

Chapitre IV

Les nouvelles perspectives en faveur de la liberté d'information.

(1) Reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté d'information

En octobre 1984, le Conseil constitutionnel prend une décision⁴⁴ consacrant la primauté de la liberté de la presse dans une démocratie. Il s'appuie pour ce faire sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et organise ainsi une nouvelle configuration des relations entre les pouvoirs de l'État. Le Conseil constitutionnel confirme le rôle de protecteur, des libertés publiques qu'il lui revient de jouer, de manière assez nouvelle, face au gouvernement et au pouvoir législatif, en se fondant sur des normes constitutionnelles supérieures. « Bouleversement », changement complet de perspective » estimera le constitutionnaliste Louis Favoreu, car il implique « un déplacement du centre de gravité de notre ordonnancement juridique qui, jusqu'ici, était constitué de la loi et des tribunaux des deux ordres, alors que désormais la Constitution et le juge constitutionnel tendent à occuper cette position ». Le bouleversement tient à ce que l'on assiste de plus en plus à « une imprégnation de l'ensemble de notre droit par les normes constitutionnelles et aussi par les normes européennes »⁴⁵.

La décision du Conseil Constitutionnel, si elle n'a pas toujours été ainsi perçue par le grand public, marque une date historique : elle confirme l'intégration à l'ensemble des textes constitutionnels de la République de la Déclaration des droits de 1789 et en particulier de son article 11 qui considère la liberté d'expression

44. Favoreu L., Philip. L. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. Sirey. 1991. p. 600. Décision n° 84-181 des 10 et 1 octobre 1984. Rec. 73., RJC 1-199.

45. Favoreu L. *La protection constitutionnelle de la liberté de la presse*. dans XXII^e journées de l'Association Française de droit pénal. Presses universitaires d'Aix-Marseille. 1994. p. 222..

comme « un des biens les plus précieux », . Voici donc affirmée en France pour la première fois, une primauté de la liberté d'expression, reconnue depuis longtemps dans des pays qui, comme les États-Unis, n'hésitent guère à la mettre au premier rang des autres libertés, puisqu'elle en est la condition.

La loi du 23 octobre 1984 qui donne au Conseil constitutionnel l'occasion de fixer sa doctrine en matière de liberté d'expression, concerne le statut des entreprises de presse. Son projet soumis au parlement par le gouvernement d'André Mauroy fin 1983, a soulevé de longues controverses. Les débats s'étalent sur dix mois. Le nombre des amendements déposés en première lecture atteint le chiffre record de 2.491. Son objectif avoué, en ces premières années de retour de la gauche au pouvoir, est d'assurer la transparence des entreprises de presse et d'éviter leur excessive concentration. Mais elle vise aussi clairement le premier groupe de presse quotidien, d'où son surnom de loi Hersant.

La liberté de la presse définie par le Conseil constitutionnel en 1984

La décision 84-181 des 10 et 11 octobre 1984 correspond à l'examen de la loi sur la presse de septembre 1984 et ne comprend pas moins de cent un considérants. Ceux qui constitutionalisent le droit à l'information et le pluralisme de la presse sont les suivants:

37. « (...) S'agissant d'une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »

38. (...) Le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (...) est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle; (...) en effet la libre

communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents; (...) en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée à l'article 11 de la déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leur propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché. »

Dès son vote, quatre-vingt onze députés RPR et UDF et cent cinquante deux sénateurs saisissent le Conseil constitutionnel.

Cette loi si discutée aura au demeurant un curieux destin. Peu après son vote, l'alternance ramène la droite au gouvernement; elle n'est jamais appliquée et sera remplacée par la loi du 1^o août 1986. Cette dernière contient aussi des dispositions destinées à limiter la concentration de la presse à trente pour cent de la diffusion nationale (qui n'affecteront pas le groupe Hersant).

Jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel, la France était à peu près la seule démocratie - avec le Royaume Uni dont on connaît l'aversion pour les Constitutions écrites - à n'avoir pas inclus une reconnaissance formelle de la liberté d'expression dans sa loi fondamentale. Les États-Unis qui avaient rédigé leur propre déclaration des droits à la même époque que la nôtre, avaient décidé de l'inscrire aussitôt sous forme d'amendements dans le corps de la

Constitution en 1789. Nos voisins d'Allemagne, d'Espagne ou d'Italie l'ont fait avant nous. Existerait-il, comme le pense Louis Favoreu, une tradition de la culture politique française « selon laquelle la Constitution ne contient pas de normes ou de règles susceptibles d'être appliquées dans les litiges ordinaires mais un corps de

vagues recettes politiques destinées à être violées et dont on change par coup d'État ou révolution »⁴⁶ ?

Mais, à part son incorporation à l'éphémère Constitution de 1791, et sa fallacieuse insertion dans celle du second empire en 1852, la Déclaration n'a de fait jamais été inscrite dans une Constitution française. La Loi de 1881 sur la presse ne s'y réfère pas, non plus que les grandes lois de la III^e République restée soixante cinq ans sans Constitution et qui n'a jamais reconnu de valeur juridique aux principes de la Déclaration, tout en leur rendant régulièrement hommage. La situation divise les juristes. Une école soutient qu'implicitement le grand texte de 1789 conserve toute sa validité après sa reconnaissance constitutionnelle de 1791, ou encore parce qu'il s'est depuis lors situé au-dessus des Constitutions. D'autres, plus formalistes, estiment que, ne figurant dans aucun texte juridique, la Déclaration possède sans doute une valeur philosophique, historique ou morale mais certainement pas juridique et encore moins constitutionnelle.

Les Constituants de 1946 décident de s'y référer, mais seulement dans le préambule de la Constitution qu'ils rédigent et, la jugeant sans doute trop datée, lui adjoignent une liste des nouveaux droits-créances, économiques et sociaux. Même attitude chez les auteurs de la Constituants de la Vème République en 1958: la Déclaration et le préambule de 1946 sont reproduits dans le préambule. On semble toujours tenir la Déclaration à distance respectueuse. C'est d'une manière assez contournée que ces préambules consignent « l'attachement » du peuple français aux droits de l'homme tels que définis par la Déclaration. D'où une nouvelle controverse de spécialistes: quelle valeur juridique accorder à un préambule ?

La liberté d'expression dans les Constitutions démocratiques

De nombreux pays démocratiques ont inscrit *la liberté d'expression* dans leur Constitution.

⁴⁶ . Favoreu L. *Idem*. p. 223.

- Le premier pays à le faire a été les **États-Unis** avec le premier des douze amendements à leur Constitution fédérale (interdiction faite au Congrès de prendre des lois restreignant la liberté de la presse) qui forment le *Bill of Rights* de septembre 1789; ratifié en 1791.
- Au **Royaume Uni**, la tradition rejette la conception d'une Constitution écrite. L'**Australie** s'inspire du même droit. Nombre de juristes ont soutenu néanmoins que la liberté d'expression y ressort d'une *constitution non-écrite*. Le Royaume uni a cependant ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, incorporée à son droit positif en octobre 2001, ce qui constitue une charte des droits quasi-constitutionnelle. Le **Canada** a rejeté la tradition : une Charte des droits et des libertés (incluant la liberté d'expression et celle de la presse) a été adoptée en 1982.
- **En France**, la *liberté d'expression* n'est inscrite que dans le préambule de la Constitution mais une valeur constitutionnelle lui a formellement été reconnue.
- En **Allemagne** et en **Espagne**, la presse se voit constitutionnellement reconnaître des *droits prééminents* du fait de son rôle dans la formation et la diffusion de l'opinion publique.
- La nécessité du pluralisme de la presse est inscrite dans les Constitutions de **Pays Bas** et de la **Suède**. Elle a valeur constitutionnelle par décision judiciaire en France et en **Allemagne**.
- **Pays Bas, Espagne, Suède, Finlande, Autriche, Pérou, Brésil, Afrique du sud, Slovaquie, Fédération de Russie, Roumanie, Pologne, Lituanie, Hongrie, Estonie**, ont inscrit le droit *d'accès aux documents publics* dans la Constitution. En **France**, en **Allemagne**, aux **États-Unis** il a valeur constitutionnelle par déduction judiciaire.
- La Constitution garantissant les droits à liberté d'expression les plus étendus est traditionnellement celle de la **Suède**, pays précurseur en la matière dès le XVIIIème siècle.

Le Conseil Constitutionnel commence à trancher ce débat en 1971. Par sa décision du 16 juillet, il déclare non conforme à la Constitution une loi dont une des dispositions implique une autorisation préalable pour la constitution d'une association. Le Conseil l'estime contraire au principe de la liberté d'association reconnue par une des grandes lois de la III^e République. C'est la première fois que la haute instance s'érige en gardien des libertés publiques et le fait en s'appuyant non sur la Constitution proprement dite mais sur une « grande loi » de la république. Au demeurant, ce principe que toute autorisation préalable est contraire à la liberté, s'applique autant à la liberté de la presse qu'à celle d'association.

Pour étayer son argumentation, le Conseil constitutionnel va alors développer la notion d'un *bloc de constitutionnalité*, c'est-à-dire d'un ensemble de textes fondamentaux comprenant non seulement la Constitution mais aussi la Déclaration de 1789, le Préambule de 1946 et sept grandes lois républicaines⁴⁷. Ce qui fait dire à L. Favoreu qu'on se trouve maintenant devant une « Constitution en en 135 articles »: les 93 articles du texte de 1958, les 17 articles de la Déclaration de 1789, les 18 alinéas du préambule à la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux impliqués par les grandes lois de la République. Après la décision d'octobre 1984, la Déclaration des droits acquiert, après deux siècles, un indiscutable caractère constitutionnel et l'article 11, fondateur de la liberté d'expression, fait finalement son entrée fait dans le droit positif du pays où il avait vu le jour.

