

2011-6

Les limites à l'utilisation des données personnelles

ARTICLE DE FOND

La protection des données à caractère personnel et les médias

- La liberté des médias et de l'information face aux droits de la personnalité
- Les médias et la « protection des personnes concernées »
- Les médias et la protection des données des utilisateurs

REPORTAGES

La pondération des intérêts

- Les restrictions de la liberté d'information et d'expression
- Le droit de réponse
- Autorégulation
- La régulation de l'Internet et la liberté d'expression

ZOOM

Le cadre juridique de l'utilisation des données à caractère personnel par les médias

- Les droits des médias
- Les droits des personnes concernées
- La réglementation au niveau national



IRIS plus 2011-6

Les limites à l'utilisation des données personnelles

ISBN (Version imprimée): 978-92-871-7290-7

Prix : EUR 24,50

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011

ISBN (Version électronique PDF): 978-92-871-7293-8

Prix : EUR 33

La série IRIS plus

ISSN (Version imprimée): 2078-9459

Prix : EUR 95

ISSN (Version électronique PDF): 2079-1070

Prix : EUR 125

Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

E-mail : wolfgang.closs@coe.int

Éditrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florence/Italie, Ann Arbor/MI)

Responsable du département Informations juridiques

E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

Assistante éditoriale :

Michelle Ganter

E-mail : michelle.ganter@coe.int

Marketing :

Markus Booms

E-mail : markus.booms@coe.int

Photocomposition :

Pointillés, Hoenheim (France)

Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Conseil de l'Europe, Strasbourg (France)

Maquette de couverture :

Acom Europe, Paris (France)

Éditeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau

F-67000 Strasbourg

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

E-mail : obs@obs.coe.int

www.obs.coe.int



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



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Organisations partenaires ayant contribué à l'ouvrage :

Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6

D-66121 Saarbrücken

Tél. : +49 (0) 681 99 275 11

Fax : +49 (0) 681 99 275 12

E-mail : emr@emr-sb.de

www.emr-sb.de



Institut du droit de l'information (IViR)

Kloveniersburgwal 48

NL-1012 CX Amsterdam

Tél. : +31 (0) 20 525 34 06

Fax : +31 (0) 20 525 30 33

E-mail : website@ivir.nl

www.ivir.nl



Centre de droit et de politique des médias de Moscou

Moscow State University

ul. Mokhovaya, 9 - Room 338

125009 Moscow

Fédération russe

Tél. : +7 495 629 3804

Fax : +7 495 629 3804

www.medialaw.ru



Veillez citer cette publication comme suit :

IRIS plus 2011-6, Les limites à l'utilisation des données personnelles (Susanne Nikoltchev (Ed.), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2011.

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Les limites à l'utilisation des données personnelles

Avant-propos

Fin septembre, Facebook a annoncé une extension prochaine du service qui permettra aux utilisateurs de constituer une « archive vivante » et d'offrir ainsi d'un seul clic tous les détails et les événements de leur vie privée à un nombre illimité d'« amis ». Qui aurait pu penser, il y a 20 ans, que ce projet serait perçu non comme la continuation de *1984* d'Orwell, mais comme une offre de service sérieuse et un modèle économique efficace ? Et qui aurait pu penser qu'un jour ce type de service nous amènerait à nous demander s'il existe encore une possibilité de contrôler les données à caractère personnel disponibles sur les systèmes électroniques et, le cas échéant, comment ? La réponse pourrait être la suivante : les initiateurs de la Convention européenne sur les droits de l'homme, tout au moins, croyaient en cette possibilité. En effet, certains sujets nous ramènent toujours vers des problèmes qui, en dépit de nouvelles apparences, sont connus de longue date. En ce qui concerne les données à caractère personnel, l'enjeu consiste à trouver un juste équilibre entre d'une part, le droit à la liberté d'information et d'expression, et d'autre part, la protection de la personnalité et de la vie privée. Or, la Convention a toujours été consciente de l'existence de ce champ de tension.

L'idée d'une archive vivante constituée de données personnelles est certes un cas extrême. Mais le fait est que dans les médias – notamment les médias audiovisuels – les risques de collision sont nombreux entre l'intérêt des médias à utiliser les données personnelles et l'intérêt des personnes concernées à protéger celles-ci. Il suffit d'évoquer, à cet égard, les reportages sur les personnalités publiques, les comptes rendus de procédures pénales ou les enquêtes des journalistes d'investigation. A l'ère de la communication bidirectionnelle, il existe également certaines situations où les utilisateurs de services de médias sont inquiets au sujet de la protection de leurs données personnelles. Les fournisseurs de services de médias ont un intérêt majeur à créer des profils de clients aussi précis que possible, car une parfaite connaissance des clients permet de leur proposer des offres adaptées sur mesure et de bénéficier ainsi d'un avantage concurrentiel.

La question visant à déterminer où se situe exactement la limite d'admissibilité dans l'usage des données personnelles n'a pas encore trouvé de réponse globale car, en définitive, cette délimitation dépend de l'évaluation au cas par cas des intérêts concurrents. En tout état de cause, on peut cependant tracer quelques lignes de démarcation à partir de la jurisprudence relative aux limitations de la liberté d'expression et d'information visant à préserver les données ou la vie privée. Mais il ne s'agit que de simples lignes dont le tracé est remis en cause en permanence, puisque chaque nouvelle forme d'utilisation des données et chaque nouvelle configuration des intérêts peuvent donner lieu à de nouveaux critères d'évaluation.

Les considérations pertinentes concernant l'étendue du droit à la liberté de l'information peuvent diverger sensiblement selon que, par exemple, l'intérêt d'un journaliste à mener des investigations pour un reportage télévisé se heurte au droit de la personne faisant l'objet du reportage à protéger sa vie privée, ou qu'un fournisseur de services de médias audiovisuels utilise à d'autres fins les données personnelles qui lui ont été communiquées librement par ses clients dans le cadre d'un abonnement à un service donné. Le législateur tente d'instaurer un minimum de clarté juridique avec des normes européennes et nationales, en dépit du flou inévitable propre à un système basé sur l'évaluation.

L'article de fond de ce numéro d'IRIS *plus* devrait permettre d'y voir plus clair dans les nombreux cas de figure d'utilisation des données personnelles faisant intervenir des droits fondamentaux concurrents. L'article distingue clairement deux types de situation : d'une part, les cas où les médias audiovisuels divulguent les données des personnes concernées, et d'autre part, les cas liés à la protection des données des utilisateurs de ces médias. L'article présente la législation en place au niveau de l'UE, tout en expliquant comment l'équilibre des intérêts a été maintenu, jusqu'à présent, entre les médias et les personnes concernées et entre les médias et leurs utilisateurs, à la lumière de plusieurs affaires posant des problématiques caractéristiques en la matière.

Etant donné que la protection des données personnelles pose des questions fondamentales liées au juste équilibre entre les droits de l'homme, le ZOOM de ce numéro d'IRIS *plus* est consacré à l'analyse des droits en question. Il expose comment la Cour européenne des droits de l'homme interprète l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (la Convention), qui joue un rôle clé pour les services de médias audiovisuels, ou comment la Cour de justice de l'Union européenne aborde la disposition équivalente, soit l'article 11, de la Charte des droits fondamentaux (la Charte) de l'UE. Puis il s'attache à examiner comment ces droits ont été formulés concrètement dans le droit secondaire. Tout en gardant cette approche binaire, l'article expose ensuite la problématique de la pondération des droits des personnes concernées au vu de l'article 8 de la Convention et des articles 7 et 8 de la Charte. L'article termine par un tour d'horizon du droit allemand en la matière pour illustrer les différentes façons de mettre en place des réglementations nationales à cet égard.

La partie « Reportages » s'inscrit entre les commentaires sur le droit européen du point de vue des différents cas de figure et les considérations concernant les droits fondamentaux conflictuels. Elle fait le point sur les développements des six derniers mois sur le thème de ce dossier, c'est-à-dire sur la définition des limites qu'il convient de poser à l'utilisation des données personnelles.

Strasbourg, octobre 2011

Susanne Nikoltchev
Coordinatrice IRIS

*Responsable du département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel*

TABLE DES MATIÈRES

ARTICLE DE FOND

La protection des données à caractère personnel et les médias

par Alexander Scheuer et Sebastian Schweda, Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles 7

- La liberté des médias et de l'information face aux droits de la personnalité 7
- Les médias et la « protection des personnes concernées » 10
- Les médias et la protection des données des utilisateurs 23

REPORTAGES

La pondération des intérêts

par Dirk Voorhoof (Université de Gand (Belgique), Université de Copenhague (Danemark) et membre du Régulateur flamand des médias), Sebastian Schweda (Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles), Amélie Blocman (Légipresse), Páll Thórhallsson (Service de la législation, Cabinet du Premier ministre islandais, Université du droit des médias de Reykjavik), Damien McCallig (School of Law, Université nationale d'Irlande, Galway), Jana Markechova (Cabinet juridique Markechova), Trinidad García Leiva (Universidad Carlos III de Madrid), Manuela Branco (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)), Toby Mendel (Centre for Law and Democracy), Andrei Richter (Faculté de journalisme, université d'Etat de Moscou) . . . 31

- Les restrictions de la liberté d'information et d'expression 32
- Le droit de réponse 39
- Autorégulation 42
- La régulation de l'Internet et la liberté d'expression 45

ZOOM

Le cadre juridique de l'utilisation des données à caractère personnel par les médias

par Sebastian Schweda, Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles 49

- Les droits des médias 50
- Les droits des personnes concernées 53
- La réglementation au niveau national 57

La protection des données à caractère personnel et les médias

*Alexander Scheuer et Sebastian Schweda,
Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles*

I. La liberté des médias et de l'information face aux droits de la personnalité : un conflit non résolu ?

« Profiter des données publiques, protéger les données privées ! » Cette phrase que l'on attribue au hacker et fondateur du Chaos Computer Club, Wau Holland, illustre un principe majeur de l'éthique des hackers¹. Il renvoie en même temps aux fondements de la législation européenne sur liberté des médias et de l'information d'une part et sur la protection des données d'autre part. Mais qu'est-ce qui est public et qu'est-ce qui est privé ? Concernant la forme des échanges d'information, le Web 2.0 démontre justement que les frontières entre communication publique et privée s'estompent de plus en plus. Les (*mass*) médias destinés au public montrent clairement que des données à caractère initialement privé peuvent très rapidement devenir publiques.

Le droit à la liberté d'information et à la liberté d'expression (notamment sous la forme particulière de la liberté de la presse et de la radiodiffusion) garantit que les médias puissent exercer leur mission, essentielle à la démocratie, qui consiste à rendre compte de la façon la plus exhaustive des événements d'intérêt public, en étant exposés le moins possible à l'ingérence de l'Etat ou de personnes privées². Ces règles permettent aux médias d'obtenir les informations nécessaires à leurs reportages dans le cadre des investigations menées et de les publier par la suite. L'exercice de ces droits trouve néanmoins ses limites lorsqu'il atteint un point d'interférence avec les droits d'autrui. Pour fournir des informations complètes à tous les utilisateurs des médias, il est presque toujours indispensable de collecter et de publier des données personnelles, c'est-à-dire à caractère personnel, sur les personnes faisant l'objet du compte rendu.

Il convient de faire une distinction fondamentale entre les activités de collecte (en tant qu'expression de la liberté passive de l'information) et de publication (liberté active de l'information),

1) Voir <http://www.ccc.de/hackerethics>

2) Voir à ce sujet ZOOM, section I.

car elles sont soumises à des réglementations différentes³. Le poids de la réglementation concernant ces deux activités fait écho au proverbe : « Une image en dit plus long que mille mots ». Dans le cadre d'un reportage photographique ou audiovisuel établissant qui a rencontré qui et à quel endroit, l'enregistrement et la publication d'une photographie ou d'un film constituent respectivement des traitements de données à caractère personnel conformément au droit en matière de protection des données. Du fait de ce traitement, les médias buttent presque inévitablement contre le droit des particuliers à la protection de la personnalité. Ce droit est, quant à lui, protégé par les normes des droits fondamentaux.

Le champ d'application des droits de la personnalité des personnes privées comprend, d'une part, la protection de la vie privée, c'est-à-dire d'un espace privé au sein duquel les informations doivent demeurer confidentielles. Cette zone est délimitée soit d'un point de vue spatial (le domicile, par exemple), soit, dans le cadre de la correspondance adressée à des personnes quantitativement identifiables, d'un point de vue théorique en fonction du contenu. D'autre part, le droit de la personnalité s'étend au-delà de la sphère purement privée et garantit également à chacun le droit intégral de pouvoir contrôler « l'image » de sa propre personne – y compris en dehors de la vie privée – diffusée à des tiers. Ce droit confère, au sens propre, « le droit à l'image », c'est-à-dire le droit de chacun de décider quelles photographies de sa propre personne doivent être accessibles. Mais une personne exerce également son droit de contrôle sur sa propre image en public lorsqu'elle se défend contre toute forme de représentation portant atteinte à son honneur ou à sa réputation. Enfin, le droit de la personnalité engendre également un « droit à l'autodétermination informationnelle⁴ ».

Il s'agit du droit d'une personne de disposer elle-même de toutes les informations la concernant, c'est-à-dire de toutes ses données à caractère personnel⁵. Ce qu'on appelle le droit général de la personnalité ne sert donc pas seulement à préserver la confidentialité de certaines informations, c'est-à-dire de les conserver dans la « sphère privée ». Ce droit vise également à garantir l'autonomie et l'autodétermination de chacun. Toute personne doit être en mesure de décider si des informations la concernant peuvent être transmises et, si oui, lesquelles. De cette façon, chacun peut déterminer quelle image de lui-même circulera dans la « sphère publique »⁶.

En 1974, le Comité des Ministres avait déjà demandé que toute personne concernée par un compte-rendu dans les médias ait le moyen de contrôler la représentation d'elle-même dans l'espace public. La résolution (74)26⁷ accorde à chacun un droit de rectification pour rétablir la vérité en cas de fausses allégations, et exige que cette rectification soit faite sans retard indu et, dans la

3) Voir plus en détail Egbert Dommering, « *Data, Information and Communication in 21st Century Europe: A Conceptual Framework* », dans : Thomas Kleist/Alexander Roßnagel/Alexander Scheuer (Ed.), *Europäisches und nationales Medienrecht im Dialog – Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens des Instituts für Europäisches Medienrecht e.V. (EMR)*, volume 40 des cahiers de l'EMR, Baden-Baden 2010, p. 51 et s., 60, qui analyse tout d'abord cette différence entre traitement des données et traitement éditorial : « La première activité facilite l'archivage des informations, la seconde optimise la communication de ces informations au grand public comme une contribution au débat public. En conséquence, le traitement des données devrait être soumis aux dispositions régissant la protection des informations à caractère personnel, tandis que le traitement éditorial relève des dispositions concernant la libre circulation des informations. Alors que [par exemple] des archives de presse accessibles au public peuvent jouer un rôle de soutien dans le débat public, mais sans faire partie intégrante de ce débat, il est important, dans le cadre du droit de la presse et de la liberté d'expression, de prendre en considération le lien plus étroit existant entre ces archives et le débat. », avant de conclure : « Par conséquent, il est nécessaire de spécifier plus précisément les principes de la libre circulation de l'information et de la confidentialité des informations personnelles. »

4) La *Bundesverfassungsgericht* (Cour fédérale constitutionnelle allemande – BVerfG) a développé ce droit fondamental à partir du droit général de la personnalité dans un arrêt concernant le recensement de la population (BVerfGE 65, 1, 41 et s., et les références citées : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>).

5) Voir à propos de la protection des droits individuels ZOOM, section II.

6) Andreja Rihter, « *La protection de la vie privée et des données à caractère personnel sur Internet et les médias en ligne* », Rapport à la Commission de la culture, de la science et de l'éducation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adopté à l'unanimité le 12 mai 2011, disponible sur : <http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/RihtervieprivéeF.pdf>, p. 8. Voir également Thomas Hoeren, *Persönlichkeitsrechte im Web 2.0*, dans : Thomas Kleist/Alexander Roßnagel/Alexander Scheuer (Ed.), op. cit. (note 3), p. 483 et s., 488 : « Dans une telle société de l'information, le droit de la personnalité est devenu un droit général d'autodétermination médiatique et informationnelle. »

7) Comité des Ministres, Résolution sur le droit de réponse – Situation de l'individu à l'égard de la presse. Les documents du Conseil de l'Europe sont disponibles sur : <https://wcd.coe.int/>

mesure du possible, avec la même visibilité que la publication initiale. Par ailleurs, toute personne devrait avoir la possibilité d'intervenir contre la publication de faits et d'opinions⁸ qui affectent sa vie privée ou portent atteinte à sa dignité, son honneur ou sa réputation.

Ce droit n'est limité que dans la mesure où la publication prévaut du fait d'un intérêt public légitime, ou est justifiée par le consentement – même implicite – de la personne concernée. Ces deux aspects de la protection des personnes concernées – droit à la vie privée et droit à la protection de la personnalité (tel que spécifié dans le paragraphe précédent, au sens strict d'un droit de contrôle de son image en public) peuvent, selon la résolution, servir à contrebalancer une liberté d'expression comprise au sens trop large. Les mesures de défense mentionnées ci-dessus contribuent de la sorte – parallèlement aux dispositions du droit de protection des données qui seront développées ultérieurement – à l'instauration d'un équilibre entre des droits fondamentaux conflictuels.

Les médias collectent et utilisent en particulier les données à caractère personnel dans leurs relations extérieures, car ils transmettent les données d'une personne concernée par un sujet médiatique aux utilisateurs de leurs services de médias. En outre, ils recueillent et utilisent des données à caractère personnel concernant ces mêmes utilisateurs⁹.

Dans la mesure où la personne concernée devient (involontairement) l'objet d'une activité journalistique, il convient, en premier lieu, de définir les limites des investigations et de déterminer la licéité d'un compte-rendu permettant l'identification des personnes concernées. La première partie du présent article (section II) s'attache à clarifier tout d'abord selon quelles règles du droit européen – droit des médias et / ou droit de la protection des données – il convient de répondre à ces questions. Ensuite, nous examinerons, à la lumière de plusieurs affaires emblématiques, comment est traitée au cas par cas la protection des personnes concernées en vertu de la jurisprudence des tribunaux européens et nationaux.

La protection des données des utilisateurs, en revanche, met en cause aussi bien les formes traditionnelles d'utilisation des médias, dans le cadre desquelles les données à caractère personnel des utilisateurs font l'objet d'un traitement, que les nouveaux médias « interactifs » : alors que la réception des émissions télévisées par voie terrestre, par satellite ou même par câble, ne requiert en principe aucun traitement des données, les services de télévision à péage et certains services complémentaires interactifs (tels que la participation à des jeux ou des sondages dans les émissions de « télévision interactive ») ne sont proposés que sous réserve d'un traitement des données personnelles des utilisateurs.

Les formes de médias qui sont apparues au cours de ces dernières années, en particulier, posent de nouveaux défis pour la protection des données des utilisateurs : les connexions bidirectionnelles – en particulier celles qui s'appuient sur le protocole Internet (basées sur l'IP) – offrent pour

8) Sur ce point, la résolution va plus loin que l'article 28 de la Directive 2010/13/EU (Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels », version codifiée) JOUE du 15 avril 2010, L 95, p. 1 et s.). Le Journal officiel de l'UE et de la CE est disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu>

9) Les données à caractère personnel font également l'objet d'un traitement interne dans le cadre de processus métiers internes en lien avec les informateurs et ceux qui « participent » aux médias. En ce qui concerne ces derniers, cela recouvre, entre autres, les journalistes, rédacteurs, animateurs, acteurs, invités des plateaux, techniciens et autres personnels employés ou mandatés par les sociétés de médias, par exemple, ceux dont le nom apparaît au générique d'une émission de télévision. Néanmoins, ces deux cas de figure n'ont pas leur place dans le présent article : la protection des informateurs et le secret éditorial ne relèvent pas, en principe, des règles de protection situées dans la zone de tension entre protection des données et liberté des médias. Au contraire, les concepts qui sous-tendent ces termes constituent des caractéristiques essentielles de la liberté des médias elle-même, qui doivent, du fait de leur orientation, protéger l'exercice de l'activité des médias, alors que la protection des personnes impliquées n'est qu'occasionnelle. En revanche, dans le cadre de la protection des données à caractère personnel des collaborateurs et / ou des employés des sociétés de médias, ces droits protecteurs n'interfèrent pas, normalement, avec la liberté des médias. Il convient, en général, de présumer le consentement car il est extrêmement rare qu'une personne participe sciemment et volontairement à un téléfilm sans consentir à la publication de son « nom réel », ou, en tous cas, d'un pseudonyme permettant de l'identifier (« nom d'artiste »).

la première fois aux utilisateurs un canal de retour permanent. L'intérêt majeur de ce dispositif réside dans la réutilisation des données aux fins de publicité comportementale. Sur la base des nouvelles possibilités techniques, des modèles novateurs d'entreprise se sont établis dans le Web « participatif » sous la forme des réseaux sociaux, tels que Facebook et les portails vidéo proposant des contenus générés par l'utilisateur (*user-generated content* - UGC).

Dans la deuxième partie de cet article (section III), nous aborderons dans un premier temps les conditions et les opportunités techniques puis nous analyserons les implications, en termes de protection des données, des différentes situations mises à jour. Pour cela, nous nous appuyerons sur le droit de protection des données en vigueur eu sein de l'UE et dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Pour finir, nous présenterons un aperçu des développements à venir et leurs répercussions sur les liens entre sphère publique et privée (section IV).

II. Les médias et la « protection des personnes concernées »

Les droits fondamentaux formant le socle du statut juridique des médias, des personnes concernées par les comptes rendus médiatiques et des utilisateurs des médias sont concrétisés par le droit secondaire de l'UE, qui contribue à résoudre les conflits entre la liberté d'expression et le droit de la personnalité.

Le Règlement (CE) n° 1049/2001 sur l'accès aux documents de l'UE¹⁰ garantit la liberté passive de l'information. Conformément à l'article 1 du règlement, il convient de garantir un accès aussi large que possible aux documents, ainsi qu'un exercice aussi aisé que possible de ce droit afin d'instaurer la transparence au niveau du fonctionnement des institutions de l'UE¹¹. Les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Schecke* exposent clairement que l'exigence de transparence dans l'administration publique est un motif légitime à la limitation du droit à la vie privée. A cet égard, l'objectif visant à développer l'ouverture dans une société démocratique doit être apprécié de façon fondamentalement positive. Cependant, la transparence « n'est pas nécessairement un bien absolu », et doit être mise en balance au cas par cas avec d'autres objectifs concurrents¹². Nous verrons par la suite qu'il en va de même avec les conflits d'intérêts entre d'une part, la protection des données et d'autre part, la liberté d'expression et des médias.

La Directive 95/46/CE¹³ comporte des dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel. En principe, elle ne s'applique pas au traitement de données effectué par une personne physique pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles ou domestiques telles que, par exemple, la correspondance privée (article 3, paragraphe 2, deuxième tiret). Dans l'affaire *Lindqvist*¹⁴, l'avocat général a limité la portée de cette restriction du champ d'application aux activités relevant de la vie strictement privée et familiale des personnes, ce qui n'englobe « manifestement pas » la diffusion de données à caractère personnel sur internet alors que ces données sont mises à la disposition d'un nombre illimité d'utilisateurs¹⁵.

10) Règlement n° (CE) 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, JOCE du 31 mai 2001, L 145, p. 43 et suivantes. Concernant la proposition de la Commission relative à l'adaptation du règlement (après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne) et à son application en 2010, voir le rapport de la Commission du 12 août 2011, COM (2011) 492 final.

11) Concernant les droits des médias et des particuliers d'obtenir des informations de la part des organismes publics, voir Thorsten Ader/Max Schoenthal, *L'accès aux informations relatives aux activités de l'Etat, en particulier du point de vue des médias*, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (Ed.), IRIS *plus* 2005-2. Les articles de la série IRIS *plus* sont disponibles sur : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/index.html

12) Conclusions de l'avocat général du 17 juin 2010, affaires jointes C-92/09 et C-93/09, *Schecke*, par. 94. Les conclusions de l'avocat général et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne sont disponibles sur : <http://curia.europa.eu>

13) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE du 23 novembre 1995, L 281, p. 31.

14) CJCE, arrêt du 6 novembre 2003, C-101/01, *Lindqvist*.

15) Conclusions de l'avocat général du 19 septembre 2002, C-101/01, *Lindqvist*.

1. Teneur des dispositions et interprétation de l'article 9 de la Directive 95/46/CE

En vertu de l'article 9 de la Directive 95/46/CE, les Etats membres peuvent prévoir des exemptions ou dérogations à l'application des dispositions de protection des données dans le cadre du traitement de données effectué « aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire », mais

« dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires pour concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression. »

Le considérant 37 de la Directive 95/46/CE souligne la nécessité d'aménager des exceptions, « notamment dans le domaine audiovisuel ». Par ailleurs, il énonce :

« (...) qu'il incombe donc aux États membres, aux fins de la pondération entre les droits fondamentaux, de prévoir les dérogations et limitations nécessaires en ce qui concerne les mesures générales relatives à la légalité du traitement des données, les mesures relatives au transfert des données vers des pays tiers ainsi que les compétences des autorités de contrôle (...) ; »

Toute exemption doit donc résulter d'une mise en balance des droits fondamentaux à la liberté d'expression et à la protection de la personnalité. La latitude conférée par l'article 9 de la Directive 95/46/CE quant à son interprétation devrait prendre fin là où le droit national n'assure plus un équilibre satisfaisant entre ces droits fondamentaux, du fait que le champ d'application des dispositions dérogatoires concernées est trop large ou trop étroit¹⁶.

