

**N° 4910<sup>4</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2002-2003

---

**PROJET DE LOI**

sur la liberté d'expression dans les médias

\* \* \*

**AVIS DES AUTORITES JUDICIAIRES**

**SOMMAIRE:**

- 1) Dépêche du Ministre aux Relations avec le Parlement au Président de la Chambre des Députés (11.10.2002)
- 2) Note du Président de la Cour supérieure de Justice (14.3.2002)
- 3) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch (4.6.2002)
- 4) Avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg (10.5.2002)
- 5) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (19.9.2002)

\*

**DEPECHE DU MINISTRE AUX RELATIONS AVEC LE PARLEMENT  
AU PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES DEPUTES**

(11.10.2002)

Monsieur le Président,

A la demande du Premier Ministre, Ministre d'Etat, j'ai l'honneur de vous faire parvenir en annexe les avis suivants sur le projet de loi sous rubrique:

- l'avis de la Cour Supérieure de Justice du 14 mars 2002;
- l'avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Diekirch du 4 juin 2002;
- l'avis du Parquet du Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg du 10 mai 2002;
- l'avis du Parquet Général du Grand-Duché de Luxembourg du 19 septembre 2002.

Veillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma haute considération.

*Pour le Ministre aux Relations  
avec le Parlement,*

Daniel ANDRICH

*Conseiller de Gouvernement Ire classe*

\*

## NOTE DU PRESIDENT DE LA COUR SUPERIEURE DE JUSTICE

(14.3.2002)

*Brm.* Retourné à Monsieur le Procureur Général d'Etat avec les considérations suivantes:

Par une lettre du 1er mars 2002 le Ministre de la Justice, saisi par le Ministère d'Etat, a sollicité l'avis des autorités judiciaires au sujet d'un projet de loi sur la liberté d'expression dans les médias;

Comme la loi en élaboration nécessitera au regard de son libellé actuel l'affinement de certains concepts par la jurisprudence, la Cour estime qu'il ne lui appartient pas de préjuger, dans un avis prenant forme d'une délibération officielle les éventuels problèmes de droit inhérents au texte à commenter et d'hypothéquer ainsi la liberté de ceux de ses membres qui seraient ultérieurement amenés à devoir faire une interprétation et une application concrète de la loi comme magistrats siégeant dans une instance d'appel ou de cassation.

Les magistrats de la Cour supérieure de Justice risquent en effet de ne pas remplir les exigences d'impartialité requises par l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme si ultérieurement ils sont appelés à appliquer une loi au façonnement de laquelle ils ont coopéré par une prise de position consultative.

*Le Président de la Cour supérieure de Justice,*

Marc THILL

\*

## AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH

(4.6.2002)

Le projet de loi soumis pour avis présuppose certains choix d'ordre politique que le soussigné n'entend plus mettre en cause pour des motifs bien compréhensibles à ce stade de la procédure législative et des antécédents qui sont le fruit exclusif de discussions et de négociations entre les représentants de la presse et les instances gouvernementales.

En conséquence, l'avis ne portera que sur des considérations d'ordre de technique juridique, limité aux dispositions qui ont ou peuvent avoir une incidence soit directe ou indirecte en matière pénale.

### **Chapitre I – De l'objet de la loi**

L'article 2 limite les ingérences en la matière aux conditions qui ont été élaborées au fil du temps par la jurisprudence de la CEDH, dont en particulier l'absolue nécessité de l'intervention et son caractère proportionné au but visé.

Ces principes ont été appliqués devant nos juridictions (cf. en dernier lieu Chambre du Conseil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 25.2.2002, ord. 196/2002).

Le problème dans le cas concret est moins posé par la méconnaissance du principe par nos juridictions que par les appréciations toujours subjectives quant aux faits et circonstances de la cause.

La nouvelle loi n'innove donc pas sur ce point et les possibilités et appréciations divergentes subsistent tout au long de la procédure judiciaire, depuis la saisine du juge d'instruction soit par le parquet, soit par une constitution de partie civile, jusqu'au recours en cassation et une éventuelle procédure devant la CEDH.

### **Chapitre II – Des définitions**

Les définitions contenues à l'article 3 permettent de cerner le champ d'application de la loi et dès lors, de certaines dispositions dérogatoires au droit pénal commun, dont en particulier celles relatives à la protection des sources qui peuvent avoir des conséquences directes sur les règles applicables en cas d'instruction préparatoire.

Il convient dès lors d'examiner en particulier les dispositions inscrites sub 8 définissant au sens de la loi, la notion de journaliste qui se limite aux seules personnes qui font du journalisme leur activité rémunérée, resp. qui exercent leur profession à titre régulier pour en tirer un revenu substantiel.

Cette approche limitative me paraît critiquable à plusieurs titres:

- 1) l'objet de la réglementation est d'assurer la liberté d'expression (art. 10 de la CEDH) qui est générale et non limitée à la presse et encore moins à une catégorie professionnelle déterminée, encore qu'en pratique elle s'exerce le plus souvent par la voie des médias, par des professionnels;
- 2) la limite proposée paraît contraire à l'égalité des citoyens devant la loi;
- 3) les critères fixés pourraient soulever des problèmes d'application de la loi, notamment dans l'hypothèse où il s'agira de définir le régime procédural applicable aux perquisitions, compte tenu du secret des sources dont bénéficiera désormais le journaliste (professionnel). On songera à la situation des autorités de poursuite qui, avant d'aborder la recherche des preuves, seront amenées à enquêter (où ?) sur la nature de l'activité et l'importance des revenus de la personne concernée.

La situation deviendrait grotesque lorsque deux personnes sont „*cosignataires*“ en tant qu'auteur d'un livre, l'un étant journaliste „*professionnel*“ et l'autre journaliste „*amateur*“ ou „*occasionnel*“.

#### **Chapitre IV – Des droits inhérents à la liberté d'expression**

La section 2 introduit en droit positif la protection des sources déjà consacrée quant à son principe par la jurisprudence constante de la CEDH, même non prévue expressément par l'article 10 de la Convention. De plus, elle en détermine la portée.

En l'état actuel, le problème ne consiste dès lors plus à savoir s'il convient ou non d'admettre le principe, que d'en déterminer la portée, respectivement les limites.

La raison en est évidente: „*Le droit négatif, inclus dans l'article 10 doit sous-entendre de ne pas se voir contraint de communiquer des informations.*“

Sous ce rapport le législateur a le choix entre un système „*minimaliste*“ (ex. la France) et un système „*maximaliste*“ (ex. l'Autriche).

En **France**, la loi No 93-1 du 4 janvier 1993 a introduit à l'article 109 du code de procédure pénale un alinéa ainsi rédigé:

*„Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.“*

L'article 56 de cette loi, qui modifie l'article 109 du code de procédure pénale, est inscrit sous le titre V dudit code „*Du respect de la présomption d'innocence et des garanties de la liberté d'information*“. De même, cette même loi a inséré au code pénal un article 56-2 qui règle les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, en disposant qu'elles doivent être effectuées par un magistrat qui doit veiller à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information.

Certains auteurs ont regretté une formulation trop vague de ces textes qui dépendrait en dernier ressort de l'interprétation faite par les tribunaux.

On retiendra en résumé qu'en principe le droit français, et sous réserve de l'application des principes dégagés par la jurisprudence de la CEDH, (dont en particulier la nécessité de l'intervention et le respect du principe de proportionnalité), n'interdit pas la perquisition et que la loi lui accorde un droit de se taire lorsqu'il est cité comme témoin en justice.

Dans son ouvrage intitulé „*La protection des sources journalistiques*“ (ed. Bruylant 1998), Alexis Guedj porte l'appréciation suivante: „*Or face aux préventions punissant la violation du secret de l'enquête et de l'instruction et le recel du secret professionnel, il est flagrant de constater que les dispositions des articles 56-2 et 109 al. 2 tendant à protéger la confidentialité des sources semblent être devenues plus qu'insuffisantes, tout à fait inopérantes.*“

Plus „*radicale*“ est la protection du secret des sources en **Autriche** (la Suède se situant à la pointe du progrès). Il est renvoyé à la présentation faite dans l'étude comparative précitée d'Alexis Guedj (p. 99/100) qui constate à propos de l'Autriche en particulier que: „*L'Autriche connaît, à l'instar de*

*l'Allemagne et de la Norvège, une prise en compte de nature législative du droit à la protection des sources journalistiques. Mais, force est de reconnaître les ressemblances qui existent entre „la loi de 1981 sur les médias“ et la loi sur la liberté de la presse suédoise. En effet, en vigueur depuis 1982, la loi autrichienne permet aux journalistes de refuser de répondre à des questions concernant la provenance ou l'identité de la source d'information.*

*A l'instar du système suédois, le droit à la confidentialité des sources est étendu aussi bien à l'éditeur qu'à tous les travailleurs des médias (de l'employé à l'imprimeur). Par ailleurs ce droit concerne aussi tous les médias quels que soient leurs supports: écrits, parlés, audiovisuel, ou multimédias.*

*Alors que la loi suédoise proscrivait toute enquête sur les sources journalistiques, la loi autrichienne va plus loin. Elle renforce en effet la protection des sources d'une interdiction générale de perquisitionner, non seulement dans les salles de rédaction, mais également dans tous les locaux des entreprises de presse (y compris l'imprimerie et les services d'expédition).*

*La surveillance des installations des lignes de télécommunications d'une entreprise de presse est interdite.*

*Ce principe connaît une exception en cas de décision judiciaire prise dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement supérieur à dix ans. “*

La législation luxembourgeoise s'inscrirait, compte tenu de la portée générale (hormis le problème soulevé à propos des journalistes „semi-professionnels“) et du caractère radical des défenses d'intrusions judiciaires, dans le peloton de tête des systèmes protecteurs des sources journalistiques.

Toute la question est de savoir si le projet parvient à concilier d'une part, la protection des sources qui n'est pas une fin en elle-même et qui ne doit pas en fait aboutir à une impunité et une mise hors du système pénal du journaliste professionnel et d'autre part, un traitement égal des citoyens devant la loi pénale.

Quel message le projet nous fournit-il à propos des restrictions éventuelles? Sont-elles suffisantes? Sont-elles conçues de façon suffisamment précise? Le but de la loi ne peut et ne doit pas être celui de favoriser le journaliste qui, à un degré quelconque (auteur ou complice) est présumé s'être rendu coupable d'une infraction à la loi pénale (sous réserve de la proportionnalité des moyens d'investigation à mettre en oeuvre).

Dans ce rapport l'exposé des motifs s'exprime de façon nette (p. 26):

*„Il est important de souligner qu'elle (la protection des sources) n'a pas pour objectif de garantir l'impunité du journaliste ou de sa source. En effet et on y reviendra plus tard, seul le journaliste détenteur licite ou régulier d'une information peut s'en prévaloir. Le pouvoir des autorités judiciaires de mettre en oeuvre tous les autres moyens à leur disposition pour dévoiler l'identité d'une source reste intact.“*

La CEDH (affaire FREZZOZ et ROIRE c/FRANCE) indique d'ailleurs une limite identique en soulignant que „les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun“.

Examinées par rapport au principe non mis en doute du secret des sources, les dispositions et les restrictions qui me semblent nécessaires, les articles 7 et 8 donnent lieu aux observations suivantes:

L'article 7 (1) ne concerne le journaliste ainsi que le cercle élargi qu'en tant que **témoin** ce qui exclut donc du champ d'application dudit article la **qualité d'inculpé**.

La protection s'apparente sous ce rapport au témoin bénéficiaire du secret professionnel encore que la grande différence consiste dans le fait que le secret professionnel existe pour garder les confidences secrètes et que la protection du journaliste repose sur la considération qu'il est nécessaire qu'il divulgue l'information. Le journaliste ne serait donc pas concerné en tant qu'inculpé.

L'alinéa 3 de l'article 7 élargit la portée de l'alinéa 1er en ce qu'il ordonne aux autorités de „s'abstenir, d'ordonner ou de prendre des mesures qui auraient pour objet ou effet de contourner ce droit, notamment en procédant à des perquisitions ou saisies ...“.

La formulation de cet article particulièrement important dans l'arsenal des mesures protectrices des sources semble malencontreuse.

Elle semble inspirée de l'idée qu'il s'agit de protéger la presse (qui serait à la merci des juges tout puissants) contre l'arbitraire d'une Justice rétrograde et revancharde, ce qui n'est pas le cas dans notre pays.

Tout d'abord la notion de „Justice“ (qui serait cette nébuleuse, peu transparente, conservatrice, avide de pouvoir et autoprotectrice?) n'existe pas.

Notre système judiciaire réunit sous la notion de „Justice“ un ensemble d'organes (les parquets, les juges d'instruction et les magistrats du siège de 1ère et 2e instances et de l'instance en cassation) les uns indépendants des autres qui, à travers des mécanismes de recours s'autocontrôlent et s'autocensurent en dépit de ce qu'on peut souvent lire et entendre.

Les décisions de nos juridictions ne permettent pas de conclure à une hostilité à l'égard de la presse et à une ignorance de l'article 10 de la Convention Européenne.

Il conviendrait dès lors de ne pas maintenir une formulation permettant de conclure que les juges voudraient obtenir par „voie de contournement“ ce qui leur serait interdit par voie directe. Je ne suis pas sans savoir que la formulation a été reprise du principe 6 de la Recommandation du Conseil de l'Europe (Recommandation No R (2000) 7 du Comité des Ministres). Il est cependant connu que la terminologie dont se sert ce genre de recommandations destinées à influencer des régimes juridiques divers, est plutôt d'ordre théologique et général. Au législateur national d'y apporter le contenu concret.

Une rédaction précise de l'article me paraît nécessaire dans une matière délicate. Que le législateur dise en conséquence ce qu'il interdit: perquisitions, saisies, interception de communications, retraçabilité, en se référant aux dispositions légales afférentes.

Même dans ce cas le régime dérogatoire ne concernerait pas le journaliste pris en qualité d'inculpé.

Il découlerait de la précédente analyse resp. lecture qu'on devrait faire des textes, que les situations qui dans le passé ont soulevé des débats et discussions, devraient être appréciées comme suit:

- *situation du journaliste qui est suspecté de recel, de violation de secret professionnel (ou recel de documents etc.).*

C'est précisément à propos de ces infractions que la polémique s'est faite dans des affaires récentes mettant aux prises la violation du secret professionnel et la liberté de la presse. Je persiste à croire que les exemples sont mal choisis, compte tenu de leur caractère „limité“, pour servir dans un débat de fond objectif.

Je me place dès lors dans une situation de violation d'un secret auquel une personne est obligée et que sa violation, y compris à travers la presse, a eu des conséquences graves, rendant le conflit plus aigu. Abolir sous ce rapport et de façon péremptoire la responsabilité du journaliste me paraît risqué. Il convient tout d'abord de retenir que la jurisprudence de la CEDH fondée sur base de l'article 10 de la Convention se garde bien de prohiber, en application dudit article, l'application des règles du recel au journaliste. Elle exerce son contrôle sur le caractère nécessaire et proportionnel de l'intervention (tout comme le prône la nouvelle loi dans son article 2).