La décision d'octobre 1984 apporte une définition argumentée et moderne de la liberté de la presse et de la manière dont elle doit se concilier avec d'autres droits et libertés. C'est une charte et un guide tant pour l'exécutif, le législateur que pour le journaliste et le public:

1. La liberté de la presse est une liberté fondamentale « d'autant plus précieuse que son exercice est une des garanties essentielles du respect des autres droits

⁴⁷ . Les sept principes retenus jusqu'ici sont: la liberté d'association, les droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de conscience, l'indépendance de la juridiction administrative, l'indépendance des professeurs d'université, la compétence exclusive de la juridiction administrative quant à l'annulation des actes de la puissance publique, l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière. (Favoreu L, Philip. L. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. Op. cit.)

et libertés et de la souveraineté nationale ». Elle conditionne les autres libertés et constitue, de ce fait, une garantie de la démocratie.

2. Elle peut certes être limitée comme le prévoit l'article 11 de la Déclaration de 1789, par la loi qui réprime les abus. Mais en raison de la priorité de la liberté d'expression, cette limitation doit elle-même être limitée: la loi ne peut réglementer l'exercice de la liberté de la presse que dans un seul but « rendre (cet exercice) plus effectif » ou « le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (*Considérant 37*).
3. « Les lecteurs sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ». Un nouveau droit se définit ici, le droit à l'information. dans le système français, la loi de 1881 définit une liberté « de la librairie et de l'imprimerie » dont les bénéficiaires sont les émetteurs (éditeurs et journalistes). La décision de 1984 pose le principe d'une liberté d'information destinée aux citoyens; En effet « La libre communication des pensées et des opinions voulue par l'article 11 « ne serait pas effective si le public (...) n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ». (*Considérant 38*). C'est la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du pluralisme de l'information. La liberté des éditeurs de presse et des journaliste est ici limitée par les droits du public.
4. L'objectif à réaliser est en conséquence que « les lecteurs soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché ». (*Considérant 38*).

Ces mêmes principes ont été explicitement étendus aux médias audiovisuels par le Conseil constitutionnel dans une décision du 18 septembre 1986 en modulant la définition du pluralisme. En effet, on doit distinguer un *pluralisme externe* (caractérisé par la diversité des publications) quand il s'agit de l'écrit tandis que les émetteurs d'information audiovisuels sont astreints à un *pluralisme interne* (chaque émetteur se doit d'assurer une information représentant la diversité des faits et des opinions).

On peut se demander si la constitutionnalisation de la liberté de la presse et l'émergence d'un droit à l'information sont favorables à la liberté ou au contraire source de nouvelles contraintes. S'agissant du droit de lecteurs, d'auditeurs et de téléspectateurs, on peut s'interroger sur le caractère individuel du nouveau droit qui rejoindrait ainsi le droit au respect de la vie privée, et engagerait la liberté d'informer dans une voie restrictive. A vrai dire, plus que l'information, la reconnaissance constitutionnelle de 1984 limite et encadre la liberté d'entreprendre. Elle légitime le pluralisme et a été effectivement acquise à l'occasion d'une loi qui imposait une série de réglementations à l'entreprise de presse.

La décision du Conseil constitutionnel va encore plus loin. Elle envisage une éventuelle régulation de l'ensemble du système puisque, pour que le choix du lecteur soit libre, il faut que les publications ne dépendent d'aucun pouvoir, ni public ni privé, et « ne puissent faire l'objet d'un marché ». Le marché, base de l'économie libérale, devient susceptible de réglementation et ne peut être laissé à son libre jeu quand il s'agit de presse d'information politique et généraliste. Cet énoncé conforte l'opinion selon laquelle l'information n'est pas une marchandise ou un produit comme un autre et qu'elle est à la fois un bien socio-culturel et un bien industriel ou marchand.

Il semble donc indéniable que l'interprétation du Conseil constitutionnel de la liberté d'information peut empiéter sur la liberté d'entreprendre et que dans la conciliation de ces deux libertés celle de la presse bénéficie de privilèges certains. Les conclusions sont multiples. D'une part le législateur peut fixer les bornes de la concentration et exiger la transparence des entreprises de presse, de l'autre l'interventionnisme de l'État est légitime et ses aides justifiées quand elles ont pour objectif le pluralisme. Enfin, ces dispositions fournissent des armes aux journalistes qui se voient investis de privilèges particuliers vis-à-vis de la direction et de la hiérarchie de leurs entreprises.

En revanche, conférer un caractère constitutionnel à la liberté de la presse et lui assigner une primauté, renforce la protection constitutionnelle dont peut jouir l'information. Le droit à l'information, conception relativement moderne, a toujours été vu comme éminemment favorable au journalisme. Son principe de

base est que le citoyen qui est décideur souverain en raison de son bulletin de vote, n'est pas en mesure de l'utiliser convenablement s'il ne dispose pas de l'information adéquate. Il y a même injustice si une information égale n'est pas accessible à tous. Depuis l'encyclique papale *Pacem in Terris* de 1963, le droit à l'information est devenu la base de des conceptions catholiques en matière de communication. Il est défini comme « le droit de tout être humain à une information objective ».

Ce véritable droit des lecteurs, des auditeurs et des téléspectateurs, confère à une authentique obligation sociale. Sa légitimité s'en trouve attestée d'autant, ses obligations aussi. Comment le public citoyen accéderait-il à l'information, aux événements et aux débats d'actualité sinon en premier lieu par l'intermédiaire des médias et de la presse ? Comment ne pas voir que la médiation du journaliste, quand il fait son métier, est capitale pour rendre accessibles les faits et les opinions, pour les situer dans un contexte intelligible ?

Daniel Cornu, constatant que le droit à l'information déplace les pondérations des émetteurs vers le public, assure que « du même coup, elle (la notion du droit à l'information) conduit à valoriser le rôle des médias, et plus encore des journalistes, qu'elle autorise à se réclamer d'elle le échéant contre les directives générales ou particulières des médias eux-mêmes. »⁴⁸.

Avec des prises de position comme sa décision de 1984, le Conseil constitutionnel a assumé un rôle de contre-pouvoir nouveau dans la distribution classique des pouvoirs de la République. Le législateur, élu jadis souverain, voit sa souveraineté limitée ici quand il s'agit de la liberté d'expression. Il ne peut, selon le Considérant 37, agir que pour rendre plus effective la liberté de la presse. C'est un principe qu'il devra appliquer désormais à toute liberté fondamentale. Ce législateur qui a jusqu'ici été un représentant quasi-sacré, issu du suffrage universel et de la volonté générale, reçoit de injonctions et des rappels à l'ordre en provenance d'une instance supérieure. A l'image du droit anglais, la liberté « naturelle » vient s'imposer à la loi, en lui préexistant.

Le Conseil constitutionnel, architecte et gardien des libertés publiques, a conforté ainsi une position de juridiction de contrôle sur le pouvoir législatif et l'exécutif.

⁴⁸ Cornu. D. *Journalisme et vérité. Pour une éthique de l'information*. Labor et Fides; Genève. 1994. p. 230.

Cette nouvelle hiérarchie a suscité opposition, reproches et controverses, surtout quand, avec l'ancienneté, le Conseil a multiplié ses interventions. Ce qui semble souvent pleinement accepté et traditionnel ailleurs - l'exécutif et le législatif américain se soumettent depuis toujours aux arrêts de la Cour suprême - est en fait totalement nouveau dans la culture politique française.

2) Protection de la confidentialité des sources

En contrepartie, peut-être, de ses diverses dispositions restrictives de la liberté, la loi de réforme du Code de procédure pénale de 1993 a pris deux mesures réclamées par les journalistes mais d'une manière partielle et souvent jugée insuffisante.

La première contribution de la loi de 1993 à la liberté d'expression est un début de protection du secret des sources des journalistes, improprement appelé «secret professionnel» depuis que l'expression a été utilisée par la Charte du journaliste de 1918 (Le journaliste digne de ce nom garde le secret professionnel).

Le secret en question n'a rien à voir avec ce que recouvre la dénomination dans le cas de l'obligation de silence des médecins ou des avocats, définie par l'article 378 du Code pénal. La mission du journaliste consiste au contraire à rendre public ce qu'il apprend, même s'il est en droit de décider où, quand et comment et s'il doit faire preuve de responsabilité. Le secret qui intéresse le journaliste est celui qu'il doit garantir à ses sources d'information quand elles lui en font la demande et dont on a pu dire que, sans cela, il n'y a plus de journalisme possible. «Ce métier n'existe que par la volonté des journalistes de protéger leurs sources» soulignait, à juste titre, un rédacteur en chef⁴⁹.

Le journaliste dépend en effet d'une infinité de personnes bien placées, compétentes et fiables, d'autant plus essentielles que ce sont elles qui, le plus souvent, fournissent les informations non officielles et non institutionnelles, donc contradictoires et indispensables au débat et à la vérité de l'information. Les sources les mieux informées et les plus fiables, sont souvent aussi celles qui ne peuvent être citées en raison de leur fonction. Elles font même, la plupart du

⁴⁹ . *Le Monde*. 25 février 1986.

temps, de l'anonymat la condition de leurs paroles. C'est le cas de toute personne exerçant une fonction et jouant un rôle en rapport avec l'information depuis le plus modeste fonctionnaire local jusqu'au président de la République. Faute de confiance dans le journaliste, ils se tairont. Révéler leur identité reviendrait pour lui à se couper de ses meilleures sources. Il s'efforcera ainsi de les qualifier indirectement pour suggérer leur crédibilité sans les nommer; D'où cette série d'expressions d'usage: de bonne source, de source proche de ..., au Quai d'Orsay, etc.

La Cour européenne a considéré la protection de la confidentialité des sources comme une « pierre angulaire » du journalisme (Arrêt *Goodwin contre Royaume Uni*, 27 mars 1996) puisque « l'absence de cette protection dissuaderait le plus grand nombre de sources valables possédant des informations d'intérêt général de se confier à des journalistes ». Le Conseil de l'Europe a invité, en mars 2000, les États membres à renforcer cette confidentialité, la considérant « essentielle à la démocratie ». Et effectivement partout dans le monde, le respect de la confidentialité des sources journalistiques apparaît comme une pierre de touche de la liberté de la presse. Il est évident que les choses sont différentes s'il s'agit de crime graves ou si une vie humaine risque de dépendre d'une information, par exemple.

