

Audition de Benoit Frydman, Professeur ordinaire à l'U.L.B., Président du Centre Perelman de Philosophie du Droit, le 15 novembre 2012 aux états généraux de la presse et des médias :

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, je vous remercie de m'entendre aujourd'hui dans le cadre de cet atelier sur la liberté d'expression. Je vais essayer de vous livrer un point de vue qui, pour être celui d'un philosophe du droit et non d'un praticien, ne se veut pas moins concret et pratique, conformément à la philosophie pragmatique du Centre Perelman et de l'Ecole de Bruxelles.

La liberté de presse est généralement conçue aujourd'hui comme une liberté individuelle, un **droit de l'homme**, l'un des plus précieux dit la Déclaration de 1789 au sujet de la liberté d'expression. Et elle est tout cela. Mais elle est également autre chose : c'est une **règle fondamentale d'ordre public**, indispensable au bon fonctionnement de la démocratie. Cette règle, consacrée dans notre article 25 de la Constitution, fait interdiction à l'Etat et aux pouvoirs publics de contrôler le cours du débat public, en particulier par la censure. En démocratie, c'est l'opinion qui contrôle le gouvernement, non le gouvernement qui contrôle l'opinion. Il s'agit donc d'une règle de limitation du pouvoir et de la compétence de l'autorité publique, destinée à sanctifier l'espace public. Et c'est bien ainsi aussi que la comprend la Cour européenne des droits de l'homme, qui rappelle souvent que la liberté d'expression constitue « *l'un des fondements essentiels d'une société démocratique* »¹ et représente à ce titre « *une caractéristique fondamentale de l'ordre public européen* »². Cela ne signifie absolument pas que la Constitution ou la Cour des droits de l'homme considèrent avec angélisme que toute contribution de la presse au débat public soit positive, intéressante, éducative et forcément inoffensive pour les personnes ou idées attaquées, parfois violemment. Mais bien qu'il faut s'accommoder des erreurs et des défaillances plutôt que de permettre des interventions et un contrôle qui s'avèreraient bien plus nuisibles et dangereux pour la démocratie et l'état de droit que le mal qu'ils prétendraient ainsi éviter ou réduire. Si l'on comprend bien la nature fondamentale de cette disposition, qu'il s'agit moins d'un droit subjectif, et certainement pas d'un privilège, que d'une des règles du jeu les plus importantes de nos démocraties, alors, me semble-t-il, la réponse à un grand nombre des questions que vous posez dans cet atelier s'en déduit assez naturellement.

La première est de savoir s'il faut limiter les dispositions protectrices (sur la base d'un argument de traduction assez faible) à la **presse écrite**. Bien évidemment que non. Si la presse est historiquement le médium qui a permis la création d'un espace public virtuel dans nos Etats modernes, le débat public à l'évidence s'étend aujourd'hui et nécessite l'intervention d'autres médias, comme la radio et la TV (les

¹ Formule constante de la Cour, notamment : arrêt *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, § 41 ; arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 12 janvier 1999, § 45 ; arrêt *Rekviényi c. Hongrie*, 20 mai 1999, §§ 26 et 42; arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 43 ; arrêt *Perna c. Italie*, 25 juillet 2001, § 38.

² Arrêt *Ahmed c. Royaume-Uni*, 2 septembre 1998, § 52.

plus exposés pour des raisons techniques de programmation à la censure) et bien sûr les **nouveaux médias**, l'Internet et les réseaux sociaux.

La deuxième est de savoir si la protection de la liberté de la presse doit être limitée aux **journalistes professionnels** ou si elle s'étend à **toutes les interventions dans les médias**, quel qu'en soit l'auteur, ce qui élargit considérablement le champ de la protection. C'est pourtant cette seconde solution qui doit nécessairement prévaloir dès lors qu'il ne s'agit pas d'accorder ici des droits particuliers à des catégories spécifiques, mais bien d'une règle de limitation des pouvoirs et de fonctionnement de la démocratie en général. Quitte bien évidemment à prévoir des régimes de responsabilité différents pour les uns et les autres, selon qu'ils soient professionnels ou non, j'y reviendrai.