Dans une décision récente que certains détracteurs et adeptes d'une „immunité journalistique“ qualifieront de combat d'arrière-garde, la Cour de Cassation française a, dans un arrêt du 19 juin 2001, reproduit avec les conclusions de l'avocat général et une note signée A. Lepage, décidé „qu'il n'y a pas violation de l'article 10 de la convention CEDH dès lors que les prévenus ont été poursuivis pour avoir divulgué le contenu demeuré confidentiel de pièces issues d'une information en cours. En l'espèce, les prévenus n'avaient aucun droit d'accès à ces informations, ce qui heurte l'intérêt légitime de la personne visée dans ces pièces. Les limites auxquelles est soumise la liberté d'expression sont nécessaires, d'autant qu'il n'est pas établi que les contraintes exercées en cause aient nui de réelle façon à l'information de l'opinion et que la justice se soit trouvée dans l'impossibilité de fonctionner dont il aurait fallu informer cette opinion. Cette mesure est donc justifiée par les impératifs de protection des droits d'autrui, au nombre desquels figure la présomption d'innocence, par la préservation d'informations confidentielles ainsi que la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire“ (Semaine juridique II, 10064 2002).

L'affaire dite des „Ecoutes de l'Elysée“ avait été retracée par deux journalistes dans un livre intitulé „Les oreilles du Président“.

L'ouvrage était constitué en parties de pièces de l'instruction en cours et a soulevé le problème de l'infraction du recel de violation du secret de l'instruction et a valu aux journalistes une condamnation pénale dans les deux instances. L'auteur de la note conclut par cette appréciation „Dans le contexte actuel d'une influence croissante exercée sur nos juridictions par la convention européenne et la jurisprudence de la cour EDH et qui est d'ailleurs manifestée ces derniers temps par une sorte d'effritement

*de notre droit de la communication, il faut rendre grâce au présent arrêt d'avoir refusé que la nécessité et le respect de certaines limites apportées aux libertés, même surtout en démocratie restent de vains mots au risque sinon de voir celles-là se dissoudre dans le chaos*“.

Il est évident que dans cette hypothèse il existe une indivisibilité entre ce qu'on reproche à celui qui a violé le secret et celui qui s'est rendu coupable de recel et que les mesures coercitives à prendre au niveau de l'instruction judiciaire, doivent être les mêmes pour les deux. Si l'on veut supprimer toute barrière en la matière, et cela est une alternative, il conviendrait sans hypocrisie d'abolir le secret professionnel en général ainsi que celui de l'instruction et de pratiquer une transparence intégrale qui, paradoxalement est refusée par les journalistes en ce que le secret des sources va à l'encontre de l'idée de transparence.

– *situation de la non-assistance à personne en danger* (art. 410). Le fait par une personne en l'occurrence un journaliste, de se rendre coupable (ou contre lequel existent des indices qu'il se soit rendu coupable) du délit prévu par l'art. 410 du CP, constitue un délit. Dès lors et encore une fois compte tenu de la lecture que je fais des dispositions reprises sub 1 et 3 de l'article 7 du projet, les mesures protectrices des sources du journaliste ne joueraient pas.

Il y a lieu de retenir que dans le catalogue des infractions dont le journaliste peut se rendre coupable dans l'exercice de la profession ne figurent pas celles inscrites aux articles 434-1, 434-3 et 434-11 du code pénal français qui obligent le journaliste à révéler ou à dénoncer à la justice certaines infractions.

4) L'article 8 reprend certaines dérogations au régime spécial de protection des sources sur le plan pénal en s'inspirant de la recommandation du Conseil de l'Europe.

Le texte proposé donne lieu à critique à un triple niveau:

- a) Les termes employés de „*action des autorités de police, de justice ou administratives (qui) concerne la prévention, la poursuite ou la répression de ...*“ manquent de précision surtout si l'on considère que l'article 7 vise dans son ensemble des règles de procédure coercitives qui, par définition, ne se placent pas au niveau de la prévention, à moins d'avoir en tête des écoutes administratives ordonnées sur base de l'article 88-4 du CIC.
- b) Les cas d'exception concernés sont indiqués par des termes génériques, qui ne concernent pas toujours des infractions connues et définies comme tel par la loi et en particulier le code pénal. Ainsi et en particulier le titre VIII du code pénal, traite-t-il „Des crimes et des délits contre les personnes“. La dérogation ne concernerait en conséquence que les faits punis de peines criminelles par les articles dudit titre, à l'exception des délits.

Le cas de „*trafic des stupéfiants*“ n'est pas une infraction clairement définie en tant que tel. Dès lors, et pour éviter toute discussion, il conviendrait de mentionner les articles afférents de la loi modifiée du 19 janvier 1973.

Le terrorisme lui non plus ne constitue pas un fait incriminé en tant que tel par le code pénal.

- c) On peut également reprocher à la liste des dérogations d'être arbitraire. Pour quelle raison n'y figure aucun des crimes contre l'ordre des familles et contre la moralité publique prévus au titre VII du code pénal lequel contient entre autres des incriminations tel que l'enlèvement des mineurs, les attentats à la pudeur et les viols (y compris sur les personnes mineures) de même celle relatives à la prostitution, l'exploitation et la traite des êtres humains? Quid du crime de corruption reconnu comme fléau dans les enceintes internationales (dont l'OCDE et le Conseil de l'Europe y compris l'Union Européenne). Il est certes difficile de concevoir un régime dérogatoire qui par la force des choses doit d'un côté, être limité et d'un autre côté, être suffisamment large pour ne pas paraître trop discriminatoire.

## **Chapitre V – Des devoirs découlant de la liberté d'expression**

### *Section 2 – De la présomption d'innocence*

La section 2 est intitulée „*De la présomption d'innocence*“ et consacre dans son article 12 (1) le droit au respect de la présomption d'innocence. L'endroit paraît mal choisi: en effet, point n'est besoin de consacrer le principe essentiel qui est acquis dans notre système judiciaire et qui n'est pas mis en doute et ne risque pas de l'être.

La présomption d'innocence présente de multiples aspects. Celui qui paraît le plus important est celui du non-respect au niveau de la procédure pénale qui dans une phase délicate de l'instruction, peut impliquer des moyens coercitifs. Qu'elle doive être respectée par les médias est évident et nécessaire.

Comme la loi a pour objet principal de garantir la liberté de la presse, il me paraît évident que la section 2 du chapitre V devrait s'intituler „*Du respect de la présomption d'innocence par les médias*“ et qu'il y a lieu de supprimer le premier alinéa de l'article 12. Les dispositions de l'article 12 (2) sont reprises, à l'exception du passage „*avant l'intervention d'une condamnation définitive ayant autorité de chose jugée*“ de l'article 9-1 du code de procédure pénal français dans la teneur qui lui a été donnée par l'article 47 inscrit sous le titre „*Du respect de la présomption d'innocence et des garanties de la liberté d'information*“ de la loi 93-1 du 4 janvier 1993.

L'introduction d'une référence à une condamnation définitive, non contenue dans le modèle français est-elle nécessaire?

Si on comprend les intentions des auteurs du projet, il est permis de constater que l'exposé des motifs reste muet sur ce point précis. Si l'on fait dépendre l'information d'une décision judiciaire définitive ne crée-t-on pas un problème au niveau d'une rubrique importante, celle des chroniques judiciaires dans lesquels la presse se fait l'écho de procès, avant tout pénaux en informant sur le déroulement du procès et son résultat, le prononcé du jugement?

En conséquence, les médias sont amenés à dire qu'une personne a été reconnue coupable soit en première instance, soit en instance d'appel et ceci, pour des impératifs évidents sans attendre que la décision soit définitive. Ceci peut dès lors paraître exagéré et nuire au contrôle de la presse sur le fonctionnement des instances judiciaires.

L'article 13 prévoit les exceptions au principe du respect de la présomption d'innocence.

Les deux premiers cas de figure s'inscrivent dans la logique des choses, à tel point qu'il faut se demander s'il convient de les mentionner expressément. En tout état de cause il conviendrait d'ajouter sub 2) les autorités policières en visant les enquêtes policières.

Pour le surplus le système d'exception proposé paraît trop compliqué et soumis à tant de moments d'appréciation, qu'il peut aboutir à paralyser une application avec bon sens du principe mis en oeuvre par l'article 12 (2).

Il n'est certes pas défendu d'admettre que, compte tenu de la nécessité de protection absolue (sous ce rapport la balance doit pencher du côté de la victime, objet de l'information), le journaliste soit tenu d'une obligation qui s'apparente à une obligation de résultat.

Se pose finalement le problème des sanctions en cas de non-respect de la présomption d'innocence: sera-t-elle uniquement de nature civile où convient-il de l'ériger en infraction pénale?

Je crois pouvoir dire que dans un stade antérieur de l'élaboration du projet de loi il avait été envisagé de prévoir des sanctions pénales.

C'est à bon droit que cette voie a été abandonnée. En effet, le phénomène de la pénalisation à outrance, ne me semble pas être la panacée pour forcer le respect des lois. Le recours à la sanction pénale ne doit intervenir que si l'ordre public est particulièrement atteint.

A cet endroit une sanction civile à mettre en oeuvre par la personne lésée paraît suffisante.

#### *Section 4. – De la protection des mineurs*

Compte tenu de la nécessité d'une protection accrue et absolue et en vue de sauvegarder la personne du mineur de tout traumatisme par rapport à la publicité de son identité, la loi du 10 août 1992 a, en son article 38, interdit la publication et la diffusion des débats des juridictions de la jeunesse ainsi que celle des éléments de nature à permettre de révéler son identité, la personnalité des mineurs poursuivis ou qui font l'objet d'une mesure prévue par la même loi, les infractions audit article étant punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 10.000 à 400.000 francs ou d'une de ces peines seulement. Une extension des règles protectrices des mineurs doit être approuvée, sous réserve des observations suivantes:

5.1 – Il existe certes des raisons techniques pour ne pas incorporer les dispositions de cette section dans la loi sur la protection de la jeunesse et vice versa.

Ne conviendrait-il cependant pas de faire une référence à ladite loi en écrivant (art.18): „*sans préjudice des dispositions de l'article 38 de la loi du 10 août 1992, est interdite ...*“

5.2 – En matière de mort d’homme en général (et dès lors aussi en cas de suicide) on assiste souvent à une surenchère médiatique avide de détails, alors que de tels incidents tragiques qui choquent profondément les familles et les consciences en général, intéressent un public curieux émotionné et surtout avide de sensations.

Dès lors il me paraît que les autorités, en particulier les autorités judiciaires, doivent se montrer prudentes lorsqu’elles communiquent des informations de ce genre à la presse: le suicide et la décision de se suicider font partie de la plus stricte intimité de la vie privée en concernant une personne qui ne peut plus s’expliquer.

Cette retenue s’impose d’autant plus (et sauf exceptions) lorsqu’il s’agit de révéler le détail des motifs du suicide (qui demeurent d’ailleurs souvent non connues).

5.3 – Je donne à considérer si, dans un souci de clarté et afin d’éviter des difficultés d’application en pratique, il ne convient pas de préciser à quel moment l’état de minorité doit être apprécié. Se placera-t-on au moment de la communication de l’identité au public ou au moment des faits?

(Exemple: une personne mineure est victime d’un viol qui n’est connu que plusieurs mois après les faits, à un moment où la victime est majeure.)

5.4 – L’article 19.1 omet encore de mentionner les autorités policières. C’est oublier que des communications peuvent émaner et émanent en fait souvent des services policiers en particulier de la section „*protection de la jeunesse*“ du service de P.J.

5.5 – Tout en me référant à mes considérations à propos de l’introduction de sanctions pénales en la matière à propos de l’article 12 (2) du projet, j’estime que le caractère impératif de la protection du mineur qui concerne toute la société et ses organes publics milite en faveur de l’introduction à cet endroit de sanctions pénales (comme prévu à un stade antérieur). Il serait illogique de sanctionner les atteintes aux dispositions de l’article 38 de la loi sur la protection de la jeunesse alors que dans une situation similaire, aucune sanction pénale ne serait prévue (le projet ne contient d’ailleurs à l’endroit aucune sanction civile spécifique).

5.6 – Pour les exceptions il est renvoyé aux développements repris sub 13.

Ces quelques réflexions ne me paraissent pas dénuées de pertinence si l’on constate que l’article 18 du projet est une réplique de l’article 99 de la loi française No 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits de la victime (IO 16 juin 2000) qui modifie l’article 39bis de la loi du 29 juillet 1881 comme suit:

*„Art. 39bis. Est puni de 100.000 francs d’amende le fait de diffuser, de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l’identité ou permettant l’identification:*

- *d’un mineur délaissé dans les conditions mentionnées aux articles 227-1 et 227-2 du code pénal;*
- *d’un mineur qui s’est suicidé;*
- *d’un mineur victime d’une infraction*

*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables lorsque la publication est réalisée à la demande des personnes ayant la garde du mineur ou des autorités administratives et judiciaires.“*

Force est dès lors de constater que la loi française prévoit des pénalités et qu’elle ne contient pas un système de dérogations compliqué tel que prévu à l’article 19, 2 du projet qui semble vouloir réaliser une synthèse entre des éléments de droit français et des éléments autrichiens.

On constatera encore que le projet définitif n’a plus repris du modèle français d’autres dispositions que celui-ci prévoit au chapitre „*Dispositions réprimant l’atteinte à la dignité d’une victime d’une infraction pénale*“ (art. 97 et 98 la loi du 29 juillet 1881) (p. ex. diffusion des circonstances d’un crime ou d’un délit qui porte gravement atteinte à la dignité d’une victime, de renseignement concernant une personne victime d’une atteinte sexuelle, diffusion de l’image d’une personne menottée ou entravée).

Une raison peut être que les dispositions françaises afférentes sont de nature à trop „*pénaliser*“ la matière et que la voie pénale doit se limiter à des situations graves, portant une atteinte sérieuse à l’ordre public et déterminées avec précision.

## Chapitre VI – De la responsabilité

### Section 1 – De la responsabilité pénale

L'article 20 innove en matière pénale en ce qu'il rend responsable des infractions commises par la voie d'un média le collaborateur et l'éditeur. Rendre responsable en droit pénal veut dire imputer une infraction à quelqu'un. Il s'agirait en fait d'une présomption d'imputabilité. Sans vouloir m'avancer sur le terrain de l'opportunité de l'introduction de cette innovation je recommanderais de ne pas parler „d'auteurs principaux“ catégories inconnues en droit pénal qui ne connaît et ne définit que „l'auteur“ (art. 66 CP) et „le complice“ (art. 67 CP).

## Chapitre IX – Du droit d'information postérieure

Les dispositions concernant l'information postérieure dont il faut saluer l'introduction, ne donnent lieu qu'à des observations de détail, dans la mesure où elles concernent la situation en cas de classement de l'affaire sans suite resp. d'une éventuelle prescription. La première hypothèse est visée à l'article 54 du projet qui fait courir le délai endéans lequel la demande d'information postérieure doit être introduite à partir de „la date de l'information du classement adressée à la personne concernée“. Il convient d'expliquer qu'en général et surtout dans des affaires graves les parties sont informées du classement d'une plainte, mais que pareille obligation n'est prévue par aucune disposition légale.

L'article 54 n'a-t-il pas pour résultat indirect, sans le dire, d'introduire pareille obligation? D'autre part, le classement constitue une mesure purement interne, sans effet juridique en soi, qui peut être modifiée ultérieurement sous réserve de l'effet de la prescription, respectivement contrecarrée par une constitution de partie civile devant le juge d'instruction resp. une citation directe. Il convient dès lors de se demander s'il est utile de prévoir un droit à l'information postérieure en cas de classement sans suites par le parquet. Il présente certes un grand intérêt pour la personne concernée, bénéficiant de la présomption d'innocence renforcée par le fait que le parquet ne poursuit pas.

Ceci constitue cependant une simplification de la situation alors que la décision de classement qui trouve sa légitimation légale dans le principe de l'opportunité des poursuites inscrit à l'article 23 du code d'instruction criminelle, peut être motivée par d'autres considérations que la non-culpabilité (intervenant le cas échéant après une méditation pénale).