Depuis la mise en œuvre de la Directive 95/46/CE, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) n'a rendu que deux arrêts concernant l'interprétation de cette disposition :

Dans une procédure de décision préjudicielle concernant l'affaire *Lindqvist* déjà mentionnée, la question portait sur la diffusion de données à caractère personnel sur un site internet. La défenderesse dans l'affaire au principal, qui travaille comme catéchiste dans une paroisse, avait publié, sur une page destinée essentiellement aux paroissiens préparant leur confirmation, des informations au sujet de ses collègues de travail sans en avoir informé ces derniers, ni avoir recueilli leur consentement. Dans la procédure d'appel contre la décision qui condamnait la défenderesse à une amende, la cour d'appel nationale a saisi la CJCE, entre autres, de la question visant à savoir si la Directive 95/46/CE comportait des restrictions contraires à la liberté d'expression.

L'affaire *Satamedia*¹⁷ met en cause un service payant permettant aux utilisateurs de téléphones portables d'obtenir par SMS les données fiscales – publiées par ailleurs gratuitement par les services fiscaux finlandais – de personnes dont les revenus dépassent un certain seuil. Après une vaine tentative de la part des autorités finlandaises chargées de la protection des données d'obtenir la suspension du service de SMS, l'affaire est parvenue devant la Cour administrative suprême de Finlande, qui a saisi la CJUE, entre autres, pour savoir si les activités des deux sociétés pouvaient être qualifiées de traitement des données aux seules fins journalistiques.

a) Y a-t-il un traitement des données au sens visé par la directive ?

Dans les deux cas, il est pertinent d'examiner si l'utilisation des contenus en question constitue un traitement de données au sens visé par la Directive 95/46/CE. Il convient de noter que dans l'affaire *Satamedia*, la collecte et la publication de données sous forme imprimée, la diffusion des données sur CD-ROM, la préparation de la base de données et la mise à disposition par SMS ont été, selon les conclusions de l'avocat général (2008), suivies par la Cour, qualifiées de traitement de données à caractère personnel sans différenciation entre les divers procédés, alors que dans l'arrêt de l'affaire *Lindqvist*, en 2003, la Cour procédait à une analyse détaillée pour savoir si lors

16) Voir Conclusions de l'avocat général du 8 mai 2008, C-73/07, *Satamedia*, par. 100, concernant « l'exclusion quasi totale de la protection des données en cas de traitement des données à des fins de journalisme » dans le droit finlandais.

17) CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, C-73/07, *Satamedia*.

du téléchargement des données sur un site, on était (déjà) en présence d'un traitement de données (sous forme de transfert vers un pays tiers). La CJCE a certes fait état, d'une façon générale, du stade de développement de l'internet au moment de la rédaction de la directive et du fait que celle-ci ne comportait pas de critères spécifiques concernant l'utilisation d'internet. Le fait qu'il s'agisse d'un traitement de données au sens visé par la directive a également été admis sans grande discussion à l'époque. La mise à disposition des informations sur le site internet implique « de réaliser une opération de chargement de cette page sur un serveur ainsi que les opérations nécessaires pour rendre cette page accessible aux personnes qui se sont connectées à internet¹⁸. »

b) *Comment identifier une activité journalistique (artistique, littéraire) ?*

Selon la CJUE, le support au moyen duquel sont transmises les informations n'est pas déterminant pour identifier une activité exercée exclusivement aux fins de journalisme. Que les données soient imprimées sur papier, diffusées sur les ondes ou transmises via un « support [...] électronique tel que l'internet » n'est pas déterminant pour en apprécier la finalité. Ainsi, par exemple, les blogs sur internet ne devraient pas, non plus, être exclus en principe du champ d'application de l'article 9 de la Directive 95/46/CE.

Lorsqu'un traitement de données est effectué à des fins *journalistiques*, conformément à l'article 9 de la Directive 95/46/CE, la CJUE raisonne en termes fonctionnels : non seulement les entreprises de médias pourraient se prévaloir d'un tel traitement, mais également toute personne qui mène une activité journalistique¹⁹. L'avocat général explique cela de la façon suivante :

« Autrefois, le journalisme se limitait à des médias (relativement) clairement identifiables en tant que tels, à savoir la presse, la radiodiffusion et la télévision. À l'heure actuelle, des moyens de communication modernes comme l'internet ou les services de télécommunications mobiles sont cependant également utilisés en vue de la communication d'informations sur des questions d'intérêt public tout comme à des fins purement privées. C'est pourquoi le type de communication d'informations constitue certes un élément important pour déterminer s'il y a des fins de journalisme, mais il convient de ne pas négliger le contenu. »

Mais quand peut-on dire que le critère matériel des « seules fins de journalisme » est rempli ? La Cour considère que cela recouvre des activités qui « ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées²⁰ ». Elle souligne d'une part, « l'importance que détient la liberté d'expression dans toute société démocratique, » et la nécessité d'interpréter les notions connexes, dont celle de journalisme, de manière large. D'autre part, afin de parvenir à une pondération pour rétablir l'équilibre avec le droit fondamental à la protection de la vie privée, les dérogations et limitations de la protection des données prévues doivent être limitées au strict nécessaire. Dans ce contexte, la CJUE rappelle également que l'avocat général avait souligné la nécessité de ne pas assimiler en bloc les termes de « fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire » à la liberté d'expression, au risque de les vider de toute fonction propre au regard de cette notion²¹.

Pour « étoffer la notion de fins de journalisme », l'avocat général avait souligné le rôle de « chien de garde public » joué par une presse libre, tout en mentionnant l'obligation qui en découle

18) CJCE, *Lindqvist*, *op. cit.*, par. 26.

19) CJCE, arrêt du 16 décembre 2008, C-73/07, *Satamedia*, par. 59. Voir également CEDH, arrêt du 14 avril 2009, *Társarág a Szabadságjogokért (TASZ) contre Hongrie*, 37374/05, dans lequel la Cour reconnaît qu'un groupe d'intérêt peut jouer le rôle de « chien de garde social » en divulguant des informations. Les arrêts de la CEDH sont disponibles sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

20) CJCE, *Satamedia*, *op. cit.*, par. 61. Il faut néanmoins préciser que, conformément au considérant 47, la personne qui se borne à transmettre des contenus n'est généralement pas considérée comme responsable du traitement des données au sens visé à l'article. 2, paragraphe d de la Directive 95/46/CE (voir sur ce point ZOOM, section II. 2. a)). Le responsable du traitement de données est, le plus souvent, limité à « la personne dont émane le message ». Seule cette dernière pourrait donc invoquer, dans les circonstances exposées ici, les exceptions prévues par l'article 9 de la Directive 95/46/CE pour certains contenus.

21) Sauf mention contraire, les considérations suivantes sont extraites des Conclusions de l'avocat général, *Satamedia*, *op. cit.*, par. 56 et s., 66 et s., 73, 77 et s., 80 et s., 85.

« de communiquer des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt public ». Le traitement éditorial importe peu à cet égard ; la simple mise à disposition de données brutes peut contribuer au débat public. En cela, l'avocat général s'écarte quelque peu de la conception énoncée par les normes allemandes de mise en œuvre de l'article 9 de la Directive 95/46/CE, qui se basent sur l'existence d'un traitement de données « aux seules et propres fins journalistiques et éditoriales [des médias] ²². » D'après les commentaires de l'avocat général, on peut présumer que les informations communiquées présentent un intérêt public

« lorsqu'elles se rattachent à un débat public effectivement mené ou si elles concernent des questions qui, selon le droit national et les valeurs sociales, sont, selon leur nature, d'ordre public. »

Ce dernier groupe englobe les procédures judiciaires publiques, la transparence sur la politique, ainsi que les opinions et le comportement des dirigeants politiques. En revanche, l'intérêt public fait défaut quand il s'agit de détails de la vie privée d'une personne sans aucun lien avec une fonction publique « notamment lorsque, sur ce point, il y [a] une espérance légitime concernant le respect de la vie privée. » Cependant, il appartient aux médias, ne serait-ce qu'en partie, de créer l'intérêt public. Il n'appartient pas à l'Etat de prévoir leurs chances de réussite, car cela constituerait un premier pas vers la censure. Par conséquent, les autorités publiques ne peuvent présumer l'absence d'intérêt public que dans les cas évidents.

La jurisprudence de la CJUE ne traite pas plus en détail la question permettant de déterminer quand la finalité du traitement des données à caractère personnel peut être qualifiée d'*expression artistique* ou *littéraire*. Dans l'affaire *Lindqvist*, la Commission a effectivement reconnu les pages internet en cause comme une « création artistique et littéraire au sens de l'article 9 de [la] directive [95/46]²³. » Dans son arrêt, la CJUE n'est pas revenue sur cet argument. Par conséquent, il n'y a pas eu, jusqu'à présent, de définition juridique précise, en particulier en ce qui concerne les cas limites (par exemple, les films documentaires ou les formats d'info-divertissement). Néanmoins, dès lors qu'une offre représente davantage qu'une simple opinion, considérant qu'elle tombe dans le champ « médiatique » défini par les trois domaines « d'activité journalistique », « d'expression artistique » et « d'expression littéraire », une restriction supplémentaire à l'alternative réelle est inutile puisque les conséquences juridiques sont identiques.

c) *Quand le traitement des données est-il opéré exclusivement aux fins énoncées ?*

L'exigence d'un traitement de données à des fins *exclusivement* journalistiques ne signifie pas que le traitement doive « avoir pour objet la communication directe d'informations ». Les recherches nécessaires menées en amont de la publication relèvent également de cette finalité. La question de savoir si, au cas par cas, un traitement de données est destiné *uniquement* à des fins journalistiques doit faire l'objet, selon l'avocat général, d'une appréciation qualitative, ce qui devrait permettre de dégager la finalité à partir de circonstances objectives. Les visées subjectives du responsable de traitement ne sont pas pertinentes.

A cet égard, la CJUE estime que l'existence d'un but lucratif n'exclut pas, non plus, la possibilité qu'une publication soit réalisée aux « seules fins de journalisme » : au contraire, « un certain succès commercial peut même constituer la condition *sine qua non* de la subsistance d'un journalisme professionnel²⁴ » .

22) Voir article 41, par.1 de la *Bundesdatenschutzgesetz* (loi fédérale sur la protection des données - BDSG). Toutefois, le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice - BGH) considère ces conditions comme réunies dès lors que la publication est destinée à un nombre indéfini de personnes et qu'il y a une volonté d'exprimer une opinion. Voir Sebastian Schweda, IRIS 2011-5/12, et Anne Yliniva-Hoffmann, IRIS 2010-2/9. Tous les articles de la lettre d'information IRIS sont disponibles sur : <http://merlin.obs.coe.int> . Ainsi, même en droit allemand, la question de savoir qui peut invoquer le « privilège des médias » ne dépend pas de la forme de la publication, mais exclusivement de l'activité elle-même – qui doit être de nature journalistique. Les portails internet peuvent donc également revendiquer cette protection.

23) CJUE, *Lindqvist*, *op. cit.*, par. 33.

24) CJUE, *Satamedia*, *op. cit.*, par. 82. D'après ce qui précède, on ne peut renoncer à postuler des « seules fins journalistiques » que dans le cas où il existe des intérêts commerciaux liés à une publication qui ne servent pas à diffuser des informations ou des idées sur des questions d'intérêt public (par ex. la diffusion de publicité par les médias, voir Conclusions, par. 84).

d) Autres exemples tirés de la pratique des Etats membres

La question de savoir si des données à caractère personnel peuvent être traitées à des fins journalistiques se pose également en lien avec les sites de classement sur internet. Si, par exemple, le compte-rendu d'un film juge la « performance » des acteurs sur une page de critique cinématographique, cela entraînera nécessairement la publication de données à caractère personnel. Dans deux des nombreuses décisions rendues par les juridictions nationales, qui portent chacune sur la recevabilité d'une plateforme internet de notation des performances professionnelles des enseignants (« spickmich.de » et « note2be.com »), le *Bundesgerichtshof* (Cour fédérale de justice allemande - BGH)²⁵ et le Tribunal de Grande Instance de Paris (TGI)²⁶ sont parvenus à des conclusions divergentes : en dépit de leur caractère fondamentalement similaire, le modèle économique de « spickmich.de » a été jugé légal, tandis que « note2be.com » était déclaré illégal.

Les deux juridictions ont tout d'abord analysé le rapport entre la liberté d'expression et le droit à l'autodétermination informationnelle (en tant que droit de la personnalité des enseignants). Selon le BGH, aucun intérêt légitime de la requérante ne s'oppose à l'enregistrement, car les évaluations contestées se basent uniquement sur ses activités professionnelles. Le BGH souligne que la participation à un forum public d'opinion devrait être, en principe, autorisée même si des données personnelles y sont transmises. Dans le cas contraire, cela signifierait que la liberté d'expression et d'information « serait limitée à des déclarations dénuées de tous contenus protégés en leur qualité de données. » Or, on ne peut, dans ce cadre, compter sur le consentement de la personne concernée, d'autant moins si les commentaires sont négatifs, de sorte que toute évaluation deviendrait ainsi « quasiment impossible. » Le BGH considère que la norme allemande de mise en œuvre de l'article 9 de la Directive 95/46/CE n'est pas pertinente, en l'espèce, puisqu'il ne saurait être question de traitement de données « aux seules et propres fins journalistiques et éditoriales », conformément à la norme, que si « l'effet formateur sur l'opinion publique constitue un élément caractéristique de l'offre et ne se limite pas à un rôle accessoire purement superficiel. » Il s'avère que l'offre de l'opérateur de la plateforme en cause ne correspond pas à ce critère²⁷.

Le TGI ne s'est nullement préoccupé de l'article 9 de la Directive 95/46/CE. Au lieu de cela, il met en balance la liberté d'expression et d'information et l'intégrité de l'activité d'enseignement. Considérant que la publication des notes des enseignants avec mention nominative est propre à perturber cette intégrité, le TGI a rendu une injonction d'interdiction.

e) Les prochains développements de la disposition dérogatoire

Dans ses propositions de réforme du droit européen en matière de protection des données²⁸, la Commission n'a pas statué sur l'avenir de la disposition de l'article 9 la Directive 95/46/CE. Cependant, le Parlement européen a souligné dans sa résolution²⁹ l'importance de cette disposition en invitant à cet égard la Commission à tout mettre en œuvre « pour évaluer la nécessité d'étendre ces dérogations [...] afin de protéger la liberté de la presse. » Dans le contexte du développement technologique, le Parlement souhaite assurer le maintien d'un niveau élevé de protection des

25) BGH, arrêt du 23 juin 2009, VI ZR 196/08, disponible sur : <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=2f87ec5b9cc2c0d5e8fe748b700898ea&nr=48601&pos=0&anz=1>

26) TGI, ordonnance de référé du 3 mars 2008, n° RG : 08/51650, disponible sur : <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/tgi-par20080303.pdf>. L'ordonnance a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 juin 2008, n° RG : 08/04727, <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/IMG/pdf/ca-par20080625.pdf>

27) BGH, *op. cit.* (note 25), par. 21. Fondamentalement, le BGH considère que la « presse électronique » relève également du champ de protection de la liberté d'expression ; voir BGH, *op. cit.* (note 25), par. 20.

28) Communication du 4 novembre 2010 de la Commission au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne », COM(2010) 609 final.

29) Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2011 sur une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, P7_TA(2011)0323, disponible sur : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0323&language=FR&ring=A7-2011-0244>

données, tout en s'assurant « qu'un juste équilibre entre le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information » est garanti.

Le responsable européen de la protection des données (*European data protection supervisor* – EDPS) reconnaît les différences culturelles existant entre les divers Etats membres en matière de liberté d'expression et suggère d'exclure des travaux d'harmonisation le champ des exceptions règlementé par l'article 9 de la Directive 95/46/CE - à l'exception de la modernisation de la réglementation à la lumière des développements actuels sur l'internet³⁰. L'Union européenne de radiodiffusion (UER) s'exprime encore plus clairement en faveur du maintien³¹ et du renforcement des exonérations. Concernant la proposition de la Commission d'instaurer un « droit à l'oubli », l'UER appelle à la prudence : le droit de toute personne à garder le contrôle des informations la concernant doit être clairement distingué de la possibilité de disparaître des contenus médiatiques. La tâche des médias d'assurer une telle couverture doit être préservée pour le bénéfice social global³².

2. Conciliation des intérêts respectifs des médias et des personnes concernées

Le conflit entre la liberté des médias et la protection de la personnalité se cristallise essentiellement à deux niveaux (voir I) : d'une part, il porte sur la légitimité du traitement des données à caractère personnel en amont d'une éventuelle publication, c'est-à-dire au niveau des investigations, au terme desquelles il sera décidé si « le sujet » est approprié et pertinent pour un compte-rendu médiatique, et si oui, dans quelle mesure ; d'autre part, il concerne le moment où l'information est effectivement mise à la disposition du public. Les comptes rendus sur des procédures pénales présentant un intérêt public, sur la vie privée et l'intimité de personnes qui se trouvent au centre de l'intérêt public (responsables politiques, célébrités), et sur des questions pour lesquelles les informations ont été obtenues illégalement, peuvent transgresser profondément les droits des personnes concernées.

a) « La protection des données éditoriales » : collecte et utilisation des données à caractère personnel « au sein de la rédaction »

Pour établir un juste équilibre, les droits de protection individuels doivent être conçus de sorte à laisser suffisamment d'espace aux médias pour leurs investigations. Ces derniers doivent avoir au moins le droit d'enquêter sur toutes les données à caractère personnel qu'ils sont susceptibles de pouvoir publier ultérieurement, le cas échéant.

En principe, les journalistes bénéficient donc d'un droit d'investigation étendu, et sont même investis d'une obligation de procéder à des recherches élargies pour assurer une couverture équilibrée. Des injonctions d'interdiction préventives de la part des personnes concernées auraient pour effet d'entraver de telles recherches. Par exemple, lors de l'utilisation de « caméras cachées » pour détecter des activités potentiellement illégales ou répréhensibles de la personne concernée, il est nécessaire d'enquêter soigneusement au préalable sur les faits pour pouvoir juger s'il est pertinent de couvrir ce sujet. C'est justement lorsque l'utilisation licite des informations apparaît envisageable que les mesures préventives de protection juridiques contre les investigations ne doivent pas être

30) Avis du contrôleur européen de la protection des données sur la communication de la Commission — « Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne » JOUE du 22 juin 2011, C 181, p. 1 et s.

31) De même que l'avis de la chaîne allemande Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF), qui s'appuie en particulier sur l'interprétation large de la règle des exceptions par la CJUE dans l'affaire *Satamedia* (op. cit.) ; http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/organisations/zdf_de.pdf

32) UER, Comments concerning the consultation on the Commission's Communication – « A comprehensive approach on personal data protection in the European Union », 14 janvier 2011, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/organisations/ebu_en.pdf

garanties³³. Ce n'est que lorsqu'il apparaît clairement, au vu des méthodes d'investigation, que le compte-rendu sera manifestement illégal, et que les personnes concernées subiront de ce fait un préjudice irréparable, qu'il doit être possible d'interdire le travail d'investigation³⁴. D'importantes restrictions du travail d'investigation existent également dans le cadre des procédures juridiques. Ceci s'applique en particulier à l'enregistrement vidéo des audiences judiciaires³⁵.

Inversement, il convient également de considérer que des données dont la collecte n'est pas autorisée ne peuvent être publiées que dans des cas exceptionnels, nonobstant la liberté d'expression. Le respect des lois par la personne concernée peut, à cet égard, se révéler comme un critère de démarcation important³⁶.

b) *Conciliation entre liberté des médias et protection de la personnalité au niveau de la publication : comptes rendus permettant l'identification*

aa) La couverture actuelle des procédures administratives et judiciaires, notamment criminelles

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) reconnaît aux médias le droit de faire des comptes rendus sur les procédures judiciaires pour informer le public³⁷, et se réfère également à la Recommandation du Comité des Ministres Rec (2003)13³⁸. Toutefois, la Cour souligne qu'il ne faut pas perdre de vue la norme de diligence journalistique. L'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités, qui s'appliquent également à la presse³⁹. Des déclarations peuvent être condamnables en particulier lorsqu'elles compromettent les chances de la personne concernée d'avoir un procès équitable conformément à l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (la Convention)⁴⁰.

Concernant le compte-rendu audiovisuel, la « protection de la réputation ou des droits d'autrui » pourrait justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression⁴¹. Dans le cas d'*Österreichischer Rundfunk*⁴² (radiodiffuseur public autrichien), la CEDH a déclaré une injonction d'interdiction à l'encontre d'ORF contraire au droit à la liberté d'expression (article 10 de la Convention). Cette injonction interdisait à l'ORF de diffuser la photo d'un néo-nazi dans le cadre d'un compte-rendu sur la condamnation de ce dernier, en considération du fait qu'il pouvait soit purger sa peine, soit bénéficier d'une libération conditionnelle. La CEDH a apprécié la recevabilité d'une restriction de la liberté d'expression uniquement en regard des critères suivants : le niveau de notoriété de l'intéressé, le temps écoulé depuis sa condamnation et sa libération, la nature du délit, le lien entre le contenu du compte-rendu et la photo présentée, ainsi que l'exhaustivité et l'exactitude du texte d'accompagnement. La CEDH a souligné les différences existant avec une autre affaire mettant en cause les mêmes parties⁴³, qu'elle avait jugée irrecevable. L'ORF avait, dans le cadre d'un compte-rendu sur une série de lettres piégées, montré la photo d'un présumé suspect,

33) Cf. l'arrêt du 8 mars 2010 de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf, 20 U 188/09, disponible sur : http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2010/I_20_U_188_09urteil20100308.html, dans le cas de réalisation d'enregistrements vidéo en caméra cachée dans un cabinet médical. Le tribunal a jugé qu'une utilisation dans le cadre d'un bref compte-rendu pouvait être licite dans la mesure où les personnes filmées ne peuvent pas être identifiées. Concernant la situation au regard du droit français, voir *Amélie Blocman*, enregistrements en caméra cachée, IRIS 2009-10/12.

34) Cf. la décision du 27 mai 2010 de l'*Oberlandesgericht* (tribunal régional supérieur) de Coblenz, 4 W 170/10. Dans cette affaire, un médecin avait fait l'objet d'une enquête après une série de décès suspects parmi ses patients. Après la clôture de l'enquête, l'interview de deux de ses patients avait été programmée dans le cadre d'un reportage télévisé. Le médecin avait obtenu une ordonnance de référé contre toute mention de son nom dans le cadre du reportage.

35) Voir également sur ce point CEDH, arrêt du 24 avril 2001, *B. et P. contre Royaume-Uni*, n° 36337/97 et 35974/97.

36) Voir sur ce point l'arrêt exposé ci-après (section II. 2. c) de la BVerfG.

37) CEDH, arrêt du 7 juin 2007, *Dupuis et autres contre France*, n° 1914/02, par. 42.

38) Recommandation du 10 juillet 2003 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales ; voir à ce sujet ZOOM, section I. 2.

39) CEDH, arrêt du 10 février 2009, *Eerikäinen et autres contre Finlande*, n° 3514/02, par. 60 ; arrêt du 6 avril 2010, *Flinkkilä et autres contre Finlande*, n° 25576/04, par. 77.

40) CEDH, arrêt du 29 août 1997, *Worm contre Autriche*, n° 83/1996/702/894.

41) CEDH, arrêt du 16 avril 2009, *Egeland et Hanseid contre Norvège*, n° 34438/04, par. 59.

42) CEDH, arrêt du 7 mars 2007, *Österreichischer Rundfunk contre Autriche*, n° 35841/02.

43) CEDH, arrêt du 25 mai 2004, *Österreichischer Rundfunk contre Autriche*, n° 57597/00.

mais sans faire mention de l'acquiescement de la personne représentée, ni du fait qu'il avait déjà purgé une peine pour un autre délit. La CEDH n'avait donc établi aucune violation de l'article 10 de la Convention par l'injonction d'interdiction prononcée par la juridiction nationale.

Dans les cas de crimes à sensation, les médias couvrent souvent l'affaire dès la phase de « recherche du coupable ». Le plus souvent, les contraintes à respecter dans les comptes rendus de la presse et de la radiodiffusion, ou, le cas échéant, dans d'autres médias audiovisuels, sont identiques. Nous présentons ci-après quelques jugements concernant les comptes rendus médiatiques :

Dans l'affaire *A. contre Norvège*, la CEDH considère que les reportages basés sur des présomptions de culpabilité constituent une violation de l'article 8 de la Convention. Dans le cadre de l'enquête de police visant à résoudre un crime commis contre deux enfants, la requérante avait été interrogée comme témoin. Par la suite, un journal avait publié un compte-rendu conçu de telle sorte qu'il laissait entendre que la requérante était suspectée. Bien que son nom ne fût pas mentionné, les personnes de sa connaissance auraient pu l'identifier au moyen des photos publiées et des détails concernant son domicile et son lieu de travail. La CEDH a établi que cette publication constituait une présomption de culpabilité particulièrement grave de la personne concernée et portait « préjudice à son intégrité morale et psychologique, ainsi qu'à sa vie privée. »

L'affaire mettant en cause le quotidien espagnol *El Mundo* concerne l'étendue du devoir de diligence des journalistes dans des comptes rendus faisant état de soupçons de transactions illégales à l'égard de la femme d'un président de tribunal⁴⁴. La CEDH n'a reconnu dans cette affaire aucune violation de l'article 8 de la CEDH. Elle estime que le journal a fait preuve de la diligence nécessaire dans ses recherches, puisqu'il a suffisamment vérifié ses sources : la véracité des données sur un disque anonyme avait été confirmée dans un entretien avec l'ancien comptable de l'entreprise. En outre, la version contraire des faits présentée par l'entreprise avait été intégrée dans le compte-rendu.

