

**„Information et protection des intérêts personnels:
Les publications des médias“***

Rapport oral

présenté par

le Prof. Ivan Cherpillod

Le public et dans une certaine mesure aussi les autorités entretiennent une curieuse relation avec les médias, une sorte de relation d'amour haine comme on en voit dans certains couples des romans de Simenon, où chacun fait partie de la vie de l'autre tout en étant l'objet des pires rancœurs. Pour ce qui est des médias, chacun s'informe en première ligne auprès des médias traditionnels, et chacun s'accorde à reconnaître qu'ils sont indispensables autant à la formation de l'opinion publique qu'à la protection des libertés démocratiques. Mais c'est un lieu commun que d'évoquer aussi leur puissance, voire leur toute-puissance face aux individus qu'ils mettent en cause voire même en accusation. Celui qui est injustement mis au pilori se sent totalement démuni face à cette puissance, bien réelle. On a bien dit des médias qu'ils forment un quatrième pouvoir. Et au siècle passé, Victor Hugo traduisait déjà avec des mots bien à lui la relation ambiguë que nous entretenons avec la presse, puisqu'il disait: "la presse a succédé au catéchisme dans le gouvernement du monde - après le pape, le papier"...

Dans une relation aussi perturbée, on comprendra sans peine que l'on recherche perpétuellement un équilibre entre ce pouvoir que l'on souhaite et que l'on craint à la fois. Et les médias nous livrent volontiers des exemples d'abus de ce pouvoir; il s'agit de ne pas se leurrer: tout n'est pas rose dans ce monde-là. On songe bien sûr à la presse de boulevard ou à la presse "people", qui a aussi sa place dans une société démocratique - vous seriez étonné de savoir qui lit "Paris Match" dans la salle d'attente de mon étude... Mais il n'y a pas que les abus des paparazzi qui soient choquants. Même les médias réputés pour leur sérieux sombrent parfois dans l'erreur, voire même y persistent; telle enquête, louée sinon primée par la profession pour son travail d'investigation, s'est révélée construite sur des faits erronés, mais après des années de procédure seulement, et dans l'intervalle, les lésés ont été exposés à l'opprobre médiatique. Telle chaîne de télévision, pour illustrer les méfaits des farines animales utilisées pour nourrir le bétail, montre des images d'une entreprise dont elle sait pourtant qu'elle n'en fabrique pas. Et ainsi de suite.

* Le rapport entier est publié dans la Revue de droit suisse, NF 118, 1999, II, pp. 87ss.

Quelques dérapages ne justifient assurément pas que l'on dresse un noir tableau de la presse et des médias en Suisse. Il est vrai qu'il y a pire ailleurs... Mais il est tout aussi légitime que le droit puisse fournir des moyens de réparation à ceux qui ont été injustement mis au pilori, ou à ceux dont la vie privée a été éhontément violée.

Personne ne songe à instaurer une quelconque censure. Même les Etats totalitaristes font l'expérience de la quasi impossibilité de contrôler l'information qui circule via Internet. A l'âge du cyberspace, chacun peut devenir un diffuseur quasi planétaire d'informations: tandis que la presse et la télévision supposaient des moyens de production plus ou moins coûteux, la diffusion d'informations par le canal des autoroutes de l'information ne requiert qu'un ordinateur relié au réseau (même la location d'espace-disque est parfois gratuitement offerte!). On peut certes se féliciter qu'Internet puisse ainsi déjouer la censure, mais il faut être conscient que sur ce réseau, n'importe qui peut s'improviser journaliste sans respecter les règles de déontologie de la profession. L'homme que l'on dit le plus puissant du monde en a fait l'expérience: on se souviendra que c'est par un site Internet que l'affaire du "Monicagate" a été révélée en premier... Malgré ce constat, il ne s'agit pas de chercher quels filtres pourraient être inventés pour contrôler les flux d'information, d'autant que de tels contrôles seraient arbitraires.

Le droit permet-il de protéger les individus contre les abus commis par voie de presse? Si l'on venait à croire que l'on pourrait imaginer un système dans lequel les abus seraient impossibles, on serait dans l'erreur la plus grossière. La censure que nécessiterait un tel système serait aussi impossible qu'indésirable. Les abus sont inhérents à la liberté que l'on doit reconnaître aux médias.