La troisième est la question de savoir s'il convient de maintenir la distinction marquée dans notre Constitution entre les **mesures préventives** et les **mesures répressives** ou plus généralement celles qui sanctionnent d'une manière ou d'une autre les abus de cette liberté. Ici encore, le but de la règle impose une réponse positive. Ce but est en effet de permettre que l'information circule et que le débat puisse avoir lieu, ce qui justifie l'interdiction des mesures préventives, mais non pour autant de déclarer que tout est permis, de donner licence à tout un chacun de dire ou d'écrire n'importe quoi, sans avoir à répondre de ses actes. Tel n'est pas notre droit.

En ce qui concerne l'interdiction des interventions préventives, celle-ci vise bien entendu tant la censure administrative que **l'interdiction par voie judiciaire**, qui était d'ailleurs tout particulièrement visée par le Constituant de 1831 eu égard aux pratiques du régime hollandais. Il faut à cet égard approuver sans réserve et même applaudir l'arrêt de la CEDH de 2011 dans l'affaire **RTBF c. Belgique**, qui a justement constaté qu'il n'existe pas pour l'instant de loi spécifique en Belgique qui permette au juge d'interdire préventivement une expression par voie de presse ou de média. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable qu'une telle loi voie le jour. La Cour de Strasbourg a ainsi mis le holà à une tendance inquiétante, bien que probablement inspirée comme souvent par les meilleures intentions, de la jurisprudence belge à interférer de plus en plus et tous azimuts dans les contenus médiatiques.

Ne faudrait-il pas néanmoins, nous demandez-vous, prévoir un régime spécifique pour la protection de la **vie privée**, ou encore pour protéger les **autres droits et libertés** individuels. C'est ce que pensent ceux qui voient dans la liberté de presse, un droit subjectif comme un autre, devant être mis en balance avec les droits et libertés d'autrui concurrents qu'il menace ou contrarie. Mais tel n'est précisément pas notre conception, ni celle de la Constitution qui a exclu cette hypothèse, ni celle de la jurisprudence de Strasbourg, qui n'admet une intervention que dans l'hypothèse d'un « impératif prépondérant d'intérêt public » et non pour protéger un droit individuel. Pourquoi ? Non parce que le droit individuel et la vie privée ne sont pas des droits importants, fondamentaux même et la personne préjudiciée a droit à des mesures de réparation. Mais parce qu'il s'agit encore une fois d'une règle impérative de fonctionnement des pouvoirs publics et de préservation de la liberté dans l'espace

public et que dès lors il ne convient pas d'y déroger pour tenter de faire prévaloir un droit ou un intérêt particulier, même important.

Quelles seraient alors les circonstances « prépondérantes d'intérêt public » de nature à justifier exceptionnellement une intervention de l'autorité publique, sous le contrôle le plus strict de la Cour. Je pense qu'il s'agit d'impératifs de sécurité publique, qui nécessitent d'intervenir dans le cas **d'incitations directes à la violence** (que je distinguerais pour ma part nettement de la notion beaucoup plus vague et nébuleuse juridiquement de « *hate speech* »), tels des appels au meurtre, au lynchage ou au massacre de masse. Oui, bien sûr, il eut fallu intervenir pour empêcher Radio Mille Collines d'appeler et d'organiser le génocide rwandais. De même, ce motif est de nature à justifier, me semble-t-il, l'interdiction judiciaire prononcée en pleine affaire Dutroux de publier une liste de prétendus pédophiles ou l'interdiction souhaitable d'un site internet américain qui publie l'identité et les coordonnées des médecins pratiquant l'avortement, en barrant d'une croix les photos de ceux qui ont été assassinés...

Par contre, cela ne justifie certainement pas l'interdiction d'une manifestation au motif que l'on aurait des raisons de craindre qu'elle ne provoque un trouble à l'ordre public (comme invoqué dans l'affaire Otto-Preminger et d'autres circonstances similaires) ou dans la crainte que des propos délictueux seront tenus (comme pour les spectacles du sinistre Dieudonné). De même, il ne convient certainement pas d'étendre cette intervention à toutes les catégories de « discours de haine », catégorie extrêmement large et subjective, qui tend à englober toute critique légitime dès lors qu'elle est formulée sur un ton viril ou humoristique ou sur un sujet sensible comme la religion par exemple.