L'exercice concret du droit à l'information postérieure n'est dès lors pas sans susciter des problèmes, surtout en cas de classement, du fait que les autres hypothèses prévues sont de l'ordre de celles où une décision judiciaire non susceptible d'un recours est intervenue dont les articles 56 et 57 prévoient la preuve formelle.

Les articles 56 et 57 soulèvent en tout état de cause des difficultés de fait et de droit sous plusieurs points de vue:

- 1) L'article 56 reprenant les termes de l'article 54 quant aux diverses hypothèses dans lesquelles est accordé un droit à l'information postérieure, emploie une terminologie qui peut prêter à confusion.

En effet la philosophie des diverses dispositions semble être celle que le droit à l'information postérieure doit être accordé à celui dont les poursuites sont arrêtées resp. qui n'est pas condamné par la juridiction de jugement.

C'est ainsi qu'au niveau de l'instruction le juge d'instruction peut, dans le cas prévu à l'article du 57 (3) CIC rendre une ordonnance de non informer. Cette hypothèse ne rentrerait pas dans les prévisions de la loi.

Au niveau de la procédure suivie dans le cadre de l'instruction préparatoire, la chambre du conseil peut être amenée à se prononcer sur des questions de recevabilité de l'action publique.

Stricto sensu, une décision d'irrecevabilité n'est pas une décision de non-lieu, à moins de considérer que les termes de „renvoyer des fins de la poursuite“ visent toutes les hypothèses non spécifiquement prévues (non-lieu, acquittement).

- 2) La demande doit contenir „une attestation émanant de l'autorité judiciaire compétente et établissant que la décision n'est pas frappée d'un recours et qu'elle est définitive“.

Savoir qui est cette „autorité compétente“ n'est pas aisé.

Sera-ce le greffe?

Ne conviendrait-il pas de le préciser en ajoutant qu'il s'agit du greffe de la juridiction auprès de laquelle le recours doit être déposé resp. la déclaration doit être faite.

Ensuite convient-il de se demander ce qui peut-être attesté par le greffe. Il est bon de retenir que la question de savoir si une décision judiciaire est définitive peut soulever des questions d'ordre juridique qu'il n'appartient certes pas au greffe de trancher, mais en règle générale à la juridiction saisie du recours qui en examinera la recevabilité.

L'organe dont émane en conséquence l'attestation, pourrait donc au plus attester l'absence d'un recours. (Rappelons encore que la loi du 22 décembre 1986 relative de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice qui prévoit la possibilité de relever des déchéances encourues celui qui sans sa faute n'a pu agir.)

### **Chapitre XI – Du traitement des données à caractère personnel**

Le projet de loi entend, dans sa philosophie générale, déroger au projet en gestation concernant la protection des données à caractère personnel quant à celles effectuées „aux seules fins de journalisme“.

On constatera dès lors qu'après avoir prévu un statut particulier en matière de procédure pénale dérivé de la protection des sources, le projet prévoit des nouvelles dérogations de taille dans le domaine délicat de la protection de données à caractère personnel.

Tout citoyen ne peut dès lors que se demander si des régimes trop dérogatoires, impliquant nécessairement un sacrifice du citoyen sur l'autel de la liberté d'information, n'aboutissent pas à un déséquilibre, ceci d'autant plus que, par l'inclusion de certaines données soumises par le droit commun à un régime protecteur de la personne concernée, ce régime protecteur est abandonné si ces données sont incluses dans un système de traitement servant à des fins de journalisme.

On perd trop souvent de vue que les médias ne constituent pas un pouvoir institutionnel soumis à des procédures de contrôle interne comme les juridictions, ni à un contrôle politique tel le gouvernement ou le pouvoir législatif et qu'ils ne sont, au demeurant, pas soumis à l'obligation d'impartialité (ce à quoi ils ne sont pas tenus et ce qui serait même néfaste) et d'indépendance, compte tenu de l'environnement politique et économique.

### **Chapitre XII – Du régime des publications**

La section 2 du projet prévoit à l'article 80 la sanction pénale à l'égard de l'éditeur lorsque la publication ne contiendra pas certaines indications.

D'une part, le caractère purement „symbolique“ de la sanction, non dissuasive même si une procédure pénale est engagée, peut laisser douter de son utilité. D'autre part l'article 81 se réfère à une terminologie peu usitée. Que veut-on exprimer par la phrase „Toutefois, l'amende ne sera pas prononcée ...“? Veut-on dire que l'article 80 n'est pas applicable? Il conviendrait de le dire sans détour puisque l'article 81 du projet pourrait laisser croire qu'il y a infraction pénale, mais que la peine ne peut pas être prononcée.

### **Chapitre XIII – Dispositions de procédure**

La section 1 traitant de la prescription prévoit un délai de prescription spécial lorsque l'action est déclenchée par la plainte de la partie lésée. Sans vouloir insister, j'estime qu'en la matière, il n'existe aucun argument péremptoire pour faire une différence à ce propos selon que l'action est déclenchée par la partie lésée ou par le ministre public, les arguments invoqués en faveur de ce dernier pour lui appliquer le droit commun, peuvent également par analogie valoir pour la victime.

De plus un régime dérogatoire en matière de prescription ne paraît se justifier que s'il existe des raisons particulièrement graves (p. ex. imprescriptibilité de certaines catégories de crimes) sous peine de faire éclater le régime de droit commun.

La saisie d'une publication est réglée à l'article 87 (1) du projet. Selon le commentaire des articles, la loi aurait déjà prévu la possibilité d'une saisie des publications illégales. Il n'est peut-être pas superflu de rappeler le contenu de l'article 26 de la loi du 20 juillet 1869 dite „sur la presse“.

Selon cet article „Les écrits ou productions de la presse, ainsi que tous images, emblèmes, effigies, dont la distribution ou l'exhibition constitue une infraction à la présente loi, pourront être saisis par

*ordre du juge d'instruction, du procureur d'Etat ou du juge de paix. La saisie ne s'étendra pas aux exemplaires isolés se trouvant entre les mains de personnes qui ne les tiennent pas à la disposition du public.*

*La saisie devra être validée dans les 5 jours par ordonnance de la chambre du conseil, à peine de nullité“.*

Point n'est besoin d'insister sur le fait qu'une mise à neuf dudit texte est nécessaire. Cependant la nouvelle mouture peut prêter à confusion.

Il convient tout d'abord de signaler que l'article 66 du CIC donne au juge d'instruction pouvoir d'opérer la saisie de tous objets, documents, effets et autres choses visés à l'article 31 (3), ledit article conférant à l'officier de police judiciaire resp. au procureur d'Etat le pouvoir de saisir les mêmes objets en cas de crime et de délit flagrant qui auraient servi à le commettre, qui sont l'objet de l'infraction, qui en paraissent être le produit ou qui, d'une façon générale paraissent utiles à la manifestation de la vérité.

Il paraît hors de doute que l'article 26 actuel ne vise pas le cas d'une information (instruction préparatoire) dont le juge d'instruction serait saisi par un réquisitoire du parquet resp. de la partie lésée, qu'il est étranger aux articles 31 et 66 du CIC et qu'il vise la saisie d'une pluralité d'exemplaires pour assurer, sous le contrôle de la chambre du conseil, la „mise hors circulation“.

Or, l'article 87 (1) ne se place plus dans cette optique en ce que l'article vise „le cadre d'une procédure pénale pour infraction commise par la voie d'un média“.

Quelle est au demeurant „la procédure pénale“ visée? Présuppose-t-elle la saisine du juge d'instruction quant à l'infraction pénale (donc dans le cadre d'une instruction préparatoire)?

Exclut-il les officiers de police judiciaire resp. le procureur d'Etat en cas de flagrant délit?

Comment se délimite-t-il par rapport aux dispositions existantes du CIC (art. 31 et 66) non abrogées si on doit admettre que l'article 87 (1) s'inscrit dans le cadre d'une instruction et que la saisie concerne une pièce à conviction dont le recours n'est jusqu'ici pas soumis à un quelconque critère de proportionnalité.

Si on se place en dehors de cette hypothèse, il convient de le préciser (p. ex. en écrivant „Sans préjudice des dispositions des articles 31 et 66 du code d'instruction criminelle“).

Dans le cas d'une saisie générale et hors instruction, pourquoi abandonner la validation par la chambre du conseil? De toute façon faudra-t-il prévoir des recours, sinon du moins, mentionner selon quelle procédure existante ils sont exercés.

Diekirch, le 4 juin 2002

*Le Procureur d'Etat,*  
Jean BOUR

\*

**AVIS DU PARQUET DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT  
DE LUXEMBOURG**

(10.5.2002)

*Brm.*— Retransmis à Monsieur le Procureur Général d'Etat avec, en annexe, l'avis du Parquet près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg sur le projet de loi sur la liberté d'expression dans les médias, que vous avez demandé par votre transmis du 5 mars 2002.

*Le Procureur d'Etat,*  
Robert BIEVER

*Le Substitut principal,*  
John PETRY

\*

**AVIS SUR LE PROJET DE LOI  
SUR LA LIBERTE D'EXPRESSION DANS LES MEDIAS**

Le projet de loi sur la liberté d'expression dans les médias se propose de remplacer, en la modernisant, la loi du 20 juillet 1868 sur la presse.

Le sujet qu'il entend ainsi traiter est très délicat et il n'est pas si surprenant qu'il ait fallu attendre plus de 130 ans avant qu'une réforme de la loi en vigueur ne soit proposée. En effet, le sujet se situe à la ligne de fracture d'intérêts divergents qui tous en soi sont dignes de protection et légitimes, mais dont la conciliation ne peut se faire sans compromis. Ces intérêts sont, d'une part, la liberté d'expression et, d'autre part, notamment, le droit à la protection de l'honneur et de la vie privée et l'efficacité de l'action du pouvoir judiciaire.

La tâche des auteurs du projet était donc redoutablement difficile. Ils ont tenté d'opérer cette conciliation d'intérêts divergents dans un projet de loi très élaboré et structuré et bien commenté qui ne se borne pas à vouloir adapter la législation en place, mais en propose une refonte complète sur des bases en partie entièrement nouvelles.

A cette fin, le projet de loi vise à renforcer les droits des journalistes salariés dans le cadre de leurs relations avec leurs employeurs<sup>1</sup>, à modifier dans le sens d'une plus grande protection des journalistes le régime de la responsabilité tant pénale que civile de ceux-ci<sup>2</sup>, à adapter les règles régissant la profession<sup>3</sup>, à réformer le droit de réponse<sup>4</sup>, à prévoir un droit d'information postérieure permettant à une personne ayant fait l'objet d'une procédure pénale relatée dans la presse et qui en a été blanchie d'exiger que cette information soit publiée<sup>5</sup>, à réserver aux journalistes des règles spécifiques en matière de traitement des données à caractère personnel<sup>6</sup>, à moderniser le régime des indications obligatoires à reproduire dans toute publication<sup>7</sup>, à prévoir des règles spécifiques en matière de procédure<sup>8</sup> et à intégrer au code pénal certaines dispositions de la loi du 20 juillet 1868, qui serait par ailleurs abrogée<sup>9</sup>.

Le projet prend surtout soin de partir résolument du texte de base en matière de liberté d'expression, l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après „CEDH“)<sup>10</sup> et de tenter de lui donner une application concrète en définissant les droits inhé-

1 Chapitre III, articles 4 et 5.

2 Chapitre VI, articles 20 à 24.

3 Chapitre VII, articles 25 à 37.

4 Chapitre VIII, articles 38 à 52 et Chapitre X, article 64.

5 Chapitre IX, articles 53 à 63 et Chapitre X, article 64.

6 Chapitre XI, articles 65 à 71.

7 Chapitre XII, articles 72 à 82.

8 Chapitre XIII, articles 82 à 88.

9 Chapitre XIV, articles 89 à 97.

10 Chapitre I, articles 1 et 2.

rents à la liberté d'expression<sup>11</sup> et les devoirs qui en découlent<sup>12</sup>. Parmi ces droits figurent un droit de rechercher et de commenter les informations<sup>13</sup> et un droit de la protection des sources<sup>14</sup>.

Le projet se situe donc sur un terrain qui, dans un passé récent, a donné lieu à bien des controverses dont à l'origine ont été différentes décisions de justice ou pratiques judiciaires sévèrement critiquées par la presse et une partie importante du monde politique.

Ces controverses concernaient d'une part, dans une moindre mesure, la question de savoir à quelles vérifications un journaliste peut, dans le respect de l'article 10 CEDH, être astreint lorsqu'il reproduit une citation. A cet égard, l'interprétation retenue par les juridictions luxembourgeoises n'avait pas été approuvée par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>15</sup>. Le projet de loi propose de régler cette question<sup>16</sup>.

Elles concernaient d'autre part la question de savoir si et sous quelle forme des mesures d'instruction peuvent être exécutées contre un journaliste dans le cadre d'une instruction préparatoire du chef de recel de violation du secret professionnel. A cet égard, certaines mesures avaient été considérées comme légales par les juridictions d'instruction<sup>17</sup> et, plus récemment, d'autres comme illégales<sup>18</sup>, par référence toujours à l'article 10 CEDH.

Cette dernière décision d'annulation, que le Parquet a acceptée et contre lequel il n'a pas engagé de voies de recours, concernait des mesures de retracement d'appels téléphoniques. L'application de telles mesures dans le cadre d'une instruction menée contre un journaliste avait causé une vive émotion dans le monde de la presse et dans le monde politique et avait été à l'origine, outre du dépôt d'un projet de loi visant à réglementer d'une façon générale le recours à de telles mesures, au vote, le 24 octobre 2000, d'une motion par la Chambre des Députés dans laquelle celle-ci réclamait une reconnaissance légale de la protection des sources journalistiques. Cette motion, à laquelle les auteurs du projet se réfèrent expressément, les a inspirés pour proposer la reconnaissance formelle d'un tel droit<sup>19</sup>.

L'un des objets du projet de loi paraît donc d'arbitrer ces controverses et de corriger par la voie législative des jurisprudences ou pratiques judiciaires critiquées.

Il faut à cet égard clairement rappeler qu'il ne saurait être contesté que le gouvernement peut proposer et que le législateur peut adopter des lois qui vont à l'encontre de jurisprudences établies s'ils les considèrent comme étant néfastes<sup>20</sup>. Il y a lieu de prendre sur ce point une position contraire à celle, très contestée, qui avait été adoptée le 11 janvier 2002 par le premier président de la Cour de cassation française, M. Guy Canivet, qui avait déclaré, dans le contexte d'une loi<sup>21</sup> adoptée dans le but déclaré de mettre en échec une jurisprudence très critiquée de cette juridiction<sup>22</sup>, qu'il n'appartient ni au législateur, ni au gouvernement, de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans les litiges relevant de leur compétence<sup>23</sup>.

De plus, il ne paraît pas appartenir aux autorités judiciaires de s'interroger, dans le cadre d'un avis sur un projet législatif, sur l'opportunité politique de mesures proposées. Leur rôle semble devoir se limiter à questionner la faisabilité technique et avertir des implications pratiques que ces mesures pourraient engendrer ou les problèmes concrets que celles-ci pourraient soulever.