Dans ce contexte, il convient de noter que certaines données à caractère personnel sont couvertes par une protection spécifique garantie par le dispositif juridique : le devoir de confidentialité – en vue de protéger une relation de confiance particulière et /ou pour des raisons supérieures liées à l'intérêt public – découle, par exemple, de la relation entre un avocat et son client⁴⁵ (mais aussi entre médecin et patient, directeur de conscience et paroissien), relation qui est protégée par l'article 6 (droit à un procès équitable) et 8 de la Convention. Ainsi, on assiste régulièrement à des débats juridiques sur la question de savoir s'il est permis de rendre compte des affaires en cours en reproduisant littéralement (en partie) la lettre de l'avocat. La publication du seul fait qu'il existe une relation avocat-client affecte les intérêts de l'avocat et du client dont il a la charge. Néanmoins, la Cour suprême en Allemagne ne considère pas qu'il soit, d'une façon générale, illégal de publier de tels extraits⁴⁶. Il semble que les décisions correspondantes ont traité « uniquement » les droits de la personnalité et de l'exercice professionnel de l'avocat. Reste à savoir si le droit du client à la protection des données à caractère personnel prévaut sur le droit des médias à la liberté d'expression et sur la liberté des médias qui sont garantis par la loi.

Ces exemples illustrent les obligations de diligence qui incombent aux médias lors de leurs comptes rendus des procédures judiciaires ou administratives. Mais l'Etat lui-même est tenu, conformément à la jurisprudence établie de la CEDH, non seulement au respect du droit de la personnalité, mais à sa protection active. Par conséquent, il doit lutter de manière appropriée, dans sa sphère d'influence, contre les infractions éventuelles des médias. De ce point de vue, les formats d'émission de « télé-réalité », où les représentants des médias accompagnent le personnel des autorités publiques dans leurs interventions sur le terrain, posent certains problèmes. Cela concerne, par exemple, les

44) CEDH, arrêt du 21 septembre 2010, *Polanco Torres et Movilla Polanco contre Espagne*, n° 34147/06.

45) Voir en particulier Dean Spielmann, *Das anwaltliche Berufsgeheimnis in der Rechtsprechung des EGMR*, Österreichisches AnwBl. 2010, 34 et s., disponible sur : http://www.rechtsanwaelte.at/pdfsuche/10_anwbl0708.pdf ; de même que CJUE, arrêt du 14 septembre 2010, C-550/07, *Akzo*, par. 40 et s., 92 et s.

46) Voir BVerfG, arrêt du 18 février 2010, affaire 1 BvR 2477/08, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20100218_1bvr247708.html

reportages vidéo sur les mesures de contrainte par voie de justice au domicile du débiteur, sur les contrôles de police au niveau de la circulation, les enquêtes criminelles et l'action des organismes sociaux ou des agences pour l'emploi⁴⁷. En matière de protection juridique des données, la mise à nu des individus qu'implique ce type de reportages fait apparaître un déséquilibre entre le droit du public à l'information et les droits de la personnalité de la personne concernée⁴⁸. Ce type de reportage est particulièrement problématique, car il semble que les autorités qui interviennent n'assurent pas suffisamment la protection des personnes concernées, qui sont déjà fragilisées par la situation imprévue ou par la brusque irruption des autorités. Sur ce point, l'Etat pourrait s'acquitter de son obligation positive de protection en veillant, au moins, à ce que ses agents informent la personne concernée sur ses droits et, en particulier, sur le caractère volontaire de sa participation à l'émission⁴⁹, avant que l'activité journalistique ne démarre.

Sur le Web 2.0, il est possible d'afficher ses opinions personnelles, dans le cadre des blogs ou des podcasts sans contraintes techniques, financières ou personnelles particulières. Selon les circonstances, les personnes privées qui exercent leur liberté d'expression doivent néanmoins respecter certaines obligations de vigilance. Ces obligations restent nettement en deçà du niveau d'exigences applicables aux médias, ainsi que l'a établi la *Bundesverfassungsgericht* (Cour fédérale constitutionnelle allemande - BVerfG) dans l'affaire suivante : un membre du conseil d'administration d'une association privée avait accusé dans un tract une multinationale chimique allemande de soutenir et de financer des responsables politiques « de droite et complaisants ». Ses propos s'appuyaient sur plusieurs reportages des médias concordants. La BVerfG a reconnu que la presse avait un « devoir particulier de diligence dans la diffusion de faits défavorables » ; cependant, pour un particulier, ce devoir ne s'applique qu'aux faits relevant « de son propre champ d'expérience et d'influence. » Lorsqu'il s'agit d'événements d'intérêt public intervenant dans « des domaines politiques et économiques dénués de transparence », l'individu est tributaire des comptes rendus des médias, puisque des recherches personnelles ne pourraient pas mettre à jour de preuve suffisante. Si on exigeait cela de lui, cela reviendrait à paralyser la liberté d'expression individuelle⁵⁰.

Dans les affaires *Thorgeirson*⁵¹ et *Marônek*⁵², la CEDH a statué sur une violation de la liberté d'expression par les auteurs de lettres ouvertes publiées dans les journaux. Les auteurs avaient tous été reconnus en dernière instance coupables de diffamation. Une éventuelle violation de la liberté de la presse n'a pas été soulevée et n'a donc pas fait l'objet d'un examen explicite. Mais la CEDH est manifestement partie du principe que la seule publication de lettres ouvertes par un organe de presse ne saurait en placer l'auteur sous la protection de la liberté de la presse. Inversement, l'obligation spécifique applicable aux médias professionnels de respecter les droits de la personnalité d'autrui ne devrait pas être étendue aux personnes qui n'exercent leur liberté d'expression que de façon occasionnelle – y compris et en particulier dans le cadre des nouveaux services du web participatif.

47) En ce qui concerne les délits (présomés ou réels) de célébrités, on a assisté ces derniers temps à une accumulation d'affaires dans lesquelles les services de poursuites judiciaires ont alimenté des reportages médiatiques épiquant clairement sur les droits de la personnalité des personnes concernées : cela englobe la présentation de l'ex-directeur du Fonds monétaire international, Dominique Strauss-Kahn, lors de son arrestation (sur la recevabilité de cette « perp walk » (exhibition publique d'un suspect) aux yeux de la loi américaine : <http://www.sueddeutsche.de/kultur/perp-walk-von-strauss-kahn-handschellen-zieren-jeden-verdacht-1.1098660>). On peut également citer les fuites de certains détails du dossier d'enquête contre le célèbre météorologue et présentateur de télévision Jörg Kachelmann (il a obtenu une injonction d'interdiction contre les médias, voir à ce sujet : <http://www.dr-bahr.com/news/presserecht/verbreitung-von-kachelmann-fotos-bei-hofgang-in-jva-rechtswidrig.html>) ainsi que l'arrestation et l'inculpation de la chanteuse d'un groupe allemand pour lésions corporelles graves au motif rendu public qu'elle avait eu des relations sexuelles non protégées alors qu'elle se savait atteinte du virus HIV. Voir à ce sujet Gernot Lehr, « Es darf nicht vorverurteilend berichtet werden » – Interview, *epd medien* 2011 (cahier 23), p. 3 et s.

48) Cf. Critique de la Conférence des responsables fédéraux et régionaux de la protection des données en soutien aux instances judiciaires pour les émissions de télé-réalité, Résolution du 24 juin 2010 et références citées : Die Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit im Saarland, 23. Tätigkeitsbericht, Sarrebruck 2011, p. 123 f., disponible sur : http://www.landtag-saar.de/dms14/So14_0425.pdf

49) Voir sur ce point Robert Rittler, Autriche : « L'absence d'opposition à un reportage télévisé vaut consentement probant », IRIS 2010-1/8.

50) BVerfGE 85, 1, 22 ; par. 62 (réf. citées <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv085001.html#Rn062>).

51) CEDH, arrêt du 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson contre Islande*, n° 13778/88.

52) CEDH, arrêt du 19 juillet 2001, *Marônek contre Slovaquie*, n° 32686/96.

bb) L'accès aux comptes rendus par le biais des archives et moteurs de recherche

Même si le compte-rendu d'une procédure administrative ou judiciaire permettant l'identification de la personne concernée est autorisé, étant donné la jurisprudence existante, la question se pose de savoir pendant combien de temps ces comptes rendus peuvent être maintenus à disposition, par exemple, dans les vastes archives des actualités sur internet. Les affaires jugées précédemment portaient principalement sur les archives de presse en ligne. Le développement des bibliothèques multimédia, qui proposent sur internet pendant au moins un certain temps les contenus diffusés précédemment à la télévision linéaire, pose le même problème, mais à propos des contenus audiovisuels.

Récemment, le BGH allemand a eu plusieurs fois l'occasion⁵³ de trancher sur la question fondamentale de l'équilibre des intérêts en présence. Le meurtrier d'un acteur ayant bénéficié d'une libération conditionnelle en janvier 2008 avait porté plainte contre la publication d'un article paru le 12 avril 2005 sur un portail d'actualité en ligne qui déclarait, en mentionnant son nom complet, qu'un tribunal examinait la possibilité de révision du procès. Le BGH avait néanmoins conclu que le droit à l'information du public et le droit de la défenderesse à la liberté d'expression prévalaient sur le droit à la réintégration sociale du meurtrier. Le BGH estime qu'avec le recul croissant dû au temps écoulé depuis le crime, la réinsertion sociale du meurtrier prend de l'importance lors de la mise en balance des intérêts en jeu, mais que le préjudice lié à la mention nominative du meurtrier n'est toutefois pas significatif. L'article en cause constitue, selon le BGH, une présentation factuelle et objective de déclarations véridiques, il est classé comme « ancienne dépêche » dans la section des archives du portail et il faut lancer une recherche spécifique pour le consulter. La demande générale de suppression de tous les anciens articles traitant de ce crime et permettant l'identification de l'auteur constituerait une limitation abusive de la liberté d'expression et des médias.

Prochamment, la CJUE devra statuer sur la responsabilité des moteurs de recherche concernant les résultats affichés à l'écran suite à une recherche (en principe, il peut également s'agir de photos et de vidéos) : à la demande de plusieurs personnes, l'*Agencia Española de Protección de Datos* (Autorité espagnole de protection des données - AEPD) avait contraint l'exploitant du moteur de recherche Google à supprimer de ses résultats des liens vers des articles publiés en ligne longtemps auparavant, en vue d'assurer la protection des données à caractère personnel. Un cas particulièrement instructif mettait en cause un article datant de 1991 du quotidien espagnol *El País* au sujet d'une plainte contre un chirurgien esthétique suite à une erreur présumée de traitement. L'article paru ultérieurement qui rapporte de façon très succincte la mise hors de cause du chirurgien concernant toutes les charges qui pesaient contre lui figure dans les résultats du moteur de recherche à une place beaucoup moins visible que le premier article. Dans une décision du 4 février 2009⁵⁴, l'AEPD avait établi que l'article lui-même ne devait pas être supprimé. La Cour constitutionnelle espagnole a établi que la liberté d'information normalisée dans la Constitution espagnole prend le pas sur le droit à la vie privée, dès lors que les faits rapportés sont véridiques et qu'ils présentent un intérêt public. Contrairement à un article individuel, la composition de l'index de recherche de Google et la mise à disposition des résultats des recherches ne relèvent pas de la liberté d'information. Google avait attaqué cette décision devant l'*Audiencia Nacional*, qui avait saisi la CJUE de cette affaire⁵⁵. Google craint que le « droit à l'oubli », qui est actuellement en discussion, ne se révèle être un moyen de censure pour les documents gênants et que le juste équilibre entre la protection des droits de la personnalité et la liberté d'expression, de la presse et de l'information ne soit modifié au détriment de ces dernières.

53) *Op. cit.* (note 22). Voir également CEDH, arrêt du 10 mars 2009, *Times Newspapers contre Royaume-Uni* 3002/03 et 23676/03, dans lequel la Cour réfute une violation de l'article 10, paragraphe 1 de la Convention, au motif que la demande d'intégrer aux articles incriminés pour diffamation, contenus dans les archives en ligne du journal, une référence à la procédure judiciaire y afférente ne limite pas la liberté d'expression de façon disproportionnée - la requête ne porte pas, d'ailleurs, sur le retrait intégral des articles de ces archives en ligne.

54) AEPD, Résolution du 4 février 2009, n° R/00155/2009, disponible sur : http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2009/common/pdfs/TD-01335-2008_Resolucion-de-fecha-04-02-2009_Art-ii-culo-17-LOPD_Recurrida.pdf

55) Voir Josh Halliday, « Europe's highest court to rule on Google privacy battle in Spain », 1^{er} mars 2011, <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/mar/01/google-spain-privacy-court-case>

cc) Comptes rendus sur diverses célébrités

Dans l'affaire *Caroline de Hanovre*, la CEDH a condamné la publication de photographies issues de la vie privée de la princesse sur la base de l'article 8 de la Convention. La Cour a confirmé que la publication de photographies montrant la requérante dans sa vie quotidienne était protégée par le droit à la liberté d'expression, tout en soulignant cependant que cette publication portait également atteinte à sa vie privée. L'élément déterminant pour trouver le juste équilibre entre ces droits fondamentaux concurrents consiste à savoir si la photo contribue à un débat public d'intérêt général⁵⁶. Or, la CEDH considère que les photos privées d'une « personne célèbre » qui ne joue aucun rôle politique officiel ne remplissent pas ce critère (« ne saurait [...] contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société »). Le public n'a aucun intérêt légitime à savoir où se trouve la requérante et comment elle se comporte dans sa vie privée. L'intérêt public, pour autant qu'il existe, ne saurait, en l'espèce, entrer en concurrence avec le droit de la requérante à une protection effective de sa vie privée.

En revanche, dans l'affaire *Max Mosley*, la CEDH établit que l'article 8 de la Convention n'impose pas d'informer au préalable les personnes concernées de la publication prévue d'un article à leur sujet. Dans ce cas précis, l'hebdomadaire britannique *News of the World* avait fait enregistrer secrètement des photos et des séquences vidéo relevant de la vie privée de Max Mosley, l'ancien président de la Fédération Internationale de l'Automobile, où il apparaissait en compagnie de prostituées. Les photos ont été publiées par le journal sur internet, accompagnées d'un article sur les activités sexuelles du requérant. Mosley a porté plainte devant la CEDH pour violation de la vie privée, qui, conformément à la législation britannique, n'aurait pu être préservée que par une injonction d'interdiction (*injunction*) ordonnée par un tribunal. Etant donné qu'aucune disposition dans la loi britannique ne prévoit une notification préalable de la personne concernée, il n'a pas pu en avoir connaissance et, partant, aucune *injunction* n'a pu être requise. Or, ceci est contraire à l'article 8 de la Convention. La CEDH a reconnu que la protection des droits d'autrui revêt une importance particulière, notamment dans les médias audiovisuels, car ils ont souvent un impact beaucoup plus direct et plus profond que la presse. La CEDH ne reconnaît dans la publication des photos en cause « aucune contribution supplémentaire possible » à un débat d'intérêt général. Il semble que ces documents aient été intégrés à l'article dans le seul but de satisfaire la curiosité du public et d'humilier la partie requérante. Néanmoins, la CEDH considère que l'article 8 de la Convention n'impose pas d'obligation légale d'informer préalablement la partie concernée. La mise en balance doit tenir compte de la portée limitée des restrictions à la liberté de presse en vertu de l'article 10 de la Convention. La CEDH voit un risque général lié aux effets dissuasifs, risquant d'entraîner une censure préalable dans le domaine des comptes rendus politiques et du journalisme d'investigation, spécifiquement protégé par la Convention. Par conséquent, la Cour n'a pas retenu de violation de l'article 8 de la Convention⁵⁷.

En droit polonais, il existe pour les enregistrements audio et vidéo une obligation de consentement préalable qui s'est avérée problématique dans l'affaire suivante : le rédacteur en chef d'un journal avait été condamné pour la publication d'extraits d'une interview d'un responsable politique. Ce dernier avait accepté l'interview, mais refusé d'accorder son consentement préalable, prévu par la loi, à la publication d'une version remaniée et très condensée. Par la suite, le journal a publié des extraits tirés des séquences originales de l'interview. La CEDH a considéré que la condamnation du rédacteur en chef pour avoir manqué à l'obligation d'obtenir le consentement préalable constituait une violation de l'article 10 de la Convention, car cette condamnation peut avoir un effet dissuasif et disproportionné sur la presse. La CEDH a pris en compte, dans son examen, le caractère volontaire de l'interview et le fait que la loi sur la presse polonaise prévoit une sanction sans prendre en compte le contenu des déclarations. Ceci n'est pas conforme aux principes de la jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention, en vertu de laquelle les limites de la critique acceptable sont plus larges à l'égard des personnalités politiques que des particuliers. L'obligation de consentement constituerait une « carte blanche » permettant aux responsables politiques de dissimuler leurs propos inopportuns. En outre, le droit polonais prévoit d'autres moyens pour assurer une protection *a posteriori* contre les atteintes à la vie privée. La CEDH a jugé paradoxal que la loi sur la presse autorise la publication sans

56) CEDH, arrêt du 24 juin 2004, *von Hannover contre Allemagne*, n° 59320/00, par. 52, 59 et s., 76.

57) CEDH, arrêt du 10 mai 2011, *Mosley contre Royaume-Uni*, n° 48009/08.

autorisation préalable d'interviews remaniées ou simplement co-rédigées, tandis que les déclarations effectives et concrètes sont soumises à l'approbation de la personne concernée⁵⁸.

Au Royaume-Uni, la pratique des « *super-injunctions* » s'est retrouvée récemment au cœur du débat sur l'intérêt public⁵⁹. Ce type d'ordonnance judiciaire interdit non seulement de faire un compte rendu sur une affaire particulière sous une forme permettant l'identification de la personne concernée (voir à cet égard le rôle de la simple *injunction* dans l'affaire Mosley), mais aussi de mentionner le fait même qu'une ordonnance a été prononcée. Par conséquent, une injonction d'interdiction ne devient généralement publique que si elle est levée ou – ce qui est légalement possible en raison du privilège parlementaire – débattue à la Chambre des communes. La violation d'une telle ordonnance peut être punie par une peine maximum de deux ans d'emprisonnement. En 2011, les déboires extra-conjugaux d'un joueur de football britannique ont suscité une attention particulière. Cet homme aurait eu une liaison avec un célèbre mannequin gallois. Craignant que sa maîtresse ne porte cette affaire devant les médias, il a rencontré celle-ci à deux reprises dans des hôtels différents, mais a refusé de lui verser une somme d'argent qu'elle lui aurait demandée. Apparemment informés de ces rencontres, des journalistes de presse ont photographié le footballeur alors qu'il se rendait à ces rendez-vous. Ce dernier a obtenu que soit rendue une *super-injunction* pour que son identité ne soit pas mentionnée dans cette affaire. Mais un journaliste opérant de façon anonyme a enfreint cette ordonnance et publié sur le service de messagerie Twitter un communiqué faisant état de la liaison présumée du joueur de football en le citant par son nom.

Par ailleurs, en mars 2011, une forme encore plus restrictive « d'ordonnance-bâillon » a été rendue publique⁶⁰ : l'*hyper-injunction* interdit même la personne concernée de divulguer l'objet du litige de l'*injunction* à un député parlementaire.

c) Publication d'informations obtenues illégalement

Les sujets autorisés ou non à faire l'objet d'un compte-rendu dans les médias dépendent également, selon les circonstances, de la façon dont les informations ont été obtenues. Dans l'affaire *Fressoz et Roire*, la CEDH s'est penchée sur la question de savoir si la divulgation de documents confidentiels du fisc sur les revenus de l'ancien PDG de Peugeot SA était justifiée en vertu de l'article 10 de la Convention⁶¹. La partie requérante avait publié une copie des documents qui lui avaient été remis de façon anonyme, ce qui lui avait valu une condamnation. La CEDH a estimé que l'information du public sur le niveau de revenu constituait, à l'époque, une contribution au débat public sur les salaires de l'entreprise dans le cadre d'une négociation collective. Mais l'élément déterminant, pour la décision de la CEDH, porte sur le fait qu'en vertu du droit français, les informations contenues dans les dossiers fiscaux sont accessibles aux contribuables de la même circonscription. En outre, les salaires des directeurs de grandes entreprises telles que Peugeot sont régulièrement publiés dans les magazines financiers, et le caractère fondamentalement légal de cette publication est incontesté. La CEDH a estimé qu'une condamnation due au simple fait de publier ces documents porte préjudice à la liberté de la presse⁶².

58) CEDH, arrêt du 5 juillet 2011, *Wizerkaniuk contre Pologne*, n° 18990/05.

59) Master of the Rolls, Report of the Committee on Super-Injunctions v. 20. Mai 2011, disponible sur : <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Reports/super-injunction-report-20052011.pdf>

60) Voir Steven Swinford, « 'Hyper-injunction' stops you talking to MP », 21 mars 2011, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/8394566/Hyper-injunction-stops-you-talking-to-MP.html>

61) CEDH, arrêt 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire contre France*, n° 29183/95.

62) Contrairement à la Chambre des députés italienne l'an dernier : après la publication de rapports de police sur les écoutes téléphoniques du premier ministre, le parlement a adopté un projet de loi qui limitait nettement les mesures de surveillance des télécommunications et sanctionnait la publication de comptes rendus d'écoutes téléphoniques de même que la divulgation d'extraits de dossiers d'enquête ; pour plus de détails sur l'origine de ce débat, voir Michael Brown, « Abhörprotokolle belegen Manipulation », disponible sur : <http://www.taz.de/!7966/>, et le rapport APA, « Rechtsanwälte bestreiten Berlusconi-Verwicklung in Fernsehaffäre », <http://derstandard.at/1310511702569/Italien-Rechtsanwaelte-bestreiten-Berlusconi-Verwicklung-in-Fernsehaffaere> . Ce projet de loi permettrait de restreindre sensiblement la possibilité de faire des comptes rendus sur les procédures pénales. Après avoir été amendé par le sénat, le projet de loi est revenu au parlement ; voir le rapport de la séance n° 529 de la chambre des députés du 5 octobre 2011, p. 1 et s., <http://www.camera.it/412?idSeduta=529&resoconto=steno-grafico&indice=alfabetico&tit=00040&fase=#sed0529.stenografico.tit00040>.

Quinze ans auparavant, la Cour fédérale constitutionnelle allemande avait déjà statué sur une plainte constitutionnelle du groupe Axel Springer AG contre le journaliste d'investigation *Günter Wallraff* en déclarant que la publication d'informations obtenues ou acquises de façon illégale est également couverte par la protection de la liberté d'expression. Il convient néanmoins d'éviter, en principe, de publier un article dont l'auteur a obtenu les informations « illégalement par tromperie » et entend les utiliser « au détriment de la victime de la tromperie ». La seule exception applicable concerne les cas où « l'importance de l'information au regard de la nécessité d'éclairer le public et de contribuer à la formation de l'opinion publique l'emportent clairement sur les inconvénients qu'impliquent la violation du droit pour la personne concernée et l'application (réelle) de la législation. » Ce qui n'est « généralement pas le cas » lorsque les informations font référence à des situations ou des comportements qui, pour leur part, ne sont pas illégaux⁶³.

Les affaires mentionnées ci-dessus concernent le traitement de données obtenues illégalement par leur publication dans les médias.

Il est intéressant de noter que la Directive 95/46/CE ne distingue pas, d'une façon générale, si les données sont, ou étaient, à caractère public ou privé. Dans l'affaire *Satakunnan et autres*, l'avocat général fait valoir que dans le cas de données déjà publiées, le droit à la vie privée cède le pas, en règle générale, à la liberté d'expression. Néanmoins, la personne concernée peut être protégée contre la poursuite du traitement et de la diffusion, notamment dans le cas d'informations mensongères, outrageantes, ou d'informations relevant de la vie privée. Le pouvoir discrétionnaire des Etats membres « ne doit pas conduire à ce que les dérogations à la protection des données légitiment une restriction manifestement disproportionnée du droit à la vie privée ⁶⁴. »

La publication d'une vidéo dans un environnement Web 2.0 a été jugée par un tribunal de Milan en 2010⁶⁵ : il s'agissait de déterminer si quatre responsables de Google avait commis une infraction en s'abstenant d'effacer pendant plusieurs semaines une vidéo montrant une personne souffrant du syndrome de Down victime de maltraitance. La partie défenderesse alléguait que leur plateforme *Google Video* a le statut de simple hébergeur et n'est pas responsable des contenus téléchargés⁶⁶. Toute personne qui télécharge des vidéos est liée par les conditions générales d'utilisation et, notamment, par les dispositions concernant la protection de la vie privée. Le tribunal a suivi le raisonnement selon lequel un fournisseur qui se contente de délivrer un simple « service de connexion » n'est pas tenu de vérifier les contenus téléchargés. Toutefois, il doit informer les utilisateurs sur leurs obligations en matière de respect des droits de la personnalité. En particulier, le tribunal a dénoncé le fait que la personne photographiée n'avait pas consenti à la publication des données à caractère personnel la concernant. Le tribunal reconnaît certes que Google ne peut pas vérifier l'existence d'un consentement dans tous les cas, néanmoins, l'entreprise doit au moins s'assurer que tout utilisateur téléchargeant du contenu et intervenant simultanément comme un fournisseur de contenu (cette double fonction étant également appelée « *prosommateur* ») confirme l'existence d'un tel consentement. Cela pourrait, par exemple, se faire au moyen d'un avis d'information approprié sur la protection des données s'affichant avant tout téléchargement d'une vidéo et devant être confirmé par l'utilisateur⁶⁷.