Venons-en à présent aux mesures de sanction dans les cas où un abus de la liberté de presse a été constaté, c'est-à-dire en clair lorsqu'un délit ou une faute ont été commis à l'occasion de son exercice. Il faut rappeler à cet égard que la liberté de la presse ne confère pas une quelconque forme d'immunité ou de privilège et que celui qui se comporte de manière illicite, fusse par voie de presse ou de médias, doit en répondre devant la justice. Vous nous demandez si des **sanctions pénales** sont possibles et souhaitables ? Notre Constitution, vous le savez, ne l'a pas exclu, en son article 150, tout en imposant dans ce cas la compétence du **jury**. Celle-ci constitue à mes yeux *la* garantie (procédurale) la plus efficace contre les abus, ce que démontre la réticence (pour dire le moins) du ministère public à s'engager dans cette voie, elle-même justifiée par la confusion où s'est souvent trouvée la partie poursuivante lorsqu'elle décidait jadis de s'y engager. Il existe, au-delà de ces considérations, un lien intime entre la presse et le jury, lequel figure le public, et il est sain et efficace que la presse en démocratie soit ainsi placée sous la protection du public. Convient-il de **correctionnaliser** les délits de presse ? Certainement pas. Ce serait la pire façon de contourner la fermeture de la voie du référé civil, dans laquelle s'engouffrerait en outre immédiatement toutes les victimes et les censeurs en herbe par le moyen de l'action directe, et qui conduirait sans nul doute, à une explosion des condamnations de la Belgique à Strasbourg.

Convient-il de supprimer la correctionnalisation des **délits racistes** ou au contraire de l'étendre aux autres catégories de discriminations ? Je pense pour ma part que si l'on peut comprendre les raisons qui ont conduit à adopter ce régime, l'étendre reviendrait bientôt à priver le régime général de sa substance. Plus fondamentalement, il ne faut toucher aux lois, disait Montesquieu, que d'une main tremblante. C'est encore plus vrai pour la Constitution, même si les mains qui tripatouillent actuellement l'article 195 n'ont pas l'air de trembler outre mesure ! Il vaut mieux conserver le régime actuel en état, plutôt que de le changer sans raison impérieuse ni assurance d'en adopter un meilleur. C'est du moins la conclusion unanime à laquelle avait abouti, après un débat circonstancié, les membres de la commission de réforme la cour d'assises (dont les travaux ont inspiré la loi de 2009). En bref, l'idée de revenir sur la dépénalisation de fait de la liberté de presse, qui est un phénomène qui déborde largement les frontières de notre pays, est à contre-courant de l'évolution des choses et doit être combattue.

En ce qui concerne le régime de **responsabilité civile**, il faut revenir ici sur les conséquences de la distinction entre les journalistes et les intervenants amateurs ou occasionnels. Il est en effet normal et conforme au droit commun que le comportement du journaliste, en tant que professionnel, soit évalué par rapport à des critères spécifiques, en particulier selon l'expression de la Cour des droits de l'homme, par référence aux règles et devoirs de la **déontologie journalistique**. Les instances d'autorégulation mises en place au niveau de la Fédération Wallonie-Bruxelles, en particulier le Conseil de déontologie journalistique, a ici une mission importante à remplir, de définition et d'évaluation, mais non de censure ni de répression à mon sens.

Enfin, il faut veiller, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne, à ce que les condamnations civiles éventuelles aient bien une valeur et une fonction de réparation et non pour but ou pour effet de réduire au silence ou d'intimider les organes de presse et les participants au débat public. Une **modération** particulière s'impose donc ici pour les motifs de protection de l'espace public déjà évoqués.

Cette remarque me fournit l'occasion de préciser que la censure ou la pression sur la liberté de la presse et de l'information n'est pas nécessairement le fait dans nos sociétés des seuls pouvoirs publics et qu'il importe également d'être attentif et de protéger la liberté du débat démocratique contre les tentatives de contrôle, d'intimidation ou de répression en provenance des acteurs privés, notamment du secteur marchand. C'est à ce titre qu'il convient de résister au détournement des **droits d'auteur** pour empêcher le libre débat sur une question (comme on a vu notamment dans les affaires de la scientologie) ou à propos d'un conflit collectif du travail (comme on a vu par exemple avec l'affaire Danone). Au delà de ce problème spécifique sur lequel vous nous interrogez, il faut se montrer extrêmement vigilant à l'égard des « poursuites baillons » ou encore des « **SLAPP** » pour « *Strategic Lawsuit Against Public Participation* », pour reprendre ici une terminologie en provenance d'Amérique du Nord, qui visent à épuiser, décourager, ruiner et finalement réduire au

