 4 de la loi relative aux médias de masse".

Il est intéressant de noter que dans les années 90, lorsqu'il souhaitait adresser un avertissement pour abus de la liberté de la presse, le ministère avait coutume de consulter des experts à plusieurs

¹⁰ La source est disponible à l'adresse <http://www.lenizdat.ru/a0/ru/pm1/c.shtml?i=1016744&p=0#1>

reprises et d'en référer au service du procureur général ainsi qu'aux instituts de recherche publics afin de procéder à l'appréciation et à l'évaluation des textes. Au début des années 2000, le ministère a délivré tous ses avertissements à une vitesse éclair. Dans le cas de *Kommersant* et de *Novaya Gazeta*, l'avertissement a été adressé le jour même de la publication, quant au journal *Nezavisimaya Gazeta*, il l'a reçu le lendemain de la publication.

Enfin, le journal *Zavtra* a reçu un avertissement le 26 février 2003 pour avoir publié une interview d'Akhmed Zakayev, "l'émissaire de Maskhadov", réalisée par le rédacteur en chef Alexander Prokhanov.¹¹ (*Zavtra* est un journal phare de l'opposition et Prokhanov est un célèbre écrivain nationaliste de Russie). "Cette publication", déclare le ministère dans son avertissement, "constitue une infraction à l'article 4 de la loi relative aux médias de masse et aux articles 1 et 8 de la loi fédérale sur la lutte contre l'extrémisme politique".

Le fondateur et rédacteur en chef du journal a saisi le tribunal Tverskoy intercommunal de Moscou d'une plainte contre le ministère de la Presse. Le pourvoi contre la mesure disciplinaire a été entendu et rejeté le 5 mai 2003. La cour a pris en compte une expertise du contenu publié, effectuée à la demande du ministère de la Presse. Cette expertise a été réalisée par un directeur de la recherche de l'Institut d'ethnologie et d'anthropologie de l'Académie russe des Sciences, qui s'avère être également le Président du Comité de coordination de Moscou des organisations culturelles et publiques de Tchétchénie.¹²

Le 21 mai 2003, Valery Sirozhenko, alors adjoint au Ministre de la Presse, annonçait au cours d'une table ronde à la Douma d'Etat, que l'enregistrement de *Zavtra* serait suspendu très prochainement selon une procédure arbitrale. Cette procédure est effectivement prévue par l'article 8 de la loi sur la lutte contre l'extrémisme politique.¹³

11) "Ce qui est bon pour Londres ne l'est pas encore pour Moscou ...» dans "Zavtra," n° 6 (481), 4 février 2003 et n° 7 (482), 11 février 2003. Disponible à l'adresse <http://zavtra.ru/>

12) Source disponible à l'adresse http://www.gazeta.ru/kz/more_business.shtml

13) Source disponible à l'adresse <http://www.i-news.org/viewnews/sng/4722>

Les tons changeants de l'expression politique dans les médias

Atelier du 19 juin 2004 à Amsterdam

Participants :

Francisco Cabrera	Observatoire européen de l'audiovisuel
Maja Cappello	Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)
Egbert Dommering	Institut du droit de l'information (IViR)
Bob Gillette	Commissaire provisoire des médias, Kosovo
David Goldberg	deeJgee Research/Consultancy
Jan Kabel	<i>Président</i> , Institut du droit de l'information (IViR)
Tarlach McGonagle	Institut du droit de l'information (IViR)
Toby Mendel	ARTICLE 19, Campagne globale pour la Liberté Expression
Tom Moring	École suédoise des sciences sociales, Université d'Helsinki
Aernout J. Nieuwenhuis	Département de droit constitutionnel de l'Université d'Amsterdam
Susanne Nikoltchev	Observatoire européen de l'audiovisuel
Małgorzata Pęk	Conseil national de la radiodiffusion de Pologne (KRRIT)
Andrei Richter	Centre de droit et de politique des médias de Moscou
Frederick Schauer	John F. Kennedy School of Government, Harvard University
Alexander Scheuer	Institut du droit européen des médias (EMR)
Páll Thórhallsson	Division Média, DG II, Conseil de l'Europe
Dirk Voorhoof	Université de Gand, Belgique
Franz Zeller	Office fédéral de la communication (OFCOM) et Université de Berne
Anja Dobbelseen	<i>assistante logistique</i> , Institut du droit de l'information (IViR)



Co-Regulation of the Media in Europe

Co-regulation as an alternative to traditional forms of regulation

What is co-regulation? • What role can it play in the audiovisual media sector? • Is there a European legal framework for it? • What are the concrete examples for the implementation of co-regulation in the audiovisual field?

In addition to the question of which media and services should be regulated and to what extent, the regulatory apparatus itself has been a topic of debate for some time now. The discussion has particularly centred on the possibility, either alongside or instead of traditional legislation (parliamentary acts, ordinances, directives, etc), of introducing "alternative" forms of regulation. Self-monitoring, self-regulation and co-regulation are examples of these alternative types of regulation, the boundaries between which are difficult to define. This *IRIS Special* focuses in particular on co-regulation.

ISBN 92-871-5141-5, EUR 27 -

Jurisdiction over Broadcasters in Europe

Report on a Round-table Discussion & Selection of Background Materials

Relevant Freedom Rights • Emergence of Legislative Framework for Broadcasting • Circumvention and Related Matters • Technological Innovations • Dispute Resolution

The report braids together a number of thematic threads that are all too often considered isolated. It measures relevant definitional shortcomings through a focus on actual problems, as well as plausible sources of interpretational divergence from which future problems are likely to stem. All of this is complemented by a panorama of the relevant sections of instruments dealing with neighbouring communications services and some tentative suggestions for strengthening structures and systems for the resolution of disputes concerning jurisdiction over broadcasters.

ISBN 92-871-4854-6, EUR 27

Television and Media Concentration

Regulatory Models on the National and the European Level

A comparative-law study of the limitations on media concentration • Regulatory models from five European countries • EC rules • Comparison with the USA and the Russian Federation

This "*IRIS Special*" tackles the issue of *Television and Media Concentration* from a legal standpoint, comparing regulatory approaches. It covers both analog and digital television and all types of broadcasting (terrestrial as well as satellite and cable).

The publication sets out to describe – and explore the specific features of - a range of models for regulating media concentration, as developed in five major European television markets. In order to promote a better understanding of the question, it also examines the thinking behind the different regulatory models and looks at how they have actually been implemented.

ISBN 92-871-4595-4, EUR 27

Regulating Access to Digital Television & Digital Television Glossary

Technical Bottlenecks, Vertically-integrated Markets and New Forms of Media Concentration

How should modern technical devices used to control access to television be regulated? • Can we, should we, and do we want to regulate them anyway? • Are they already covered by current regulation?

Whenever the particular characteristics of digital television are discussed, numerous new variants on the concentration of media market power begin to emerge. They are mainly the result of controls over technical functions, such as application programming interfaces, electronic programme guides, portals, bundling or multiplexing, to name just a few. Are such competitive advantages legitimate, or even desirable, or do they infringe competition rules? More importantly, do they threaten diversity of opinion in the media?

The Digital Television Glossary describes the functioning of digital television and those structures and mechanisms that carry the potential for creating bottlenecks allowing control over access to a particular market. It serves as a reference work and tool to understanding the basic principles of access control!

ISBN 92-871-5401-5, EUR 44

For further information please consult our website: www.obs.coe.int

or contact the European Audiovisual Observatory: tel. +33 (0) 3 88 14 44 00 - fax +33 (0) 3 88 14 44 19 - E-mail obs@obs.coe.int