11 Chapitre IV, articles 6 à 9.

12 Chapitre V, articles 10 à 19.

13 Article 6.

14 Articles 7 et 8.

15 Cour européenne des droits de l'homme, 29 mars 2001, Marc Thoma c/Etat du Grand-Duché de Luxembourg.

16 Articles 15, 17, 19 et 21.

17 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre du conseil, 9 décembre 1998, No 1159/98 et No 1160/98, confirmée par la Cour d'appel, chambre du conseil, 3 mars 1999, No 56/99 et No 57/99. Ces décisions étaient relatives à des mesures de perquisition et saisie au domicile et au lieu du travail d'un journaliste.

18 Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, chambre du conseil, 25 février 2002, No 196/02.

19 Articles 7 et 8.

20 Sous réserve, bien entendu, en particulier du respect des droits acquis et du principe d'égalité de traitement.

21 Loi No 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Journal officiel de la République française No 54 du 5 mars 2002, page 4118, article 1er.

22 L'arrêt *„Perruche“*: Cass. fr. Ass. plén., 17 nov. 2000, Bull. civ. Ass. plén. No 9: JCP G 2000.II.10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, note F. Chabas; D. 2000.392, note D. Mazeaud et note P. Jourdain.

23 Voir: Valéry Turcey, *L'horreur juridique*, Paris, Plon. 2002, page 40.

Il ne saurait donc être question de discuter et de mettre en doute les orientations politiques qui inspirent le texte, sauf à signaler les difficultés techniques auxquelles les applications de celles-ci pourraient donner lieu en pratique.

C'est dans cet esprit que seront faites les observations qui suivent. Elles se limiteront aux points qui ont paru soulever des difficultés particulières, à savoir en particulier les articles 6 et 7 du projet.

### **1. Sur le caractère confidentiel d'informations ou de documents comme limite à la liberté d'expression**

Le projet de loi vise à assurer la liberté d'expression dans le domaine des médias<sup>24</sup>. Ce but résulte de son titre, comme de la définition qu'il donne lui-même de son objet. Au regard de cette intention manifeste des auteurs du projet de faire de la liberté d'expression l'objet du projet, l'on peut s'attendre à ce que l'ensemble des conditions d'exercice de cette liberté ou, en tout cas, les plus importantes parmi elles, y soient mentionnées.

A cette fin, le projet énonce d'une façon détaillée, outre les droits inhérents à cette liberté<sup>25</sup>, les devoirs qui en découlent<sup>26</sup>. Ces derniers comportent des devoirs d'exactitude et de véracité<sup>27</sup>, de respect de la présomption d'innocence<sup>28</sup> et de protection de la vie privée<sup>29</sup>, de la réputation et de l'honneur<sup>30</sup> et des mineurs<sup>31</sup>.

En revanche, aucune mention n'est faite d'éventuelles restrictions, fussent-elles délimitées et circonscrites, à la publication d'informations ou de documents confidentiels.

Ce silence peut surprendre doublement: d'une part, en raison de l'importance accordée au respect du secret dans de nombreux textes législatifs dans les domaines les plus divers<sup>32</sup> et, d'autre part, parce que l'article 10 CEDH, qui a inspiré les auteurs du projet<sup>33</sup>, fait figurer le souci d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles parmi les restrictions pouvant être apportées à l'exercice de la liberté d'expression<sup>34</sup>.

Contrairement à une vision quelque peu caricaturale, la confidentialité n'est pas que pure chicane, visant à cacher de la vue du public des éléments dérangeants. Tout secret ne constitue pas nécessairement une entrave intolérable à la liberté d'expression.

En réalité, le secret répond à des préoccupations différentes.

Il peut avoir pour objet de protéger la vie privée de particuliers. Il en est ainsi, par exemple, du secret médical, protégeant les intérêts du patient, du secret bancaire, protégeant les intérêts du client, du secret professionnel de l'avocat, protégeant les intérêts du justiciable ou du secret de l'instruction, protégeant les intérêts de l'inculpé. La CEDH fait référence à cet objet en disposant, à l'article 10, paragraphe 2, que des restrictions à la liberté d'expression peuvent être justifiées lorsqu'elles répondent à l'objectif de „la protection de la réputation ou des droits d'autrui“.

Il peut aussi avoir pour objet d'assurer le fonctionnement correct des institutions. Ainsi, une instruction sereine des infractions pénales, un rassemblement complet des moyens de preuve et une recherche

24 Article 1er du projet. Voir aussi le titre du projet de loi: „projet de loi sur la liberté d'expression dans les médias“.

25 Chapitre IV, articles 6 à 9.

26 Chapitre V, articles 10 à 19.

27 Articles 10 et 11.

28 Articles 12 et 13.

29 Articles 14 et 15.

30 Articles 16 et 17.

31 Articles 18 et 19.

32 Voir, par exemple, les articles 458 du code pénal; 8 du code d'instruction criminelle; 35 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat; 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; 111-1 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances; 11 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat.

33 Exposé des motifs, „Philosophie de la nouvelle législation“: „La nouvelle législation sur la liberté d'expression dans les médias s'inspire de la philosophie de l'article 10 CEDH.“

34 Article 10, paragraphe 2, CEDH: „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, (...) pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles (...)“

systematique des coupables, bref une action efficace de la justice pénale, ne serait pas possible en l'absence du secret d'instruction. La CEDH fait référence à cet intérêt en disposant à l'article 10, paragraphe 2, que des restrictions à la liberté d'expression peuvent être justifiées lorsqu'elles répondent au souci de „garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire“<sup>35</sup>.

Bref, au regard de la liberté d'expression le secret n'est pas en soi illégitime, à tel point que lui-même ainsi que les intérêts qui le justifient sont expressément mentionnés à l'article 10 CEDH au titre des restrictions pouvant, sous certaines conditions, être apportées à cette liberté.

Cela ne signifie, bien entendu, pas que tout secret peut dans n'importe quelles conditions constituer une entrave régulière à la liberté d'expression.

Il doit pour cela encore, outre d'être prévu par la loi, être nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire, pour utiliser les termes employés par les auteurs du projet à l'article 2 de celui-ci, répondre à un besoin social impérieux et être proportionné au but légitime poursuivi.

Le respect du secret peut donc constituer une restriction à la liberté d'expression. Or, le projet garde à son égard un silence complet.

Ce silence prend d'autant plus de relief que le projet dispose, dans un de ses articles les plus importants<sup>36</sup>, que „la liberté d'expression visée à l'article 1er de la présente loi comprend le droit de recevoir et de rechercher des informations (et) de décider de les communiquer au public dans la forme et suivant les modalités librement choisies“<sup>37</sup>. Ce droit constitue, dans l'architecture du projet, le premier et le plus important des droits inhérents à la liberté d'expression.

Le projet, qui se donne pour objet d'assurer la liberté d'expression dans le domaine des médias, définit donc, à titre de premier des droits inhérents à cette liberté, celui de recevoir et de rechercher des informations, sans apporter la moindre réserve en ce qui concerne la réception et la recherche, ainsi que la publication d'informations confidentielles.

Il suggère donc à première vue que la réception, la recherche et la publication d'informations confidentielles, par exemple, de procès-verbaux d'auditions de personnes inculpées, d'extraits bancaires de particuliers, de dossiers médicaux, etc., ne sont soumises à aucune restriction.

Or, loin d'être une simple suggestion, séduisante pour le non-juriste mais fallacieuse, cette lecture pourrait même à la rigueur se défendre en droit. En effet, rien n'empêche le législateur de définir dans une loi spéciale, applicable à une catégorie limitée de personnes, des dérogations à des lois générales<sup>38</sup>. A partir de cette prémisse, il pourrait être soutenu que le projet définit des règles applicables à une catégorie limitée de personnes, à savoir les journalistes et éditeurs, ainsi que leurs collaborateurs, dans un domaine particulier, à savoir l'exercice de la liberté d'expression dans les médias, et qu'il prévoit à cette fin une réglementation complète, qui se caractérise par le fait que le projet définit de manière apparemment complète les droits et les devoirs inhérents à la liberté d'expression.

Il ne paraît dès lors pas totalement déraisonnable de soutenir que les „droits inhérents à la liberté d'expression“, ne trouvent de limites que dans les „devoirs découlant de la liberté d'expression“ définis par le même projet, à l'exclusion de restrictions découlant d'autres lois. Partant, le droit nouveau formellement reconnu par le projet, de recevoir, rechercher et publier des informations ne se heurterait qu'aux „devoirs découlant de la liberté d'expression“ définis par le projet, à savoir le devoir d'exactitude et de véracité, le respect de la présomption d'innocence, la protection de la vie privée, celle de la réputation et de l'honneur et celle de la protection des mineurs. En revanche, des restrictions découlant d'autres lois<sup>39</sup>, notamment celles sanctionnant la divulgation d'informations confidentielles, ne le limiteraient pas.

Quelles pourraient être ces restrictions en rapport avec la réception, la recherche et la publication d'informations confidentielles?

35 Voir Agathe Lepage dans sa note sous Cass. crim. fr., 19 juin 2001, dans JCP G 2002.II.10 064, voir en particulier note de bas de page No 31, citant R. Merle, Rapport sur le secret et la procédure en droit français: Le secret et le droit, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XV, 1974, p. 759 et s.

36 Article 6, qui définit le premier, et donc probablement le plus important, des „droits inhérents à la liberté d'expression“.

37 C'est nous qui soulignons.

38 Du moins s'il respecte notamment le principe d'égalité de traitement.

39 Qui seraient donc des „lois générales“ par rapport à la „loi spéciale“ que constitue le projet.

Elles concernent les cas dans lesquels le journaliste acquiert ou détient de telles informations d'une façon qui, en droit positif actuel, serait illégale. Il en est ainsi, par exemple, si le journaliste se met en possession de documents confidentiels par un vol ou par un acte de corruption, s'il est coauteur ou complice de la violation du secret professionnel par le détenteur de ce secret ou s'il commet un recel de violation de secret professionnel.

Les auteurs du projet ont pris soin d'évoquer, dans l'exposé des motifs<sup>40</sup>, le souci de la détention licite ou régulière de l'information par le journaliste. Ils ont de même réservé l'hypothèse du recel de violation du secret professionnel, en laissant entendre que le projet ne s'opposerait pas en soi à la poursuite de cette infraction contre un journaliste, tout en soulignant qu'une telle poursuite doit respecter les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'au regard de la jurisprudence de celle-ci il pourrait être délicat de la mettre en oeuvre<sup>41</sup>.

Il pourrait donc en être déduit que les auteurs du projet admettent que celui-ci ne constitue pas un obstacle à des poursuites pénales contre un journaliste qui s'est mis d'une façon illégale en possession d'une information.

Ces observations ont toutefois été faites dans le cadre bien précis des commentaires sur l'article 7 du projet, définissant un droit de protection des sources. Elles ont pour objet de justifier que ce droit ne profite qu'au journaliste qui est appelé à titre de témoin et non à un journaliste qui est poursuivi comme auteur d'une infraction pénale en rapport avec l'obtention illégale d'une information.

En revanche, aucun commentaire analogue n'a été fait en ce qui concerne le droit différent, prévu par l'article 6 du projet, de recevoir, rechercher et publier des informations. Il n'y est pas précisé que ce droit nouveau n'exempte pas ses titulaires des restrictions résultant du droit pénal en matière de prise de possession d'informations confidentielles.

Il pourrait donc exister une incertitude sur la question qui mériterait une clarification. Celle-ci semble devoir s'imposer d'autant plus que l'article 2 du projet, s'inspirant de l'article 10, paragraphe 2, CEDH, insiste sur la nécessité de définir les exceptions à la liberté d'expression, et donc aux droits qui y sont inhérents, dont celui défini à l'article 6, de façon restrictive et formelle.

Si donc, ainsi que l'on peut le supposer, les auteurs du projet considèrent que le droit formel nouveau de recevoir, rechercher et publier des informations s'exerce sans préjudice des infractions pénales pouvant être commises à l'occasion de l'exercice de ce droit, y compris en particulier au sujet de documents confidentiels, il paraît opportun de l'indiquer clairement.

La réticence des auteurs à formuler une telle réserve d'une façon explicite pourrait s'expliquer par les incertitudes qui entourent actuellement la question de savoir s'il est légalement admissible de poursuivre un journaliste du chef de recel de violation du secret professionnel à la suite de l'arrêt *Fressoz et Roire c/France* de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>, dont ils font état<sup>43</sup>.

Il va sans dire que les poursuites pénales engagées contre un journaliste du chef d'infractions commises à l'occasion de la recherche et la réception d'informations supposent le respect de l'article 10 CEDH, norme de droit international qui prime les textes légaux nationaux sur lesquels se fondent de telles poursuites. Cet article ne prohibe toutefois pas le principe même de l'existence de restrictions à l'exercice de la liberté d'expression, mais exige seulement, en substance, que l'application de ces restrictions réponde à certains critères<sup>44</sup>, dont le respect s'apprécie au cas par cas selon les circonstances spécifiques de l'espèce.

Il ne paraît dès lors pas possible de conclure *a priori* que l'application de telle ou telle catégorie d'infraction ne répond nécessairement et dans tous les cas pas aux conditions de l'article 10 CEDH.

Une telle conclusion ne semble d'ailleurs, en ce qui concerne l'application au journaliste de l'infraction de recel de violation du secret professionnel, pas pouvoir être déduite de l'arrêt *Fressoz et*

40 Exposé des motifs, commentaire de l'article 7, partie introductive, troisième alinéa.

41 Exposé des motifs, commentaire de l'article 7, paragraphe 3, troisième alinéa.

42 Cour européenne des droits de l'homme, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/France*, voir par exemple JCP G 1999.II.10120, note E. Derieux.

43 Exposé des motifs, commentaire de l'article 7, paragraphe 3, troisième alinéa.

44 Qui sont repris par l'article 2 du projet: les restrictions doivent être prévues par la loi, poursuivre un but légitime (parmi lesquels figurent expressément la protection de la réputation ou des droits d'autrui, le souci d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles et celui de garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire) et être nécessaire dans une société démocratique.

*Roire c/France*. En effet, l'arrêt fonde sa conclusion sur des appréciations tirées des circonstances particulières de l'espèce, qui ne peuvent pas nécessairement être extrapolées à tout autre cas d'espèce. Les auteurs du projet en sont d'ailleurs parfaitement conscients<sup>45</sup>.

De plus, le recel de violation du secret professionnel n'est, ainsi qu'il a été évoqué ci-avant, pas la seule infraction susceptible d'être commise par un journaliste dans le cadre de l'exercice du droit défini à l'article 6 du projet et se rapportant à des documents confidentiels.

Afin de répondre à ces objections, il pourrait être utile de préciser que „*la liberté d'expression visée à l'article 1er de la présente loi comprend le droit de recevoir et de rechercher d'une façon licite des informations*“.

## 2. Sur le droit de la protection des sources

Le projet prévoit, dans son article 7, un droit de la protection des sources du journaliste. Ce droit nouveau est considéré par les auteurs du projet comme une des innovations majeures<sup>46</sup> de la nouvelle législation proposée.

Elle paraît devoir appeler cinq observations.

### 2.1. Sur l'opportunité de l'instauration d'un droit de la protection des sources

Le fait souligné par les auteurs du projet, que le droit de la protection des sources a fait l'objet de mentions dans plusieurs textes internationaux et nationaux, certes non contraignants, mais émanant d'instances aussi importantes que le Parlement européen, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe et, au niveau national, la Chambre des Députés et qu'il en a été fait référence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en souligne l'importance.

Ce droit répond au souci de protéger le journaliste devant les ingérences inopportunes des organes de l'Etat dans son travail d'investigation sur des dysfonctionnements des pouvoirs publics. Il tend à rendre sans objet la crainte que l'Etat, en obligeant le journaliste à révéler sa source, ne veuille décourager des informateurs potentiels à dévoiler des scandales et dysfonctionnements internes à l'appareil étatique et ainsi priver la presse de la possibilité d'en informer le public et le public d'en être averti et d'être ainsi en mesure d'exercer en connaissance de cause ses droits de membres d'une société démocratique.