silence les activistes qui se mêlent de critiquer des intérêts puissants dans le cadre du débat public. Plus fondamentalement encore, c'est ici l'occasion de rappeler l'importance capitale de préserver voire de renforcer, y compris par la loi et au-delà du droit commun de la concurrence, le **pluralisme des médias** et la **neutralité des diffuseurs**, à défaut desquels le débat démocratique ne peut se dérouler de manière satisfaisante.

Au-delà des sanctions de la responsabilité, convient-il de favoriser d'autres types de mesures, dont vous évoquez plusieurs exemples dans le questionnaire que vous nous avez adressé ? Ma réponse découle ici encore de la raison d'être du régime de la liberté de presse qui est de préserver et de favoriser le débat public. A cet égard, l'extension et la généralisation du système du **droit de réponse et de rectification** constitue sans doute une formule très positive, sous la réserve de l'aménagement de modalités techniques adaptées aux différents médias. Par contre, l'idée d'un **effacement** dans les archives ou de la mise en place des conditions d'un prétendu « droit à l'oubli » doit être rejetée puisqu'elle revient à exercer *a posteriori* une police des contenus qui s'apparente à une réécriture de l'histoire sur le mode popularisé par George Orwell dans son roman 1984. Ajouter oui, effacer non.

J'en profite pour glisser ici ma réponse à votre question sur l'opportunité des **lois mémorielles** et donc l'opportunité de sanctionner juridiquement des discours comme le négationnisme. Si je comprends bien, encore une fois, les bonnes raisons qui inspirent la condamnation morale de tels discours, qui non seulement provoquent le dégoût mais signalent effectivement la remontée des périls, il me paraît que l'initiative de faire intervenir le droit est malheureuse et qu'en contribuant à installer l'idée d'une vérité officielle, elle produit en réalité des effets contre-productifs, non seulement par la promotion paradoxale des idées que ces lois entendent combattre, mais plus généralement en envoyant un message brouillé car contradictoire quant à la valeur du débat et du libre examen en démocratie. Une fois encore, il faut s'inspirer d'une conception pragmatique du droit comme mise en oeuvre d'un remède éprouvé et s'abstenir de jouer les médecins de Molière chaque fois que l'ingénierie juridique n'a pas réussi à mettre au point un remède efficace, sans effets secondaires trop néfastes.

Je termine enfin sur la question des rapports entre la presse et la justice, en particulier quant à la question de la **publicité des audiences**. Faut-il favoriser ou au contraire réglementer l'accès et le compte-rendu par la presse des procès et des décisions ? Ici encore, la réponse n'est pas douteuse et procède directement du principe que j'ai énoncé dès le début de mon intervention. Le principe de publicité, dont le respect s'impose aux autorités publiques et notamment aux audiences et décisions judiciaires est, comme l'écrivait déjà Kant, l'axiome fondamental du droit. Ce principe de publicité est intimement et nécessairement lié à la liberté de la presse dès lors qu'il est nécessaire que les pouvoirs communiquent leurs actions publiquement pour que la presse puisse en rendre compte et l'opinion les critiquer et les juger. Il ne saurait dès lors être question de restreindre l'accès de la presse aux audiences (hors l'hypothèse spécifique du huis clos dans des cas exceptionnels) ni aux

décisions (sans exception possible cette fois). Par contre, il est hautement souhaitable de favoriser la publicité effective des audiences et des procès, par la modernisation des médias qui en rendent compte, en particulier en admettant, sous la supervision du président d'audience, les caméras dans les prétoires, comme on l'a fait il y a quelques années pour les sessions parlementaires. Ce serait, disent les adversaires d'une telle mesure, transformer la justice en un spectacle. Mais la justice est un spectacle, si l'on veut bien comprendre par là qu'elle est faite et rendue pour être regardée et écoutée.

Je m'en tiendrai là, vous remercie de votre attention et me tiens bien sûr à votre disposition pour répondre aux éventuelles questions que vous souhaiteriez me poser.

Benoit Frydman
Parlement de la Communauté française
Bruxelles, le 15 novembre 2012