63) BVerfGE 66, 116 (et références citées <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv066116.html>).

64) Conclusions de l'avocat général, *Satamedia*, *op. cit.*, par. 124.

65) Valentina Moscon, « Le tribunal de Milan rend son verdict dans l'affaire Google Video », IRIS 2010-6/35.

66) Voir l'art. 14 de la 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 ») JOUE du 17 juillet 2000, L 178, p. 1.

67) L'exploitant d'un forum d'accès public au registre du commerce irlandais, sur lequel un utilisateur avait publié les données à caractère personnel d'un tiers a néanmoins été considéré responsable, par un tribunal allemand, du traitement des données, car la mise à disposition des contributions sur le forum contribuait également pour le moins « à ses intérêts commerciaux propres » (voir OLG Hambourg, arrêt du 2 août 2011, 7 U 134/10, et références citées : <http://www.aufrecht.de/index.php?id=6988>). Toutefois, dans ce cas concret, l'exploitant a été autorisé à permettre la consultation de cette contribution, car il a été établi qu'il y avait un intérêt public justifiant la divulgation publique des données conformément à l'article 28, paragraphe 2 de la BDSG (loi allemande sur la protection des données) à titre d'information aux fins d'éclairer les consommateurs. L'OLG estime que la même conclusion découle de la mise en balance de la liberté d'expression et du droit général de la personnalité.

III. Les médias et la protection des données des utilisateurs

Les données à caractère personnel jouent également un rôle dans les relations entre les médias et leurs utilisateurs. Contrairement au cas du traitement des données à des fins journalistiques, les médias utilisent les données des utilisateurs aux fins de commercialisation des contenus. Dans ce cadre (comme dans toutes les autres relations non journalistiques), ils doivent se conformer à la réglementation en matière de protection des données⁶⁸. Outre la Directive 95/46/CE relative à la protection générale des données, la directive 2002/58/CE⁶⁹ comporte des règles spécifiques sur la protection des données dans les communications électroniques. Dans le cadre de la révision du « Paquet Télécom⁷⁰ », cette directive a été modifiée par de nouvelles dispositions qui sont inscrites dans la directive 2009/136/CE⁷¹. Ces modifications englobent notamment l'article 5, paragraphe 3 de la directive 2002/58/CE, en vertu duquel les informations telles que les cookies peuvent uniquement être stockées ou consultées sur le terminal de l'utilisateur avec son consentement. Nous abordons dans ce qui suit les effets spécifiques de ces dispositions sur les activités des médias dans la fourniture et la commercialisation de contenus.

1. Les médias traditionnels

Les consommateurs de médias font l'objet de divers traitements de données. L'utilisation totalement anonyme des médias est techniquement possible, par exemple lors de l'achat d'un quotidien dans un kiosque ou de la réception gratuite par voie terrestre ou par satellite de programmes de radiodiffusion. Mais pour des raisons pratiques ou juridiques, les médias ont souvent recours à certains modèles commerciaux faisant intervenir un traitement des données à caractère personnel des usagers. Quiconque souhaite avoir son quotidien livré à domicile doit communiquer au moins son nom et son adresse. Le choix de certains canaux de distribution, tels que la télévision par câble, implique une relation contractuelle avec le fournisseur de services de transmission (c'est-à-dire le câblo-opérateur ou l'opérateur de plateforme) qui nécessite la communication des coordonnées⁷² des clients pour assurer la prestation et la facturation des services.

Les fournisseurs de contenus sont, eux aussi, souvent tributaires de ces données : si le modèle économique prévoit le financement d'une offre de médias par l'utilisateur, ce dernier doit pouvoir être identifié. Lorsque le montant des services facturés est basé sur l'usage effectif desdits services (comme pour la télévision à péage), il faut également procéder au traitement des données portant sur la consommation (données relatives au trafic⁷³). Il en va de même pour les services audiovisuels proposant des services interactifs supplémentaires : ils doivent pour cela disposer d'un canal de

68) Pour une présentation détaillée de la situation au regard du droit britannique, voir Ian Walden/Lorna Woods, « Broadcasting Privacy », *Journal of Media Law* 2011 (cahier 1), p. 117 et s.

69) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques ») JOUE du 31 juillet 2002, L 201, p. 37.

70) Voir à ce sujet Sebastian Schweda, « Révision du "Paquet Télécom" : un nouvel élan pour les médias audiovisuels ? » dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (Ed.), *Régulation des communications : entre infrastructure et contenu*, IRIS plus 2009-10.

71) Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n°2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, JOUE du 18 décembre 2009, L 337, p. 11.

72) On entend par coordonnées les données à caractère personnel (au sens visé à l'art. 2, par. a de la Directive 95/46/CE, cf. ZOOM, section II 2.a) de l'utilisateur ou de l'abonné, dont le traitement par le prestataire de service est nécessaire pour mettre en œuvre le lien contractuel, comme, par ex., le nom, l'adresse, et éventuellement les coordonnées bancaires.

73) Voir la définition de l'art. 2, par. b de la Directive 2002/58/CE : les « données relatives au trafic » sont « toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation ».

retour qui transfère les informations de l'utilisateur vers le fournisseur. C'est le cas, par exemple, de la télévision connectée⁷⁴.

Dans certains Etats, le consommateur (potentiel) des offres publiques est associé à leur financement. Lorsque l'assujettissement au paiement dépend de certaines conditions, il faut également traiter des données à caractère personnel pour identifier les contribuables et vérifier qu'ils s'acquittent convenablement de cette redevance. Ce principe s'applique aussi bien à une redevance obligatoire découlant de la capacité à recevoir les services qu'à une taxe établie en fonction des foyers⁷⁵.

2. Les « nouveaux » médias

a) Principes techniques du traitement des données et classification juridique

Pour la mise à disposition des contenus multimédia, le traitement des données peut, dans la plupart des cas, se limiter aux simples coordonnées. L'analyse du comportement de l'utilisateur n'est nécessaire que si les frais d'accès sont calculés en fonction du type ou du volume d'utilisation. Ce principe s'applique également aux « nouveaux » médias proposés sur les réseaux de communications numériques. L'utilisation de la transmission des données par paquets, comme sur internet ou les autres réseaux basés sur IP, requiert et autorise l'identification de chaque terminal connecté par une adresse unique. Cela permet à l'information de trouver son chemin entre l'expéditeur et le destinataire. Pour éviter autant que possible les erreurs de transmission, chaque paquet de données reçu sans erreur doit être confirmé par le destinataire. Cela signifie que, dès la transmission, il est possible de savoir sur quel terminal et sur quelle période les contenus sont réceptionnés⁷⁶.

Dans ce contexte, les entreprises intégrées verticalement qui opèrent à la fois comme fournisseurs de contenus et comme fournisseurs d'accès internet ou opérateurs de plateforme (à l'instar des fournisseurs de télévision par internet qui commercialisent leurs services via leur propre liaison ADSL) ont la possibilité de mettre en relation les coordonnées des utilisateurs, les données relatives au trafic et les données de consommation⁷⁷. Les profils d'utilisateurs ainsi créés permettent à ces entreprises de connaître quels contenus de leurs propres offres ont été consommés par quelle connexion et à quel moment.

Contrairement aux canaux de transmission traditionnels, les canaux de communication bidirectionnelle fournissent également un canal de retour de façon simultanée : la télévision interactive, ou la consommation de médias à la demande (par exemple la vidéo à la demande) sont considérablement facilitées par les technologies de communication par paquets. L'utilisateur individuel n'a accès aux contenus que s'il s'identifie au moins auprès de son opérateur de réseau – cela s'applique même lorsque les services sont proposés selon le procédé de la multidiffusion⁷⁸.

74) Voir à ce sujet Sebastian Artymiak, « Introduction à différents types de services audiovisuels à la demande », dans : IRIS Spécial, *La réglementation des services audiovisuels à la demande : chaos ou cohérence ?*, Observatoire européen de l'audiovisuel (Ed.), Strasbourg 2011 (à paraître).

75) Voir Christian M. Bron, « Le financement et le contrôle des offres des radiodiffuseurs de service public », dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (Ed.), *Médias de service public : pas de contenu sans financement*, IRIS plus 2010-4.

76) Dans l'affaire *Promusicae*, l'avocat général classe les adresses IP dynamiquement attribuées comme des données relatives au trafic et (à tout le moins) les informations découlant de l'attribution d'adresses IP aux abonnés comme des données à caractère personnel (Voir Conclusions de l'avocat général du 18 juillet 2007, C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, par. 61 et 63).

77) Sur la base de l'article 15 de la loi allemande sur les télémédias, les informations à caractère personnel d'un utilisateur recouvrent les informations qui sont nécessaires pour permettre l'utilisation et la facturation d'un service de médias, comme, par exemple, les informations permettant d'identifier l'utilisateur, les horaires d'utilisation et les informations concernant les contenus consultés.

78) Dans le cadre de la multidiffusion, les contenus sont transmis depuis un diffuseur vers plusieurs destinataires. A la différence d'une liaison point à point entre deux terminaux, le signal doit être envoyé en une seule fois, mais il peut être reçu par plusieurs récepteurs. Mais à la différence de la radiodiffusion, il ne suffit pas, pour activer la réception, de sélectionner le canal de transmission correspondant sur un récepteur prêt à cet effet, il faut procéder préalablement à une connexion auprès du service de transmission.

Pour l'utilisation en mode nomade, les services de télévision linéaires sont souvent transmis par les technologies numériques de transmission de type DVB (transmission numérique terrestre). Ces normes de transmission ne s'appliquent généralement pas aux communications bidirectionnelles, mais à la radiodiffusion classique, au sens où un signal radio est émis « à destination de tous ». Des services interactifs sont disponibles, sous réserve de l'utilisation d'un terminal adapté permettant également l'accès aux réseaux mobiles (GSM/UMTS). Ces réseaux offrent à l'utilisateur un canal de retour disponible sur le même terminal. En revanche, lorsque des contenus audiovisuels sont visionnés via le réseau UMTS ou d'autres accès à internet sans fil (GPRS, WLAN, WiMAX), la transmission des signaux de télévision a lieu d'emblée sur la base d'une connexion bidirectionnelle.

Sur les couches inférieures et supérieures du protocole (selon le modèle OSI), l'utilisation d'un service de médias génère souvent d'autres données permettant l'identification, par exemple lors d'un changement de l'adresse IP ; sur les couches des applications, en particulier, il est possible d'affecter une classification à un terminal via des cookies (HTTP ou navigateur), utilisés de longue date : un site consulté par un utilisateur stocke un fichier sur l'ordinateur de ce dernier, et peut y accéder lors d'une prochaine visite sur ce même site ou sur un autre site de l'opérateur. Les *flash cookies*, utilisés dans le cadre de l'utilisation très répandue de la technologie *Flash* pour afficher des contenus audiovisuels, permettent également un suivi de l'utilisation d'un ordinateur particulier. Enfin, une étude a montré⁷⁹ que les opérateurs de sites internet – y compris, jusqu'à récemment, le portail vidéo américain *Hulu.com* et le site de musique *spotify.com* – utilisent des technologies, encore méconnues pour la plupart, qui permettent de restaurer les cookies ayant été supprimés (*Cookie-Respawning*) et d'identifier de façon permanente le navigateur (« cookies permanents »).

Des informations complémentaires sont disponibles par le biais de la « lecture » de la configuration en place du navigateur et du système, que le navigateur communique à chaque ouverture de page et qui, dans de nombreux cas, permet une localisation très précise du terminal. Grâce à une procédure d'alignement qui existe sur certains navigateurs et qui permet de comparer les sites visités précédemment avec ce navigateur et une liste de sites connus, l'exploitant d'un site pour également savoir si un utilisateur a déjà consulté l'offre de la concurrence⁸⁰. Des outils de suivi tels que *Google Analytics* offrent aux fournisseurs la possibilité d'analyser les connexions d'un utilisateur spécifique sur son site internet. Le caractère légal de ces outils est diversement apprécié⁸¹.

Au-dessous de la « couche réseau », sur laquelle le protocole internet assure le routage des paquets de données, se trouve la couche de sécurité basée sur le modèle OSI. C'est à ce niveau que se déroule le contrôle de l'accès aux adaptateurs réseau par le biais des adresses MAC⁸² internationales, uniques et spécifiques à l'appareil. Depuis quelques temps, Google collecte les adresses MAC des bornes de réseaux locaux sans fil (*Wireless Local Area Networks* – WLAN) du monde entier dans le cadre de ses déplacements pour le service photo *Street View* et avec l'aide de smartphones sous Android. Les utilisateurs de portables sont ainsi en mesure de déterminer leur propre position sans GPS. En juin 2011, il a été rapporté que Google avait également inclus en partie des adresses MAC d'ordinateurs et de smartphones privés dans sa base de données⁸³.

En raison du lien étroit entre les utilisateurs et leur appareils (en particulier les terminaux mobiles), le CEPD et le groupe de travail Article 29 réunissant les représentants des autorités

79) Voir le compte-rendu sur : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898390 . Les techniques utilisées sont basées principalement sur le stockage (intermédiaire) des informations du cookie dans d'autres zones de stockage accessibles au navigateur sur l'ordinateur local. Si un cookie HTTP d'une page utilisant ces techniques est supprimé, ses informations peuvent être lues à partir des autres zones de stockage, par exemple avec JavaScript et le cookie HTTP sera rétabli, sans que l'utilisateur ne s'en rende compte ou n'y consente.

80) Voir à ce sujet: Dongseok Jang et al., « An Empirical Study of Privacy-Violating Information Flows in JavaScript Web Application », disponible sur : <http://cseweb.ucsd.edu/~d1jang/papers/ccs10.pdf>

81) Voir *Thomas Hoeren*, « Google Analytics – datenschutzrechtlich unbedenklich? », ZD 2011, 3 et s., ainsi que récemment <http://www.sueddeutsche.de/digital/umstrittener-web-statistikdienst-datenschuetzer-erlaubt-einsatz-von-google-analytics-1.1144297>

82) MAC est l'acronyme de *Media Access Control*.

83) Voir : « WLAN-MAC-Adressen: Googles langes Gedächtnis », 16 juin 2011, <http://www.heise.de/netze/meldung/WLAN-MAC-Adressen-Googles-langes-Gedaechtnis-1261893.html>

nationales chargées de la protection des données considèrent que la géolocalisation d'adresses MAC constitue des données à caractère personnel. En vue d'instaurer un juste équilibre entre les droits concurrents, le groupe de travail Article 29 se déclare favorable à la mise en place de garanties suffisantes pour les personnes concernées par le traitement des données, comme, par exemple, la possibilité d'exercer un droit d'opposition (*opt-out*) simple et permanent sans fournir de données supplémentaires. De même, le CEPD estime que l'identification d'une borne de réseau (*Single Station Identifier* - SSID) sans fil ne devrait pas être traitée à des fins de géolocalisation⁸⁴.

b) *Les intérêts du secteur privé dans l'utilisation des données et le cadre juridique applicable*

Les données traitées en lien avec la fourniture de contenus peuvent être utilisées à des fins diverses qui dépassent la simple garantie d'une connexion conforme pour assurer une prestation de services. L'utilisation des données présente surtout un intérêt crucial pour les fournisseurs de contenus, car elles leur servent souvent à facturer des services payants.

Mais il existe également des intérêts commerciaux liés à l'utilisation des données avec les services gratuits : les services de médias sur internet sont souvent financés exclusivement par la publicité. En contrepartie de leur contribution financière, les annonceurs attendent un ciblage ajusté au plus près de leur clientèle. L'identification des utilisateurs sur les réseaux où transitent les paquets de données et le suivi de leurs activités sur une période prolongée permettent la création de profils d'utilisateurs et peuvent servir à la publicité comportementale. Etant donné que les opérations de publicité comportementale sont considérées comme plus prometteuses que la publicité ciblée en fonction des groupes cibles, les supports publicitaires peuvent généralement obtenir des revenus plus élevés⁸⁵.

Du point de vue de la protection des données, cette forme de publicité, appelée « publicité comportementale en ligne », suscite certaines réserves. Le CEPD considère que l'application systématique de telles techniques constitue une « pratique hautement intrusive »⁸⁶. Il dénonce, dans ce contexte, « l'érosion des droits fondamentaux et une défaillance du marché. » Selon lui, certains intérêts publics n'ont pas été suffisamment préservés, jusqu'à présent, lors du développement d'internet. Pour remédier à cette situation, le CEPD préconise des mesures correctives juridiques, techniques et d'autorégulation⁸⁷.

84) Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, Opinion 13/2011 on Geolocation services on smart mobile devices du 16 mai 2011, WP 185, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2011/wp185_en.pdf , p.17.

85) Concernant les conditions techniques et économiques, voir l'Avis 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171 du groupe de travail Article 29 sur la protection des données: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf, p. 4 et s.

86) CEPD, Conférence du 7 juillet 2011 à l'université d'Édimbourg, faculté de droit, « Refuser le suivi des consommateurs ou suivre la voie actuelle? – Les implications de la publicité comportementale en ligne sur la vie privée », disponible sur : http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2011/11-07-07_Speech_Edinburgh_FR.pdf, p. 8.

87) Citons à cet égard les initiatives de l'*European Advertising Standards Alliance* (voir « EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising », 13 avril 2011, http://www.easa-alliance.org/binarydata.aspx?type=doc/EASA_BPR_OBA_12_APRIL_2011_CLEAN.pdf/download) et de l'*Interactive Advertising Board Europe* (« IAB Europe EU Framework for Online Behavioural Advertising », http://www.iabeurope.eu/media/51925/iab%20europe%20oba%20framework_merged%20ii.pdf). Néanmoins, le CEPD considère que c'est insuffisant, du moins en ce qui concerne l'utilisation de cookies, car ces initiatives ont tendance à appliquer davantage le modèle actuel de « droit d'opposition » (*opt-out*) que l'approche privilégiant « l'adhésion » (*opt-in*) qui est préconisée par la directive 2009/136/CE ; voir *ibid*, p. 6. Le Groupe de travail Article 29 sur la protection des données a également critiqué l'initiative comme insuffisante (voir la lettre du Groupe de travail Article 29 sur la protection des données du 3 août 2011, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2011/20110803_letter_to_oba_annexes.pdf). En ce qui concerne la protection des mineurs, certains fournisseurs de réseaux sociaux, notamment Facebook, MySpace et YouTube, se sont engagés à proposer des réglages facilement détectables et accessibles pour protéger la vie privée, et à classer les profils des mineurs par défaut comme « privés » ; voir « Socialisation sur internet : accord entre les grands sites par l'entremise de la Commission », Communiqué de presse du 10 février 2009, IP/09/232, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/232&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=fr>

Les annonceurs peuvent cibler leur public non seulement avec la publicité diffusée sur les offres de tiers, mais aussi au moyen de leurs propres services. La campagne de la brasserie américaine *Budweiser* a focalisé récemment l'attention du public : en août 2011, le Groupe affichait sur sa page Facebook britannique une rencontre du club de football *Ascot United*, encore peu connu jusque-là. Ceux qui voulaient regarder le match devaient cliquer sur le bouton « J'aime » de la page⁸⁸.

Cette interface permet aux utilisateurs enregistrés sur les sites *Facebook* d'annoncer publiquement sur un éventail de plus en plus large de sites Internet leur soutien au contenu d'une page ou à son auteur. Or, du point de vue de la protection des données, cela pose un problème, puisque même les données des utilisateurs non-inscrits sur Facebook mais qui visitent un site doté de ce type de bouton intégré peuvent faire l'objet d'un traitement.

On peut déjà contester le simple fait que la législation européenne en matière de protection des données soit applicable au traitement des données opéré par des groupes américains tels que *Facebook*. Si tel est le cas, on peut ensuite s'interroger sur le droit qu'il convient d'appliquer : le droit de l'Irlande, où *Facebook* a établi son siège européen, ou du pays dans lequel réside l'utilisateur⁸⁹? Indépendamment de ces considérations, l'*Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein* (Centre régional indépendant de protection des données du Schleswig-Holstein – ULD) a désormais les fournisseurs de contenus qui équipent leur page du bouton « J'aime » dans le collimateur : selon son analyse, l'intégration de cette interface sur un site internet hébergé en Allemagne est contraire au droit allemand et au droit européen en matière de protection des données⁹⁰. L'ULD dénonce également une violation de l'article 5, paragraphe 3 de la directive 2002/58/CE. La simple vue du bouton en question entraîne le stockage de cookies et de l'adresse IP, ainsi que le traitement des informations spécifiques au navigateur et autres données sans le consentement effectif de l'utilisateur. L'autorité a demandé aux opérateurs de sites concernés de supprimer le bouton d'ici fin septembre 2011 sous peine de se voir infliger jusqu'à 50 000 EUR d'amende.

En ce qui concerne, en particulier, l'utilisation de cookies et d'autres mesures de stockage ou de récupération d'informations sur le terminal de l'utilisateur, l'article 5, paragraphe 3 de la directive 2002/58/CE dispose :

« Les Etats membres garantissent que l'utilisation de réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur ... ait donné son consentement »

Le consentement ne peut faire défaut qu'en cas de stockage ou d'accès techniques visant exclusivement à effectuer la transmission d'une communication ou s'avérant strictement nécessaires à la fourniture d'un service. En outre, l'article 5, paragraphe 3, phrase 1 de la directive 2002/58/CE prévoit que l'utilisateur soit informé de façon claire et complète sur les finalités du traitement, conformément à la Directive 95/46/CE. Le consentement peut, en principe, « être donné selon toute modalité appropriée permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée⁹¹. »

88) Voir Johannes Kuhn, « Provinzgekickte vor Millionen Zuschauern – Facebook entdeckt den Fußball », 18 août 2011, <http://www.sueddeutsche.de/digital/englische-pokalbegegnung-im-live-stream-facebook-sorgt-fuer-fussballrausch-in-der-provinz-1.1132389>

89) Sur ce point, Thomas Stadler, « Gilt deutsches Datenschutzrecht für Facebook überhaupt? », 18 août 2011, <http://www.internet-law.de/2011/08/gilt-deutsches-datenschutzrecht-fur-facebook-ueberhaupt.html>, estime que le droit allemand en matière de protection des données est applicable au traitement des données à caractère personnel des utilisateurs allemands par Facebook.

90) ULD, « Datenschutzrechtliche Bewertung der Reichweitenanalyse durch Facebook », 19 août 2011, disponible sur : <https://www.datenschutzzentrum.de/facebook/>

91) Voir considérant 17 de la Directive 2002/58/CE.

En ce qui concerne la mise en œuvre concrète de ces exigences, le CEPD suggère⁹² de permettre une déclaration de consentement par le biais des paramètres du navigateur, comme l'autorise de manière explicite le considérant 17 de la directive 2002/58/CE. Une solution appropriée devrait, de l'avis du CEPD, aussi être à la fois plus « conviviale *et* efficace. » La commissaire européenne chargée de la Stratégie numérique a vanté récemment le modèle « anti-traçage » (« *do-not-track* ») basé sur « le droit d'opposition » (*opt-out*) qui est mis en œuvre dans certains navigateurs récents.

Le CEPD a critiqué cette position et préconisé l'installation d'un « assistant de confidentialité » dans le logiciel de navigation pour s'assurer que l'utilisateur puisse régler les paramètres de confidentialité à sa guise avant utilisation. En outre, les paramètres par défaut devraient empêcher le stockage de cookies par des tiers, sauf si l'utilisateur en décide formellement autrement. Ce concept de « confidentialité par défaut » pourrait en principe trouver son application dans d'autres formes de publicité comportementale en ligne, qui ont recours à certaines configurations logicielles et matérielles (par exemple les décodeurs numériques ou les logiciels propriétaires).

IV. Perspectives

En principe, les individus peuvent accéder de plus en plus facilement aux médias publics. En particulier, l'internet a considérablement facilité la diffusion d'informations à un cercle de destinataires non connu à l'avance et virtuellement illimité. Aujourd'hui, la mise en place d'un média de masse (blogs, page Facebook), ne pose pas de véritable problème organisationnel, technique ou financier, grâce, en particulier, aux outils (gratuits pour la plupart) mis à disposition à cet effet. Grâce aux moteurs de recherche et autres outils, la possibilité de découvrir les informations mises en ligne ne dépend plus des institutions chargées d'agrégier les contenus, telles que les sociétés de presse et les radiodiffuseurs, qui fournissent à l'utilisateur une plateforme familière et lui facilitent ainsi la recherche des informations.

Traditionnellement, ces institutions ne se contentent pas de compiler des contenus (externes ou internes) et de les rendre accessibles. Elles se distinguent par le fait qu'elles endossent la responsabilité éditoriale des informations présentées. Dans le cadre du travail éditorial, qui englobe notamment la collecte, la vérification, l'appréciation, la classification, le traitement et l'organisation des données, elles sont soumises à des obligations légales ou d'autorégulation de diligence, tout en bénéficiant des droits spécifiques correspondants. La question se pose de savoir si on peut systématiquement présumer qu'un particulier qui publie également des contenus sur *Facebook* ou d'autres médias similaires est conscient de ces contraintes. Quoiqu'il en soit, on n'applique généralement pas le même niveau d'exigence aux obligations découlant de ses activités que pour les médias traditionnels.