Il repose, d'une part, sur une vision très pessimiste de l'Etat, Léviathan inspirant méfiance qui serait toujours tenté par des abus de pouvoirs et, d'autre part, sur une vision fort idyllique de la presse, qui assumerait de façon désintéressée un contrôle démocratique indispensable, corrigeant les insuffisances des contrôles internes au système politique.

L'exemple emblématique de cette vision est le rôle assumé aux Etats-Unis d'Amérique au cours des années 1970 par des journalistes du „*New York Times*“ et du „*Washington Post*“ dans l'affaire du „*Watergate*“. Ces journaux avaient pu, en se fondant sur les confidences d'un informateur anonyme<sup>47</sup>, révéler l'existence d'un scandale politique majeur qui provoqua la démission du Président des Etats-Unis d'Amérique, Richard Nixon.

Le droit de la protection des sources a certainement son rôle à jouer dans un tel cas de figure.

La prémisse sur laquelle il repose méconnaît toutefois, outre que la vision pessimiste de l'Etat qu'il présume paraît excessive et que dans le monde globalisé dans lequel nous vivons certains acteurs économiques, dont la puissance paraît bien plus importante que celle de nombreux Etats, devraient aussi inspirer méfiance, que la presse ne correspond pas forcément toujours à la vision idyllique décrite ci-avant.

Le journalisme d'investigation qui s'attaque aux dysfonctionnements de l'appareil étatique ou d'autres détenteurs de pouvoirs ne constitue en effet qu'une des facettes de la presse.

Sous la pression de circonstances économiques difficiles ou tout simplement dans un souci de recherche maximale de profit, certains organes de presse, représentant souvent une part de marché très

45 Exposé des motifs, commentaire de l'article 7, paragraphe 3, troisième alinéa: „*Il faut donc bien comprendre que même si cette disposition pénale en elle-même n'est pas critiquée par la Cour de Strasbourg, l'application de cette disposition à un journaliste (...) pourrait être désapprouvée par la Cour*“ (c'est nous qui soulignons).

46 Exposé des motifs, Philosophie de la nouvelle législation, 1. Une législation conforme à l'article 10 CEDH.

47 „*Deep Throat*“.

importante et spéculant délibérément sur les bas instincts du public, se sont spécialisés à relater des faits divers.

Dans ce cadre, ils sont régulièrement amenés à s'étendre sur les circonstances, souvent sordides, d'infractions pénales graves, telles que des meurtres, viols et prises d'otage, ou sur des faits plus anodins, mais spectaculaires ou scabreux, impliquant des personnes ordinaires.

Leurs articles reposent le plus souvent sur des méthodes d'investigation très poussées et parfois fort discutables. Lorsque leurs sujets sont des infractions pénales, les organes en question ne se privent pas de procéder à de véritables enquêtes parallèles, toujours à la recherche d'un „scoop“.

En instaurant un droit de la protection des sources, le législateur accorde ce droit aussi à ce type de journalisme de bas étage, qui, il est vrai, n'a pas encore fait son entrée au Grand-Duché, mais qui représente dans les pays voisins déjà une part de marché importante.

Sur le fondement de ce droit, ces organes peuvent procéder, au sujet d'infractions spectaculaires ou scabreuses, qui n'intéressent d'aucune façon le fonctionnement correct des pouvoirs publics, mais mettent en émoi le voyeurisme du public, et augmentent ainsi les chiffres de vente ou le taux d'écoute, à des enquêtes parallèles, impliquant le recours à des informateurs anonymes, témoins ou coauteurs, dont les déclarations seront présentées en exclusivité, sans que les autorités judiciaires n'aient le droit de les identifier et de les entendre. Certes les organes de presse peuvent accepter de collaborer avec la justice. Cette collaboration dépendra toutefois de leur seul bon vouloir et sera certainement tributaire d'impératifs de calcul économique.

Cette perspective peut paraître excessivement pessimiste. Elle ne fait toutefois que relater les potentialités inhérentes au texte proposé à partir de développements qui, s'ils ne sont pas encore d'actualité au Grand-Duché, se manifestent déjà dans des pays voisins.

Bref, le droit de la protection des sources, s'il a un rôle à jouer dans le journalisme d'investigation qui critique le fonctionnement correct des pouvoirs publics, risque, au regard de sa formulation très vaste, d'être détourné de son objet vers des cas d'application que personne ne peut sérieusement souhaiter.

Comment résoudre ce problème? La réponse pourrait résider dans une formulation plus précise de l'objet du droit en question. Les auteurs du projet ont suggéré une autre parade en prévoyant, à l'article 8, que le droit s'éclipse en présence de certains types d'infractions. Ainsi qu'il sera exposé ci-après, ce texte paraît toutefois, du moins dans sa formulation actuelle, une réponse insuffisante.

Le droit en question peut donner lieu à des abus encore plus graves. En effet, dans sa formulation actuelle il porte d'une façon très vaste sur „des informations identifiant une source, ainsi que le contenu des informations [que le journaliste] a obtenues ou collectées“<sup>48</sup>. A leur sujet le titulaire du droit peut refuser de déposer lorsqu'il est entendu comme témoin et elles ne peuvent pas faire l'objet d'une saisie<sup>49</sup>. Il s'ensuit, que ces informations, et notamment toutes celles que le journaliste a obtenues ou collectées, échappent à toute emprise de la justice, y compris de la justice pénale.

Les archives du journaliste constitueraient donc un véritable sanctuaire juridique. Il s'agirait du seul lieu qui, dans notre système juridique, ferait l'objet d'un tel privilège<sup>50</sup>.

Les risques engendrés par une telle solution paraissent non négligeables. Si, en effet, l'auteur d'une infraction fait placer, de connivence avec un journaliste mal intentionné, des moyens de preuve de cette infraction dans les archives de ce dernier, ceux-ci ne pourront jamais être appréhendés par la justice.

La seule parade serait, soit que l'infraction relève de celles, mentionnées à l'article 8 du projet, pour lesquelles le droit en question ne s'applique pas, soit que le journaliste puisse être considéré comme coauteur ou complice de l'infraction ou comme auteur d'une infraction spécifique, ce qui est loin d'être vrai dans tous les cas<sup>51</sup>.

48 Article 7, paragraphe 1.

49 Article 7, paragraphe 3.

50 Si l'on fait exception du cas très particulier des documents concernant directement l'activité de défenseur de l'avocat se trouvant dans l'étude de ce dernier.

51 Si la chose constitue un instrument de l'infraction, mais n'est pas en soi prohibée par la loi [comme le serait, par exemple, un faux en écritures, dont la détention pourrait être constitutive d'un recel] ou un élément de preuve de celle-ci et que les conditions de mise en oeuvre de la corréité et de la complicité, telles que définies aux articles 66 et 67 du code pénal, ne sont pas réunies [ce qui est notamment le cas lorsque la remise de ces choses intervient postérieurement à la consommation de l'infraction et sans qu'il y ait eu à cet égard une concertation préalable à cette consommation] le journaliste ne pourra pas être poursuivi.

Les archives du journaliste risquent ainsi de devenir une zone de non-droit totalement inédite dans notre système juridique.

Eu égard à ce caractère exorbitant du droit en question le législateur devrait prendre le recul nécessaire pour bien mesurer l'ensemble des répercussions qu'il comporte.

Même si ce droit n'était pas formellement reconnu par la loi, toute ingérence des pouvoirs publics devrait néanmoins, en tout état de cause, respecter les exigences de l'article 10 CEDH, contrôlé par les juridictions nationales<sup>52</sup> et par la Cour européenne des droits de l'homme.

Sous réserve de ces observations générales, les articles 7 et 8 du projet paraissent devoir donner lieu à quatre autres commentaires, de nature plus technique.

## **2.2. Sur le caractère limité de l'objet du droit tel que formulé à l'article 7 du projet**

Le droit défini à l'article 7 du projet a pour objet de permettre à son titulaire, lorsqu'il est entendu comme témoin par une autorité administrative ou judiciaire dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire, de refuser de divulguer des informations identifiant une source, ainsi que le contenu des informations qu'il a obtenues ou collectées.

Limitée à l'hypothèse de l'audition du journaliste en qualité de témoin, la protection ne s'étend pas au journaliste qui est défendeur dans un procès civil ou pénal. Dans ce cas de figure, le journaliste qui souhaitera échapper à une condamnation n'aura guère d'autre choix que de dévoiler sa source. Le projet a certes étendu les causes de justification de celui qui fait l'objet d'une telle action<sup>53</sup>. La preuve qu'il devra rapporter à cette fin implique toutefois dans tous les cas l'obligation de dévoiler sa source<sup>54</sup>.

En pratique, ce cas de figure risque d'être beaucoup plus fréquent que celui visé par le projet, du journaliste entendu comme témoin. En effet, l'audition d'un journaliste en qualité de témoin sur l'identité d'une source, suppose que celui qui demande cette audition ait des raisons de croire que le journaliste pourrait être en possession d'une telle information. Or, d'où pourraient naître ces raisons de croire, si ce n'est d'un article publié par le journaliste dans lequel il fait état des révélations de cette source. La publication d'un tel article donnera toutefois à son tour vraisemblablement lieu à des actions en responsabilité civile ou pénale engagées par ceux qui se croient atteints dans leur honneur par ces révélations.

L'objet du droit est donc fort restreint et ne couvre pas le cas le plus fréquent de mise en cause du journaliste d'investigation, à savoir celui dans lequel ce dernier fait l'objet d'une action en responsabilité civile ou pénale du chef de faits révélés à partir des indications d'une source.

De plus, comme le droit vise à autoriser le journaliste à refuser de déposer en qualité de témoin, son objet immédiat est, partant, de permettre à son titulaire d'échapper aux sanctions qui frappent un tel refus de réponse.

Or, ces sanctions sont fort réduites. Elles ne sont pas de nature pénale<sup>55</sup>, mais consistent uniquement en la condamnation à une amende civile<sup>56</sup>. Contrairement au droit allemand, le refus de déposer ne donne pas lieu à une contrainte par corps<sup>57</sup>.

52 Un contrôle qui n'existe pas seulement en théorie, comme en témoigne l'ordonnance No 196/2002 du tribunal d'arrondissement, chambre du conseil, du 25 février 2002, annulant par référence à l'article 10 CEDH des perquisitions effectuées au domicile et au lieu du travail d'un journaliste.

53 Voir les articles 13, 15, 17, 19 et 21.

54 Le journaliste se défendra en rapportant la preuve légale des faits si la loi le permet (article 17, sous 1). Cette preuve implique nécessairement de dévoiler sa source. Ou bien, il devra prouver par toutes les voies de droit qu'il avait des raisons suffisantes pour conclure à la véracité des faits rapportés (articles 17, sous 1, et 21, sous 1), ce qui implique cette même conséquence. Ou bien, s'il s'agit d'une communication au public en direct (articles 13, sous 3, 15, sous 4, 17, sous 2, 19, sous 2, et 21, sous 2), il devra révéler l'identité de celui qui est à l'origine des propos litigieux (même s'il s'agit d'une personne qui a certes parlé en direct, mais dont l'identité ne devait, dans l'intention des auteurs de l'émission, pas être dévoilée et qui a, par exemple, fait ses déclarations sans que son visage ne soit montré et dont la voix a été délibérément déformée par des moyens techniques). Ou bien, s'il s'agit d'une citation fidèle d'un tiers (articles 13, sous 4, 15, sous 5, 17, sous 3, 19, sous 3, et 21, sous 3), il devra révéler l'identité de ce tiers.

55 Contrairement au faux témoignage, qui est sévèrement sanctionné par les articles 215 et suivants du Code pénal.

56 Voir les articles 407 du Nouveau code de procédure civile et 77 du code d'instruction criminelle.

57 „Beugehaft“. Les articles 77, 92 et 157 du code d'instruction criminelle prévoient la possibilité de faire amener de force les témoins défaillants devant le juge. En raison du libellé des dispositions et de la nature même de la mesure, celle-ci ne paraît toutefois pas viser le refus de déposer du témoin qui a comparu.

L'objet immédiat du droit est donc en soi assez limité.

Il est vrai que le droit de refuser de déposer doit être vu ensemble avec la prohibition faite, aux paragraphes 3 et 4 de l'article 7, aux autorités étatiques de contourner ce droit en s'appropriant par des mesures coercitives les informations que le journaliste n'a pas voulu révéler.

Cet ensemble, constitué du droit du journaliste de ne pas déposer et de la prohibition de rechercher de façon indirecte les informations que le journaliste a refusé de déposer, confère au journaliste la maîtrise, à l'égard des autorités étatiques, des informations dont il dispose.

Telle semble du moins avoir été l'intention des auteurs du projet. La formulation proposée de la prohibition de contournement prévue par les paragraphes 3 et 4 de l'article 7 ne paraît toutefois pas complètement réaliser cet objectif.

### **2.3. Sur le caractère limité du domaine de la prohibition de contournement du droit prévu à l'article 7 du projet**

Le droit défini à l'article 7 du projet de refuser de divulguer des informations identifiant une source comporte, à titre de complément, l'obligation faite aux autorités de police, de justice ou administratives de s'abstenir d'ordonner ou de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet de contourner ce droit<sup>58</sup>.

Cette obligation d'abstention s'étend notamment aux perquisitions ou saisies sur le lieu de travail ou au domicile du titulaire du droit.

Cette prohibition, dont l'objet est très large, n'a toutefois qu'un domaine d'application très réduit. En effet, elle suppose, pour s'appliquer, que l'on se trouve dans l'un des „cas où les conditions pour pouvoir se prévaloir du droit consacré par le paragraphe (1) sont remplies“.

Or, le titulaire ne peut se prévaloir du droit en question que s'il est entendu comme témoin par une autorité administrative ou judiciaire dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire.

La prohibition définie par l'article 7, paragraphe 3, du projet ne s'applique donc que si les mesures de perquisition ou saisie sont postérieures à l'audition du journaliste et des personnes assimilées comme témoins.

En revanche, si ces mesures sont antérieures à une telle audition, les conditions pour pouvoir se prévaloir du droit consacré par l'article 7, paragraphe 1, ne sont pas encore réunies, et la prohibition ne trouverait pas à s'appliquer. Les mesures de perquisition ou saisie seraient, partant, légales au regard des dispositions de l'article 7.

L'on objectera que le paragraphe 4 de cet article dispose que si des informations identifiant une source ont été obtenues de manière régulière, ces informations ne peuvent pas être utilisées comme preuve. Or, ce paragraphe ajoute que cette interdiction d'utilisation s'applique „dans le cadre d'une action ultérieure en justice“<sup>59</sup>.

Les informations peuvent donc être utilisées pour l'action en justice, partant, en ce qui concerne des perquisitions et saisies ordonnées par un juge d'instruction, pour l'instruction préparatoire, dans le cadre de laquelle elles avaient été appréhendées.

Il s'ensuit que, dans sa formulation actuelle, l'article 7 du projet ne paraît pas empêcher la saisie et l'utilisation légale à titre de moyen de preuve d'informations identifiant une source si cette saisie intervient dans le cadre de l'action publique même dans laquelle ces informations sont utilisées et si elle est antérieure à une convocation des titulaires du droit à la protection des sources comme témoin.