Mais cela ne signifie pas qu'il faille absoudre toutes les erreurs et justifier toutes les atteintes. Plaider pour une presse libre ne signifie pas plaider pour une presse à l'abri de toute responsabilité: il n'est pas de liberté sans responsabilité. A cet égard, il est frappant de constater parfois une certaine confusion des genres: ce n'est pas parce qu'un média est condamné à cesser et à réparer une atteinte illicite que l'on attente à sa liberté. Sa liberté s'arrête aussi là où commence celle des autres. Mais à voir combien d'aucuns sont prompts à brandir le spectre de la censure ou à parler de muselière que l'on mettrait aux journalistes, il est permis de se demander si l'on ne confond pas liberté et exonération de responsabilité.

L'examen du droit matériel ne recèle pas de déséquilibre notable à mon avis. Tout au plus devrait-on accorder davantage d'importance à la question de savoir si l'information pouvait être communiquée sans identifier la personne concernée. Même l'application de la loi contre la

concurrence déloyale aux médias, aussi critiquable qu'elle puisse paraître, elle ne constitue pas une "muselière" au journalisme économique, du moins s'il est admis que l'application de cette loi doit tenir compte de la liberté reconnue aux médias par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. Pour les raisons exposées dans mon rapport, je pense que l'application de la loi contre la concurrence déloyale aux médias est une mauvaise solution, mais je doute fort qu'elle ait abouti à limiter la liberté d'expression des journalistes.

Mais si l'on peut ainsi s'accommoder de l'état actuel du droit matériel, la protection juridique - les moyens de droit - appellent plusieurs critiques. En effet, les moyens de droit à disposition du lésé ne sont souvent que des "tigres de papier": les actions en cessation du trouble, en particulier, seront généralement dénuées d'intérêt compte tenu du temps qui s'écoulera jusqu'au jugement; quant aux actions réparatrices, à quelques exceptions près, elles ne permettent pas la réparation du dommage causé par une atteinte à l'honneur ou à la vie privée: les tribunaux paraissent ne s'être jamais affranchis d'une approche par trop comptable du dommage. Les mesures provisionnelles et le droit d'accès aux données personnelles consacré par la LPD ne tempèrent pas ces critiques: à juste titre, ils ne doivent pas être l'instrument d'une censure préalable; par conséquent, les conditions auxquelles ces moyens sont soumis limitent leur portée; à cela s'ajoute encore le fait que leur mise en œuvre supposerait pratiquement que le lésé puisse avoir préalablement connaissance du contenu de la publication litigieuse, ce qui ne sera normalement pas le cas. Même la rectification provisionnelle - à laquelle rien ne forme obstacle à notre avis sinon la proportionnalité de la mesure - restera une opération exceptionnelle, l'exercice d'un droit de réponse étant le plus souvent suffisant.

L'efficacité de la protection des intérêts personnels se heurte à un certain nombre de difficultés, qui sont le plus souvent d'ordre pratique et non juridique. Tout d'abord, la prévention et la cessation du trouble supposent une action rapide, pour éviter la réalisation de l'atteinte ou son aggravation, mais par la force des choses, le lésé se trouvera généralement confronté au fait accompli; et une fois l'information litigieuse publiée, les mesures de cessation du trouble (à l'exception de la rectification) seront pratiquement inefficaces. Par ailleurs, le caractère périssable de l'information requiert aussi que sa publication ne soit pas bloquée sur la base d'une décision provisoire jusqu'à droit connu sur un jugement au fond; on voit ainsi que les mesures provisionnelles tenant dans une injonction de ne pas publier (ou dans une saisie) sont inappropriées à cet égard, puisqu'elles aboutiront *de facto* à une interdiction définitive de publier. Dans ces conditions, on pourrait souhaiter l'introduction d'une procédure rapide, sommaire, similaire à celle instituée pour le droit de réponse: un jugement, même rendu en procédure sommaire, devrait être préférable à une décision provisoire (mais en réalité définitive) rendue sur

la base du critère de la simple vraisemblance des faits allégués. Toutefois, il est douteux qu'une telle procédure réponde suffisamment à l'impératif de rapidité, vu la nécessité d'organiser une audience, et compte tenu de l'agenda des tribunaux.