Cette pratique se heurte à la loi quand la police est amenée à interroger un journaliste, cité comme témoin et quand on exige de lui la révélation de l'origine des informations qu'il détient et considérée comme pouvant être utile à l'enquête. Nombre de pays ont admis, avant la France, un droit du journaliste à se taire dans ce cas. Il en va ainsi de l'Autriche, de l'Allemagne, de la Suède, de l'Espagne, et la moitié des États-Unis. En France, certains juges ont longtemps fait preuve d'indulgence vis-à-vis de journalistes qui, dans ce cas, feignent d'ignorer l'origine de leurs informations et la jurisprudence tendait à aller en ce sens. Le Syndicat national des journalistes (SNJ) avait rédigé et proposé en 1989 un projet de loi de protection des sources. La loi du 4 janvier 1993 reconnaît enfin le droit du journaliste à se taire à ce sujet et introduit un nouvel article 109 dans le Code de procédure pénale qui dispose que « tout journaliste entendu comme témoin sur des

informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine ».

La réforme du Code de procédure pénale de 1993 apporte une seconde mesure légale protégeant la liberté de la presse: les perquisitions dans les locaux des entreprises médiatiques qui pouvaient être réalisées par des officiers de police judiciaire doivent désormais être conduites par un magistrat qui veille à ce que l'investigation « ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession » et n'entraîne pas de retard dans la publication de l'information. La disposition intéresse au premier chef les journalistes d'images. La police a fréquemment exigé d'eux la remise de photos ou de films (certains non publiés) pour identifier des participants à des perturbations de l'ordre ou à de manifestations.

A l'inverse, la même réforme impose des réformes de nature contraignante :

Le juge peut désormais ordonner la publication de communiqués ou de rectifications si la personne mise en examen a publiquement été présentée comme coupable.

Le juge peut exiger la publication des décisions de non-lieu ou d'un communiqué les résumant, à la demande de l'intéressé.

Tout justiciable ayant bénéficié d'un non-lieu; d'une relaxe ou d'un acquittement peut exiger une insertion forcée dans l'organe de presse qui a évoqué l'affaire.

Le refus par un journal de publier un droit de réponse devient un délit correctionnel (et non plus une contravention) et les pénalités sont majorées.

Il apparaît aujourd'hui que la reconnaissance en 1993 de la confidentialité des sources du journaliste n'est pas totalement satisfaisante. Il arrive en effet que des journalistes soient objet de poursuites afin de les contraindre à révéler sources et information ou afin de saisir leurs documents. En janvier 2002, l'Association Presse-Liberté s'est émue des cas de journalistes interrogés ou poursuivis pour obtenir des renseignements sur leur activité. Elle a dénoncé des affaires dans lesquelles des journalistes ont été accusés parfois de « complicité d'association de malfaiteurs, de recel d'information, de recel de secret professionnel ou de recel de violation de l'instruction » et ont fait l'objet de perquisitions policières. Ainsi, en relation avec

de informations sur des affaires de terrorisme, le journaliste Jean-Pierre Rey a été placé en garde à vue et longuement interrogé. Arnaud Hamelin a été mis en examen en rapport avec le tournage d'une cassette vidéo enregistrant un témoignage sur une affaire de corruption concernant la mairie de Paris et la publication de celle-ci. L'association ajoutait qu'il s'agissait là de procédures visant en réalité, à contraindre les journalistes à révéler l'identité de leurs sources

50 .

La protection accordée au journaliste en 1993 est en effet limitée au cas où le journaliste est cité comme témoin, mais ne mentionne pas les cas où devient suspect ou est mis en examen. L'association Presse -Liberté, traduisant des sentiments répandus parmi les journalistes, voit là un illogisme et estime qu'en s'en tenant à la lettre et non à l'esprit de la disposition, on parvient à la tourner. Aussi propose-t-elle que la protection de la confidentialité des sources soit élargie et précisée par les dispositions suivantes qui seraient insérées dans la Loi de 1881 sur la presse:

- * le respect de la confidentialité des sources s'étend à toutes les informations recueillies par le journaliste dans l'exercice de son activité et susceptibles d'identifier une source.
- * quand il est entendu, pour quelque motif que ce soit, sur ces informations, le journaliste peut opposer la confidentialité des sources et ne peut être contraint à en révéler l'origine.
- * s'il estime qu'il est indûment porté atteinte à son droit par toute décision, mesures ou dispositions prises, ou pressions exercées à l'encontre de sa personne, ses proches ou ses biens, il pourra saisir le juge des libertés et de la détention. la saisine ayant pour effet leur suspension immédiate.
- * ce droit est étendu à toute personne en relation professionnelle avec les journalistes et amenée à connaître de ces informations⁵¹.

(3) Un plus libre accès aux documents publics

⁵⁰ . Association Presse-Liberté. Lettre à Mme. M. Lebranchu, ministre de la Justice, *Correspondance de la presse*. 4 janvier 2002.

⁵¹ . *Idem*.

Le droit à l'information, conception relativement moderne, est un « droit créance » plus large que le droit individuel de s'exprimer tel qu'il a été formulé par la Déclaration des droits de 1789. Il ouvre à tous un droit de savoir et de disposer de l'information nécessaire à l'exercice de la citoyenneté. Il implique donc un droit du public à connaître la vérité ou tout au moins ce qui y contribue. Le corollaire étant que les gouvernements sont dans l'obligation de la fournir avec la plus grande transparence possible et que les journalistes doivent d'aller le plus loin possible dans sa recherche.

Le droit à l'information fait sa première entrée dans le droit positif français avec les lois du 17 juillet 1978 et du 11 juillet 1979 qui ouvrent au public l'accès aux documents administratifs et aux archives, véritable révolution dans notre culture. L'administration française a une longue tradition de secret qu'on peut faire remonter à l'Ancien régime. Traditionnellement elle opposait, à toute recherche d'informations, « un double barrage légal, le mutisme de ses agents et le secret de ses papiers », selon le conseiller d'Etat Louis Fougère. Bien qu'elle ait souvent mis en avant un devoir de réserve, les choses ont certainement évolué. La loi de juin 1983 sur les obligations des fonctionnaires (Article 27) stipule que ceux-ci « ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public dans le respect des règles (sur le secret professionnel et l'obligation de discrétion) ».

Cette avancée du droit à l'information est encore relative. Avec les lois de 1978 et 1979, la France est entrée avec retard dans un mouvement en marche depuis longtemps ailleurs. Des procédures d'accès aux documents et aux informations administratives, remontent en Suède, selon un processus étonnamment libre et précurseur, à l'année 1776, date où la mesure fut directement incorporée au plus haut niveau de l'obligation juridique, celui de la Constitution. L'accès aux documents officiels est devenu une obligation légale en Finlande depuis 1951, aux États-Unis depuis 1967, au Danemark ou en Norvège depuis 1970.

Cette obligation n'a pas été inscrite chez nous dans la Constitution alors que tel est le cas en Autriche, aux Pays Bas, en Suède, en Espagne, en Afrique du sud, en Russie, en Lituanie, en Estonie, etc. En revanche, il n'existe aucune législation spécifique à ce sujet au Royaume uni.

En France, près de deux siècles après la Déclaration des droits de l'homme, la Loi du 17 juillet dispose (Article 1) que « le droit de toute personne à l'information est précisé et garanti (...) en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif ».

En fait, la disposition ne vise pas particulièrement la presse et les médias qui ne peuvent avoir recours à la loi qu'à titre individuel ou en accord avec un particulier intéressé par cette information. Le journaliste qui veut avoir accès à des documents ou à des fichiers contenant des informations de caractère personnel, devra attendre que les délais spécifiques légaux soient expirés. La loi n'établit pas non plus un principe général de transparence des actes officiels dont bénéficieraient toutes les instances d'information. De plus, un document administratif ne formalise pas toujours une information et la loi ne concerne qu'une partie des documents administratifs dont la liste est définie avec la plus extrême précision⁵². Leur énumération, plus proche de la tradition juridique anglo-saxonne que de celle de la France, montre que le législateur, a cherché à accorder au public le droit d'accéder aux documents produits par les multiples autorités administratives, qu'il s'agisse de celles de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics ou des organismes chargés de la gestion d'un service public. L'accès à ces documents peut être en principe réalisé sur place ou par délivrance de copie. Il est à noter que certains d'entre eux font l'objet de publication régulière dans différents bulletins officiels, recueils d'actes administratifs. En même temps on assiste au développement des services d'information et de publication officiels.

La liste des cas où l'accès peut être refusé, en dehors du cas général de documents nominatifs, est longue. Il ne faut pas que le document demandé porte atteinte au secret des délibérations du gouvernement, au secret de la défense nationale et de la politique extérieure, au crédit public et à la monnaie, à la sûreté de l'État et à la sécurité publique, au déroulement des enquêtes et des procédures judiciaires, au secret de la vie privée et des dossiers médicaux et personnels, aux secrets

⁵² . Sont concernés tous dossiers, rapports, études, comptes-rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis (sauf ceux du Conseil d'État et des tribunaux administratifs), prévisions, décisions revêtant la forme d'écrits, d'enregistrements sonores ou visuels, de traitements informatiques d'informations non nominatives.

commerciaux et industriels, à la recherche des infractions fiscales et douanières « ou de façon générale, aux secrets protégés par la loi ».

Ainsi, à ces exceptions près, chacun peut en principe obtenir les documents qui le concernent avec toutefois des dispositions particulières dans le domaine médical, dispositions qui sont actuellement en cours de réforme. Pour surveiller le processus et résoudre les problèmes qui se poseraient, la loi de 1978 a prévu un recours devant une *Commission d'accès aux documents administratifs (CADA)*, préalable à toute procédure devant les juridictions administratives. La commission est composée de dix membres issus des différentes institutions de l'État et présidée par un membre du Conseil d'État.

Quel que soit le pas en avant constitué par ces lois et l'étape historique qu'elles constituent, leur efficacité est loin d'être satisfaisante pour les citoyens en général et encore moins pour la presse et l'information. Leur grande limite réside dans l'excessive longueur des délais nécessaires pour avoir accès à un document. Ils peuvent atteindre des mois voire un an et demi en cas de difficultés. Dans la loi suédoise, ici encore extrêmement libérale, la réponse doit être apportée en vingt-quatre heures faute de quoi les autorités doivent fournir les raisons du délai. C'est dire qu'en France, ce recours n'est guère adapté au mode de travail de la presse et risque même d'être souvent dissuasif. De plus, l'article 10 de la loi de 1978 précise que les documents sont communiqués sous réserve des droits de propriété littéraire et artistique et que l'exercice du droit à la communication exclut pour ses bénéficiaires ou pour les tiers, la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser les documents communiqués à des fins commerciales.