En d'autres termes, la protection des sources ne s'applique pas si dans une affaire donnée le juge d'instruction, qui cherche des informations identifiant une source, n'entend pas le journaliste et les autres titulaires du droit comme témoin, mais procède avant toute audition à une mesure de perquisition et saisie, par exemple dans les bureaux du journaliste. Les informations identifiant une source qu'il y saisit constituent des moyens légaux de preuve.

Il est douteux que telle ait été l'intention des auteurs.

Si le texte ne reflète pas correctement cette intention, la difficulté semble toutefois pouvoir être résolue par des modifications rédactionnelles peu importantes.

<sup>58</sup> Article 7, paragraphe 3.

<sup>59</sup> C'est nous qui soulignons.

#### **2.4. Sur la difficulté de déterminer les titulaires du droit de la protection des sources**

Les titulaires du droit de la protection des sources sont de deux ordres. D'une part, le titulaire principal, à savoir le „journaliste“<sup>60</sup>, et, d'autre part, des titulaires par ricochet, qui tirent leur qualité du fait d'avoir „pris connaissance d'une information identifiant une source à travers la collecte, le traitement éditorial ou la diffusion de cette information dans le cadre de leurs relations professionnelles avec un journaliste“<sup>61</sup>. A ce titre sont cités „l'éditeur“, ainsi que „toute personne“ respectant ce critère<sup>62</sup>.

Le titulaire principal, donc le journaliste, est défini comme étant „toute personne qui exerce à titre principal une activité rémunérée ou qui exerce à titre régulier une activité générant des revenus substantiels, que ce soit en tant que salarié ou en tant qu'indépendant, auprès ou pour le compte d'un éditeur et qui consiste dans la collecte, l'analyse, le commentaire et le traitement rédactionnel d'informations“<sup>63</sup>.

Cette définition soulève, comme toute définition, des problèmes de délimitation. Il faudra donc apprécier dans chaque cas d'espèce si une personne correspond à ces critères. Il y aura en particulier lieu de déterminer si l'activité des titulaires potentiels est exercée ou bien à titre principal et rémunérée, ou bien à titre régulier et générant des revenus substantiels. L'appréciation de ces critères suppose donc de tenir compte de l'activité professionnelle de la personne considérée dans son ensemble. En effet, ce n'est qu'à cette condition qu'il est possible de déterminer si l'activité est exercée à titre principal et si les revenus générés sont substantiels<sup>64</sup>. La reconnaissance du droit présuppose donc, le cas échéant, une enquête approfondie sur les circonstances de la vie professionnelle de celui qui s'en prévaut. L'application pratique de la définition n'est donc pas nécessairement facile, d'autant plus qu'il peut y avoir bien des discussions sur ce qu'il faut entendre par activité principale, par opposition à une activité accessoire, par activité régulière, par opposition à une activité irrégulière et par revenus substantiels, par opposition à des revenus non substantiels. Elle est en tout cas plus difficile que si le critère tenait, comme par le passé, en la possession d'une carte professionnelle, élément objectif facile à déterminer et à contrôler, même s'il est vrai que la détermination de la qualité de journaliste à partir de la possession d'un document à délivrer par un organe professionnel est à bien des égards critiquable.

Le titulaire par ricochet du droit ne tire sa qualité que de relations professionnelles avec un journaliste, titulaire principal du droit. La reconnaissance de son droit présuppose donc que soit établi d'abord celui duquel il prétend le tenir. Donc, si une personne détient des informations dans le cadre de ses relations même professionnelles avec une personne qui ne peut pas être considérée comme journaliste au sens de la loi, parce que, par exemple, l'activité de celle-ci n'est pas exercée à titre principal ou régulière ou que celle-ci n'en tire pas des revenus substantiels, elle ne pourra pas bénéficier du droit. Il y aura donc nécessairement lieu de procéder aux vérifications nécessaires pour déterminer la qualité de journaliste, mentionnées ci-avant.

De plus, le droit du titulaire par ricochet suppose que ses relations avec le titulaire principal correspondent aux critères précisés par la loi. A ce titre, il faut qu'il ait pris connaissance de l'information dans le cadre de ses relations professionnelles avec le journaliste. Les auteurs du projet prennent soin de préciser qu'ainsi „ne pourrait se prévaloir de cette protection, la personne qui tout en étant un collaborateur du journaliste aurait eu connaissance de l'information identifiant une source lors d'une rencontre privée avec un journaliste“<sup>65</sup>. L'application de ce critère peut donner lieu à bien des discussions. Que faut-il décider, par exemple, lorsque le journaliste remet des informations identifiant une source à une maison d'édition, qui les traite dans le cadre de relations professionnelles avec le journaliste, si au cours de ce traitement intervient un collaborateur bénévole de cette maison d'édition, qui

60 Article 7, paragraphe 1.

61 Article 7, paragraphe 2.

62 Idem.

63 Article 3, sous 8.

64 Du moins si le caractère substantiel de la rémunération est considéré de façon subjective, en tenant compte de l'ensemble des revenus de l'intéressé. Il en irait différemment si ce caractère serait à apprécier de façon objective, sur base d'une conception abstraite de ce qu'il faut entendre par rémunération substantielle. Les auteurs du projet paraissent opter pour la première conception puisqu'ils commentent ces termes en précisant qu'il faut que la personne „tire une partie substantielle de ses revenus“ de cette activité (Exposé des motifs, commentaire de l'article 3, sous 3, premier alinéa).

65 Exposé des motifs, commentaire de l'article 7, paragraphe 2, premier alinéa.

n'agit donc ni par rapport au journaliste, ni par rapport à la maison d'édition dans le cadre de relations professionnelles? Est-ce que ce collaborateur sera considéré comme titulaire du droit? A lire le texte à la lettre, il ne pourrait pas s'en prévaloir. En effet, il n'agit pas dans le cadre de relations professionnelles avec le journaliste. Il pourrait toutefois aussi être soutenu que son activité participe de celle de la maison d'édition, qui elle agit dans le cadre de telles relations avec le journaliste.

Une difficulté supplémentaire peut naître du fait, non purement théorique, qu'une publication, tel un livre, est rédigée par deux auteurs, dont l'un est journaliste au sens du projet et l'autre un simple particulier. Ce dernier n'a de relations professionnelles, ni avec le journaliste, ni avec l'éditeur.

Dans ce cas de figure, le journaliste peut se prévaloir du droit de la protection des sources, mais non le particulier. En effet, ce dernier ne respecte pas les critères prévus par l'article 7, paragraphe 2, pour étendre ce droit à des personnes autres que le journaliste, parce qu'il n'a pas pris connaissance des informations qui en font l'objet dans le cadre de relations professionnelles avec le journaliste. La conséquence en est que le droit devient en fait sans objet si c'est non le journaliste, mais le particulier qui est entendu comme témoin ou fait l'objet de mesures de perquisition et saisie<sup>66</sup>.

Toutes ces appréciations fort délicates seront à effectuer par le juge devant lequel une personne est appelée à témoigner et se prévaut du droit en question. Des décisions de refus de reconnaissance du droit donneront lieu à un contentieux spécifique nouveau.

### **2.5. Sur le caractère trop restrictif des exceptions au droit de la protection des sources**

Dans l'article 8 du projet, ses auteurs définissent une dérogation au droit de la protection des sources: ce droit ne s'applique pas en présence de certaines catégories d'infractions pénales considérées comme présentant un degré élevé de gravité.

Le texte cite à cet égard:

- les crimes contre les personnes,
- le trafic de stupéfiants,
- le blanchiment d'argent,
- le terrorisme et
- les atteintes à la sûreté de l'Etat.

Toute liste présente par hypothèse le risque de donner lieu à des difficultés d'interprétation en présence de situations qui ne correspondent pas exactement aux critères tracés par le texte.

Ainsi, le terme „*crimes contre les personnes*“ paraît à première vue renvoyer aux infractions énumérées au titre VIII du Livre II du code pénal<sup>67</sup>, intitulé „*Des crimes et des délits contre les personnes*“, et y viser les infractions qui constituent des crimes au sens des articles 1er et 7 de ce code<sup>68</sup>. Il exclut donc les délits contre les personnes, même si ceux-ci sont graves<sup>69</sup>. Il exclut de même des crimes qui sont en fait dirigés contre des personnes, mais qui ne sont pas énumérés par le titre VIII, tel le viol<sup>70</sup>, Il exclut finalement même le crime par excellence commis contre les personnes, à savoir le meurtre, lorsque ce dernier n'a pas été perpétré seul, mais constitue une circonstance aggravante d'une autre infraction. Il en est ainsi du meurtre commis pour faciliter le vol, respectivement le viol, ou pour en assurer l'impunité<sup>71</sup>. Dans ces cas de figure le meurtre n'est en effet pas sanctionné sur base du titre VIII du Livre II du code pénal, mais en tant que circonstance aggravante de l'infraction principale, donc sur base de textes se situant dans d'autres parties du code pénal. Techniquement ces meurtres ne constituent donc pas des crimes contre les personnes.

66 L'article 7, paragraphe 3, ne prohibe les mesures notamment de perquisition et de saisie que sur le lieu de travail ou au domicile „*du journaliste concerné ou des personnes visées au paragraphe (2)*“. catégorie de personnes dont le particulier en question ne paraît pas faire partie.

67 Articles 392 à 460 du code pénal.

68 Donc des infractions punies par des peines criminelles, par opposition à celles punies par des peines délictuelles.

69 Tel par exemple le délit pourtant fort sérieux de coups et blessures volontaires entraînant une maladie paraissant incurable, une incapacité permanente de travail personnel, la perte de l'usage absolu d'un organe ou une mutilation grave (article 400 du code pénal).

70 Articles 374 à 378 du code pénal, qui figurent au Chapitre V du Titre VII du Livre II du code pénal, intitulé „*Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique*“.

71 Articles 475 (vol) et 376, deuxième alinéa, (viol) du code pénal.

Le terme „*trafic de stupéfiants*“ paraît renvoyer à des infractions définies par la loi modifiée du 19 février 1973 concernant la vente de substances médicamenteuses et la lutte contre la toxicomanie. Mais quelles sont les infractions décrites par ce terme? S’agit-il uniquement de l’infraction de vente de stupéfiants ou aussi celle d’importation, d’exportation, de transport et de détention ou même de fabrication, de préparation, de transport, voire d’usage de stupéfiants? S’agit-il donc de l’ensemble des cas de figure envisagés par l’article 8 de la loi ou de quelques-uns seulement? Est-ce qu’il y a lieu d’y inclure encore le cas de l’usage de stupéfiants, prévu par l’article 7 de la loi? Il serait certainement utile d’indiquer d’une façon précise quelles hypothèses sont visées.

Le terme „*blanchiment d’argent*“ paraît se référer à l’infraction prévue par les articles 506-1 à 506-7 du code pénal, respectivement par l’article 8.1 de la loi du 19 février 1973 mentionnée ci-avant. Cette infraction concerne le fait de faciliter sciemment la justification mensongère de l’origine de biens formant l’objet ou le produit d’un nombre limitativement énuméré d’infractions, dites „*infractions primaires*“, à savoir l’association de malfaiteurs, respectivement l’organisation criminelle<sup>72</sup>, l’enlèvement de mineurs<sup>73</sup>, la prostitution, l’exploitation et la traite des êtres humains<sup>74</sup>, la corruption, l’infraction à la législation sur les armes et munitions et les infractions en matière de stupéfiants prévues à l’article 8, sous a) et b) de la loi du 19 février 1973 mentionnée ci-avant. L’infraction de blanchiment paraît moins grave, ou en tout cas pas plus grave, que l’infraction primaire elle-même. Or, dans sa formulation actuelle, la première échappe au droit de la protection des sources, mais non la seconde. Si donc le journaliste détient des informations pertinentes sur l’une de ces infractions primaires, il pourra invoquer son droit de la protection des sources, lequel ne sera mis en échec que si ces infractions ont en plus données lieu à un blanchiment. Ce résultat paraît paradoxal et peu cohérent.

Outre ces problèmes d’interprétation et de délimitation, le texte de l’article 8 du projet présente le désavantage d’exclure de son domaine des catégories entières d’infractions qui paraissent être au moins aussi graves que celles visées par le texte.

Ainsi, il existe, outre les „*crimes contre les personnes*“ d’autres infractions graves commises à l’encontre des personnes, le plus souvent d’ailleurs aussi des crimes, qui ne relèvent pas de la catégorie définie par le texte, mais qu’il serait manifestement choquant d’exclure de son domaine d’application.

Il en est ainsi en particulier:

- du génocide<sup>75</sup>,
- des crimes de guerre<sup>76</sup>,
- des actes de torture<sup>77</sup>,
- de l’enlèvement de mineurs<sup>78</sup>,
- de l’attentat à la pudeur, du moins contre des mineurs<sup>79</sup>,
- du viol<sup>80</sup>,
- de la prostitution, de l’exploitation et de la traite des êtres humains<sup>81</sup>,
- des vols avec violence ou menaces et les extorsions<sup>82</sup>.

72 Articles 322 à 324ter du code pénal.

73 Articles 368 à 370 du code pénal.

74 Articles 379 et 379bis du code pénal.

75 Loi du 8 août 1985 portant répression du génocide (Mém. 1985, p. 966).

76 Loi du 9 janvier 1985 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 (Mém. 1985, p. 24).

77 Articles 260-1 à 260-4 du code pénal.

78 Articles 368 à 371-1 du code pénal.

79 Articles 372 à 374 du code pénal.

80 Articles 374 à 378 du code pénal. Il y a lieu de relever tout particulièrement le meurtre commis pour faciliter le viol, ou pour en assurer l’impunité (Articles 376, deuxième alinéa, du code pénal).

81 Articles 379 à 379bis du code pénal.

82 Donc des infractions qui sont certes principalement dirigées contre les biens, mais qui comportent un important élément de violence exercée contre les personnes (Articles 468 à 476 du code pénal). Il y a lieu de relever tout particulièrement le meurtre commis pour faciliter le vol ou l’extorsion, ou pour en assurer l’impunité (Article 475 du code pénal).

De même, s'il a été tenu compte de „*blanchiment d'argent*“, il serait peu cohérent de ne pas retenir aussi l'ensemble des infractions primaires de cette infraction. Si elles ont été retenues à ce titre par le législateur, la raison en est d'ailleurs que celui-ci les considère comme ayant une particulière gravité.

A ce titre, il devrait être tenu compte, outre de l'enlèvement de mineurs, ainsi que de la prostitution, de l'exploitation et de la traite des êtres humains, mentionnés ci-avant et des infractions en matière de stupéfiants prévues à l'article 8, sous a) et b) de la loi du 19 février 1973:

- de l'association de malfaiteurs, respectivement de l'organisation criminelle<sup>83</sup>,
- de la corruption<sup>84</sup> et
- de l'infraction à la législation sur les armes et munitions<sup>85</sup>.

La prise en considération de cette dernière catégorie d'infractions se justifie d'autant plus que la connaissance au sujet de la détention illégale d'armes peut être un important élément de prévention d'infractions beaucoup plus graves qui seraient commises à l'aide de ces armes et dont le passé récent fournit malheureusement des exemples retentissants tant au Grand-Duché que dans des pays voisins.

Ces infractions paraissent être le minimum difficilement compressible de modifications que la liste devrait en tout état de cause recevoir afin d'assurer une certaine cohérence de la loi et d'éviter des situations trop choquantes. Comme la notion de gravité d'une infraction est une donnée largement subjective, la discussion pourrait, bien entendu, se poursuivre.