Si, comme le demande la CJUE, les Etats membres optent pour une interprétation large des exemptions visées à l'article 9 de la Directive 95/46/CE en fonction des fins journalistiques du traitement de données, en principe, tout individu se livrant à une activité journaliste pourra bénéficier de ce privilège. Néanmoins, on peut douter que les pays européens parviennent à l'unanimité sur les dérogations à accorder au « prosommateur » individuel en matière d'obligations juridiques liées à la protection des données⁹³. Il semble qu'il manque (encore) des critères clairs pour structurer et définir le processus d'évaluation du droit à la protection des données à caractère personnel (et plus généralement de la personnalité) face à la liberté des médias. Ceci peut être lié aux différences culturelles entre les États membres : comme nous l'avons vu, d'une part, les pays scandinaves semblent avoir une appréciation sensiblement différente de l'Allemagne, entre autres, concernant le besoin de protection des données, telles que, par exemple, les données relatives aux

92) CEPD, *op. cit.* (note 86), p. 5 et s.

93) Voir au sujet du débat sur ce thème au Canada : <http://knightcenter.utexas.edu/blog/quebec-pushing-forward-controversial-proposal-define-professional-journalistsw>

revenus financiers⁹⁴. D'autre part, la conception de ce qu'est le journalisme est manifestement très hétérogène. Par conséquent, on est en droit de douter que la révision de la Directive 95/46/CE débouche sur une harmonisation renforcée de l'article 9.

Actuellement, on ignore encore si l'on continuera de ne considérer que celui qui est à l'origine de la diffusion de l'information, ou si l'on impliquera ceux qui donnent accès à ces informations par des moteurs de recherche ou des liens. Vont-ils également être considérés comme responsables et, si oui, quels seront leurs droits et leurs obligations ? Ce point implique une (nouvelle) mise à jour de la directive e-commerce, notamment sur les exonérations de responsabilités et l'instauration d'un juste équilibre avec le droit à la protection des données.

Comme nous l'avons exposé, les développements dans les nouveaux médias fournissent une occasion de traiter également la question de la protection des données à caractère personnel des utilisateurs. Outre les services proposés par les entreprises de médias professionnelles, ceci concerne également les offres que toute personne privée peut fournir - avec ou sans l'utilisation de plateformes professionnelles telles que YouTube ou Facebook. La question de la confidentialité comporte également plusieurs facettes. L'un des aspects essentiels est sans doute la « position de sandwich » dans laquelle se retrouve souvent tout prestataire non-professionnel : s'il utilise une plateforme professionnelle pour mettre à disposition ses contenus, cela engendre avec le fournisseur des rapports qui sont soumis à la protection des données. Dans le même temps, la protection des données à caractère personnel intervient également dans ses relations avec les utilisateurs des contenus publiés par ses soins. La question fondamentale concernant la nature de la responsabilité incombant au *prosommateur*, en particulier dans la seconde configuration, n'a pas encore trouvé de véritable réponse⁹⁵. La grande incertitude qui règne sur le niveau de connaissance du *prosommateur* concernant les processus de traitement des données internes à la plateforme, et sur sa capacité d'action éventuelle, joue, à cet égard, un rôle majeur

C'est donc avec beaucoup d'intérêt que l'on suivra les solutions qui seront proposées et retenues pour répondre aux nombreuses questions sur les médias et la protection des données, notamment dans le cadre de la révision des instruments juridiques de l'UE et du Conseil de l'Europe.

94) Le secret fiscal sous peine de sanctions (article 30 du Code des Impôts) permet la divulgation de renseignements fiscaux par les agents de la fonction publique uniquement dans quelques cas exceptionnels.

95) Dans le cas, tout au moins, où le *prosommateur* exploite également le site internet à partir duquel les contenus qu'il a produits sont mis à disposition, il est tenu - en tant que personne ayant accès aux systèmes techniques de traitement des données - de respecter vis-à-vis des utilisateurs de son « service de média » toutes les règles en matière de protection des données qui sont applicables au traitement des données en lien avec la prestation de service. Dans le cadre de la réglementation européenne, cela signifie, en bref, qu'il a besoin, pour traiter les données des utilisateurs, soit du consentement de la personne concernée, soit d'un fondement légal.

La pondération des intérêts

Les questions concernant la recevabilité des restrictions de la liberté d'expression sont régulièrement à l'ordre du jour de la Cour européenne des droits de l'homme. Parallèlement, elle est souvent amenée à établir dans quelle mesure le droit à la protection de la vie privée permet d'interférer avec les droits garantis par l'article 10 de la Convention. Au cœur de ce dilemme se pose un certain nombre de questions complexes, telles que la censure préalable des médias ou le préjudice irrémédiable à la réputation ou à la vie privée d'une personne. Les tribunaux nationaux doivent également statuer sur ces questions à partir de différents points de vue. C'est pourquoi la première partie de « Reportages » est consacrée, d'une part, aux dernières décisions de la Cour et, d'autre part, au concept allemand de privilège des médias, ainsi qu'à une disposition du Code civil français relative à la protection des mineurs.

Les décisions des tribunaux ne sont que l'ultime recours pour trouver un équilibre entre la liberté d'expression et la protection des données. A titre d'alternative, le droit de réponse, par exemple, auquel est consacrée la deuxième partie de « Reportages », peut contribuer à la résolution d'un conflit sur l'utilisation de données personnelles. Dans l'idéal, les acteurs devraient être sensibilisés aux pratiques d'utilisation des données à caractère personnel, de sorte que tout conflit d'intérêts pourrait être évité d'emblée. La prévention par l'autorégulation est le thème de cette troisième partie de « Reportages ». Enfin, nous avons ajouté une quatrième partie qui présente des considérations très générales sur la réglementation de l'internet et les moyens d'éviter une telle réglementation. A cet égard, la question qui se pose consiste à savoir s'il est nécessaire d'instaurer un traitement spécial pour l'internet concernant l'utilisation des données à caractère personnel.

Les restrictions de la liberté d'information et d'expression

Cour européenne des droits de l'homme

Affaire *RTBF c. Belgique*

Dirk Voorhoof

*Université de Gand (Belgique), Université de Copenhague (Danemark)
et membre du Régulateur flamand des médias*

Dans son arrêt du 29 mars 2011, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que dans l'affaire Radio-télévision belge de la communauté française (RTBF) c. Belgique, il y avait bien eu violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. A l'origine de cette affaire se trouve une injonction provisoire ordonnée par un juge des référés contre la RTBF afin d'empêcher la diffusion d'une émission consacrée aux erreurs médicales et aux droits des patients. L'injonction interdisait la diffusion de l'émission jusqu'à la décision de justice définitive dans le cadre du litige opposant un médecin cité dans l'émission et la RTBF. Cette injonction constituant une ingérence dans la liberté d'expression de la RTBF, la Cour européenne devait, dans un premier temps, s'assurer du fondement légal de cette ingérence de la part des autorités judiciaires belges. Même si l'article 10 n'interdit pas, dans ses termes, l'imposition de restrictions préalables à la radiodiffusion, ces restrictions ne peuvent être imposées que dans un cadre juridique très strict qui implique à la fois un contrôle rigoureux des interdictions et un contrôle judiciaire efficace afin d'empêcher tout abus. L'information étant une denrée périssable, retarder sa diffusion, même pour un délai très court, lui enlève tout son intérêt.

En cherchant à s'assurer du fondement légal de cette ingérence de la part des autorités judiciaires belges, la Cour a fait remarquer que la Constitution belge autorise la sanction des abus commis dans l'exercice de la liberté d'expression mais uniquement une fois que ces abus ont été commis et non avant. Bien que certaines dispositions du Code judiciaire belge prévoient, en termes généraux, l'intervention possible d'un juge des référés, la jurisprudence diverge en ce qui concerne l'intervention préventive d'un juge des référés dans une affaire relative à la liberté d'expression.

Le droit belge n'est donc pas très clair sur ce point et il n'existe aucune jurisprudence constante qui aurait pu permettre à la RTBF de prévoir, dans une mesure raisonnable, les conséquences possibles de la diffusion de l'émission en question. La Cour européenne a fait observer que si les restrictions préalables à la liberté d'expression ne sont pas mises en place dans un cadre réglementaire strict et précis, de nombreuses personnes craignant d'être attaquées dans une émission de télévision, dont la programmation est annoncée à l'avance, pourraient avoir recours à un juge des référés qui, d'une affaire à l'autre, pourrait être amené à opter pour des solutions différentes. Tout cela ne contribuerait pas à préserver l'essence même de la liberté de transmettre de l'information. Même si la Cour européenne estime qu'il n'est pas, en soi, inacceptable que les médias audiovisuels et de la presse écrite bénéficient d'un traitement différent, par exemple en ce qui concerne l'octroi de licences radiophoniques et télévisuelles, la Cour européenne est en désaccord avec la décision de la Cour de cassation belge de refuser d'appliquer les mesures de protection constitutionnelles contre la censure de la radiodiffusion. Pour la Cour européenne, cette différenciation est apparue artificielle alors même qu'il n'existe aucun cadre juridique clair permettant la mise en place d'une restriction préalable à la liberté d'expression qui ferait office de censure dans les médias audiovisuels. La Cour a estimé que le cadre législatif et la jurisprudence des tribunaux belges ne remplissaient pas les conditions de prévisibilité requises par la Convention. L'ingérence des autorités publiques, à l'origine de la plainte, ne pouvant pas être considérée comme ayant été réalisée dans les conditions prévues par la loi, il y a bien eu violation de l'article 10 de la Convention. L'arrêt contient un message important qui s'adresse à tous les Etats membres signataires de la Convention européenne des droits de l'homme : les restrictions préalables ne peuvent être imposées que dans un cadre juridique spécifique, strict et précis qui implique, d'une part, un contrôle rigoureux des interdictions, que ce soit dans les médias audiovisuels ou de la presse écrite, et, d'autre part, un contrôle judiciaire efficace afin d'empêcher tout abus de la part des autorités nationales.

- Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), affaire *RTBF c. Belgique* (n°50084/06) du 29 mars 2011
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13171>

IRIS 2011-6/1

Affaire Mosley c. Royaume-Uni

Dirk Voorhoof
*Université de Gand (Belgique), Université de Copenhague (Danemark)
et membre du Régulateur flamand des médias*

Dans l'affaire Mosley c. Royaume-Uni, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'exige pas des médias qu'ils avertissent à l'avance les personnes au sujet desquelles ils entendent publier des informations. Le requérant dans cette affaire, M. Max Rufus Mosley, est l'ancien président de la Fédération internationale de l'automobile. En 2008, le journal du dimanche *News of the World* avait publié en première page un article intitulé « Le patron de la F1 fait une orgie nazie avec 5 prostituées » et plusieurs pages du journal également consacrées à ce sujet comportaient des photographies extraites d'une vidéo enregistrée en secret par l'un des participants à ces ébats sexuels. Outre ces photographies, un montage d'un extrait de la vidéo avait également été publié sur le site web du journal et reproduit sur d'autres sites internet. M. Mosley a intenté une action en dommages et intérêts contre le journal pour divulgation d'informations confidentielles et atteinte à la vie privée. Il a par ailleurs sollicité une injonction visant à faire interdire à *News of the World* la publication du montage vidéo sur son site internet. La Haute Cour a refusé de prononcer une telle injonction au motif que les éléments en cause n'étaient désormais plus de nature privée puisqu'ils avaient été largement diffusés tant dans le journal que sur internet. Dans le cadre de la procédure ultérieure pour atteinte à la vie privée, la Haute Cour a estimé que la publication de l'article et des images qui l'accompagnaient ne présentait aucun caractère d'intérêt public, et constituait donc une atteinte au droit au respect de la vie privée de M. Mosley. En conséquence, la Haute Cour a condamné *News of the World* à verser à M. Mosley 60 000 GBP au titre de dommages et intérêts.

En invoquant les articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 13 (droit à un recours effectif) de la Convention européenne, M. Mosley soutenait que, malgré les dommages et intérêts accordés par la justice, il restait victime d'une violation du droit au respect de sa vie privée, dans la mesure où *News of the World* ne s'était pas vu imposer l'obligation légale de lui notifier à l'avance son intention de publier des informations le concernant, de manière à lui donner la possibilité de demander à la justice d'ordonner en référé l'interdiction de la publication du contenu en cause. La Cour européenne estime en effet que la publication en question a porté atteinte de manière flagrante et injustifiée à la vie privée de M. Mosley. Il reste à déterminer si une règle de notification préalable juridiquement contraignante s'impose. La Cour rappelle également que les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne les mesures qu'ils prennent pour protéger le droit au respect de la vie privée de tout citoyen. Au Royaume-Uni, le droit au respect de la vie privée est protégé par un certain nombre de mesures : il existe un système d'autorégulation de la presse, toute personne peut demander des dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure engagée devant une juridiction civile et, enfin, lorsqu'une personne a connaissance qu'une publication portant atteinte à sa vie privée est envisagée, elle peut demander au juge de rendre une ordonnance de référé pour interdire la publication des informations concernées. Dans la mesure où une obligation de notification préalable aurait également des conséquences sur les informations à caractère politique et le journalisme sérieux, la Cour souligne qu'une telle mesure doit être envisagée avec la plus grande vigilance. De plus, une enquête parlementaire portant sur des questions ayant trait à vie privée a récemment été menée au Royaume-Uni et le rapport qui en découle rejette la nécessité d'une obligation de notification préalable. La Cour constate par ailleurs que M. Mosley n'a mentionné aucun Etat où une telle obligation de notification préalable serait en vigueur en tant que telle et

ne se réfère à aucun instrument juridique international exigeant des Etats qu'ils prévoient une telle obligation. Par ailleurs, dans la mesure où toute obligation de notification préalable devrait prévoir une exception lorsqu'il en va de l'intérêt général, un journal devrait pouvoir choisir de ne pas prévenir une personne lorsqu'il s'estime capable de défendre sa décision en se fondant sur l'intérêt général que revêt l'information publiée. La Cour estime qu'une définition plus étroite de l'exception au titre de l'intérêt général accroîtrait l'effet dissuasif de toute obligation de notification préalable. Un journal pourrait ainsi décider, dans une prochaine affaire dans laquelle une obligation de notification préalable serait applicable, de prendre tout de même le risque de refuser de procéder à une notification et préférer s'acquitter de l'amende qui s'en suivrait. La Cour souligne que l'efficacité d'une obligation de notification préalable dépend de la sévérité de la sanction infligée pour le respect de cette obligation. La Cour précise toutefois qu'il importe d'examiner avec la plus grande attention les contraintes qui pourraient s'apparenter à une forme de censure avant la publication. Bien que des sanctions pécuniaires et pénales pourraient être un moyen efficace d'encourager la notification préalable, elles auraient un effet dissuasif sur les journalistes, y compris le journalisme politique et d'investigation, qui bénéficient l'un et l'autre d'un degré élevé de protection au titre de la Convention. Un tel système risquerait d'être en contradiction avec les exigences de la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la Convention. Au vu de l'effet dissuasif que risque d'avoir une obligation de notification préalable, des doutes quant à l'efficacité d'une telle obligation et de la vaste marge d'appréciation laissée au Royaume-Uni dans ce domaine, la Cour conclut que l'article 8 n'exige pas l'existence d'une obligation juridiquement contraignante de notification préalable.

- Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section), affaire *Mosley c. Royaume-Uni*, requête n° 48009/08 du 10 mai 2011
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13310>

IRIS 2011-7/1

Affaire *Sigma Radio Television Ltd. c. Chypre*

Dirk Voorhoof
Université de Gand (Belgique), Université de Copenhague (Danemark)
et membre du Régulateur flamand des médias

La présente affaire porte sur une requête introduite par un radiodiffuseur chypriote au sujet d'un certain nombre de décisions rendues par l'Autorité chypriote de la radio et de la télévision (CRTA), lui imposant des amendes pour non-respect de la législation applicable aux programmes radiophoniques et télévisuels dans ses émissions, et le manque d'équité allégué de la procédure interne ayant abouti à ces décisions. Les violations constatées par la CRTA concernaient des publicités en faveur de jouets destinés aux enfants ; la durée des plages publicitaires ; l'affichage des noms des parrains au cours des programmes d'actualités ; le placement de produit au sein des épisodes d'une série télévisée ; le fait que les émissions d'actualités manquaient d'objectivité, contenaient des séquences impropres aux mineurs ou ne respectaient pas les victimes de crimes et leur famille, des films, séries et bandes-annonces comportant des commentaires blessants et un langage déplacé ou des scènes de violence déconseillées aux enfants et, dans un cas, la diffusion d'une émission de divertissement où étaient tenus des propos racistes et discriminatoires.

Sigma RTV affirmait en substance que le droit à être entendu devant un tribunal indépendant et impartial, consacré par l'article 6 de la Convention, ne lui avait pas été reconnu. [...]

La Cour européenne des droits de l'homme observe que Sigma RTV disposait d'un certain nombre de garanties procédurales non contestées dans le cadre de la procédure engagée devant la CRTA : la requérante avait été informée que des poursuites pour infraction risquaient d'être engagées à son encontre et qu'une plainte avait été déposée contre elle ; les décisions motivées avaient été rendues

après que l'intéressée avait présenté ses arguments, ce qu'elle avait la possibilité de faire par écrit et/ou oralement pendant l'audience. Par ailleurs, Sigma RTV pouvait introduire un grand nombre de recours dans le cadre de la procédure de contrôle juridictionnel engagée devant la CRTA. Malgré l'existence de ces garanties, le cumul des diverses compétences de la CRTA et, en particulier, le fait que toutes les amendes infligées soient déposées sur son fonds et pour son propre usage, donne lieu, selon la Cour, à des préoccupations légitimes quant à l'absence d'impartialité structurelle de la CRTA, élément indispensable au respect des exigences de l'article 6. La Cour rappelle néanmoins que même si une instance juridictionnelle, y compris administrative comme dans le cas présent, qui se prononce sur les contentieux relatifs aux « droits et obligations de caractère civil » n'est, à divers égards, pas conforme à l'article 6 § 1, aucune violation de la Convention ne peut être invoquée si la procédure engagée devant cette instance est « soumise au contrôle ultérieur d'un organe juridictionnel « pleinement » compétent et satisfait aux garanties prévues à l'article 6 § 1 ». Bien que la Cour suprême ne puisse substituer sa propre décision à celle de la CRTA et que sa compétence sur les faits soit limitée, elle avait la possibilité d'annuler pour de nombreux motifs les décisions rendues par la CRTA, notamment si une décision avait été prise en se fondant sur une conception erronée des faits ou du droit, ou en l'absence d'enquête adéquate ou de motivation suffisante ou pour vice de procédure. La Cour européenne observe que le Cour suprême a effectivement examiné point par point toutes les questions précitées sans en rejeter aucune et qu'elle a clairement exposé les raisons pour lesquelles elle réfutait les arguments avancés par Sigma RTV. La Cour européenne conclut que les lacunes alléguées par Sigma RTV dans la procédure engagée devant la CRTA, y compris la partialité objective et le non-respect des principes de la justice naturelle, ont été soumises au contrôle de la Cour suprême et que l'étendue du contrôle juridictionnel exercé en l'espèce était suffisant pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la Convention.

La Cour a également rejeté les griefs de Sigma RTV relatifs à la violation alléguée de l'article 10 de la Convention, dans la mesure où l'ensemble des décisions rendues par la CRTA étaient conformes à l'article 10 § 2, puisque les sanctions et les amendes infligées étaient prévues par la loi, proportionnées et parfaitement justifiées au regard des buts légitimes poursuivis. Parmi ces derniers figuraient [...] la nécessité d'une présentation juste et exacte des faits et des événements et la protection de la réputation, de l'honneur et de la vie privée des personnes concernées par l'émission ou auxquelles celle-ci était préjudiciable. La Cour conclut par conséquent que l'ingérence dans l'exercice par Sigma RTV de son droit à la liberté d'expression en l'espèce peut raisonnablement être considérée comme ayant été nécessaire à la protection des droits d'autrui dans une société démocratique. La Cour déclare par conséquent irrecevable, pour absence manifeste de fondement, les griefs formulés par Sigma RTV au titre de l'article 10 à l'égard des décisions rendues par la CRTA. La Cour a toutefois examiné plus en détail sur le fond le grief relatif au contenu raciste et discriminatoire d'une série télévisée. Elle souligne à ce propos qu'elle est particulièrement consciente de l'importance capitale de la lutte contre la discrimination fondée sur le racisme et le genre sous toutes ses formes et manifestations et qu'il était impossible de dire, en l'espèce, que la CRTA avait outrepassé sa marge d'appréciation, compte tenu de l'examen approfondi auquel elle s'était livrée à l'échelon national, même si ces observations avaient été formulées au sujet d'une série télévisée de divertissement. Enfin, s'agissant de la proportionnalité de la mesure contestée, la Cour conclut, au vu du montant de l'amende et du fait que la CRTA avait, en infligeant cette amende, tenu compte des infractions répétées commises par la requérante dans d'autres épisodes de la même série, que l'amende infligée (environ 3 500 EUR) était proportionnée au but poursuivi. Il n'y a par conséquent pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

Enfin, la Cour rejette également le grief relatif à la discrimination dont Sigma RTV prétendait être victime parce qu'elle était soumise, en qualité de radiodiffuseur privé, à des dispositions, des restrictions et un contrôle plus stricts que le radiodiffuseur public national chypriote CyBC. [...]

- Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), affaire Sigma Radio Television Ltd. c. Chypre, requêtes n° 32181/04 et n° 35122/05 du 21 juillet 2011.
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13402>

Affaire Sipoș c. Roumanie

*Dirk Voorhoof
Université de Gand (Belgique), Université de Copenhague (Danemark)
et membre du Régulateur flamand des médias*

Un arrêt digne d'intérêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'Etat roumain avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée d'une journaliste. En l'espèce, les tribunaux roumains avaient prononcé l'acquittement du directeur de la chaîne et de la coordinatrice du bureau de presse de la Société roumaine de télévision (SRTV) suite à une procédure pénale engagée à leur rencontre pour insulte et diffamation.

A l'origine de l'affaire se trouve un communiqué de presse publié par la direction de la chaîne de la télévision nationale roumaine, qui donnait suite au remplacement de la requérante, Mme Sipoș, en qualité de présentatrice d'une émission qu'elle produisait et présentait sur la chaîne nationale România 1. Suite à cela, Mme Sipoș avait soutenu à plusieurs reprises devant la presse qu'elle faisait l'objet d'une censure orchestrée par la SRTV. Le radiodiffuseur s'était à son tour exprimé en publiant un communiqué de presse, repris par six quotidiens nationaux, qui précisait que le remplacement de Mme Sipoș avait été motivé par des questions d'audience. De plus, le communiqué présentait non seulement Mme Sipoș comme victime d'une manipulation politique mais il faisait également référence à son état émotionnel suite à ses problèmes familiaux et s'interrogeait sur son discernement en se fondant sur des relations prétendument conflictuelles qu'elle entretenait avec ses collègues. Mme Sipoș, qui soutenait que le communiqué de presse en question constituait une atteinte à son droit au respect de sa réputation, avait saisi le tribunal d'instance de Bucarest d'une procédure pénale pour insulte et diffamation à l'encontre à la fois du directeur de la chaîne et de la coordinatrice du bureau de presse de la SRTV. Le tribunal départemental de Bucarest avait reconnu que le communiqué de presse comportait des propos diffamatoires envers Mme Sipoș ; mais, comme les inculpés n'avaient pas eu l'intention de l'insulter ou de la diffamer, et compte tenu de leur bonne foi, il avait débouté Mme Sipoș.

Mme Sipoș a par conséquent introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme dans laquelle elle affirmait que les autorités roumaines n'avaient pas respecté leur obligation, au titre de l'article 8 de la Convention, de protéger le droit au respect de sa réputation et de sa vie privée contre les allégations contenues dans le communiqué de presse publié par la SRTV. En se fondant sur les obligations positives, qui incombent à l'Etat, de veiller au respect de la vie privée, jusque dans les relations des individus entre eux, la Cour européenne des droits de l'homme précise qu'il s'agit de déterminer si la Roumanie a cherché à parvenir à un juste équilibre entre, d'une part, la protection du droit de Mme Sipoș au respect de sa réputation et de sa vie privée et, d'autre part, la liberté d'expression (article 10) des auteurs du communiqué de presse litigieux. C'est à ce titre qu'elle examine le contenu du communiqué de presse et observe notamment que les affirmations qui présentent la requérante comme victime d'une manipulation politique sont dépourvues de tout fondement, dans la mesure où rien ne permettait d'indiquer qu'elle ait agi sous l'influence d'un quelconque intérêt partisan. S'agissant des considérations portant sur l'état émotionnel de Mme Sipoș, la Cour observe qu'elles reposent sur des éléments de sa vie privée, dont la divulgation ne semble pas indispensable. Quant à l'appréciation du discernement de Mme Sipoș, elle ne saurait être considérée comme un facteur essentiel justifiant la position de la SRTV, telle qu'exprimée par le communiqué de presse, dans la mesure où elle repose sur des éléments de la vie privée de l'intéressée, dont la direction de la SRTV avait déjà connaissance. La Cour souligne que, en l'espèce et compte tenu de « l'effet dissuasif » que pourrait revêtir une sanction pénale, une procédure engagée au civil aurait été plus appropriée mais conclut néanmoins que les affirmations contestées par la requérante ont dépassé la limite acceptable et que la justice roumaine n'est pas parvenue à un juste équilibre entre la protection du droit à la réputation et la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme conclut par conséquent à la violation de l'article 8 et condamne l'Etat roumain à verser, au titre de dommages et intérêts, la somme de 3 000 EUR à Mme Sipoș.