On ne sait donc pas exactement ce que peut faire un organe de presse qui obtient des documents administratifs dont il entend se servir pour l'écriture d'articles du journal, alors que celui-ci est un produit vendu dans le commerce. Ces circonstances font que la loi est en fait plus adaptée aux besoins des chercheurs et des historiens qu'à ceux des journalistes. Rebutés par les obstacles, ceux-ci y font assez rarement appel. C'est l'inverse aux États-Unis où la presse dépose constamment des demandes en vue de l'obtention de documents officiels en vertu de la Loi fédérale sur la liberté d'information (*Freedom of information act*) de

1966 et en font le sujet d'articles ou y mentionnent couramment les documents qui leur ont été communiqués (ainsi que les éventuels refus). La retentissante affaire, dite de Documents du Pentagone en est un exemple (*Voir encadré*).

Cette Loi de juillet 1978, postérieure de quelques mois à celle du 6 janvier 1978 qui créait la *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)* venue réglementer la mise en œuvre des traitements nominatifs informatisés et l'accès aux fichiers, n'a donc pas résolu de façon satisfaisante l'accès aux documents administratifs. Elle participa pourtant de ce mouvement vers plus de transparence que le conseiller d'Etat, Charles Braibant, a pu qualifier de « troisième génération des droits de l'homme ».

Avec le développement des moyens informatiques, du téléphone et de la télématique, et à l'époque en raison du succès du Minitel, l'administration française se rend compte qu'elle détient une mine d'information pour le public en général et les journalistes. Une série de problèmes se posent alors à elle. Faut-il distribuer ces données gratuitement ou les vendre ? Faut-il dans ce dernier cas, le faire directement ou par l'intermédiaire d'entreprises privées chargées contractuellement de cette tâche ?

Certaines administrations, plus dynamiques que d'autres, envisagent alternativement ces différentes options qui donnent lieu à des difficultés de toute nature. Les journaux, les publications spécialisées et l'audiovisuel s'en émeuvent car il arrive qu'il se trouvent ainsi tributaires de prestataires de service privés, parfois très onéreux, pour pouvoir accéder à des données publiques qui devraient être gratuites. Dans d'autres cas, ils sont en concurrence avec des services publics eux-mêmes qui procèdent à la fourniture payante de certaines informations, la météorologie par exemple.

Une affaire oppose ainsi la Société (privée) du journal téléphoné à la Direction de la météorologie nationale. Dans un arrêt du 18 mars 1993, la Cour d'appel de Paris a jugé que la Direction de la météorologie nationale s'est rendue coupable d'un abus de position dominante en empêchant une société privée « d'accéder à une source d'information que celle-ci estime pouvoir exploiter » (il s'agit de données

de météorologie aérienne). L'arrêt fut cassé par la Cour de cassation le 12 décembre 1995. Pour elle, il n'y avait pas eu abus de position dominante, car la Direction de la météorologie gère le service public de la météorologie aérienne et réservait aux seuls usagers de l'aviation civile des messages propres à assurer leur sécurité et celle des passagers sans qu'il y ait commercialisation auprès du grand public. Cette décision n'était guère convaincante.

Une circulaire du 14 février 1994, dite « circulaire Balladur », sur les modalités de diffusion des données publiques fit, en son temps, grand bruit dans les milieux de la presse et des médias, un vif débat s'élevant à propos de leur commercialisation. Elle rappelle que, pour remplir ses missions, l'administration collecte, enregistre, conserve et traite d'importantes quantités de données et dispose ainsi de ressources qu'elle doit gérer « dans le respect des dites missions et dans l'intérêt du public ».

Face à la situation confuse, la circulaire, cherchant à fixer un cadre et des règles claires, envisage deux cas de figure :

a. L'administration détient des données qu'elle n'est pas obligée de diffuser mais qui ont une valeur économique. Dans ce cas, ces données peuvent être commercialisées par des opérateurs privés, des éditeurs par exemple, ou par des organismes publics ayant des missions d'information tels que la Documentation Française ou les journaux officiels, le choix devant être fait en respectant à la fois les règles de concurrence et de spécialité.

b. L'administration détient des informations destinées au public. Dans ce cas, ce service intéressé peut assurer lui-même la diffusion des données.

La circulaire paraît privilégier, même dans le deuxième cas, une diffusion des données publiques par l'intermédiaire d'organismes spécialisés, privés ou publics, étant entendu que les entreprises privées ont l'avantage de disposer d'équipements informatiques adaptés, de relever de la responsabilité commerciale de droit commun, d'offrir un service plus étendu et plus personnalisé qu'une « administration classique ». Cette circulaire rappelle que la loi du 17 juillet 1978 sur la diffusion des données publiques traduit bien une « volonté de l'administration de faire parvenir au plus grand nombre de personnes des informations collectées par elle ou élaborées en son sein » mais distingue les données brutes, dépourvues de mise en forme et, en principe, n'appartenant à

personne, des données à valeur ajoutée qui sont mises en forme et peuvent justifier d'une appropriation intellectuelle et d'une cession dans ce cadre.

La circulaire met aussi l'accent sur la nécessité pour les organismes publics de définir à l'avance leur politique de diffusion ou, en cas de changement, de l'annoncer clairement. Elle rappelle la nécessité de respecter les règles de concurrence, en particulier en matière de tarification. Elle ne mit pas fin au débat entre la presse et les administrations et d'autres circulaires sont intervenues concernant la diffusion de données publiques. Celle du 3 juillet 1996 sur les publications administratives les limite dans les cas où elles « constitueraient à l'égard de l'édition privée des pratiques anticoncurrentielles ». Une autre du 20 mars 1998 sur l'activité éditoriale des administrations et des établissements publics rappelle les mêmes impératifs à des administrations apparemment rétives.

Le développement d'Internet a créé une nouvelle situation. En janvier 1998, le premier ministre Lionel Jospin déclare que, premier producteur d'information du pays, l'administration « doit utiliser les réseaux de communication pour mieux diffuser les données publiques et offrir de nouveaux services interactifs (...) Une politique active de mise en ligne des données publiques constitue donc un enjeu de première importance ». Il propose d'élaborer une doctrine claire en la matière compte tenu du fait que « au delà des données publiques essentielles, dont Internet rend désormais possible une diffusion gratuite, il existe un champ considérable de données dont l'accès constitue l'une des conditions primordiales au développement de l'industrie et du marché français de l'information ». Selon lui, l'État, acteur majeur de la vie économique, doit donner l'exemple et jouer un rôle d'entraînement pour accélérer l'entrée de la France dans la société de l'information. En novembre 2002, le ministre de la Fonction Publique souligne à nouveau la nécessité pour l'administration publique de largement utiliser l'Internet.

Une fois de plus, dans ce secteur nouveau, on retrouve les réflexes traditionnels français : c'est l'État qui doit être moteur, les acteurs de la vie économique se voient conseiller de suivre son exemple avec son aide. Et de fait, on a vu au cours des dernières années, les administrations multiplier la communication et la commercialisation directe de leurs données, aussi bien brutes qu'à valeur ajoutée, entrant ainsi directement en concurrence avec le secteur privé.

Au niveau européen, un rapport intitulé « Lignes directrices pour améliorer la synergie entre secteur public et secteur privé sur le marché de l'information » demande, en 1989, aux administrations d'encourager l'utilisation et l'exploitation des données publiques mais en privilégiant l'exploitation des services d'information à valeur ajoutée par le secteur privé.

(4) La bonne influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

- De nouveaux critères libéraux favorables à la presse

On hésite toujours à utiliser le mot révolution. mais c'est une ère indiscutablement nouvelle du droit de l'information qui s'est ouverte le 4 novembre 1950 quand, dans le cadre du Conseil de l'Europe, première organisation européenne créée après la guerre, une *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* a vu le jour. Comme souvent, les prémices du changement sont à peu près passées inaperçues du grand public comme des journalistes. C'était pourtant la naissance d'un droit européen nouveau, unificateur et clairement orienté par son intention démocratique.

Le Conseil de l'Europe groupe aujourd'hui trente pays aux systèmes juridiques de traditions très diverses. L'Europe, initialement « des six », devenue « communauté » puis largement l'Union européenne a largement repris les termes de la Convention quand il s'est agi de rédiger à Biarritz, en octobre 2000, puis à Nice en décembre de la même année, une charte

Européenne des droits. Cette Europe du droit, lentement et sérieusement construite en dehors de l'économie et de la politique présente une capacité d'unification moins visible, mais ne peut être aussi importante que la monnaie ou les diverses harmonisations financières et économiques.

La Convention européenne de 1950 s'inscrit dans le mouvement de pensée de la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et dans la ligne de pensée de Montesquieu quant aux libertés d'opinion et d'expression. Elles doivent être

garanties et n'être limitées que par la loi. La même articulation se retrouve dans la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée par l'ONU en 1948, au lendemain de la seconde guerre mondiale quand il parut nécessaire de redéfinir les principes et les règles de la démocratie et de l'Etat de droit. Toutefois, si la Déclaration universelle a bien été suivie d'un *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, aujourd'hui ratifié par plus de cent quarante nations, elle ne prévoit pas la façon de sanctionner les manquements. Au contraire, la Convention européenne a donné naissance à la Cour Européenne des Droits de l'homme, dont le siège est à Strasbourg et qui est chargée d'assurer le respect de ses principes par les Etats.

***La liberté d'expression dans la Déclaration universelle des droits de l'homme
(Résolution 217 A (III) de l'ONU du 10 décembre 1948)***

ARTICLE 19 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ».

ARTICLE 29 - 2. « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun est soumis aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. »

* Ces principes se retrouvent identiques dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*:

ARTICLE 19 - 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions;

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de

toutes espèces, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique ou par tout autre moyen de son choix ».