Ainsi, le législateur a fixé au Livre I du code pénal un critère objectif de gravité des infractions en sanctionnant les plus graves par des peines criminelles. Ne serait-il dès lors pas cohérent de retenir, outre la liste énumérée ci-avant, qui comporte en partie des crimes, mais en partie aussi des délits, l'ensemble des crimes, évitant ainsi en partie d'épineuses questions de délimitation et de qualification?

Quelles que soient finalement les infractions retenues sur la liste, il ne faut pas perdre de vue que l'action de la justice relative à toutes les autres infractions, qui peuvent elles aussi être graves<sup>86</sup>, sera entravée. Ceci signifie concrètement que si, dans le cadre de la poursuite d'une telle infraction, il se révèle qu'un journaliste est en mesure d'apporter des éléments en vue d'en identifier l'auteur ou de fournir des moyens de preuve pertinents<sup>87</sup>, la justice ne pourra pas explorer cette piste sans l'accord du journaliste. Or, si cette piste est la seule qui soit connue, et si le journaliste ne souhaite pour n'importe quelle raison pas coopérer avec la justice, l'auteur de l'infraction ne pourra pas être identifié, respectivement des moyens de preuve pertinents ne peuvent pas être rassemblés. Bref, des infractions resteront impunies.

Il faut signaler à nouveau que cette situation est totalement inédite. Elle ne vaut ni pour les pouvoirs publics, ni pour les particuliers, même pas pour les dépositaires des secrets professionnels touchant de près la vie privée, comme les médecins, les avocats<sup>88</sup> ou les banquiers. Après de toutes ces personnes la justice est en droit de saisir, même contre leur volonté, tout élément de preuve pertinent. Elle ne pourra pas le faire auprès d'un journaliste.

Le droit de protection des sources tel que formulé constitue donc une entrave inédite aux pouvoirs d'enquête de la justice, donc à sa capacité à identifier et à sanctionner les auteurs d'infractions pénales. Il s'agit d'un prix qui paraît important et dont il n'est pas certain qu'il soit proportionné par rapport aux avantages escomptés. Ce d'autant plus que même si l'article 7 du projet n'était pas adopté dans sa forme actuelle et que le droit qu'il prévoit ne s'appliquait par exemple pas en matière de procédure pénale, les autorités judiciaires seraient néanmoins soumises aux exigences de l'article 10 CEDH et au contrôle qui en est exercé par les juridictions nationales et par la Cour européenne des droits de l'homme.

83 Articles 322 à 324ter du code pénal.

84 Articles 246 à 250 du code pénal.

85 Loi modifiée du 15 mars 1983 sur les armes et munitions.

86 Ainsi, même s'il était tenu compte des modifications proposées ci-avant, la liste n'engloberait pas des infractions contre les biens, comme l'escroquerie, l'abus de confiance ou l'incendie volontaire, qui peuvent toutefois provoquer un préjudice considérable et constituer une atteinte intolérable à l'ordre public.

87 Rappelons que le droit de la protection de sources s'étend, outre aux „*informations identifiant une source*“ au „*contenu des informations qu'il [le journaliste] a obtenues ou collectées*“ (article 7, paragraphe 1).

88 Sous réserve pour ceux-ci des documents concernant directement leur activité de défenseur.

### 3. Observations au sujet d'autres dispositions du projet

#### 3.1. En ce qui concerne les articles 18 et 19

L'article 18 du projet dispose qu'est interdite la communication au public par la voie d'un média d'informations relatives à l'identité ou permettant l'identification de certaines catégories de mineurs, à savoir ceux qui ont quitté leurs parents, leur tuteur ou la personne ou l'institution qui était chargée de leur garde ou à laquelle ils étaient confiés, ceux qui sont délaissés dans les conditions mentionnées aux articles 354 et suivants du code pénal, ceux qui se sont suicidés et ceux qui sont la victime d'une infraction. L'article 19 du projet apporte à cette interdiction des exceptions. Ainsi la communication au public d'une publication contenant ces informations n'engage-t-elle pas la responsabilité de l'éditeur et du collaborateur notamment lorsqu'elle est réalisée à la demande des personnes ayant la garde du mineur, et sous certaines conditions lorsqu'il s'agit d'une communication au public en direct ou la citation fidèle d'un tiers. L'identité de mineurs se trouvant dans ces circonstances peut, sous quelques conditions, être révélée.

Dans les cas visés par l'article 18, donc en ce qui concerne les mineurs fugueurs, délaissés, victimes d'infraction ou auteurs de tentatives de suicide, le mineur soit a déjà fait l'objet, soit pourra faire l'objet d'une mesure de garde, d'éducation et de préservation prévue par la loi modifiée du 10 août 1992 relative à la protection de la jeunesse. Il a par hypothèse déjà fait l'objet d'une telle mesure lorsqu'il a quitté la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié. Il a pu le faire dans les autres cas de figure et il pourra y être soumis, suivant les circonstances<sup>89</sup>, à la suite de ces événements.

Or, si un mineur fait l'objet de telles mesures, l'article 38 de la loi précitée interdit de publier ou de diffuser tous éléments qui seraient de nature à révéler son identité ou sa personnalité. Les infractions à cet article sont punies d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende ou d'une de ces peines seulement.

Du point de vue technique, il y a donc un conflit, ou du moins un risque de conflit, entre l'article 19 du projet et l'article 38 de la loi précitée.

Ce conflit pourra être résolu soit en considérant que l'article 38 de la loi précitée continue à s'appliquer pour ce qui concerne le domaine couvert par le projet. Les communications prévues par l'article 19 ne seraient dès lors permises que si le mineur ne fait pas l'objet d'une mesure prévue par la loi en question. Or, au vu de la confidentialité de ces mesures, il est en pratique impossible d'avoir une certitude à cet égard. L'article 19 du projet serait donc en fait dépourvu d'effet. Soit il est considéré que le projet déroge, pour ce qui concerne son objet, donc la communication d'informations au public par la voie d'un média, à l'article 38 de la loi précitée. Comme ce dernier, qui vise la publication et la diffusion d'informations, semble toutefois avoir un domaine similaire à celui du projet, l'on voit mal quel pourrait encore être le domaine résiduel de ce texte. Soit enfin il est considéré que l'article 19 du projet abroge implicitement l'article 38 de la loi précitée.

La conjugaison technique de ces textes est donc fort délicate. Une clarification paraît devoir s'imposer<sup>90</sup>.

Du point de vue du fond du droit, l'on ne peut que regretter que le standard de protection prévu par la loi relative à la protection de la jeunesse et notamment par son article 38 puisse, le cas échéant, être abaissé par l'effet du projet. Est-ce que les mineurs, et de surcroît des mineurs se trouvant dans des situations précaires, ne devraient pas dans toute la mesure du possible être soustraits à l'emprise des médias? Est-ce que le souci de la protection de leur vie privée ne devrait pas clairement prévaloir sur un éventuel intérêt du public à l'information. A cet égard, les ouvertures proposées par l'article 19 du projet peuvent paraître discutables.

<sup>89</sup> Par exemple, lorsqu'il a été la victime de sévices ou de brutalités par ses parents.

<sup>90</sup> L'opinion des auteurs du projet que l'article 18 du projet constitue une amélioration de la protection accordée aux mineurs par l'article 38 de la loi relative à la protection de la jeunesse ne paraît fondée que si les dérogations prévues par l'article 19 du projet ne s'appliquent pas aux mineurs qui font l'objet de mesures prévues par la loi (Exposé des motifs, commentaire de l'article 18).

### 3.2. En ce qui concerne l'article 20

L'article 20 déroge aux règles ordinaires d'imputabilité des infractions en conférant par l'effet de la loi, donc indépendamment des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce, la qualité d'auteur à certaines catégories de personnes, à savoir le collaborateur et l'éditeur. Cette imputation légale existait déjà sous l'empire de la loi du 20 juillet 1868 sur la presse<sup>91</sup>. Les auteurs du projet exposent que cette même solution a été adoptée par plusieurs législations étrangères<sup>92</sup>.

Une telle solution présente certes l'avantage de la facilité. Elle constitue toutefois une dérogation importante par rapport aux principes régissant notre droit pénal. Si des présomptions de responsabilité se conçoivent bien en droit civil, l'on ne peut que ressentir des réserves à l'égard de tels mécanismes en droit pénal, dont l'objet exclusif devrait être de sanctionner des fautes personnelles prouvées. A vouloir trop étendre le domaine du droit pénal, son efficacité et son rôle de prévention ne peuvent que décroître. S'il est vrai que l'éditeur peut raisonnablement être présumé avoir au moins la possibilité d'éviter la commission d'infractions par l'intermédiaire des publications qu'il effectue, il peut y avoir des circonstances de fait dans lesquelles cette emprise n'existait pas pour des raisons étrangères à la volonté de l'éditeur. Vouloir considérer que l'éditeur est en tous les cas nécessairement coauteur peut dès lors paraître excessif.

Du point de vue rédactionnel il serait, le cas échéant, préférable d'abandonner les termes „auteurs principaux“ et de les remplacer par le terme „auteurs“. En effet, l'article 66 du code pénal ne distingue pas entre auteurs principaux et auteurs secondaires, la seule distinction connue de notre droit pénal à cet égard étant celle entre auteurs et complices, la complicité étant définie à l'article 67 du code pénal.

### 3.3. En ce qui concerne l'article 87

L'article 87 du projet régleme la saisie d'une publication.

Cette question a jusqu'à présent notamment été régie par l'article 26 de la loi du 20 juillet 1868 sur la presse. Il y était prévu en particulier qu'en „cas d'imputations calomnieuses, diffamatoires ou injurieuses les écrits et productions de la presse en question pourront être saisis sans qu'il soit nécessaire que la partie offensée ait porté plainte“<sup>93</sup>.

Or, les infractions en matière de calomnie, diffamation et injure ne peuvent en règle générale<sup>94</sup> être poursuivies que sur plainte de la victime<sup>95</sup>. Le texte mentionné ci-avant présentait donc la particularité d'autoriser une saisie d'articles calomnieux, diffamatoires ou injurieux sans et surtout avant toute plainte de la victime.

Il a dû être appliqué récemment, en août 2000, alors que des journaux belges avaient signalé qu'une publication éditée au Grand-Duché de Luxembourg allait publier une liste de 50 pédophiles belges et que cette liste devait inclure, selon les déclarations du journaliste qui se proposait de procéder à cette publication, non seulement des noms de personnes condamnées, mais également ceux de personnes simplement soupçonnées de tels faits et que le journaliste admettait qu'il pourrait se tromper sur certains noms, mais qu'une telle erreur valait mieux qu'un enfant retrouvé assassiné.

Comme il était dès lors à craindre très sérieusement que cette liste, dont le principe même de la publication paraît des plus discutables, ne contienne des contrevérités flagrantes mettant gravement, voire irréparablement, en cause l'honneur de personnes, le Parquet a, sur base de ce texte, ordonné la saisie de la publication en question antérieurement à sa diffusion. S'il avait fallu attendre le dépôt d'une plainte de victimes, la saisie n'aurait nécessairement pu être effectuée que postérieurement à la diffusion de la publication, puisque ce n'aurait été que par cette diffusion que les victimes auraient pu prendre connaissance du fait qu'elles font l'objet de cette publication et donc porter plainte. Or, à ce moment le préjudice qui les guettait aurait déjà été causé d'une façon irréparable.

91 Article 16 de cette loi.

92 Exposé des motifs, commentaire de l'article 20.

93 C'est nous qui soulignons.

94 Il en va différemment notamment en cas de délits commis contre des corps constitués (voir articles 448 et 450 du code pénal), ainsi que des infractions contre des particuliers prévues par l'article 444, paragraphe 2, et 445 du code pénal (voir article 450 du même code).

95 Article 450 du code pénal, que les auteurs du projet proposent de compléter par l'effet de l'article 96 du projet.

Ce texte présente donc une utilité certaine dans de tels cas de figure, certes marginaux et exceptionnels, mais particulièrement graves.

Malheureusement l'article 87 du projet ne le reprend pas, mais dispose, au contraire, dans son paragraphe 2, que si l'action publique a été déclenchée par une plainte de la victime, la saisie d'une publication ne pourra être ordonnée que sur demande de la personne qui a déposé plainte. Or, comme pour les infractions en question, l'action publique ne pourra être déclenchée que par la victime, la saisie ne pourra donc être ordonnée que sur la demande de celle-ci.

Ne serait-il dès lors pas utile de conserver dans la nouvelle loi l'article 26 de la loi du 20 juillet 1868 ou un texte similaire?

Luxembourg, le 10 mai 2002

*Le Procureur d'Etat,*  
Robert BIEVER

*Le Substitut principal,*  
John PETRY

\*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT  
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(19.9.2002)

Monsieur le Ministre,

Vous avez par courrier du 1er mars 2002 fait parvenir au soussigné le projet de loi sous rubrique en sollicitant l'avis des instances judiciaires suivantes:

Cour Supérieure de Justice

Parquet Général

Parquet de Luxembourg

Parquet de Diekirch.

Alors que les procureurs d'Etat de Luxembourg et de Diekirch ont transmis leurs avis, joints à la présente, sur le projet de loi élargi par courrier des 10 mai et 4 juin 2002, la Cour supérieure de Justice a fait savoir par courrier en date du 14 mars 2002 qu'elle n'émettrait pas d'avis en se fondant sur la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt dit Procola).

Le soussigné émet l'avis suivant:

**Une première observation générale** concerne d'abord l'approche des auteurs du projet de loi sous examen:

Cette approche est précisée dans le chapitre „Philosophie de la nouvelle législation“ de l'exposé des motifs où il est énoncé que la nouvelle législation sur la liberté d'expression dans les médias s'inspire de la philosophie de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme tel qu'il est interprété par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Il y a lieu de rappeler au sujet de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme les principes généraux qui se dégagent à ce sujet de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme sans avoir la prétention d'être complet à cet égard:

*„La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les „informations“ ou „idées“ accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique.“*

*„Si la presse, qui joue un rôle éminent dans une société démocratique, ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation d'autrui et aux droits d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général.“*

*„Outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège leur mode d'expression. La liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération voire même de provocation.“*

*„La marge d'appréciation des autorités nationales se trouve circonscrite par l'intérêt d'une société démocratique à permettre à la presse de jouer son rôle indispensable de „chien de garde“ en fournissant des informations sur des questions sérieuses d'intérêt général, telles des questions politiques ou touchant à l'administration publique ou sur des questions présentant un intérêt public sérieux, telles celles touchant à la santé humaine.“*

L'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme prévoit de possibles limites à la liberté de la presse, ce paragraphe étant formulé comme suit:

*„L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la 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.“*

Au sujet de ce second paragraphe la Cour européenne des Droits de l'Homme a dégagé notamment les principes et critères suivants:

Elle souligne en général que si la liberté de la presse peut être assortie d'exceptions, celles-ci *„appellent toutefois une interprétation étroite et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante“*.

*„Une ingérence dans l'exercice de la liberté de la presse enfreint l'article 10, sauf si elle est (1) „prévues par la loi, (2) dirigée vers un ou des buts légitimes au regard du paragraphe 2 et (3) „nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre.“*

La Cour européenne des Droits de l'Homme a au fil de ses arrêts successifs précisé les critères exigés pour que soit justifiée une immixtion dans l'exercice du droit de la presse.