Le juge Myer de la Cour émet une opinion dissidente et attire l'attention sur un point précis de l'affaire. Bien que la troisième chambre de la Cour reconnaisse que les sanctions pénales ont un effet

dissuasif et que la requérante avait la possibilité d'engager une action au civil, qui aurait en l'espèce été bien plus appropriée, la majorité des juges de la Cour européenne a conclu qu'infliger une sanction pénale au directeur et à la coordinatrice du bureau de presse de la SRTV était une mesure nécessaire dans une société démocratique dont l'objectif visait à protéger le droit de Mme Sipo au respect de sa réputation et de sa vie privée : cette approche contraste cependant avec la Résolution 1577(2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui recommande instamment la dépenalisation de la diffamation et de l'insulte.

- Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu le 3 mai 2011 (troisième section), affaire *Sipoș c. Roumanie*, requête n° 26125/04
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=15260>

IRIS 2011-9/1

Allemagne

Le BGH statue sur la question du « privilège des médias »

Sebastian Schweda

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles

Dans le cadre d'une procédure de cassation, le *Bundesgerichtshof* (cour fédérale de justice - BGH) a statué récemment sur la portée et les limites de la notion de privilège des médias, qui détermine la relation entre vie privée et liberté d'expression. Dans son arrêt du 1^{er} février 2011, le BGH a donné la priorité à la liberté d'expression et des médias sur les intérêts invoqués par le demandeur. Le pourvoi était formé par l'un des deux meurtriers de l'acteur Walter Sedlmayr, condamnés à la prison à perpétuité (voir également IRIS 2010-2/9). Le condamné, qui a été remis en liberté conditionnelle en janvier 2008, a porté plainte contre un article que la défenderesse avait publié sur son portail d'actualité sur internet. Le communiqué du 12 avril 2005 annonçait, en mentionnant le nom complet du meurtrier, que le *Landgericht* (tribunal régional) d'Augsbourg examinait la reprise de la procédure pénale. Le demandeur avait intenté une action en justice, considérant que la mention de son nom entravait sa réinsertion sociale. Il estime que cet intérêt doit primer sur l'intérêt de la défenderesse à divulguer son nom. Le *Landgericht* de Hambourg et l'*Oberlandesgericht* (tribunal régional supérieur) hanséatique avaient confirmé une injonction en abstention à l'encontre de l'opérateur du portail internet. En appel, le BGH avait annulé les décisions des instances précédentes et établi que l'intérêt du public à être informé et le droit de la défenderesse à la liberté d'expression prédominaient, dans cette affaire, sur les intérêts du meurtrier. Le BGH estime que les instances précédentes n'ont pas suffisamment tenu compte des circonstances particulières de l'affaire. L'évaluation des intérêts en présence montre que les intérêts de la défenderesse doivent prévaloir. Le BGH considère que la diffusion de l'article constitue effectivement une atteinte au droit de la personnalité du demandeur, mais que ce préjudice n'est pas illicite. Avec le recul croissant dû au temps écoulé depuis le crime, l'intérêt de la réinsertion sociale du meurtrier gagne du poids dans l'évaluation. Toutefois, le BGH considère que le préjudice lié à la divulgation du nom n'est pas significatif : la présentation objective et pertinente de déclarations véridiques sur un crime capital à caractère sensationnel, puisque la victime était un acteur connu, n'est pas de nature à « clouer à jamais [le demandeur] au pilori » ni à le « stigmatiser une fois de plus ». De plus, l'article est placé dans les archives du site et classé clairement comme tel. Il ne peut être consulté que sur la base d'une recherche ciblée d'information. Or le meurtrier ne saurait prétendre à une immunité complète. Une ordonnance générale visant à supprimer tous les anciens documents permettant d'identifier le meurtrier reviendrait à « entraver le libre processus d'information et de communication » et à limiter de façon abusive la liberté d'expression et des médias. Le BGH précise par ailleurs qu'« au bénéfice de la défenderesse, il convient de considérer qu'il existe un intérêt légitime du public non seulement à être informé sur l'actualité, mais aussi à pouvoir effectuer des recherches sur des

événements passés de l'histoire contemporaine [...]. Par conséquent, pour accomplir leur mission, qui consiste à informer le public dans le cadre de la liberté d'expression et à contribuer au processus démocratique en favorisant la formation d'une opinion éclairée, les médias sont également amenés à mettre à la disposition du public intéressé des informations qui ne relèvent pas de l'actualité. » En ce qui concerne la relation avec le droit de la protection des données à caractère personnel, le BGH estime que le privilège des médias inscrit dans le *Rundfunkstaatsvertrag* (article 57, paragraphe 1, phrase 1 du Traité inter-Länder sur la radiodiffusion - RStV) s'applique dans cette affaire, ce qui restreint le champ d'application des dispositions générales de la *Bundesdatenschutzgesetz* (Loi sur la protection des données - BDSG ; voir également l'article 41 de la BDSG, qui transpose l'article 9 de la directive 95/46/CE visant à concilier le droit à la vie privée avec les règles régissant la liberté d'expression). En effet, explique le BHG, l'article en question a été publié - conformément aux exigences du RStV - exclusivement « à des fins journalistiques et éditoriales [...] propres ». Cette condition est satisfaite dès lors que le communiqué cible un nombre indéfini de personnes et qu'il y a une volonté d'exprimer une opinion. Partant, pour déterminer qui peut invoquer le privilège des médias, ce n'est pas la forme de la publication qu'il faut considérer, mais uniquement l'action en tant que telle, qui doit être de nature journalistique. Les portails internet peuvent donc également compter sur cette protection. Le BGH formule très clairement la nécessité du privilège des médias, qui découle de la liberté de la presse garantie par la constitution, dans une phrase centrale de l'arrêt : « Sans la collecte, le traitement et l'utilisation des données à caractère personnel, y compris sans le consentement des personnes concernées, le travail des journalistes serait impossible et la presse ne pourrait pas remplir sa mission telle qu'elle est définie et garantie par l'article 5, paragraphe 1, phrase 2 de la Grundgesetz (loi fondamentale), l'article 10, paragraphe 1, phrase 2 de la CEDH, et l'article 11, paragraphe 1, phrase 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. »

- *Urteil des BGH vom 1. Februar 2011 (Az. VI ZR 345/09)* (Arrêt du BGH du 1^{er} février 2011 (affaire VI ZR 345/09))
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13138>

IRIS 2011-5/12

France

Interdiction de diffuser, sans l'autorisation des parents, une émission à laquelle participe un mineur en situation difficile

Amélie Blocman
Légipresse

Dans le cadre de sa mission de protection de l'enfance et de l'adolescence que lui confie l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986, le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à protéger les jeunes téléspectateurs, mais aussi les mineurs participant à des émissions de télévision. A cette fin, il a adopté, le 17 avril 2007, une délibération relative à l'intervention de mineurs dans le cadre d'émissions télévisées autres que les fictions (voir IRIS 2007-6/17). Réaffirmant la nécessité pour les mineurs de pouvoir exprimer leur opinion, ce texte impose aux éditeurs de recueillir le consentement des titulaires de l'autorité parentale et du mineur lui-même, d'éviter la dramatisation ou la dérision dans le traitement du témoignage de celui-ci, de s'assurer que les conditions de tournage et les questions sont adaptées à l'âge des enfants, d'éviter que l'intervention du mineur ne nuise à son avenir et de préserver ses perspectives d'épanouissement personnel. Les éditeurs doivent en outre veiller à protéger l'identité des mineurs qui témoignent d'une situation difficile de leur vie privée lorsqu'il existe un risque de stigmatisation après la diffusion de l'émission. Dans la lignée de ces principes, TF1 s'est engagée aux termes de l'article 13 de sa convention avec le CSA, lorsqu'elle envisage de diffuser le témoignage d'un mineur placé dans une situation difficile dans sa vie privée, à garantir l'anonymat de l'intéressé et à recueillir préalablement l'autorisation parentale, conformément aux dispositions du Code civil.

Or, à la suite de la diffusion, sur TF1, d'un reportage intitulé « Enfants à la dérive », au cours duquel était interrogé un mineur faisant l'objet d'une mesure de placement judiciaire et dont l'identité avait été dissimulée, le CSA fut amené à prononcer une mise en demeure à l'encontre de la chaîne de respecter ces prescriptions. En effet, la diffusion était intervenue malgré le refus écrit de la mère du mineur. La chaîne saisit le Conseil d'Etat pour demander l'annulation de la mise en demeure, soutenant notamment que cette décision serait contraire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans son arrêt du 16 mars 2011, le Conseil d'Etat affirme que l'interdiction énoncée tant par l'article 13 de la convention de la chaîne que par la délibération du 17 avril 2007, de diffuser, sans l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale, une émission à laquelle participe un mineur en situation difficile dans sa vie privée, entre dans le champ d'application du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Et peu importe que l'identité du mineur soit dissimulée. En effet, la circonstance que l'autorisation parentale s'impose même dans ce cas, ne constitue pas, au regard de la nécessité de la protection de l'enfance et de l'adolescence, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Car il n'existe pas de motif d'intérêt général susceptible de justifier que l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ne soit pas recueillie, juge le Conseil d'Etat. Le recours de TF1 est donc rejeté.

- Conseil d'Etat (5^e et 4^e sous-sect.), 16 mars 2011 - TF1
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13215>

IRIS 2011-6/16

Le droit de réponse

Islande

Nouvelle loi islandaise relative aux médias

*Páll Thórhallsson
Service de la législation, Cabinet du Premier ministre islandais,
Université du droit des médias de Reykjavik*

Le 15 avril 2011, le Parlement islandais a adopté une nouvelle loi relative aux médias et a ainsi mis fin aux sept longues années de lutte qui ont été nécessaires pour parvenir à la promulgation de ce texte. Le Président avait opposé son veto en 2004 contre une loi relative aux médias qui prévoyait des restrictions à la propriété des médias. Plusieurs versions différentes du projet de loi relative aux médias avaient ensuite été présentées en vain devant le Parlement.

Cette nouvelle loi, qui transpose en droit interne la Directive Services de médias audiovisuels, apporte plusieurs autres importantes modifications au cadre juridique relatif aux médias actuellement en vigueur. Ce texte remplace à la fois la loi relative à la radiodiffusion de 2000 et la loi relative à la presse de 1956. Il impose à l'ensemble des médias islandais une obligation d'enregistrement auprès de la nouvelle autorité des médias, à savoir la Commission des médias. Le terme « média » est défini comme tout média proposant de manière régulière au public un contenu édité, qui a pour principal objectif de fournir d'un contenu médiatique. Les médias radiodiffusés, la presse et certaines catégories de médias électroniques en font partie, à l'exception des blogs et des médias sociaux.

[...]

Les obligations imposées aux médias en matière de contenu sont désormais bien plus strictes et, pour la première fois, sont également applicables à la presse et aux médias électroniques. Le texte impose en effet aux fournisseurs de services de médias de veiller au respect des droits de l'homme et au principe d'égalité. Ils sont tenus de faire preuve d'objectivité et d'exactitude dans la

présentation des actualités et des émissions consacrées à actualité. Ils doivent également prendre soin de représenter les différents points de vue, aussi bien masculins que féminins.

La protection des sources d'information journalistiques a été renforcée et les dispositions applicables au droit de réponse et à la responsabilité en matière de contenus illicites ont été harmonisées dans l'ensemble des médias.

[...]

- *Lög um fjölmiðla - Lög nr. 38 20. apríl 2011* (Loi relative aux médias no. 38 du 20 avril 2011) <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13180>

IRIS 2011-6/22

Irlande

Introduction d'un régime du droit de réponse

Damien McCallig
School of Law, Université nationale d'Irlande, Galway

Le 3 mai 2011, la *Broadcasting Authority of Ireland* (Autorité irlandaise de la radiodiffusion - BAI) a publié son régime du droit de réponse. Ce régime, entré en vigueur le 4 mai 2011, prévoit les modalités de diffusion d'un droit de réponse, ce qui facilitera la rectification d'informations erronées ayant été diffusées et qui ont porté atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne. Il ne sera pas applicable à des faits inexacts en conséquence desquels il n'est pas porté atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne. Le régime ne concerne que la correction de faits et ne prévoit pas la diffusion d'un point de vue autre ou contraire.

L'article 49 de la loi de 2009 sur la radiodiffusion imposait à la BAI de préparer un régime permettant d'exercer un droit de réponse. Comme requis par l'article 49(3) de la loi, un projet de régime du droit de réponse a été publié en janvier 2011 et une courte période de consultation publique s'est terminée le 4 février 2011.

L'objectif du régime est de proposer un mécanisme effectif, rapide et efficace qui soit clairement compris, proportionné et juste pour toutes les parties concernées. L'exercice du droit de réponse est gratuit et offre à la personne lésée une solution autre que la voie judiciaire pour rectifier la diffusion de faits inexacts à son sujet. Le recours à ce régime n'empêche pas une personne d'entamer une procédure judiciaire en rapport avec une radiodiffusion. Toutefois, un défendeur dans une action en diffamation peut chercher à réduire les dommages en apportant la preuve qu'il a accordé ou proposé un droit de réponse.

Le régime prévu à l'article 2 détaille le processus à suivre pour exercer un droit de réponse. La demande doit être présentée par écrit au radiodiffuseur, normalement moins de 21 jours après la date de diffusion. L'article 2 détaille également les suites pouvant être données à telle demande. En cas de rejet, le radiodiffuseur doit informer la commission de conformité de la BAI.

L'article 3 du régime décrit les informations qu'un droit de réponse doit contenir et la forme qu'une telle déclaration doit prendre. De manière générale, le droit de réponse doit être diffusé à une heure et d'une manière susceptibles de permettre une visibilité équivalente à celle de la radiodiffusion originale.

Un rejet de demande de droit de réponse peut être réexaminé (article 4). La demande de réexamen doit être déposée par écrit auprès de la commission de conformité de la BAI. Un tel réexamen est également possible lorsqu'un radiodiffuseur ne prend pas de décision dans les 10 jours, s'il n'est pas

parvenu à un accord quant à la forme du droit de réponse ou si un radiodiffuseur refuse de diffuser un droit de réponse validé.

Lorsqu'un rejet est annulé par la commission de conformité, le radiodiffuseur doit diffuser la décision dans les 7 jours suivant sa notification. S'il ne s'exécute pas, la commission de conformité peut recommander à la BAI de s'adresser à la Haute cour afin d'obtenir une ordonnance appropriée pour faire en sorte que le télédiffuseur respecte ses obligations.

Le régime s'applique à tous les radiodiffuseurs réglementés de République d'Irlande, mais pas aux radiodiffuseurs titulaires d'une licence délivrée dans un autre pays, même s'ils émettent en République d'Irlande. En vertu de l'article 49(27) de la loi de 2009 sur la radiodiffusion 2009, la BAI est tenue d'examiner le fonctionnement, l'efficacité et l'impact du régime au plus tard trois ans après son entrée en vigueur et tous les cinq ans par la suite ou à tout moment sur demande du ministre des Communications, de l'Energie et des Ressources naturelles.

- *Broadcasting Authority of Ireland, "BAI Right of Reply Scheme", 3 May 2011* (Broadcasting Authority of Ireland, « *BAI Right of Reply Scheme* » (régime du droit de réponse de la BAI), 3 mai 2011 <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13326>

IRIS 2011-7/28

Slovaquie

Modification de la loi relative à la presse

*Jana Markechova
Cabinet juridique Markechova*

La loi n° 221/2011 Coll. (ci-après la « loi modifiée ») modifiant et complétant la loi n° 167/2008 Coll. relative aux périodiques et aux services des agences de presse (ci-après la « loi relative à la presse »), proposée par le ministère de la Culture le 15 février 2011, entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2011. [...]

Elle impose en premier lieu des restrictions au droit de réponse des agents publics à l'égard des déclarations relatives à l'exercice de leur fonction (article 8(2) de la loi modifiée). Il convient cependant de noter que cette restriction ne s'applique pas à l'énoncé des faits relatifs à une personne qui exerce la fonction d'un agent public à titre privé.

Par souci de précision, la loi modifiée définit clairement les termes « agent public » et précise par ailleurs la nature de « l'énoncé des faits », à l'égard duquel les intéressés disposeront d'un droit de réponse, c'est-à-dire lorsque l'énoncé inexact, incomplet ou déformé des faits porte atteinte à l'honneur, à la dignité ou à la vie privée d'une personne physique ou bien au nom ou à la réputation d'une personne morale. Il convient de noter qu'au titre de la précédente législation, toute déclaration, inexacte ou exacte, portant sur une personne physique ou morale précise était soumise au droit de réponse et l'intéressé avait par ailleurs la possibilité d'exercer simultanément son droit de réponse et son droit de rectification. Cependant, en vertu de la loi modifiée, la publication d'un droit de réponse éteint tout droit de rectification sur ce même point.

Le nouveau texte a également apporté d'autres importantes modifications comme l'extension de certaines obligations relatives à la publication d'une rectification, d'une réponse ou d'une déclaration complémentaire. La loi modifiée met en place un éventail élargi de motifs pour lesquels les éditeurs de périodiques et les agences de presse sont susceptibles de refuser une publication. Le motif commun de refus de publication d'une rectification, d'une réponse, ainsi que d'une déclaration complémentaire, concerne les cas de figure dans lesquels une publication pourrait entraîner un

délit, une infraction mineure ou toute autre infraction administrative ou être contraire aux usages ou aux intérêts d'un tiers protégé par la loi.

En outre, la loi modifiée supprime le droit à une indemnisation pécuniaire pour absence de publication d'une rectification, d'une réponse ou d'une déclaration complémentaire ou si certaines conditions nécessaires à cette publication ne sont pas réunies. [...]

- *Zákon z 29. júna 2011, ktorým sa mení a dopĺňa záko č. 167/2008 Z. z. o periodickej tlači a agentúrnom spravodajstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (tlačový zákon) a ktorým sa mení zákon č. 308/2000 Z. z. o vysielaní a retransmisii a o zmene zákona č. 195/2000 Z. z. o telekomunikáciách v znení neskorších predpisov (Loi n° 221/2011 Coll., modifiant et complétant la loi n° 167/2008 Coll. relative aux périodiques et aux services des agences de presse)* <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13454>

IRIS 2011-8/43

Autorégulation

Espagne

RTVA adopte un code d'autorégulation sur le traitement télévisuel de la violence sexiste

*Trinidad García Leiva
Universidad Carlos III de Madrid*

Le conseil des professionnels de Canal Sur Television et Canal Sur 2, deux chaînes du radiodiffuseur de service public andalou Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), a élaboré un code contenant des recommandations et des directives sur l'égalité entre hommes et femmes et la représentation de la violence sexiste à la télévision. Les professionnels en relation avec le radiodiffuseur sont invités à suivre ces principes qui ont été développés dans le cadre d'une vaste consultation avec des experts en droit, en sécurité et en sociologie, ainsi qu'avec des associations pour la protection des femmes et l'égalité entre hommes et femmes.

Fin juin 2011, le directeur général de RTVA, Pablo Carrasco, a reçu un code d'autorégulation applicable aux informations relatives à la violence sexiste, dont l'objectif est de lutter contre les stéréotypes et la violence sexistes présents dans les médias, tout en soutenant la politique publique en matière d'égalité entre hommes et femmes. Ce document, étroitement lié à l'éthique journalistique, présente les bonnes pratiques éditoriales audiovisuelles et comprend des réponses aux questions et doutes les plus fréquemment exprimés en ce qui concerne le sexisme, la violence et le respect de la vie privée.

Une conférence spéciale dédiée à la protection des mineurs et au traitement télévisuel de la violence contre les femmes, organisée par Canal Sur à Séville, est à l'origine de ce code, qui vise à favoriser l'emploi d'un langage non sexiste dans les médias, en particulier lors de la présentation des actualités. L'initiative est l'une des premières de ce type en Espagne.

- *Código de los Profesionales de CSTV para la elaboración de informaciones sobre violencia machista (Code des professionnels de Canal Sur Television sur le traitement de la violence sexiste)* <http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13404>

IRIS 2011-8/25

Italie

Règlement de l'AGCOM et Code d'autorégulation de la représentation télévisuelle des procédures judiciaires

Manuela Branco
Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)

Au début de l'année 2008, l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Autorité de régulation des communications - AGCOM) a adopté la Délibération n° 13/08/CSP, qui soulignait les risques inhérents à la réalisation d'émissions télévisuelles portant sur des procédures judiciaires en cours, comme les docudrames et les docufictions. Dans ces programmes, la reconstitution d'affaires judiciaires s'apparente à un spectacle de divertissement particulièrement captivant visant à accroître le taux d'audience en créant une forme de justice médiatique, qui remplace, pour ainsi dire, un vrai tribunal tout en transigeant sur l'objectivité et l'impartialité de l'information diffusée.

L'AGCOM énonce dans sa Délibération n° 13/08/CSP les principes directeurs applicables à une représentation télévisuelle correcte des procédures judiciaires : il convient d'éviter toute surexposition médiatique ou description artificielle des procès en instance, qui permet difficilement aux téléspectateurs de comprendre correctement les faits ; le droit à l'information ne doit pas être restreint mais la présomption d'innocence du prévenu doit être protégée ; l'information doit respecter les principes d'exhaustivité, d'exactitude, d'équité et de protection de la dignité humaine, en évitant d'instrumentaliser publiquement la souffrance personnelle et en mettant en œuvre des mesures de protection renforcées lorsque des mineurs sont impliqués dans une affaire.

En complément de cette délibération, l'AGCOM invitait les radiodiffuseurs, ainsi que l'ordre italien des journalistes, à adopter un code d'autorégulation visant à garantir la mise en œuvre et l'application concrètes de ces exigences. Ce code, adopté en mai 2009, prévoit, outre la transposition des instructions de l'AGCOM en la matière, la création d'un comité spécial chargé de veiller au respect des instructions, ainsi que de prendre les sanctions qui s'imposent en cas d'infraction.

La première réunion du comité s'est tenue le 17 décembre 2009, c'est-à-dire le jour même de l'entrée en vigueur du code d'autorégulation. Le 18 juillet 2011, la procédure de fonctionnement du comité a été adoptée par les signataires du code, puis publiée sur le site web de l'AGCOM.

Conformément à cette procédure, toute personne qui considère qu'un programme ne respecte pas les dispositions d'autorégulation est en droit d'en informer en détail le comité, en remplissant un formulaire spécifique disponible sur le site web de l'AGCOM. Le comité examinera au préalable l'ensemble de ces dénonciations afin d'apprécier leur exhaustivité, leur validité et leur recevabilité, après quoi le président du comité désignera un membre parmi les représentants de l'AGCOM en qualité de rapporteur chargé de la phase d'enquête. Le rapport sera ensuite transmis au radiodiffuseur concerné, qui disposera dès lors d'un délai de 15 jours pour se justifier par écrit et solliciter une audience. Le Comité pourra par ailleurs demander à ce que lui soit remis l'enregistrement du programme litigieux.

A l'issue de ce délai, le rapporteur informera le président de la clôture de la phase d'enquête et lui transmettra par courrier électronique l'ensemble des informations pertinentes recueillies. Le président convoquera alors le comité, qui se prononcera sur l'affaire à la majorité absolue. En cas d'infraction avérée au code, le radiodiffuseur sera tenu d'en informer le public dans un délai convenable et la délibération du comité sera publiée sur le site web de l'AGCOM.

- *Delibera n. 13/08/CSP - Atto di indirizzo sulle corrette modalità di rappresentazione dei procedimenti giudiziari nelle trasmissioni radiotelevisive, Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 39 del 15 febbraio 2008* (Délibération n° 13/08/CSP - Lignes directrices applicables à une représentation télévisuelle correcte des procédures judiciaires, Journal officiel no. 39 du 15 février 2008)
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=15272>

- *Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazione di vicende giudiziarie nelle trasmissioni radiotelevisive sottoscritto 21 maggio 2009* (Code d'autorégulation de la représentation télévisuelle des procédures judiciaires, adopté le 21 mai 2009)
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=15373>
- *Regolamento di procedura del Comitato di applicazione del Codice di autoregolamentazione in materia di rappresentazioni televisive di vicende giudiziarie adottato il 18 luglio 2011* (Règlement relatif à la procédure de fonctionnement du comité chargé de l'application du code d'autorégulation de la représentation télévisuelle des procédures judiciaires, adopté le 18 juillet 2011)
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=15274>

IRIS 2011-9/27

France

Adoption d'une charte des antennes à France Télévisions

*Amélie Blocman
Légipresse*

France Télévisions, la société de télévision publique, vient d'adopter une « Charte des antennes ». Il s'agit de la première échafaudée par un groupe audiovisuel en France, a annoncé son président-directeur général Rémy Pflimlin. En effet, la télévision publique joue un rôle particulier dans la vie démocratique comme dans la vie sociale et culturelle. Partant de ce constat, le groupe France Télévisions a souhaité définir les principes fondamentaux qui doivent fixer le cours de son action et celui de ses collaborateurs.