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par loi et qui sont nécessaires

a. au respect des droits ou de la réputation d'autrui;

b. à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publique. »

Un système juridique supranational sans précédent a commencé alors à s'élaborer et fonctionner à l'initiative des Etats comme des particuliers. La France ne l'a ratifiée que vingt-quatre ans plus tard en 1974 et il a aussi fallu attendre 1981 pour que qu'elle autorise les recours individuels devant la Cour européenne, procédure indispensable pour que celle-ci soit véritablement efficace. L'attente obéissait au fait qu'il était nécessaire d'éliminer du droit français la peine de mort, comme l'exigeait la Convention européenne pour une adhésion totale. Dès lors, la Convention européenne ne se limitait pas à l'énumération d'un ensemble de droits, elle les garantissait immédiatement à toute personne relevant de la juridiction des parties contractantes, selon le commentaire de François Mitterrand alors Président de la République.

***La liberté d'expression dans la Convention Européenne
de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950)***

ARTICLE 10 - 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les

états de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2 - L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La cour a souvent redit à l'occasion de ses arrêts, qu'elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions nationales mais de vérifier, à la lumière de l'article 10 de la Convention européenne, si les motifs des décisions qu'elles ont rendues paraissent « pertinents et suffisants ». Ce contrôle vaut certes pour tous les pays de l'Union européenne mais prend une importance particulière dans les pays de l'Union qui appartenaient autrefois au bloc soviétique dont les institutions démocratiques sont relativement jeunes.

Synthèse des conceptions juridiques des pays de *common law* et des pays de droit écrit, la nouvelle jurisprudence européenne s'est affirmée depuis trente ans comme une source essentielle de progrès pour la liberté d'expression. Si elle a permis de notables avancées dans différents domaines touchant à aux libertés physiques, au droit à un procès équitable, au respect de la vie privée, à la liberté d'association, ou à la protection de la propriété, c'est tout particulièrement pour ce qui a trait à la liberté d'expression que les juges de Strasbourg se sont montrés novateurs. Dans ce domaine, tous les pays concernés - y compris ceux qui, comme la France, ne reconnaissent pas la force contraignante du précédent - ont été amenés à tenir compte des décisions européennes soit en modifiant leur législation, soit en acceptant l'évolution de leur propre jurisprudence.

La Convention est aussi novatrice pour le droit français que pour le droit britannique. Quand, en octobre 2000, elle a été incorporée dans celui-ci, on faisait remarquer que, sans peut-être avoir l'importance historique de la *Magna Carta* de 1215 ou du *Bill of Rights* de 1689, c'était pourtant la première acceptation d'un texte constitutionnel dans un pays farouchement opposé à toute Constitution écrite et qu'au surplus celui-ci créait une instance supranationale devant laquelle les toutes les institutions, y compris le pouvoir exécutif, pouvaient être assignées en jugement.

C'est aussi une nouveauté, bénéfique aux yeux de nombreux défenseurs de la liberté de la presse, que le droit qui la concerne, ressorte de la jurisprudence plutôt que d'un appareil législatif aussi lourd que celui qui a été mis en place en France. Sur ce point, le droit européen se rapproche du système américain où, en raison du Premier amendement, toute réglementation de la presse étant prohibée, c'est à la jurisprudence qu'il revient d'établir le cadre de la liberté d'expression. Ainsi a-t-on pu souligner combien la Convention et sa jurisprudence contribuaient à « l'émergence d'un ordre public démocratique européen en matière pénale et ou civile »⁵³. Celui-ci réalise une habile synthèse entre la tradition française des limites garanties de la liberté et les traditions anglaise et américaines de liberté « naturelle ».

Jean-François Burgelin, procureur auprès de la Cour de Cassation a pu estimer que « la liberté de la presse appartient à l'Europe » qui sera le « meilleur rempart » contre les abus⁵⁴. De fait, l'article 10 de la Convention européenne énonce avec le moins de restriction possible, le droit de savoir du citoyen et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui en découle fait clairement pencher la balance en faveur de la liberté d'expression et du droit démocratique à l'information.

Dans un droit de la presse marqué, en France, par un siècle d'injonctions et de contraintes, par l'élargissement continu des lois, des codes et de la jurisprudence, le droit européen vient contrebalancer la tradition de méfiance voire d'hostilité au journalisme, en avançant de nouveaux critères d'appréciation plus favorables à la liberté de l'information. Il pose même indirectement la question de la caducité de la loi de 1881, ou de sa révision à la lumière des

⁵³. Lacabarats. A. vice-président du TGI de Paris, in *Les nouvelles censures de l'écrit et de l'image*. PUF. 1999. p. 80.

⁵⁴. Colloque Presse-Liberté. 30 mai 2000.

nouveaux principes. L'avocat Henri Leclerc a souligné par ailleurs combien ce droit européen largement basé sur la jurisprudence est « évolutif et vivant » et combien, depuis trente ans, il a fait incontestablement progresser des droits admis comme fondamentaux par des sociétés de tradition juridiques, voire de culture différentes. Pour lui, les décisions de la Cour de Strasbourg en matière de protection de la liberté d'expression ont été « exemplaires »⁵⁵.

- Nouvelles normes de droit européen

La jurisprudence de Strasbourg, telle qu'elle est en voie de s'édifier, place au tout premier rang le principe selon lequel la liberté d'expression constitue un des fondements essentiels d'une société démocratique. L'examen des décisions prises jusqu'ici permet de dresser le tableau des principes généraux qui caractérisent le nouveau droit européen en la matière :

a. La prééminence des libertés d'opinion et d'expression dans la démocratie

La liberté d'opinion figure au premier rang des principes qui guident la jurisprudence de la Cour européenne. A l'origine se trouve la plainte du journaliste autrichien Lingens condamné pour diffamation par la justice de son pays pour avoir dans deux articles reproché au chancelier Kreisky sa complaisance envers un politicien ancien membre des SS. Il avait été condamné non sur la matérialité des faits ni sur sa bonne foi qui étaient incontestés, mais parce qu'il n'avait pas pu apporter la preuve de ses jugements. La Cour européenne (Arrêt *Lingens contre Autriche* du 8 juillet 1986) jugea que l'exigence de prouver un jugement de valeur est « irréalisable » et surtout « porte atteinte à la liberté d'opinion elle-même ».

Quant à la liberté d'expression, elle bénéficie d'une véritable prééminence car elle « constitue un des fondements essentiels d'une société démocratique, une des

⁵⁵ . *Le droit de la Presse de l'an 2000*. Forum Légipresse. p. 124.

conditions essentielles de son progrès et de l'épanouissement de chacun »⁵⁶. Aussi, quand il faut se prononcer sur une restriction à cette dernière, on ne se trouve pas « devant un choix entre deux principes en conflit mais devant le principe de la liberté d'expression qui peut souffrir un certain nombre d'exceptions, mais qui doivent être étroitement interprétées »⁵⁷. L'État qui entend restreindre la liberté d'expression doit donc établir d'une part que la mesure est prescrite par la loi et que son objectif est légitime, c'est-à-dire nécessaire dans une société démocratique. Les restrictions ne peuvent de surcroît intervenir que dans des données énumérées par le second paragraphe de l'article 10: la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, les droits d'autrui, la santé publique.

La mention « nécessaire dans une société démocratique »⁵⁸ élargit singulièrement la Déclaration des droits de l'homme de 1789 où la liberté d'expression est décrite comme un « des biens les plus précieux » de l'homme dont la loi réprime les abus. Cette loi n'est plus seulement l'oeuvre du législateur qui interprète la volonté générale, elle doit aussi prendre en compte les intérêts sociaux. La nouveauté pourrait bien être ici qu'on s'éloigne de la conception rousseauiste du contrat social. La pierre de touche est autant ou plus la démocratie que l'intérêt général.

C'est encore la démocratie qu'on retrouve dans les jurisprudences qui précisent que toute restriction à la liberté prescrite par la loi doit être établie de manière convaincante et répondre à un « besoin social impérieux », être « accessible de manière adéquate », prévisible et « formulée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ». Les juges de Strasbourg n'ont cependant pas voulu minimiser le pouvoir d'appréciation des autorités nationales quand il s'agit d'évaluer le besoin social. En matière de presse et d'information, le besoin social doit cependant toujours se subordonner à l'intérêt même de la démocratie et prendre soin que la restriction apportée à la liberté d'expression soit proportionnée au but légitime poursuivi.

⁵⁶ Arrêts *Lingens c/ Autriche*. 8 juillet 1986 (A n°103).

⁵⁷ . Arrêt *Sunday Times c/ Royaume Uni*. 26 avril 1979. Séries A n° 30, par 65.

⁵⁸ . Également arrêts *Sunday Times c/ Royaume Uni*. 26 avril 1979, *Observer et Guardian (Affaire Spycatcher) c/ Royaume Uni*. 26 nov. 1991,

b) Le droit à l'information dans une démocratie

Le nouveau droit européen consacre le droit à l'information. La Déclaration des droits de l'homme de l'ONU l'avait fait avant même la Convention européenne qui parle de « liberté de recevoir » l'information. La jurisprudence de Strasbourg le confirme. Pour elle, sans franchir les bornes fixées par la Convention en vue notamment de la « protection de la réputation d'autrui », il incombe à la presse « de communiquer des idées et des informations, sur les questions débattues dans l'arène publique, comme sur toutes celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit pour le public d'en recevoir »⁵⁹.

c) L'intérêt public, critère déterminant

La fonction prééminente de la liberté d'expression confère à la presse la mission d'être un fournisseur d'information sur les sujets d'« intérêt public »⁶⁰. C'est encore dans une affaire retentissante où le Royaume Uni est au banc des accusés, que la Cour se prononce en ce sens. (*Sunday Times contre Royaume Uni*, 26 avril 1979) et s'en prend au délit de *contempt of court*, l'outrage à la Cour, une des principales incriminations utilisées par la justice britannique pour brider l'information. Elle permet au juge d'interdire la diffusion d'informations qu'il considère nuisibles au bon déroulement d'un procès et revient à exercer une censure préalable sur ce qui concerne l'affaire en cours. En l'occurrence, cela avait permis de réduire au silence le *Sunday Times*, un des plus gros tirages de la presse britannique, qui avait commencé une série d'articles sur les conséquences de l'usage de la Thalidomide, un médicament alors prescrit aux femmes enceintes qui avait provoqué de terribles malformations chez leurs enfants. Les parents des victimes avaient intenté une action contre le laboratoire pharmaceutique qui fabriquait le médicament et qu'ils accusaient de négligence.