Faut-il alors instituer une instance spécialisée, doté de pouvoirs plus ou moins étendus (on peut imaginer toutes sortes de déclinaisons de cette solution, depuis l'ombudsman, simple médiateur, jusqu'à une autorité de plainte dotée de pouvoirs coercitifs). A mon avis, il y a tout lieu de penser que de telles solutions présentent les mêmes inconvénients: l'information est soumise à des impératifs de rapidité, voire d'immédiateté; une rectification ou une réponse retardée de quelques jours déjà peut n'être plus qu'un coup d'épée dans l'eau. D'une manière générale, **le temps nécessaire à l'établissement de la vérité est fatal au rétablissement de l'honneur du lésé**; le temps qui se sera écoulé aura été suffisant pour marquer à jamais les esprits. **Toute solution de continuité dans le processus d'information est génératrice de distorsions souvent irréversibles.**

En outre, toute action contentieuse dirigée contre un média génère le risque d'élargir la plaie, par la médiatisation qui peut être donnée au procès, en particulier. A cela s'ajoute le fait qu'une procédure aura son coût, et que son résultat est souvent incertain dans un système qui recourt à la balance des intérêts en présence, et qui manque ainsi de prévisibilité.

Pour ces raisons, il convient à notre avis de se tourner plutôt vers les moyens permettant au lésé de réorienter le débat, lorsqu'est en cause une atteinte à son honneur, et vers les actions réparatrices, lorsqu'une réponse n'entre pas en ligne de compte. Par son immédiateté, le droit de réponse paraît le mieux approprié pour que la personne concernée puisse faire entendre son point de vue. Par son caractère moins contentieux qu'une rectification ou une injonction, il devrait être mieux accueilli par le média défendeur; le droit de réponse est un instrument du débat et non de la censure. Cela plaide en faveur d'un droit de réponse le plus large, qui ne soit pas soumis à de strictes conditions comme c'est hélas le cas dans le droit actuel: il faut que le droit de réponse constitue un instrument dont l'usage soit à la portée de chacun, et qu'il donne le moins de prise possible à un refus de la part du média. Aujourd'hui, on ne peut qu'être stupéfait de la "juridicisation" de ce qui n'est qu'une simple réponse. Même l'ordre des avocats tessinois s'est récemment vu refuser une réponse, faute d'avoir observé le principe "fait contre fait"; ainsi, même des avocats se font piéger par une jurisprudence tâtilonne, a fortiori le simple quidam ne pourra-t-il faire usage de ses droit... Le droit de réponse doit donc être simplifié et élargi.

Là où une réponse ne peut être utile au lésé, il ne lui restera le plus souvent que les actions

réparatrices. Or, en ce domaine comme dans d'autres, la jurisprudence ne paraît toujours pas avoir pris la pleine mesure du tort moral, et, probablement par crainte d'introduire un élément punitif dans les dommages-intérêts ou faute d'éléments sur lesquels asseoir un calcul, elle n'est jamais parvenue à évaluer ce qu'une atteinte à l'image ou à la vie privée représente en termes pécuniaires. Il existe certes l'action en délivrance du gain, qui pourrait avoir une utilité dissuasive contre les photographes de la presse à sensation, mais qui paraît se heurter le plus souvent aux écueils liés à la définition du gain et à la relation de causalité. Les dommages-intérêts risquent ainsi de rester le seul moyen réparateur dans la plupart des cas, mais encore faut-il qu'ils débouchent sur une véritable indemnisation du lésé, qui pourrait à notre avis être évaluée en tenant compte des frais que devrait engager le lésé pour rétablir son image (lorsqu'elle a été ternie par une atteinte à l'honneur), ou par comparaison avec la rémunération que le lésé aurait pu exiger pour donner son consentement (dans les cas d'atteintes à sa vie privée). On aurait ainsi une approche plus réaliste du dommage, à mon avis.