Le texte rappelle les « règles éthiques » et les « missions de service public » qui s'imposent aux chaînes de la holding, parmi lesquelles l'« honnêteté de l'information », la « transparence », l'« indépendance et le pluralisme de l'information », ainsi que « la représentation de la diversité de la population française ». Face à la multiplication des sources d'information, en particulier internet, et l'utilisation des moteurs de recherche, la charte rappelle que les journalistes sont tenus de vérifier « toute information » avant sa présentation à l'antenne, ainsi que toutes les images destinées à être diffusées : « les journalistes veillent à l'adéquation entre les images diffusées et les sujets qu'elles sont censées illustrer ». Afin de préserver l'indépendance des professionnels de France Télévisions, la charte prévoit que ceux-ci doivent éviter « toute situation qui pourrait jeter un doute sur l'impartialité de l'entreprise et sur son indépendance par rapport aux groupes de pression idéologiques, politiques, économiques, sociaux ou culturels ». Chaque salarié doit « veiller à éviter toute publicité clandestine » et refuser « argent, cadeau, gratification, voyage, séjour touristique ou autre faveur ou avantage de quelque nature que ce soit risquant d'hypothéquer son indépendance et sa crédibilité ». Les employés doivent également être vigilants, dans l'utilisation qu'ils peuvent faire des blogs et des réseaux sociaux, au « respect des règles professionnelles et déontologiques », et à ne pas compromettre leur crédibilité ou celle de l'entreprise ». A ce titre, la charte a été complétée par « un guide des bonnes pratiques des collaborateurs sur les réseaux sociaux », dans la mesure où « l'ensemble des collaborateurs de France Télévisions peuvent un jour s'exprimer sur leur entreprise ». Comprenant une douzaine de points, ce document rappelle l'interdiction de commentaires injurieux, diffamatoires et racistes, ainsi que l'interdiction de faire état d'informations internes, confidentielles et/ou chiffrées propres à l'entreprise. En outre, les collaborateurs sont personnellement responsables des contenus qu'ils publient que ce soit sur un blog, un site, un média ou un réseau social. De même, il est recommandé aux journalistes de ne pas tweeter sur ce qu'ils n'auraient pas dit à l'antenne, de mentionner systématiquement la source d'un contenu et de toujours vérifier une information avant de la communiquer. Des extraits de la charte des antennes devraient être intégrés à la convention collective, en cours de négociation.

- Charte des antennes de France Télévisions
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=15282>

IRIS 2011-9/18

La régulation de l'internet et la liberté d'expression

OSCE

Déclaration commune des quatre mandataires internationaux spéciaux pour la protection de la liberté d'expression

*Toby Mendel
Centre for Law and Democracy*

Le 1^{er} juin 2011, une déclaration commune a été adoptée par quatre mandataires spéciaux d'organisations intergouvernementales pour la protection de la liberté d'expression, à savoir le Rapporteur spécial des Nations Unies pour la liberté d'opinion et d'expression, le Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias, le Rapporteur spécial de l'Organisation des Etats américains (OEA) pour la liberté d'expression et le Rapporteur spécial pour la liberté d'expression et de l'accès à l'information de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP). ARTICLE 19 et le Centre for law and democracy (Centre pour le droit et la démocratie) ont également contribué à l'adoption de cette Déclaration [...].

La déclaration de 2011 reprend et développe le vif intérêt porté à internet par certains mandataires spéciaux au cours de ces dernières années. Le Représentant de l'OSCE vient de lancer une importante étude intitulée « Liberté d'expression sur internet », qui porte sur la législation et la pratique relative à internet dans les Etats participants. Internet était également le principal sujet du rapport annuel 2010 élaboré par le Rapporteur du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies.

Le préambule de la Déclaration commune met en évidence à la fois le pouvoir sans précédent d'internet pour permettre l'exercice de la liberté d'expression et la menace croissante qui pèse sur la liberté d'internet. Il souligne le « caractère transformateur » que présente internet pour les citoyens du monde parce qu'il leur permet de faire entendre leur voix et de mieux accéder à l'information. Il constate cependant que des milliards de personnes n'ont toujours pas accès à internet ou tout au moins ne disposent pas d'un accès de bonne qualité. Un grand nombre d'Etats ont par ailleurs activement cherché à exercer un contrôle sur les contenus d'internet, alors que d'autres ont imposé, parfois même de bonne foi, des restrictions excessives à la liberté d'internet. Le préambule souligne également que certains Etats ont cherché à « déléguer la surveillance » d'internet à un éventail de plus en plus varié d'intermédiaires qui proposent des services internet.

Le corps principal de la déclaration commune se décompose en six parties distinctes : principes généraux, responsabilité des intermédiaires, filtrage et blocage, responsabilité pénale et civile, neutralité du réseau et accès à internet. La première partie souligne comme une évidence que la liberté d'expression s'applique à internet, que les systèmes de régulation conçus pour d'autres technologies ne peuvent être simplement imposés à internet, que l'autorégulation peut se révéler être un outil efficace contre le discours de haine diffusé sur internet et que la sensibilisation à ces questions est essentielle. Elle invite à accorder une plus grande attention à l'élaboration « d'approches alternatives et adaptées » d'internet. Elle reconnaît, ce qui est important, la nature systémique d'internet et préconise que les évaluations de la proportionnalité des restrictions tiennent compte de sa capacité générale à « permettre à la liberté d'expression de s'exercer concrètement ». [...].

- *Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet by the United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 1 June 2011* (Déclaration commune sur la liberté d'expression et internet du Rapporteur spécial des Nations Unies pour la liberté d'opinion et d'expression, du Représentant de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) pour la liberté des médias, du Rapporteur spécial de l'Organisation des Etats américains (OEA) pour la liberté d'expression et du Rapporteur spécial pour la liberté d'expression et de l'accès à l'information de la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP), 1^{er} juin 2011)
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13400>

IRIS 2011-8/2

Communauté des Etats indépendants

Loi-type relative à la régulation d'internet

Andrei Richter

Faculté de journalisme, université d'Etat de Moscou

L'Assemblée parlementaire de la Communauté des Etats indépendants (CEI), actuellement composée par les délégations des parlements d'Arménie, d'Azerbaïdjan, du Bélarus, du Kazakhstan, du Kirghizistan, de la Moldova, de la Fédération de Russie, du Tadjikistan et de l'Ukraine, a adopté le 16 mai 2011 une loi-type relative aux principes fondamentaux de la régulation d'internet (Модельный закон «Об основах регулирования Интернета»). Cette loi comporte 13 articles au total, répartis en trois chapitres.

Elle énonce les principes et définit les grandes lignes de la régulation des rapports entre les personnes dans le cadre de l'utilisation d'internet, fixe les procédures d'octroi des aides publiques visant à son développement et précise la compétence territoriale et le délai légal des actions en justice relatives à l'utilisation d'internet.

L'article 2 de la loi-type donne notamment la définition des termes « internet », « opérateur de services internet » et « segment national d'internet ». L'article 5 énonce les principes applicables à cette régulation légale : (1) la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, y compris le droit d'utiliser internet et d'accéder aux informations qui s'y trouvent » ; (2) la prise en compte des spécificités de l'établissement et du développement d'internet, ainsi que des dispositions internationales et des procédures techniques actuellement en vigueur ; (3) la limitation de la régulation publique aux sujets qui ne sont pas régis, ou qui ne devraient pas l'être en vertu du droit interne, par des normes internationales ou par des dispositions adoptées par des organismes d'autorégulation d'usagers et d'opérateurs de services internet ; (4) la non-prolifération d'une régulation applicable aux rapports entre les personnes liées au développement d'internet et le « respect des droits et des intérêts des citoyens, de la société et de l'Etat ».

Les organes de l'Etat ont l'obligation de mettre en place des conditions d'accès à internet équitables et non-discriminatoires pour l'ensemble des usagers (articles 7 et 10). Ils ne doivent tolérer aucune restriction « infondée » imposée aux activités des opérateurs de services internet et aux échanges d'informations en ligne sur internet (article 7).

Les Etats membres de la CEI sont incités à imposer aux opérateurs de services internet l'obligation de conserver les données relatives aux internautes et aux services auxquels ces derniers ont accédé pendant une période minimale de 12 mois et de les mettre à disposition des tribunaux et des

services de répression, lorsqu'ils en font la demande, afin de lutter contre les activités illicites sur internet (article 13).

L'article 11 de la loi-type précise que les actions en justice relatives à l'utilisation d'internet sont intentées sur le territoire de l'Etat où l'acte ayant entraîné cette action en justice a été commis, y compris lorsqu'il a été commis par un ressortissant étranger qui séjournait dans ce même pays. Le délai légal court à compter de la date à laquelle a été commis l'acte initial ayant conduit à l'engagement d'une action en justice.

- Модельный закон «Об основах регулирования Интернета» (Loi-type relative aux principes fondamentaux de la régulation d'internet, adoptée lors de la 36e session plénière de l'Assemblée parlementaire de la CEI (Résolution n° 36-9 du 16 mai 2011))
<http://merlin.obs.coe.int/redirect.php?id=13446>

IRIS 2011-8/10

Le cadre juridique de l'utilisation des données à caractère personnel par les médias

*Sebastian Schweda,
Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles*

Les rapports conflictuels entre la liberté d'expression et les droits de la personnalité soulèvent des questions juridiques concernant la portée et la délimitation respective de ces droits. Ces questions ont déjà été traitées dans l'article de fond¹ sous l'angle de la pratique. L'auteur du présent article examine dans les deux premières parties le cadre juridique global mis en place jusqu'à présent par le Conseil de l'Europe et l'Union européenne pour leurs États membres respectifs. La troisième partie présente, à la lumière du régime juridique allemand, des mesures légales et de corégulation qui permettent de maintenir l'équilibre entre les droits concernés.

Les relations entre les médias et les personnes concernées par l'activité des journalistes, ou entre les médias et leurs utilisateurs, sont très sensibles du point de vue des droits fondamentaux. D'une part, les droits fondamentaux qui garantissent certaines libertés des individus constituent des moyens de défense contre l'État et définissent ainsi la (vaste) marge de manœuvre au sein de laquelle les entités juridiques peuvent en principe évoluer hors de toute ingérence de l'État. D'autre part, les droits fondamentaux impliquent également une obligation pour l'État de protéger la sphère juridique privée de individus contre l'ingérence inadmissible de tiers². Le cadre dans lequel les droits fondamentaux et les droits de l'homme s'équilibrent au cas par cas dans cette zone de tension est principalement régi, au niveau européen, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du Conseil de l'Europe et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³ (la Charte).

Les droits fondamentaux visant à protéger les médias se trouvent notamment à l'article 10, paragraphe 1 de la Convention et à l'article 11 de la Charte. Les droits des personnes concernées à la protection de leur personne et de leur vie privée sont préservés par les dispositions restrictives de l'article 10, paragraphe 2 de la CEDH⁴ et de l'article 11 en lien avec l'article 52 de la Charte, et garantis par des droits fondamentaux à part entière visés à l'article 8 de la CEDH et aux articles 7 et 8 de la Charte.

1) *Alexander Scheuer/Sebastian Schweda*, « La protection des données à caractère personnel et les médias », dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *Les limites à l'utilisation des données personnelles*, IRIS *plus*, 2011-6, p. 7.

2) Voir à cet égard *Achim Seifert*, « Die horizontale Wirkung von Grundrechten », *EuZW* 2011, p. 696 et suivantes.

3) JOUE du 14 décembre 2007, C 303, p. 17 et suivantes. Les JO de l'Union européenne et de la CE sont disponibles sur : <http://eur-lex.europa.eu>

4) Les normes restrictives de l'article 10, paragraphe 2 de la Convention définissent le cadre au sein duquel, en vertu de la Convention, la limitation d'un droit fondamental (en l'occurrence, la liberté d'expression) peut être justifiée par l'État.

La portée de ces droits est esquissée ci-après. Cette présentation s'appuie sur des éléments concrets tels que les conventions du Conseil de l'Europe, les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et le droit communautaire dérivé.

I. Les droits des médias

1. Droits de l'homme, droits fondamentaux, droits civiques

L'article 10, paragraphe 1 de la CEDH énonce ce qui suit:

« 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 frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. »

Les deux premières phrases de cet article sont reprises textuellement par l'article 11, paragraphe 1 de la Charte. La référence à un régime d'autorisations visée à l'article 10, paragraphe 1, 3^e phrase de la CEDH, notamment pour l'enregistrement des activités de radio, est absente de la Charte. Par ailleurs, la Charte précise à l'article 11, paragraphe 2 :

« La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés. »

Bien que n'étant pas explicitement mentionnée dans le texte, la liberté des médias (en particulier à l'égard de la presse et de la radiodiffusion) est également reconnue par l'article 10 de la Convention comme une expression particulière de la liberté d'expression, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La CEDH reconnaît le pluralisme des médias comme l'un des « droits d'autrui » légitimes dans le cadre de l'article 10, paragraphe 2 de la Convention⁵. L'Etat est considéré comme l'ultime garant du pluralisme - en particulier dans les médias audiovisuels⁶.

L'article 10, paragraphe 1, phrase 2 de la Convention et le texte identique de l'article 11, paragraphe 1, phrase 2 de la Charte définissent plus précisément le droit à la liberté d'expression en faisant la distinction entre la liberté d'opinion (c'est à dire la liberté d'avoir une opinion) et la liberté de recevoir et de communiquer des « informations ou des idées ». Cette dernière établit donc une différence entre la liberté de recevoir des informations et la libre diffusion de l'information. Le droit de recevoir des informations (ou liberté passive de l'information) inclut le droit d'obtenir des informations publiquement disponibles, sans être limité en cela par l'Etat de façon disproportionnée. Conformément à cette conception, l'Etat lui-même ne doit pas systématiquement rendre publiques des informations confidentielles, mais il doit veiller à garantir la possibilité de s'informer sur les questions essentielles. Le droit à la diffusion de l'information (ou liberté active de l'information) recouvre en grande partie le droit à la liberté d'expression⁷.

Selon la conception générale⁸, la liberté de la presse est – indépendamment de l'absence de mention explicite – protégée de façon spécifique par l'article 10, paragraphe 1 de la Convention : ce champ de protection autonome couvre les publications périodiques, tandis que les ouvrages imprimés de façon ponctuelle, tels que les livres ou les brochures, relèvent du domaine de la

5) Voir CEDH, arrêt du 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, n° 10890/84, paragraphe 69 et suivants. Voir point II. 1 ci-dessous à propos des possibilités de limitation de la liberté d'expression.

6) CEDH, arrêt du 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, n° 13914/88 entre autres paragraphe 38, en particulier en ce qui concerne les médias audiovisuels.

7) *Christoph Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4^e édition, Munich/Bâle/Vienne, 2009, art. 23 I 2 b, paragraphe 5, p. 269.

8) La CEDH a traité la question de la liberté de la presse à de nombreuses reprises ; voir par ex. l'arrêt du 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni (I)*, n° 6538/74 ; arrêt du 25 mars 1985, *Barthold c. Allemagne*, n° 8734/79. Les arrêts de la CEDH sont disponibles sur : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

liberté d'expression (générale)⁹. La protection s'applique à l'intégralité du processus de production d'une publication, notamment les recherches journalistiques et la publication des informations obtenues¹⁰. De même, la protection du secret éditorial – qui n'est pas abordé plus en détail dans cet IRIS *plus* – relève également de la liberté de la presse. Le secret éditorial peut être invoqué aussi bien par le journaliste que par l'éditeur¹¹.

La liberté de la radiodiffusion, également protégée par l'article 10 de la Convention, recouvre la diffusion d'informations et d'idées aussi bien par la radio que par la télévision, quelle que soit la technologie de diffusion choisie. Sont protégées – à l'instar de la liberté de la presse – toutes les activités en lien avec la préparation et la mise en œuvre d'une émission de radiodiffusion.

Depuis l'arrêt de la CEDH dans l'affaire *Lingens c. Autriche*¹², il est établi que le champ de protection de la liberté d'expression, en vertu de l'article 10, paragraphe 1 de la Convention¹³, recouvre à la fois les allégations factuelles et les jugements de valeur. Cependant, la preuve de la véracité des allégations factuelles doit être accessible pour garantir une protection contre toute ingérence dans l'exercice du droit d'expression, alors que cette exigence ne s'applique pas, en principe, aux jugements de valeur, comme c'était le cas dans l'affaire *Lingens c. Autriche*¹⁴.

Les personnes concernées par l'activité journalistique sont protégées par l'article 8 de la Convention et les normes similaires des articles 7 et 8 de la Charte (droit au respect de la vie privée et familiale et droit à la protection des données à caractère personnel les concernant). L'étendue de cette protection est abordée en détail au chapitre II du présent document. A ce stade, il convient simplement de noter que ces droits fondamentaux ne sont pas garantis sans réserve. En vertu de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention, une ingérence dans l'exercice de ce droit est possible, en particulier, si elle est

« prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire [...] à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Les limitations des droits fondamentaux précités de la Charte doivent être mesurées en fonction des restrictions générales visées à l'article 52, paragraphe 1 de la Charte, qui doivent être

« prévue[s] par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement [...] au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. »

En vertu de l'article 52, paragraphe 3 et de l'article 53 de la Charte, il ne peut y avoir de limitation du niveau de protection garanti par la Convention. La notion de « droits et libertés d'autrui », qui

9) *Grabenwarter*, op. cit., article 23 I 2 c, paragraphe 7, p. 270. La CEDH part du principe que la presse est incluse dans le champ de protection et souligne l'intérêt particulier de protéger la presse ; voir CEDH, arrêt du 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 17488/90, paragraphe 39. Cette protection spécifique se manifeste en premier lieu par l'examen de la proportionnalité en ce qui concerne les exigences particulières de justification d'une ingérence.

10) Voir pour, plus de détails, le chapitre II de l'article de fond

11) CEDH, arrêt du 11 janvier 2000, *NEWS Verlags GmbH c/ Autriche*, n° 31457/96.

12) CEDH, arrêt du 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, n° 9815/02.

13) Concernant la portée de la protection visée à l'article 11 de la Charte, il n'existe actuellement pas de jurisprudence aussi riche que sur l'article 10, paragraphe 1 de la Convention. Néanmoins, conformément à l'article 6, paragraphe 1, alinéa. 3, du Traité de l'UE (dans la version consolidée du Traité de Lisbonne), il convient de s'appuyer sur les dispositions du Titre VII de la Charte et sur considérants juridiques historiques de l'élaboration de la Charte pour interpréter les droits de la Charte.

14) Au niveau de la justification, cependant, la CEDH examine s'il existe une base factuelle suffisante pour le jugement de valeur exprimé. Un jugement de valeur qui n'est étayé par aucun fait peut être considéré comme « excessif » ; voir CEDH, arrêt du 27 mai 2001, *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, paragraphe 43 ; arrêt du 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, n° 15974/90, paragraphe 37.

Alors que la CEDH a statué sur l'affaire *Lingens* sur la seule base de l'article 10 de la Convention, dans l'affaire *Pfeifer* (CEDH, arrêt du 15 février 2008, *Pfeifer c. Autriche*, n° 12556/03), elle a mis en balance, en se fondant sur l'article 8 de la Convention, le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression et établi en conclusion une violation de l'article 8 de la CEDH, du fait que l'Autriche n'avait pas suffisamment protégé la bonne réputation du journaliste *Pfeifer*.

peut être invoquée pour limiter les droits visés aux articles 7 et 8 de la Charte, fait référence à ceux de la Convention ou de la Charte. Tant la Convention que la Charte exigent que les limitations de la protection soient imposées par la loi. En outre, il est impératif qu'elles soient « nécessaires dans une société démocratique », ou simplement « nécessaires », et qu'elles respectent le principe de proportionnalité. Sur ce point, la CEDH examine si les motifs invoqués par les autorités ou les tribunaux nationaux pour justifier une ingérence visant à protéger les droits et les libertés d'autrui sont « pertinents et suffisants » aux fins de l'article 8, paragraphe 2 de la Convention¹⁵.

Dans le cadre de la liberté passive de l'information, l'article 42 de la Charte prévoit « un droit d'accès aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission », droit qui est repris pour l'essentiel par l'article 15, paragraphe 3, alinéa 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité UE). Le droit visé à l'article 15 du Traité UE est concrétisé par le Règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents de l'UE¹⁶.

Récemment, la question des liens entre la liberté de l'information et la protection de la vie privée s'est posée avec une acuité particulière dans une affaire où la Commission, en vertu du règlement susmentionné, s'est vue réclamer le compte rendu d'une réunion, y compris tous les noms des participants (la Commission avait accepté de fournir le compte rendu, mais avait masqué certains noms). Suite au refus de la Commission de divulguer intégralement le document avec tous les noms, la requérante a introduit une action devant le Tribunal de première instance (TPI). Celui-ci avait donné droit à la requérante en se fondant essentiellement sur le fait que l'article 8 de la Convention ne s'oppose pas à l'accès aux données à caractère personnel¹⁷. La CEDH a cassé cet arrêt et établi que toute atteinte à la vie privée ou à l'intégrité d'un individu doit être « toujours examinée et appréciée en conformité avec la législation de l'Union relative à la protection des données à caractère personnel, et ce notamment avec le règlement n° 45/2001¹⁸. » La requérante n'ayant pas suffisamment démontré la nécessité du transfert des données, la Commission n'a pas pu vérifier s'il existait une quelconque justification pour déroger aux dispositions communautaires en matière de protection des données¹⁹.

2. Le droit complémentaire européen

Le droit de l'UE formule des exigences portant sur le contenu, en particulier pour le secteur audiovisuel : la directive sur les services de médias audiovisuels²⁰ comporte – outre des limitations pour certains types de publicité et de déclarations d'opinion, tels que les « propos haineux » ou les offres pornographiques – également des dispositions sur le droit de réponse (voir détail ci-dessous au point II 2. b).

Le Conseil de l'Europe a adopté plusieurs instruments visant à garantir la liberté d'expression, des médias et d'information. Le Comité des Ministres s'est prononcé sur certains points spécifiques d'interprétation de ces droits dans une série de recommandations.

15) Voir par ex. CEDH, arrêt du 8 juillet 2003, *Sahin c. Allemagne*, 30943/96, paragraphe 63.

16) Règlement (CE) n° 1049/2001, voir l'article de fond, note 10.

17) TPI, T-194/04, arrêt du 8 novembre 2007, *Bavarian Lager c. Commission*. Les arrêts des tribunaux de la CE et de l'UE sont disponibles sur : <http://curia.europa.eu/>

18) Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données. JOCE du 12 janvier 2001, L 8, p. 1 et suivantes. Les dispositions pertinentes s'appuient en grande partie sur la Directive 95/46/CE. En outre, l'article 34 et suivants comportent des règles de protection des données et de la vie privée sur les réseaux de télécommunications internes des institutions et des organes communautaires qui reprennent les normes pertinentes de la Directive 2002/58/CE. Voir point II. 2. a) ci-dessous.

19) CJUE, arrêt du 29 juin 2010, dossier C-28/08 P, *Commission c. Bavarian Lager*.

20) Directive 2010/13/UE, voir l'article de fond, note 8.

La Recommandation n° R (81) 19 sur l'accès à l'information détenue par les pouvoirs publics²¹ et la Recommandation Rec (2002) 2 sur l'accès aux documents publics visent à promouvoir la liberté de l'information²². Il est possible d'aménager des exceptions à la liberté d'accès érigée comme principe général, notamment aux fins de la protection de la vie privée ou des intérêts individuels légitimes d'autrui, dans la mesure où lesdites exceptions sont prévues par la loi, nécessaires dans une société démocratique et proportionnées au but poursuivi.

La Recommandation Rec(2003)13 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales spécifie les droits des médias au regard de la protection nécessaire des droits de la personnalité des parties intéressées et de leur droit à la vie privée²³. La recommandation reconnaît aux médias le droit d'obtenir des informations sur les activités des autorités judiciaires et les services de police et, en particulier, de rendre compte du fonctionnement du système judiciaire pénal. Conformément à la recommandation, la présomption d'innocence doit rester garantie. La fourniture d'informations sur les personnes suspectées, accusées ou condamnées, ainsi que sur les autres parties aux procédures pénales doit respecter leur droit à la protection de la vie privée. La recommandation prône une protection particulière pour les parties qui sont mineurs ou vulnérables, les victimes, les témoins et les familles des personnes inculpées. D'autre part, les ministres recommandent que les coupables ayant purgé leur peine ne puissent plus être mis en relation avec les délits commis antérieurement d'une manière permettant leur identification, sauf si ces personnes ont consenti explicitement à la divulgation de leur identité, ou si ces personnes et le délit qu'elles ont antérieurement commis sont un sujet d'intérêt public ou sont redevenus un sujet d'intérêt public. D'autre part, la recommandation prévoit un droit de rectification ou de réponse en cas de compte rendu incorrect ou diffamatoire.

Les recommandations du Comité des Ministres ne sont assorties d'aucun effet contraignant direct sur le droit international. Mais elles servent d'appui à la CEDH pour l'interprétation de la Convention²⁴.

II. Les droits des personnes concernées

1. Droits fondamentaux / droits de l'homme

Pour leur défense, les personnes concernées par le traitement des données par les médias peuvent notamment s'appuyer sur le droit fondamental à la vie privée garanti par l'article 8, paragraphe 1 de la Convention. Cet article dispose ce qui suit :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

Cette disposition regroupe plusieurs droits de la personnalité qui, ensemble, constituent une sorte de « barrière de protection » contre l'ingérence de tiers - en particulier de l'Etat - dans la sphère privée de chacun. Outre le domicile personnel, qui est considéré comme un lieu de « retraite », la vie privée et familiale est également protégée d'une façon générale, que ce soit dans un lieu privé ou public. Cependant, une ingérence est plus facile à justifier quand la personne concernée évolue en public.