⁵⁹ . Arrêts *Lingens c/ Autriche* et *Observer et Guardian c/ Royaume Uni*, précités.

⁶⁰ . Arrêts *Lingens c/ Autriche*, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, précités.

La justice britannique interdit au *Sunday Times* de traiter l'affaire pendant que se déroulait une procédure préliminaire, fort longue, d'arrangement à l'amiable entre les parties, arguant que les articles gêneraient le cours de la justice si aucun accord n'intervenait. Le journal, ayant perdu en première instance et en appel, saisit la Cour de Strasbourg et obtint gain de cause. Il s'agissait, statua celle-ci, d'une atteinte à la liberté d'expression nullement justifiée par « un besoin social pressant ». Au contraire, la gravité du sujet, les effets de la Thalidomide, faisait que l'intérêt du public à recevoir de telles informations l'emportait. L'atteinte à la liberté d'expression n'était ni « proportionnée au but légitime » poursuivi ni « nécessaire dans une société démocratique » pour garantir le bon fonctionnement de la justice. Cet arrêt poussa le législateur britannique à reformuler le délit de *contempt of court* dans une loi de 1981. Celui-ci ne peut désormais être invoqué que si la publication crée un « risque substantiel » de voir le cours de la justice « sérieusement empêché ou compromis ».

d) La presse, « chien de garde la démocratie »

Libérale, la jurisprudence européenne donne une claire priorité aux critères de contrôle et de vigilance démocratique de la presse et de l'information que le droit français a eu parfois tendance à déplacer en faveur des droits de l'individu. La Cour a affirmé que, pour elle, c'est la notion de société démocratique qui « domine la Convention tout entière »⁶¹. Il incombe à la presse d'être « le chien de garde de la démocratie », expression qu'on retrouve dans plusieurs arrêts (*Handyside, Lingens, Goodwin*, etc) . Cette notion est, depuis Jefferson et Madison, un des axes de la culture politique américaine mais est moins aisément admise chez nous bien que Tocqueville aussi ait souligné les « biens inestimables qu'assure la liberté de la presse »⁶², malgré tous les défauts de celle-ci. Cette fonction de « vigilance » de la presse ne figure pas dans un instrument aussi décisif que la loi de juillet 1881.

C'est en vertu de ce critère que la Cour européenne donnera raison au journaliste danois Jersild que la justice de son pays avait condamné comme complice des marginaux qui tenaient des propos racistes à l'égard des

⁶¹ . Arrêt *Lingens*.

⁶² . *De la démocratie en Amérique*. I, 2, chap. III.

travailleurs immigrés dans un de ses reportages télévisés (Arrêt *Jersild contre Danemark*, 23 septembre 1974). La Cour européenne prit en considération la finalité du reportage qui n'était pas la propagation d'opinions racistes et conclut qu'on ne pouvait pas sanctionner le journaliste pour avoir laissé un tiers s'exprimer, sinon la presse ne pouvait pas jouer son rôle de « chien de garde de la démocratie ».

Dans le même ordre d'idées, la Cour a eu l'occasion de fonder son jugement sur la « nécessité (d'une action, d'une mesure, d'une décision de justice) dans une société démocratique » en se prononçant en même temps en faveur de la confidentialité des sources du journaliste. En 1996, M. Goodwin, journaliste anglais qui avait recueilli des informations sur les difficultés financières d'une entreprise avait été poursuivi par celle-ci pour obtenir de lui le nom de son informateur. Sommé par la justice de le révéler, le journaliste saisit la Cour de Strasbourg. Celle-ci, se posa la question de savoir si l'ingérence de la justice britannique qui avaient entravé la liberté d'expression de Goodwin, était « nécessaire dans une société démocratique » (Arrêt *Goodwin contre Royaume Uni*, 27 mars 1996). La Cour répondit que non, en reprenant tous les critères de défense de la liberté d'expression qui sont les siens : « La protection des sources des journalistes est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse... L'absence d'une telle protection pourrait dissuader des sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de *chien de garde*, et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait se trouver amoindrie ».

e) Pluralisme et tolérance dans l'expression des idées

Le premier arrêt que la Cour européenne prononce concernant la liberté d'expression (Arrêt *Handyside*, 7 décembre 1976), fut pour elle l'occasion de fixer sa doctrine sur la fonction spécifique de la presse dans une société démocratique. Comme celle-ci est précisément basée sur l'affrontement des idées et des opinions, le débat doit se dérouler sans contraintes . Compte tenu

des limites légalement fixées, la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations et les idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquelles il n'y a pas de « société démocratique »⁶³.

La Cour n'en donna pas pour autant raison pour autant à l'éditeur britannique Handyside dont le *Petit livre rouge à l'usage des écoliers* avait été saisi, en partie en raison de ses chapitres sur l'éducation sexuelle, sous l'inculpation d'obscénité. Elle estima en effet qu'un Etat est en droit de défendre les valeurs morales de la jeunesse selon les critères en vigueur dans le pays. Si la liberté d'expression constitue un des fondements de la démocratie et qu'il faut la maintenir dans sa plus large acception, toute restriction doit être proportionnée au but recherché. Ces mêmes affirmations se retrouvent dans l'arrêt *Lingens* du 8 juillet 1986

f) L'homme public, plus exposé à la critique

C'est dans ce même esprit d'ouverture démocratique et de prééminence de la liberté d'expression que la Cour élargit le champ de l'information quand il s'agit d'un personnage public. « La liberté de la presse fournit à l'opinion publique un des meilleurs moyens de connaître et de juger les idées et les attitudes des dirigeants. Plus généralement, le libre jeu du débat politique se trouve au coeur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention (européenne de sauvegarde des droits de l'homme) toute entière. Les limites de la critique admissible sont ainsi plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, qu'à l'égard d'un simple particulier » (Arrêt *Lingens contre Autriche*, déjà cité).

- Les juges de Strasbourg et la France

⁶³ . Arrêts *Lingens c/ Autriche* précité. *Handyside c. Royaume Uni*. 7 décembre 1976.

La Constitution française instaure (Article 55) une indiscutable prééminence des traités et des accords internationaux. Quand ils sont ratifiés, ils ont «dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois». La Cour de cassation et le Conseil d'Etat se sont ensuite prononcés dans le même sens. Pourtant l'émergence en France du droit européen tel qu'il résulte de la Convention européenne et de la jurisprudence de Strasbourg n'a pas toujours été simple ni aisée. Il est même arrivé qu'on puisse ranger la France, en raison de certains refus, parmi les mauvais élèves du Conseil de l'Europe⁶⁴.

Ainsi, la Cour de Cassation refusa de s'incliner en 1990 et il fallut que le gouvernement fasse approuver une loi réglementant les écoutes téléphoniques pour tenir compte de l'arrêt de Strasbourg.

En quelque sorte, cette Loi du 10 juillet 1991 consacre effectivement la Cour européenne comme un troisième niveau juridictionnel supranational. La France a encore à deux reprises refusé - chose rare parmi les quarante pays signataires de la Convention - de rouvrir des procès criminels alors que la Cour européenne l'avait condamnée pour procès inéquitable. Le comité des ministres du Conseil de l'Europe en vint à exiger en 1997 la tenue d'un nouveau procès.

Mais là encore, depuis la loi sur la présomption d'innocence, dite loi Guigou, de juin 2000, cette difficulté a été résolue. Cette loi prévoit expressément que «le réexamen d'une décision pénale définitive peut être demandé s'il résulte d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme que l'infraction n'a pas respecté la Convention européenne des droits de l'homme »⁶⁵.

En ce qui concerne plus particulièrement la liberté d'expression, la France a été citée devant la Cour européenne des Droits de l'homme pour deux affaires et fut, dans les deux cas, condamnée. La Cour de Strasbourg a fait ainsi prévaloir la liberté d'expression dans son Arrêt du 23 septembre 1998 (*Lehideux et Isorni contre la France*). Il ne s'agissait pas d'un article de presse mais d'un placard publicitaire paru dans *Le Monde* en juillet 1984 et invitant à signer une pétition pour défendre la mémoire du maréchal Pétain.

⁶⁴ . *L'affaire Hakkar illustre la résistance française à la justice européenne* . Le Monde. 16 février 2.000.

⁶⁵ . Loi 2000-516, 15 juin 2000. Chap; VII. Art. 89. complétant l'article 626 du Code de procédure pénale.

Devant la justice française, M. Lehideux et l'avocat Jacques Isorni, qui fut l'avocat du maréchal, avaient été condamnés pour apologie de crimes ou délits de collaboration. La Cour européenne considéra cette condamnation comme une ingérence dans l'exercice du droit à la liberté d'expression des deux accusés et se demanda si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique. Elle n'en jugea pas ainsi. Pour elle, M. Lehideux et Me Isorni ne s'étaient pas placés sur le terrain de la défense des atrocités et des persécutions nazies, mais sur celui de l'éloge d'un personnage, le maréchal Pétain. La condamnation pénale qui leur avait été infligée par la justice française était disproportionnée et nullement « nécessaire dans une société démocratique ».

C'est surtout ce qu'on appelé l'affaire Calvet du *Canard Enchaîné* qui a suscité l'attention.

La France, citée devant la Cour européenne, s'est vue condamnée par un arrêt qui donnait clairement la priorité au double droit des citoyens de savoir et des journalistes d'informer

(Arrêt *Fressoz et Roire contre France* », 21 janvier 1999). L'affaire remonte au jour de l'année 1989. Alors que les salariés de Peugeot en grève se voyaient refuser une augmentation de salaires, *Le Canard Enchaîné* avait révélé, photocopie des avis d'imposition à l'appui, que M. Jacques Calvet, alors président de la firme automobile, avait bénéficié d'une hausse de ses revenus de près de cinquante pour cent en deux ans.

L'industriel porte alors plainte pour détournement d'actes ou de titres par fonctionnaire public, violation du secret professionnel, vol de documents et recel de documents obtenus à la suite de ces infractions, en évitant de se placer dans le cadre de la loi sur la liberté de la presse. Commence alors un marathon juridique de dix ans, riche en rebondissements. Le directeur de la publication et un journaliste du *Canard Enchaîné*, L.-M. Horeau, renvoyés en correctionnelle sont dans un premier temps relaxés. Mais la Cour d'appel de Paris revient sur le jugement et les condamne pour recel. La Cour de cassation exclut le vol d'information mais confirme l'arrêt. Il n'est toujours pas question d'information ni de journalisme.

Le *Canard Enchaîné* et ses avocats ont alors beau jeu de souligner l'absurdité de la situation dans laquelle ils s'étaient trouvés: ou bien produire la pièce attestant la véracité de l'information et être condamné pour vol ou recel, ou bien ne pas produire la pièce mais dès lors devenir passible de diffamation faute de preuve de bonne foi et de véracité de leurs dires. L'hebdomadaire porte l'affaire devant la Cour européenne qui juge qu'il y avait bien eu violation de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme même si les juges français ont raisonné sur le support de l'information -la photocopie de l'avis d'imposition - et non sur l'information elle-même. Pour les juges de Strasbourg, on ne se trouve pas devant un cas où la restriction à la liberté d'informer est « nécessaire dans une société démocratique ». Bien au contraire, vont-ils dire, l'article, y compris les photocopies qui l'illustraient, « apportait une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général ».

Dans ce cas, la jurisprudence de Strasbourg va dans le sens de la plus large liberté et, comme elle l'a depuis longtemps proclamé, du droit du journalisme à publier « informations ou idées qui choquent ou qui inquiètent ».

- L'influence en France du droit européen

Le nouveau droit européen a rencontré de la part des juridictions françaises méfiance ou de résistance parfois qualifiées de « très chauvine »⁶⁶. Dans la dernière décennie du XX^e siècle une dizaine de lois diverses (en dehors de la loi de 1881) affectant la liberté de la presse et l'information ont été « validées » principalement par la Cour de cassation bien qu'il ait été possible de les contester au regard de l'article 10 de la Convention européenne. Dans un cas, celui de la loi sur la publication des sondages, le gouvernement a cependant été conduit à faire finalement modifier la législation dans un sens plus favorable à la liberté d'expression. Quant à la loi de 1881 elle-même, une douzaine de ses articles ont été confrontés aux dispositions européennes par des juridictions françaises et tous jugés compatibles avec l'article 10 de la Convention européenne.

⁶⁶ . Louvet M.-N. *L'incidence de l'article 10 de la Convention européenne sur la loi française*. dans Forum Légipresse. *Le droit de la presse de l'an 2000*. Légipresse. 1999.

Néanmoins, les choses ont évolué dans la période récente. En septembre 1996, la 17^e chambre correctionnelle de Paris, désormais spécialisée comme « chambre de la presse », a jugé un article de la loi de 1881 (l'article 38, alinéa 3, qui interdit la reproduction d'images liée à des crimes et délits) incompatible avec l'article 10, ce qui fut confirmé en appel. C'est la même 17^e chambre qui devait juger que la loi interdisant la publication des sondages une semaine avant un scrutin (juillet 1977) était incompatible avec le droit européen et déclencher la révision de ce texte intervenue en janvier 2002. Les deux condamnations de la France (Affaires Isorni et affaire *Canard Enchaîné*) ont naturellement développé l'influence du droit européen dans les prétoires français.

Certaines résistances demeurent néanmoins. Ainsi la Cour de cassation a confirmé le 19 juin 2001, la condamnation de deux journalistes pour « recel de violation du secret de l'instruction » dans l'affaire dite « des écoutes de l'Élysée », allant ainsi à l'encontre des règles posées par la Cour européenne, en particulier dans l'arrêt de l'affaire du *Canard Enchaîné*. Les défenseurs de la liberté d'expression devront peut-être se tourner encore vers les juges de Strasbourg pour installer plus solidement en France une jurisprudence clairement favorable à la liberté d'expression.

En tout état de cause, l'entrée en scène du droit européen marque une tendance à protéger les droits des journalistes en soulignant le rôle « éminent » que ceux-ci sont appelés à jouer dans une société démocratique comme elle le fut encore affirmé dans l'arrêt sur l'affaire du *Canard Enchaîné*. La liberté d'informer doit leur éviter le conformisme. Ils doivent informer sur ce qui choque ou inquiète. La liberté journalistique « comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation ».

Dans cette perspective, le journaliste doit bénéficier du droit à maintenir le secret de ses sources « pierre angulaire » de la liberté de la presse. Il doit en revanche, comme la Cour de Strasbourg l'a dit dans l'arrêt sur l'affaire du *Canard Enchaîné*, s'exprimer « de bonne foi sur la base de faits exacts » et fournir des « informations fiables et précises dans le respect de l'éthique journalistique ». Le droit européen coïncide ici avec la doctrine française de la bonne foi considérée comme suffisante

dans l'exercice professionnel. Dans ces conditions, le journaliste est fondé à aller de l'avant dans sa recherche de l'information et dans l'énoncé de celle-ci, loin de toute révérence, autocensure ou conformisme.

La Commission Truche chargée en 1997 d'une réflexion sur la réforme de la Justice, a souligné l'importance indubitable du nouveau droit européen en matière de liberté de la presse. Ainsi demanda-t-elle « la mise en chantier concertée avec l'ensemble de la profession d'une nouvelle charte de la liberté de la presse, réaffirmant solennellement le principe affirmé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et prévoyant les seules interdictions légales nécessaires dans une démocratie ». Elle voyait là un « gage de modernisation »⁶⁷ de la presse.

La liberté de la presse en France est sans doute entrée dans une nouvelle phase de son histoire. Après l'affirmation de beaux principes libéraux en 1789 puis en 1881, elle a connu, dans les faits, un siècle de régression continue et de limitations croissantes qui se sont nettement intensifiées depuis trente-cinq ans.

Parallèlement, de nouveaux principes de liberté ont cependant été affirmés au cours des quinze dernières années. Leur valeur constitutionnelle ou légale a été reconnue et la jurisprudence européenne constitue une puissante garantie de leur application progressive.

Paradoxalement, les résistances restent cependant nombreuses au Parlement comme dans certains tribunaux et une méfiance des médias caractérise traditionnellement l'opinion publique française. De surcroît, au-delà d'un héritage culturel ancestral et de contrôles souvent trop facilement acceptés, la société contemporaine se montre de plus en plus soucieuse de protéger les droits de l'individu et particulièrement le droit à la vie privée et le droit à l'image. Force est de constater que cette aspiration s'exerce souvent au détriment de la liberté d'informer et de la transparence indispensable à une vie publique démocratique. Un équilibre difficile reste ainsi à trouver entre la protection de la personne et la liberté d'information. Il ne peut passer que par une certaine limitation de l'une et de l'autre, sans qu'aucune ne détruise l'autre.

⁶⁷ . *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*. La documentation française. 1997. p. 78.

Si comme on peut le penser, un nouveau cours en faveur de la liberté est bien en train de s'installer en France, son épanouissement demandera encore du temps et une forte conviction des acteurs concernés. Le juge ne devra pas oublier que sa mission est de protéger toutes les libertés sans en privilégier aucune. Le législateur devra prendre conscience de ce que le renforcement de la liberté ne passe pas par de nouveaux textes mais au contraire par des suppressions et des simplifications législatives. Les professionnels des médias devront mieux comprendre qu'il n'existe pas de liberté sans responsabilité et que la liberté de la presse est autant menacée par les manquements professionnels que par les contraintes extérieures. Le public enfin ne pourra pas être passif, car il n'aura jamais que les médias qu'il saura mériter, par son esprit critique et sa capacité de jugement.

Malgré les difficultés du chemin encore à parcourir, la logique nouvelle de liberté qui est en marche semble cependant irréversible. Elle laisse espérer que la France puisse enfin rejoindre les pays qui ont pleinement fait de la liberté de l'information une des garanties essentielles de la démocratie.



ANNEXE

Du droit de la presse au droit de l'information et au droit de la communication

Le droit de la presse défini à la fin du XIX^e siècle, en France, comme un chapitre spécifique et autonome du droit civil et du droit pénal tend à être supplanté par un droit plus large de l'information, voire de la communication.

La première affirmation de la liberté d'expression (impliquant par déduction, celle de la presse) provient, comme on l'a vu, de la *Déclaration des Droits de l'homme de 1789*. Un décret du 31 juillet 1790 (significativement, une interdiction: celle d'inciter le peuple à l'insurrection) est le premier texte législatif du droit de la presse qui allait suivre. Les textes réglementaires et législatifs se succèdent au

cours du XIX^e siècle. Apparaissent alors divers précis, tel ce *Dictionnaire complet de la presse, de l'imprimerie et de la librairie suivi d'un code complet* publié par la Librairie générale de jurisprudence à Paris en 1847. Le droit moderne de la presse apparaît avec la Loi du 29 juillet 1881 qui ouvre un chapitre nouveau au sein du droit commun, civil et pénal, la thèse de ceux pour qui la presse ne devait pas bénéficier d'un régime dérogatoire ayant été rejetée. Malgré son inclusion dans la constitution de 1790, l'entrée du droit de la presse dans le droit constitutionnel sera plus lente que dans le droit pénal. C'est le Conseil constitutionnel de la V^e République qui dans les années 80 agira en ce sens.

La loi de 1881 ne concerne pas exclusivement la presse écrite (les journaux ou autres) mais la presse (machine à imprimer), l'affichage et le colportage (la distribution des imprimés). Seules sont exclues les impressions que la loi appelait joliment « bilboquets », terme d'imprimerie dont nous avons perdu le sens (les imprimés utilitaires, des cartes de visite aux reçus ou aux étiquettes). A cette époque, on commence à rédiger des recueils du droit de la presse.

Plus récemment, la liberté de la presse a de plus en plus été considérée comme un élément d'une liberté plus large, celle de l'information. Selon une définition récente: celle-ci serait « l'action consistant à porter à la connaissance d'un public certains faits et certaines opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour ce public; l'information est également le résultat de cette action sur ses destinataires »⁶⁸. Une telle liberté implique deux droits: celui d'informer et celui d'être informé.