Au-delà des droits de la personnalité ou de la vie privée, la protection couvre également les relations avec autrui. Par ailleurs, la correspondance est protégée en tant que telle, au sens de toute communication (quel que soit le moyen de communication) qui n'est pas destinée à des personnes

21) Recommandation du Comité de Ministres aux Etats membres du 25 novembre 1981 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques. Les documents du Conseil de l'Europe sont disponibles sur : <https://wcd.coe.int/>

22) Recommandation du Comité de Ministres aux Etats membres du 21 février 2002 sur l'accès aux documents publics.

23) Recommandation du Comité de Ministres aux Etats membres du 10 juillet 2003 sur la diffusion d'informations par les médias en relation avec les procédures pénales.

24) Comme, par exemple, pour l'interprétation de la liberté d'expression, que la CEDH conduit en se référant explicitement aux directives de la recommandation Rec(2003)13 ; voir point II. 2. b) aa) ci-après.

publiques mais à des particuliers. Parallèlement à la généralisation du traitement électronique de l'information, la notion de données à caractère personnel joue un rôle croissant, en particulier, dans la délimitation du champ de protection. La protection globale des informations relevant du domaine personnel (conformément à la disposition) contre toute divulgation à des tiers constitue un aspect majeur du droit de la personnalité visé à l'article 8, paragraphe 1 de la Convention.

Dans l'article 8 de la Charte, cette idée se manifeste par un droit fondamental autonome à la protection des données, qui est garanti parallèlement au droit à la vie privée – énoncé par l'article 7 de la Charte sous une forme presque identique à l'article 8 de la Convention – :

- « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

Ces droits fondamentaux garantissant la protection des données à caractère personnel et la protection de la vie privée (dans son ensemble) sont également invoqués, sur le fond, pour justifier des restrictions à la liberté d'expression et à la liberté des médias – aussi bien en vertu de l'article 10 de la Convention que de l'article 11 de la Charte. Par ailleurs, d'autres droits de la personne, en particulier le droit à la protection de la réputation, peuvent fonder une restriction.

L'article 10, paragraphe 2 de la Convention formule cette limitation comme suit :

« 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 protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles (...) »

L'article 11 de la Charte est soumis – comme nous l'avons déjà vu à propos de la limitation des droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données (cf. I. 1 ci-dessus) – d'une part, à la norme restrictive générale de l'article 52, paragraphe 1 de la Charte, et d'autre part, à l'interdiction d'instaurer un niveau de protection inférieur à celui de la Convention (article 52, paragraphe 3 et article 53 de la Charte).

2. Le droit complémentaire européen

a) Le droit à la vie privée

Le texte de l'article 8 de la Charte décrit les principes essentiels de la situation juridique instaurée au sein de l'UE par la Directive européenne 95/46/CE²⁵ (et par son application dans les Etats membres) et les garantit au titre de droit primaire. Avec cette directive, la CE avait, à l'époque, réussi à mettre en place, pour la première fois, un cadre juridique homogène pour le traitement des données à caractère personnel²⁶. Le terme de « traitement » au sens visé par la directive, désigne en principe toute opération en lien avec ces données. La définition énoncée à l'article 2, paragraphe b de la directive cite à titre d'exemple

25) Directive 95/46/CE ; cf. article de fond (II., note 13).

26) L'article 2, paragraphe 1 de la Directive 95/46/CE définit les « données à caractère personnel » comme « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale. »

« la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction »

Le principe essentiel de la directive veut que le traitement des données ne soit autorisé que si la personne concernée a donné son consentement, ou si une norme juridique le permet. Le droit de l'UE en matière de protection des données est donc basé sur une interdiction de principe du traitement, sous réserve d'autorisation. Les données traitées selon cette règle peuvent uniquement

« être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités » (art. 6, paragraphe 1, alinéa b de la Directive 95/46/CE).

Par ailleurs, elles doivent être

« adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement » (article 6, paragraphe 1, alinéa c de la Directive 95/46/CE).

Ce principe de finalité empêche toute extension ultérieure de l'utilisation des données à caractère personnel à des fins qui n'étaient pas prévues au moment de leur collecte. Pour assurer à tout moment aux personnes concernées transparence et protection juridique, leur statut est protégé par des obligations d'information des instances responsables du traitement des données (article 11), un droit d'accès et d'opposition (articles 12 et 14), ainsi que des recours, règles de responsabilité et sanctions (article 22 et suivants). Par ailleurs, le responsable²⁷ du traitement est soumis à l'obligation de principe de notifier au préalable à l'autorité de contrôle la mise en œuvre d'un traitement automatisé des données (article 18 et suivants). Néanmoins, les Etats membres peuvent, sous certaines conditions, prévoir des dérogations à cette obligation de notification, notamment si le responsable du traitement désigne un détaché à la protection des données (article 18, paragraphe 2, alinéa 2). Lorsque les données sont traitées « aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire », l'article 9 de la Directive 95/46/CE prévoit des dérogations à ces dispositions²⁸ en faveur de la protection de la liberté d'expression ; ces dérogations sont exposées en détail dans l'article de fond (cf. II. 1).

La réforme du droit européen sur la protection des données devrait connaître un nouvel élan avec la proposition²⁹ de la Commission visant à renforcer les droits de l'individu et le marché intérieur, tout en créant un cadre juridique plus cohérent. La Commission a annoncé des projets de textes législatifs et des propositions concrètes de mesures non législatives d'ici la fin de l'année.

Parallèlement à la Directive 95/46/CE qui assure une protection globale des données, la Directive 97/66/CE a instauré par la suite des règles plus spécifiques concernant la protection des données dans les communications électroniques. Cette directive a été remplacée, dans le cadre d'une remise à jour, par la Directive 2002/58/CE, qui, à son tour, a été modifiée par la Directive 2009/136/CE. Ces modifications englobent entre autres une disposition selon laquelle les informations stockées sous forme de cookies ne peuvent être enregistrées sur le terminal ou extraites du terminal de l'utilisateur qu'avec le consentement de ce dernier (article 5, paragraphe 3 de la Directive 2002/58/CE)³⁰.

27) Aux termes de l'article 2, paragraphe d de la Directive 95/46/CE, le « responsable du traitement » est la personne physique ou l'instance qui, « seul[e] ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel. »

28) Conformément au considérant 37, il ne saurait y avoir de dérogations aux mesures visant à garantir la sécurité du traitement des données (article 17). Le texte enjoint aux Etats membres de conférer au moins à l'autorité de contrôle certaines compétences *a posteriori*.

29) Commission européenne, Communication du 4 novembre 2010 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une approche globale de la protection des données à caractère personnel dans l'Union européenne, COM(2010) 609 final, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:FR:PDF>

30) Pour plus de détails, voir l'article de fond (III. 2. b).

L'outil principal dont dispose le Conseil de l'Europe pour la protection des données est fourni par la « Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel » (convention n° 108). Adoptée en 1981, cette convention énonce les principes applicables en matière de traitement automatique des données. Sa structure et son contenu sont clairement similaires à la Directive 95/46/CE, dont le considérant 11 s'appuie explicitement sur cette convention³¹.

Par ailleurs, il existe également plusieurs recommandations du Comité des Ministres visant à préciser les modalités de traitement des données à caractère personnel et le droit à la vie privée.

La Recommandation n° R(99)5 fournit des lignes directrices pour la protection des personnes à l'égard de la collecte et du traitement des données à caractère personnel sur internet. Ce cadre réglementaire vise à établir les principes d'une conduite loyale en matière de protection de la vie privée. La première partie est destinée aux utilisateurs, la seconde aux fournisseurs d'accès à internet.

En vertu de la Recommandation CM/Rec(2007)11, les utilisateurs doivent disposer des informations leur permettant d'exercer leurs droits dans le « nouvel » environnement de l'information et de la communication³². La recommandation énonce, à titre d'exemple, un certain nombre de situations en spécifiant les droits respectivement concernés : le droit à la protection de la vie privée et au secret de la correspondance lors du traitement des données en lien avec le contrôle du courrier électronique et de l'utilisation d'internet, le stockage des données à caractère personnel et la création de profils par les moteurs de recherche et les fournisseurs de contenus, la production de contenus générés par les utilisateurs (UGC) et l'exposition des enfants à des contenus potentiellement préjudiciables. Le droit d'accès à l'information doit être pris en compte dans le cadre des mécanismes de filtrage et de blocage, et de la création de listes et de priorités des informations par les moteurs de recherche. La recommandation invite également les Etats membres, le secteur privé et la société civile à développer des formes de coopération pour promouvoir la capacité des citoyens à exercer leurs droits, notamment la liberté d'expression et d'information, la protection de la vie privée et le secret de la correspondance.

En ce qui concerne la protection des données à caractère personnel dans le cadre du profilage, le Comité des Ministres a adopté la Recommandation CM/Rec (2010)13. En annexe, la recommandation énonce les principes généraux devant être appliqués en particulier par les personnes, les autorités publiques et les organismes publics et privés qui concourent ou recourent au profilage. Le texte fixe les exigences juridiques et techniques pour le traitement des données, les droits individuels, les sanctions et les recours juridiques, les mesures permettant d'assurer la sécurité des données et les recommandations concernant le rôle des autorités de contrôle. Le Comité des Ministres recommande également d'encourager l'élaboration et la mise en œuvre de procédures et de systèmes respectant la protection de la vie privée et des données, dès la phase de planification, notamment grâce à l'utilisation de technologies renforçant la protection de la vie privée.

31) On ne trouve toutefois dans la Convention n° 108 pas de disposition correspondant à l'article 9 de la Directive 95/46/CE. Par conséquent, les limitations au profit des médias doivent s'appuyer sur l'article 9, paragraphe 2, alinéa b de la Convention n° 108. Cette règle prévoit des dérogations aux règles sur la qualité des données, les données particulièrement sensibles, et les droits des personnes concernées « pour protéger ... les droits et libertés d'autrui ». Le préambule de la Convention se réfère à cet égard à l'exemple de la liberté de la presse. Parallèlement aux efforts de réforme de la Directive 95/46/CE, la Convention n° 198 se trouve également en cours de révision. Les résultats d'une consultation publique font apparaître que parmi les participants ayant traité les rapports entre vie privée et liberté d'expression, certains réclament une disposition similaire à l'article 9 de la Directive 95/46/CE ; voir, par exemple, l'avis de l'Union Européenne de Radiodiffusion (UER) du 3 mars 2011 dans : Bureau du Comité consultatif de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (éd.), Rapport préliminaire disponible pour consultation sur la modernisation de la Convention n° 108, sur : http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/dataprotection/TPD_documents/T-PD-BUR_2011_01_%20MOS6%20Results.pdf, p. 149 et suivantes, et Centre for Socio-Legal Studies, dans : *ibid.*, p. 105 et suivantes.

32) Recommandation CM/Rec(2007)11 du Comité des Ministres du 26 septembre 2007 sur la promotion de la liberté d'expression et d'information dans le nouvel environnement de l'information et de la communication.

b) Protection complémentaire des droits de la personnalité

Le statut de l'individu par rapport à la presse est également protégé par de nombreuses dispositions de droit des médias, notamment en ce qui concerne le droit d'obtenir des informations ou le droit d'accès aux informations ou aux événements publics (par exemple conférences de presse ou audiences judiciaires). En 1970, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est efforcée de trouver un équilibre entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Dans sa résolution 428(1970), elle propose, entre autres, de mettre en place une formation professionnelle des journalistes, d'adopter des codes de déontologie et de créer des conseils de la presse.

L'Assemblée parlementaire avait déjà, à cette époque, reconnu le problème particulier posé par la collecte d'informations au moyen de procédés techniques modernes, par exemple des systèmes d'écoute téléphonique ou des microphones cachés, comme cela s'est produit récemment dans le scandale du *News of the World*.

Pour se défendre contre la publication d'informations les concernant, les personnes disposent également d'un droit de réponse. Ce droit permet à la personne mise en cause par un compte-rendu de présenter, *a posteriori*, sa propre version des faits et de rectifier ainsi les informations la concernant (c'est-à-dire des données à caractère personnel), à défaut d'avoir pu empêcher leur publication en amont (en recourant, par exemple, aux moyens du droit de protection des données). Pour exercer ce droit de façon cohérente, la personne devra cependant divulguer, selon les circonstances, d'autres renseignements personnels sur elle-même et consentir à leur collecte et leur publication.

La conception du droit de réponse trouve son fondement juridique, entre autres, dans la directive européenne sur les services audiovisuels³³ : l'article 28 de la directive dispose que les États membres sont tenus de garantir un droit de réponse « ou des mesures équivalentes³⁴ ». Ce droit a également été incorporé dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière. L'article 8, paragraphe 1 de cette dernière établit que les États membres liés par cette convention veillent à ce que toute personne puisse « exercer un droit de réponse ou avoir accès à un autre recours juridique ou administratif comparable. » Pour permettre l'exercice effectif de ce droit, conformément à l'article 8, paragraphe 2 de la Convention sur la télévision transfrontière, le nom du radiodiffuseur responsable du programme doit être mentionné à intervalles réguliers. Quiconque veut disposer d'un canal de communication de masse susceptible de diffuser des informations portant atteinte à la vie privée d'autrui doit tolérer lui-même une ingérence dans sa vie privée.

III. La réglementation au niveau national

Au-dessous du niveau des droits fondamentaux, il existe dans les États membres de l'UE ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme un second niveau de normes juridiques de droit ordinaire pour structurer les rapports entre vie privée et droits de la personnalité d'une part, et médias et liberté d'expression d'autre part. Ces règles servent à définir les droits des médias dans le cadre global de leurs activités journalistiques et éditoriales, tout en instaurant de solides dispositifs de protection pour lutter efficacement contre toute violation des droits de la personnalité dans ce cadre.

33) Op. cit. (note 20). Les « Règles minimales relatives au droit de réponse » énoncées dans l'annexe de la Résolution (74) 26 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe prévoient également un tel droit applicable uniquement en réponse à une déclaration faisant état de faits erronés, alors qu'aucun moyen de défense n'est prévu contre les opinions exprimées. La Convention européenne sur la télévision transfrontière du Conseil de l'Europe du 5 mai 1989 ne fixe aucune limite en ce qui concerne la nature de la déclaration pouvant donner lieu à un droit de réponse. De ce fait, le droit de réponse peut s'appliquer aussi bien aux déclarations erronées qu'aux déclarations véridiques.

34) L'article 28 se réfère uniquement aux services de télévision (linéaires). Selon le considérant 103, son application aux services en ligne est néanmoins envisageable ; voir également la Recommandation du Parlement européen et du Conseil du 20 Décembre 2006 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine et le droit de réponse, JOUE du 27 décembre 2006, L 378, p. 72 et suivantes.

La conception juridique ordinaire des liens conflictuels entre les droits fondamentaux diffère d'un pays à l'autre. Des recours de droit civil en abstention, rectification, rétractation ou dommages et intérêts peuvent protéger une personne si, en l'espèce, lors de la publication (prévue ou accomplie) d'informations d'ordre privé, son droit de la personnalité prévaut. Le cas échéant, des dispositions relatives à la protection du nom et de l'image peuvent également intervenir.

Par ailleurs, de nombreuses dispositions pénales garantissent la protection de la personnalité et de la vie privée d'un individu. Ainsi, en Allemagne, le code pénal prévoit des infractions visant à protéger l'honneur et la réputation (article 185 et suivants du *Strafgesetzbuch* - StGB). De même, le harcèlement, la violation du secret de la correspondance et des domaines les plus intimes de la vie privée (par exemple, par la réalisation de ses propres enregistrements audio ou vidéo clandestins, ou par la divulgation de ces documents par des tiers) sont sanctionnés (voir article 238 ou article 201 et suivants du StGB). Il existe également des règles de protection des données qui – malgré un vaste champ de dérogations, conformément à l'article 9 de la Directive 95/46/CE – garantissent une norme minimale dans le traitement des données collectées. A l'inverse, il convient de veiller à protéger la liberté d'expression et des médias en reconnaissant « l'intérêt légitime » au simple niveau du droit ordinaire : ainsi, un harcèlement pourra, dans certains cas, ne pas être passible de poursuites si l'on considère que les faits reprochés ne sont pas « illicites », mais qu'ils résultent, par exemple, de motifs louables en lien avec les activités journalistiques³⁵.

En complément des dispositions de droit ordinaire, ou lorsque celles-ci font défaut, le moyen d'assurer un niveau de protection approprié et équitable - à un troisième niveau - peut consister en des mesures émanant des médias eux-mêmes, éventuellement associées à une réglementation nationale ou adoptées sur cette base. Ce modèle existe en Allemagne pour la presse, de même que, depuis le 1^{er} janvier 2009, pour les médias en ligne (à l'exception de la radiodiffusion), sous forme de corégulation avec le « *Freiwillige Selbstkontrolle Redaktionsdatenschutz* » (commission de contrôle de la protection des données dans les rédactions) du Conseil de la presse allemand. Les éditeurs qui se sont engagés envers le Conseil de la presse à se conformer au Code déontologique sont également liés par les principes de protection des données dans les rédactions³⁶ inscrits dans ce même code. Le Conseil de la presse mène une action préventive par la formation des professionnels et par des conseils aux rédactions en vue de développer des pratiques conformes aux règles déontologiques. En cas d'infraction, une commission *ad hoc* de protection des données dans les rédactions instruit le dossier. Cette commission peut, en cas d'infraction avérée, prononcer des recommandations, des blâmes ou des plaintes.

Ce qui précède montre que le juste équilibre entre la liberté d'information (active et passive) d'une part et les droits de la personnalité d'autre part constitue un véritable défi pour le « législateur » à tous les niveaux. D'autre part, il ne faut pas oublier la contribution de la justice pour mettre en balance les intérêts au cas par cas, dont l'utilité est confirmée (ainsi qu'il ressort de l'article de fond) par la nombreuse jurisprudence des instances nationales, supranationales et internationales.

35) Voir pour plus de détails *Matthias Seiler*, « § 238 StGB – Analyse und Auslegung des Nachstellungstatbestandes, 2010 », disponible sur : http://tobias-lib.uni-tuebingen.de/volltexte/2010/4592/pdf/238_neu_StGB.pdf, p. 182 et suivantes ; de même que l'article 193 du StGB. Le StGB est disponible sur : <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> [version anglaise : http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/index.html]

36) Le paragraphe 4 du Code déontologique de la presse définit les limites du traitement des données dans le cadre des investigations : il est interdit d'avoir recours à des méthodes déloyales pour collecter des données. Les données collectées de façon contraire aux règles du Code déontologique de la presse doivent être bloquées ou supprimées. Le paragraphe 8 du Code déontologique énonce les principes régissant la protection des droits de la personnalité au niveau de la publication. Dans le préambule, il est précisé que : « La presse doit respecter la vie privée ... l'intimité des personnes ... le droit à l'autodétermination en matière d'information et garantit la protection des données au sein de la rédaction. » Enfin, le paragraphe 13 fixe des lignes directrices pour les comptes rendus d'enquêtes et de procédures judiciaires. Concernant l'*Editors' Code of Practice* de janvier 2011, sur la base duquel la *Press Complaints Commission* du Royaume-Uni instruit les plaintes contre les articles de presse, voir <http://www.pcc.org.uk/cop/practice.html>, en particulier les paragraphes 3 et 10.



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

Informations pour le secteur audiovisuel

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour but d'assurer une plus grande transparence du secteur audiovisuel en Europe. Cette mission comporte la collecte, l'analyse et la publication d'informations actuelles et pertinentes sur les industries audiovisuelles.

L'Observatoire a adopté une définition pragmatique du secteur audiovisuel auquel il se consacre. Ses principaux domaines d'activité comprennent le cinéma, la télévision, la vidéo et le DVD, les services audiovisuels des nouveaux médias et les politiques publiques relatives au cinéma et à la télévision. Pour ces cinq domaines, l'Observatoire fournit des informations juridiques ainsi que des informations sur les marchés et les financements. Son champ d'activité géographique s'étend à ses Etats membres, pour lesquels l'Observatoire consigne et analyse les évolutions. Il couvre en outre, lorsque cela lui paraît opportun, d'autres Etats présentant une pertinence pour l'analyse de l'évolution en Europe. La mise à disposition de l'information implique diverses étapes, telles que la collecte systématique et le traitement des données ainsi que leur diffusion auprès des utilisateurs sous forme de publications, d'informations en ligne, de bases de données et répertoires et de présentations dans le cadre de conférences et d'ateliers. Le travail de l'Observatoire fait appel à des sources d'information internationales et nationales permettant de rassembler des données actuelles et pertinentes. Le réseau d'information de l'Observatoire a été constitué à cette fin. Il comprend des organismes et des institutions partenaires, des entreprises spécialisées dans la mise à disposition d'informations professionnelles ainsi que des correspondants spécialisés. Les principaux groupes cibles de l'Observatoire sont les professionnels du secteur audiovisuel : les producteurs, les distributeurs, les exploitants, les radiodiffuseurs et les autres fournisseurs de services audiovisuels, les organisations internationales du secteur, les décideurs au sein des organismes publics responsables des médias, les législateurs nationaux et européens, les journalistes, les chercheurs, les juristes, les investisseurs et les consultants.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a été créé en 1992 sous l'égide du Conseil de l'Europe, dont il constitue un « Accord partiel et élargi ». Il a son siège en France, à Strasbourg. L'Observatoire se compose à l'heure actuelle de 37 Etats membres et de l'Union européenne, représentée par la Commission européenne. Chaque Etat membre désigne son représentant au Conseil exécutif de l'Observatoire. L'équipe internationale de l'Observatoire est dirigée par le Directeur exécutif.

Les publications et services proposés par l'Observatoire sont classés en quatre catégories :

- Publications
- Informations en ligne
- Bases de données et répertoires
- Conférences et ateliers

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19
www.obs.coe.int – E-mail: obs@obs.coe.int



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



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE



Services d'informations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Pour commander :

- en ligne sous <http://www.obs.coe.int/about/order>
- par e-mail : orders-obs@coe.int
- par fax : +33 (0)3 90 21 60 19

Lettre d'information IRIS

*Observations juridiques de
l'Observatoire européen
de l'audiovisuel*

Accès en ligne et gratuit !

IRIS est un bulletin mensuel vous garantissant une information fiable et toujours à jour sur les évolutions les plus marquantes du droit dans le secteur de l'audiovisuel. IRIS couvre tous les domaines juridiques importants de l'industrie audiovisuelle et se concentre principalement sur la cinquantaine de pays qui composent l'Europe élargie. IRIS décrit la législation relative aux médias au sens le plus large, ainsi que les développements majeurs en matière de jurisprudence, les importantes décisions administratives et les décisions d'ordre politique pouvant avoir un impact sur la loi.

L'abonnement à IRIS est gratuit, les articles sont accessibles et téléchargeables sur le site internet : <http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>

IRIS plus

*Un thème juridique brûlant
examiné sous différents angles*

Les développements juridiques, technologiques et économiques dans le secteur audiovisuel génèrent pour les professionnels des besoins immédiats en informations. IRIS plus a pour but d'identifier ces nouveautés et de fournir leur contexte juridique. Sur la base d'un article de fond étayé par des exposés concis, suivi d'un zoom sur le sujet traité sous forme de tableaux synoptiques, de données de marché ou d'informations pratiques selon les cas, IRIS plus fournit à ses lecteurs la connaissance nécessaire pour suivre et prendre part aux dernières discussions très pertinentes concernant le secteur audiovisuel.

Pour plus d'informations : <http://www.obs.coe.int/irisplus>

IRIS Merlin

*Base de données d'informations
juridiques relatives au
secteur audiovisuel en Europe*

La base de données IRIS Merlin vous permet d'accéder à environ 6 000 articles présentant des informations juridiques en rapport avec l'industrie audiovisuelle. Ces articles relatent les lois, les arrêts des tribunaux, les décisions des administrations, ainsi que les documents de politique générale relatifs aux domaines intéressés, et ce pour plus d'une cinquantaine de pays. Ils portent également sur les instruments juridiques, les résolutions et les documents d'ordre politique émanant des principales institutions européennes et internationales. Accès gratuit au site : <http://merlin.obs.coe.int>

IRIS Spécial

*Informations factuelles
détaillées associées à
une analyse approfondie*

Dans nos publications IRIS Spécial, tous les sujets d'actualité relatifs au droit des médias sont abordés et examinés d'un point de vue juridique. Les publications IRIS Spécial offrent des analyses détaillées de la législation nationale applicable, facilitant ainsi la comparaison entre les cadres juridiques de différents pays. Elles identifient et analysent en outre des questions très pertinentes et donnent un aperçu du contexte juridique, européen et international, ayant un impact sur la législation nationale. Les publications IRIS Spécial abordent ces thèmes juridiques de manière très accessible. Inutile d'être juriste pour les lire ! Chaque édition relève d'un niveau élevé de pertinence pratique combiné à la rigueur académique. Pour accéder à la liste de toutes les publications IRIS Spécial, visitez le site : http://www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/index.html



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



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

IRIS plus 2011-6
**Les limites à l'utilisation
des données personnelles**

24,50 € - ISBN 978-92-871-7290-7