Concevoir un droit de l'information semble logique quand la presse cesse d'être l'unique média de masse et que la radio et la télévision viennent s'adjuger des parts parfois prépondérantes de l'information. Les règles générales et le cadre juridique ne sauraient être fondamentalement différents. Les matériaux informationnels de base, écrit ou image, sont souvent recueillis, traités et diffusés simultanément par l'un ou l'autre média. Le domaine de l'information politique et généraliste ou spécialisée s'est considérablement élargi. L'Internet peut apparaître

⁶⁸ . Auby J.-M; et Ducos-Ader R. *Droit de l'information*. Dalloz. 1982

comme un nouveau média mais est aussi en tout cas un nouveau support des trois grands médias de masse. Ce qu'on appelle le multimédia combine l'emploi de tous les médias de l'écrit, du son et de l'image. Enfin, la tendance est nette vers la constitution de grandes entreprises médiatiques et de conglomérats couvrant les diverses spécialités de l'information au sens le plus général du terme.

De plus, les médias qui véhiculent l'information politique et généraliste forment, de par leur fonction, un secteur très particulier de la communication. Ils ne sont pas uniquement des miroirs des faits et jouent un rôle essentiel dans une démocratie. On attend d'eux qu'ils ne se limitent pas à la représentation des faits, mais en fournissent la source, la mise en situation et les diverses interprétations. A cet égard, l'idée d'un droit à l'information semble pertinente.

Dans l'état actuel des choses, les demandes d'unification et de reformulation du droit de la presse, relativement fréquentes, invoquent plusieurs arguments :

- le droit de la presse comprend trois branches, actuellement séparées: le droit de l'entreprise médiatique, celui du journaliste et celui de la publication.
- le droit interne de la publication apparaît lui aussi dispersé voire confus, unissant une loi générale (celle de 1881) et de multiples textes venus de dix codes différents, mais dont l'articulation avec la loi de 1881 peut être, comme l'ont constaté les magistrats, source d'incertitude et de contestation.
- d'autre part, le droit international, en particulier la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, source d'une nouvelle et importante jurisprudence, oriente de plus en plus le droit interne.

Le droit de la communication

Le développement de ce qu'on a appelé les sciences ou les disciplines de l'information a ouvert un vaste domaine qui, au demeurant, ne « constitue pas un ensemble clos de problèmes, de théories, ni de données empiriques »⁶⁹, couramment désigné comme celui de la communication. Ses penseurs et ses théoriciens sont loin d'être d'accord sur le territoire qu'elle occupe et certains

⁶⁹ . Bougnoux D. *Introduction aux sciences de la communication*. La découverte. 1998.

doutent même de la validité du concept. Une des premières difficultés lorsque l'on traite de communication, est le caractère souvent imprécis et flou de ses frontières.

Francis Balle ⁷⁰ pose la question: communication, art ou science ? D'autres spécialistes disent détester le mot, ou bien relèvent que communiquer ne veut rien dire en soi tant l'expression est englobante et tant il existe de formes de communication possibles. Le sociologue Erik Neveu propose « trois définitions concentriques » de la communication. C'est, dit-il, un « secteur d'activité économique assez stratégique pour susciter l'activisme législatif de l'État », c'est aussi le secteur qui « englobe tous les instruments et réseaux qui font circuler les hommes, les informations, les savoirs » et, enfin, une sorte de « grille de lecture des pratiques sociales » comportant un travail sur l'image et les représentations, au point que rares seraient les domaines de l'existence qui pourraient lui échapper⁷¹.

Les choses se compliquent effectivement quand on en arrive aux techniques et aux activités. N'est-il pas légitime d'inclure dans le droit de la communication, les supports de celle-ci que sont les télécommunications (le droit au téléphone ?), la publicité (qui est une forme de communication), le cinéma, les arts et de techniques de l'image, l'édition. En 1969, Jean d'Arcy, praticien et théoricien de la télévision, a proposé qu'on reconnaisse un droit de l'homme à communiquer, c'est-à-dire à utiliser toutes les techniques disponibles.

Dans cette nouvelle galaxie, la presse, l'information politico-généraliste ou le journalisme ne sont sans doute qu'un élément, mais ils constituent une sorte de noyau dur, si spécifique qu'il se différencie catégoriquement du reste de la communication. Du fait de son rôle dans la société, le journalisme se trahit quand il se limite à la communication. La démocratie exige autre chose de lui. La communication, quand elle est incontrôlée, parcellaire, publicitaire et dirigée, peut même devenir l'ennemie de l'information. De telles considérations peuvent faire regretter que le droit de la presse ou de l'information ne deviennent qu'un des compartiments du droit de la communication.

⁷⁰ . Balle F; *Médias et sociétés. Presse, audiovisuel, télécommunications, multimédias. télématique.* Montchrestien. 12^e éd. 2000.

⁷¹ . Neveu E. *Une société de communication ?* Montchrestien. 1994. p.12.

Certains juristes ont tenté de limiter leur propos et de se limiter aux médias, c'est-à-dire « à toutes les activités qui, par le moyen de l'écrit, de l'image ou du son ou de tout autre signe communiquent au public, des connaissances et des loisirs (...) Éduquer, informer, distraire telles sont les fonctions essentielles des entreprises de communication auxquelles s'applique le droit des médias ». Mais même ainsi la définition est trop vaste pour l'auteur d'un précis de *Droit des médias*⁷² qui annonce que son ouvrage ne portera que sur la presse, la radio et la télévision ».

Dans deux volumes d'un autre ouvrage sur le droit de la communication, les auteurs incluent le droit de l'information, celui du secteur public audiovisuel, celui de l'oeuvre écrite ou audiovisuelle, le droit des entreprises de communication, le droit éditorial; celui de la programmation audiovisuelle et celui de la communication publicitaire⁷³. Ils proposent aussi une « esquisse de théorie générale du droit de la communication ». Ses principes seraient :

- Sur *le plan des entreprises*: la non concentration, la « pluripolarité » et la défense de l'identité de chacun des médias.
- le *régime juridique du support* devrait cantonner le rôle de l'État et favoriser l'initiative des acteurs privés.
- le *régime juridique du contenu* reposerait sur une « conception positive de la liberté » et sur l'absence d'entraves aux écrits, aux sons et aux images, avec deux séries d'exceptions: la protection « tempérée » des tiers et une définition claire du service public.

Laurence Franceschini dans son ouvrage⁷⁴ sur le sujet estime d'emblée que la « communication est l'expression d'un droit fondamental reconnu à la personne humaine ». Pour elle, « avec la multiplication des médias, la notion de liberté de la communication, prend de plus en plus d'importance ». Le juriste Emmanuel Derieux estime à la première ligne de son manuel de droit de la communication que : « Le droit de la communication ; ça n'existe pas ! », formule quelque peu

⁷² . Debbasch C. *Droit des médias*. Dalloz. 1999.

⁷³ .Cousin B. et Delcros B. *Le droit de la communication, presse écrite et audiovisuel*. T.1 et 2. Éditions du Moniteur. 1990.

⁷⁴ . Franceschini, L. *Droit de la communication*. Hachette. 1996.

paradoxale qu'il justifie par le fait que c'est un droit « encore jeune, susceptible de bien des évolutions et adaptations, dans son contenu et son objet, comme toute autre branche vivante du droit »⁷⁵. Il existe cependant d'ores et déjà une réglementation, riche et fournie, qui s'applique aux activités de la communication considérées dans leurs supports, leurs contenus, leurs acteurs ou leurs effets.

Dans l'état actuel du droit, E. Derieux considère que ce qui unifie la réglementation de la communication, c'est que « le droit de la communication est le droit de la publication, de ce qui est public et de ce qui est destiné à être public ». Encore faudra-t-il - tâche complexe - distinguer ce qui est public de ce qui est privé. Le principal obstacle sur le chemin du droit de la communication tel qu'il se constitue aujourd'hui, est son manque d'unité. L'existence de règles communes ou celles d'un corpus de règles diverses empruntés à divers domaines du droit, peut-il suffire à constituer une branche autonome du droit ?

Un débat s'est ici ouvert. La très grande variété des champs d'application et des activités concernées auxquelles correspond une grande diversité de textes existants (et peut être aussi une diversité de réglementations à concevoir) finit par constituer une réelle difficulté d'accès au droit. Comme le relève E. Derieux « au delà de la dispersion matérielle des textes, c'est, bien plus l'absence d'unité intellectuelle de discipline qu'on est amené à souligner et à regretter ». Si on croit à une telle unité, il faudrait logiquement s'atteler à la rédaction d'un *Code de la communication*.

Deux projets de loi ont vu le jour en ce sens en 1993 et 1997 ⁷⁶, mais sont restés sans suite.

Il existe une Commission de la codification qui n'a pas inscrit l'édification d'un code de la communication à son ordre du jour. De plus, si tel était le cas, faudrait-il s'en tenir à une réforme « à droit constant », c'est-à-dire à regrouper les textes juridiques épars en corrigeant simplement quelques incohérences ou se livrer à une refonte totale ? Un véritable *aggiornamento* pourrait être indiqué, ne serait-ce qu'en raison des nouveautés apportés par l'incorporation des dispositions

⁷⁵ Derieux E. *Droit de la communication*. LGDJ. 3^e éd. 1998.

⁷⁶ . A. Carignon: *Projet de loi portant code de la communication (partie législative)* A.N. 7.4.1993n°3. P. Douste-Blazy » *Projet de loi portant code de la communication et du cinéma (partie législative)* . Sénat. 1996-1997. 30. 10. 1996., n°54.

juridiques provenant d'accords internationaux et en particulier de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, mais il ouvrirait inévitablement des discussions politiques délicates.

Un débat est périodiquement ouvert sur l'avenir de la vénérable Loi de 1881 si souvent modifiée au cours de sa longue existence qu'il y reste bien peu de dispositions purement originelles. Elle est par ailleurs dépassée et complétée par de multiples textes qui devraient englober le champ du journalisme audiovisuel (des lois particulières ont prévu qu'elle s'y appliquait effectivement). Jusqu'à présent, les partisans d'une refonte totale se sont heurtés chaque fois que la question a été soulevée au clan puissant des conservateurs qui jugent inutile, voire même dangereux pour la liberté d'expression, de remplacer ce monument de la législation républicaine.