*(1) L'ingérence doit être prévue par la loi.*

- a) *„L'une des exigences provenant de l'expression „prévues par la loi“ est la prévisibilité de la mesure (pénale, civile ou administrative) en cause. On ne peut donc considérer comme „une loi“ qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. Ce principe de prévisibilité a pour but d'empêcher d'utiliser des textes vagues conférant aux pouvoirs de l'Etat un pouvoir excessif. Mais une loi n'a pas besoin d'être prévisible avec une certitude absolue et une jurisprudence bien établie peut être considérée comme source additionnelle de droit venant apporter la précision nécessaire à la loi. Une loi qui confère un pouvoir d'appréciation ne se heurte pas en soi à l'exigence de prévisibilité, à condition que l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation par l'administration ou le juge se trouvent définies avec une netteté suffisante, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire.“*
- b) *„Une seconde exigence que doit remplir la loi consiste en son caractère suffisamment accessible ce qui signifie que l'individu doit pouvoir disposer de renseignements suffisants dans les circonstances de la cause sur les normes juridiques applicables à un cas donné.“*

*(2) L'ingérence doit viser un but ou objectif légitime.*

Il s'agit des buts visés au paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme à savoir la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la santé, de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui et d'informations confidentielles, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

*(3) L'ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique.*

La Cour européenne des Droits de l'Homme a précisé dans ses arrêts successifs la notion de l'ingérence nécessaire dans une société démocratique en indiquant le rôle des juridictions nationales mais également son propre rôle dans le contrôle de cette notion et des critères applicables en découlant.

- a) La nécessité dans une société démocratique d'une restriction à l'exercice de la liberté de la presse exige qu'il existe „**un besoin social impérieux**“ susceptible de justifier cette restriction.
- b) La Cour européenne des Droits de l'Homme a décidé encore que la „**restriction doit être proportionnée au but légitime poursuivi**“ au regard de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse.
- c) Les juridictions nationales sont habilitées à évaluer dans le cas leur soumis le besoin social impérieux et la proportionnalité de la restriction par rapport au but légitime poursuivi, mais la Cour européenne des Droits de l'Homme, même si elle n'a pas pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle des critères, prévus de se substituer aux juridictions nationales, „vérifie cependant sous l'angle de l'article 10 les décisions que les juridictions nationales ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Pour cela, la Cour doit considérer l'„ingérence“ litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si les **motifs** invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent „**pertinents et suffisants**“ “.

(Jurisclasseur Communication Fasc. 7300 (2, 2002) Nos 1-58; arrêts Fressoz et Roire c/France Req. No 29183/95, 21 janvier 1999; Nilson et Johnsen c/Norvège Req. No 23118/93, 25 novembre 1999; Roy et Malaurie c/France Req. No 34000/96, 3 octobre 2000; Thoma c/Luxembourg Req. No 38432/97, 29 mars 2001)

Il est unanimement admis que les dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme, dont l'article 10, non seulement priment la loi interne luxembourgeoise, mais que les dispositions de la Convention en question ont encore en droit luxembourgeois un effet direct, c'est-à-dire qu'elles s'appliquent directement en droit interne sans qu'il soit besoin de les transposer en droit national par une loi.

Il s'y ajoute que les Etats ayant adhéré à la Convention européenne des Droits de l'Homme et leurs organes judiciaires appliquent les dispositions de la Convention en se conformant à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui comme toute jurisprudence peut évoluer ou pour le moins se nuancer.

Deux obligations existent pour les Etats au vu des règles de droit international public applicables par rapport aux dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme tels qu'interprétées par la Cour européenne des Droits de l'Homme sous peine d'être sanctionnés par cette Cour.

- 1) Les lois internes d'un Etat doivent être conformes ou être rendues conformes aux dispositions de la Convention européenne des Droits de l'Homme telles qu'interprétées par la Cour européenne des Droits de l'Homme.
- 2) La jurisprudence des organes judiciaires d'un Etat et la pratique administrative doivent appliquer et tenir compte des dispositions conventionnelles en question telles qu'interprétées par la Cour de Strasbourg.

Mais les Etats n'ont pas l'obligation, et aucune nécessité existe à ce sujet, de transposer ces dispositions conventionnelles ou leur interprétation jurisprudentielle par la Cour de Strasbourg en leur droit interne.

A cet égard et par rapport à nombre d'articles, dont les articles 2 et 6, entre autres, du projet de loi sous examen on peut se poser la question de l'utilité de ces dispositions qui ne sont qu'une transposition en droit interne des dispositions de l'article 10 de la Convention ou des termes de l'interprétation qu'en donne la Cour de Strasbourg.

L'approche des auteurs du projet de loi n'est d'ailleurs pas seulement critiquable au regard de l'analyse juridique préexposée, mais encore en raison du fait que pareille transposition peut donner lieu à des interprétations et des discussions qu'engendre l'imperfection des textes légaux censés transposer les dispositions conventionnelles et la jurisprudence ainsi que le démontre l'analyse fouillée du parquet de Luxembourg „sur le caractère confidentiel d'informations ou de documents comme limite à la liberté d'expression“ aux pages 3 à 8 sous le point 1.

**Une seconde observation générale** concerne le volume du projet de loi sous examen qui, comprenant pas moins de 101 articles, forme un véritable code, un corpus juris. L'expérience montre pourtant que la qualité d'une loi n'est pas fonction de son étendue, mais bien au contraire est fonction en général d'un contenu succinct et clair. Il y a eu et il y aura toujours en une matière aussi sensible que la liberté de la presse des procès devant les juridictions. Toutefois un souci majeur des auteurs d'une nouvelle légis-

lation devrait consister à éviter dans la mesure du possible les litiges futurs qu'engendre inévitablement une profusion de dispositions légales.

**Une troisième observation générale**, qui rejoint en sa conception les deux premières, concerne la clarté et la précision de la rédaction du projet. Il n'y a qu'à renvoyer aux avis des deux parquets pour constater, tel qu'il y est décrit, le caractère vague ou complexe de certaines notions et formulations ou la maladresse et l'incongruité de l'agencement de certains textes engendrant des interprétations nécessairement divergentes (voir à titre d'exemple les critiques des deux parquets au sujet du Chapitre IV Section 2 intitulé De la protection des sources).

Il échet, ceci sans avoir la prétention d'être complet, de formuler des **commentaires** plus particuliers **sur les points suivants**:

- *Quant à l'article 3 8.*

Cette disposition contient une définition de la notion de journaliste.

Comme la protection de la liberté d'expression dans les médias ne vise pas seulement les journalistes ainsi que l'énonce le procureur d'Etat de Diekirch en sa critique sous 1) relative à l'article 3 8., d'une part, et que, d'autre part, les auteurs du texte ne semblent utiliser la notion de journaliste que dans le contexte de la protection des sources journalistiques, la question se pose si, pour éviter toute ambiguïté, il ne serait pas indiqué de faire figurer la définition de journaliste au Chapitre IV Section 2 intitulé „De la protection des sources“.

Les deux parquets critiquent la définition de journaliste figurant à l'article 3 8. du projet de loi susceptible de soulever des problèmes d'application de la loi, le parquet de Luxembourg proposant le critère de la possession d'une carte professionnelle.

Notons que la loi du 29 décembre 1979 relative au titre professionnel de journaliste le définit comme *personne, exerçant, à titre de profession principale, une activité constituant une contribution en tant que rédacteur ou correspondant, à une ou plusieurs publications, à une ou plusieurs agences de presse, émissions radiodiffusées ou télévisées.*

- *Quant au caractère confidentiel d'informations ou de documents comme limite à la liberté d'expression.*

Le parquet de Luxembourg constate sous un point 1 aux pages 3 à 8 de son avis qu'ayant procédé à une énumération détaillée des devoirs des journalistes les auteurs du projet de loi n'ont pas formulé de restrictions quant à la publication d'informations et de documents confidentiels; il estime que ce silence aurait été délibéré et que la réticence des auteurs à formuler d'une façon explicite une limitation à la publication d'informations et de documents confidentiels serait due à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, en particulier dans une affaire Fressoz-Roire c/France, qui n'admettrait pas de poursuivre un journaliste du chef de recel de violation du secret professionnel. Le parquet de Luxembourg propose en conséquence de compléter l'article 6(1) du projet définissant l'objet de la liberté de la presse par la formule „de façon licite“, de sorte que la disposition se lirait: „La liberté d'expression visée à l'article 1er de la présente loi comprend le droit de recevoir et de rechercher des informations de façon licite.“

Ces discussion et proposition du parquet de Luxembourg exigent plusieurs mises au point.

L'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui, comme relevé plus haut, s'applique directement sans qu'une transposition en droit interne soit nécessaire, prévoit comme but légitime pouvant justifier par rapport à la liberté de la presse de la part de l'Etat certaines restrictions et sanctions entre autres le but d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles.

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas mis en cause le but légitime visant à empêcher la divulgation d'informations confidentielles (arrêts Fressoz et Roire c/France, 21 janvier 1999 No 53; Bergens Tidende et autres c/Norvège, 2 mai 2000 No 49; Roy et Malaurie c/France, 3 octobre 2000 No 27 ii).

La Cour européenne des Droits de l'Homme ne conteste pas à un Etat le droit de prendre des mesures pénales, qui peuvent être également des mesures d'une autre nature, par exemple civile ou administrative, pour assurer la préservation des secrets tels le secret de l'instruction, les secrets professionnels, le secret fiscal et autres, mais elle se réserve le contrôle consistant à vérifier si la mesure ou décision natio-

nale dans un cas concret remplit sur base de motifs apparaissant pertinents et suffisants les critères exigés par l'article 10, à savoir si la restriction à l'exercice de la liberté de la presse répond à „un besoin social impérieux“ susceptible de justifier cette restriction et si elle est „proportionnée au but légitime poursuivi“, comme exposé plus haut (voir dans le même sens avis du procureur d'Etat de Diekirch page 5 „situation du journaliste qui est suspecté de recel de violation de secret professionnel sous le 2e tiret“). La Cour en son arrêt cité par le parquet de Luxembourg s'exprime comme suit à cet égard:

*„53 La Cour doit plus particulièrement déterminer si l'objectif de réservation du secret fiscal, légitime en lui-même, offrait une justification pertinente et suffisante à l'ingérence. A cet égard, il faut relever que si la condamnation des requérants reposait uniquement sur la reproduction dans le Canard enchaîné des documents détenus par les services fiscaux et considérés comme communiqués à MM. Fressoz et Roire en violation du secret professionnel, elle touchait inévitablement la révélation d'informations. On peut toutefois se demander si l'intérêt de garder secrètes des informations, dont le contenu avait déjà été rendu public et était susceptible d'être connu par un grand nombre de personnes, subsistait.“*

La Cour rappelle encore (même arrêt No 52) „que les journalistes ne sauraient en principe être déliés par la protection que leur offre l'article 10 de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun (voir en général sur la problématique soulevée „Infractions relevant du droit de l'information et de la communication: Recel de documents provenant de la violation du secret de l'instruction ou du secret professionnel: le glissement de la sanction de certains abus de liberté d'expression vers le droit commun“ par Jacques Francillon Professeur à la Faculté Jean-Monnet Université Paris XI en Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2002 pp. 119-125).

Au vu des développements qui précèdent, on peut affirmer que les préoccupations du parquet de Luxembourg exprimées sous le point 1 de son avis semblent quelque peu excessives.

Quant à la proposition d'ajouter, comme suggéré à l'article 6(1) la formule „de façon licite“ le commentaire suivant s'impose:

L'article 6(1) du projet de loi constitue une transposition en droit interne de l'article 10, premier paragraphe. Le droit de rechercher des informations y visé, non expressément prévu à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, figure cependant à l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et suite à la proposition du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de compléter cette lacune de l'article 10 de la Convention en question au moyen d'un protocole additionnel, la Cour européenne a considéré dans son avis du 23 octobre 1981 que le droit de rechercher des informations était tacitement inclus dans l'article 10, cet avis correspondant à sa jurisprudence de laquelle se dégage que le droit de rechercher librement des informations est à interpréter largement.

Ajouter dès lors à l'article 6 (1) du projet de loi le terme très général, générique et donc peu précis de „licite“ qui signifie d'après le dictionnaire Larousse „permis par la loi“ au texte en question, risque de restreindre cette disposition interne d'une manière non conforme à la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la voir à ce titre sanctionnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme en cas d'application à un cas concret par une juridiction nationale.

En conséquence, s'il était jugé indispensable, comme semble l'estimer le parquet de Luxembourg, d'insérer dans le projet de loi sous examen un texte traitant des restrictions à la publication d'informations ou de documents confidentiels, il serait préférable de procéder à cet égard à la rédaction d'une disposition légale spécifique.

- *Quant au droit de la protection des sources.*

Les articles 7 à 8 du projet de loi sous examen traitent du droit de protection des sources des journalistes en le réglementant.

Ces dispositions du projet de loi font l'objet de très longs commentaires dans les avis des parquets de Luxembourg (p. 8 à p. 19) et de Diekirch (pp. 2 à 7) qui consistent en des critiques allant jusqu'à la remise en question de la solution retenue au projet ainsi qu'en des propositions d'amendement.

Tout en renvoyant à ces commentaires qui ne manquent ni d'intérêt, ni de pertinence il y a lieu d'abord de procéder au sujet de cette question très délicate à une analyse historique.

Dans une note sous une décision du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 juin 1997 publiée en la Semaine juridique 1998, II, 10131 Emmanuel Derieux, professeur à l'Université

Panthéon-Assas-Paris 2, décrit et analyse la situation en France de la protection des sources journalistiques en France:

*„1 – Problématique générale*

*Le droit au secret professionnel des journalistes, sans doute plus clairement et exactement qualifié de droit à la protection ou au secret des sources d'information, constitue une revendication ancienne de la profession, au nom du principe fondamental de liberté d'expression et de droit à l'information. Il est en effet plus que probable que les journalistes n'ont connaissance de certaines informations que grâce à des informateurs dont l'identité ne peut ni ne doit être révélée. Dans le cas contraire, ceux-ci refuseraient d'alimenter les journalistes en documents, indiscretions et secrets. Il est, à cet égard, traditionnellement considéré ou prétendu que «qui cite ses sources les tarit».*

*Essentiel à la liberté d'expression et d'information, le droit à la protection des sources ne peut cependant, pas plus qu'aucun droit, être absolu. Il comporte nécessairement certaines restrictions ou limites, au nom de la garantie d'autres droits ou libertés concurrents. Il serait paradoxal que, au nom du droit à l'information et d'une totale transparence de la société, dont on pourrait craindre qu'elle n'introduise une nouvelle forme de totalitarisme, tout secret soit banni ... sauf le secret des sources d'information ou secret professionnel des journalistes!*

*Pendant longtemps, en France, le droit au secret des sources d'information des journalistes n'a constitué qu'une règle d'éthique ou de déontologie professionnelle. La „Charte des devoirs du journaliste“, de 1918, pose qu' „un journaliste digne de ce nom“ (sic) „garde le secret professionnel“. Il y avait, de ce fait, contradiction ou conflit entre la déontologie et le droit. Ce dernier n'avait fait aucune exception, en faveur des journalistes, aux règles concernant la non-dénonciation de malfaiteurs, les obligations des témoins, les mesures de perquisitions et de saisies ...*

*En réalité, il y aurait eu une telle contradiction entre le droit et la déontologie si les juges s'étaient montrés rigoureux dans l'application des textes. Compréhensifs et soucieux de la garantie de la liberté d'information, ils ont, au contraire, le plus souvent, admis que les journalistes se retranchent derrière un tel droit au secret professionnel ou qu'ils prétendent n'avoir jamais su d'où leur venait une information (ce qui serait bien imprudent au regard des exigences professionnelles de vérification des informations) ou l'avoir oubliée!*

*Cette pratique judiciaire ou coutumière ancienne permettait au législateur français d'intervenir, comme il l'a fait par la loi du 4 janvier 1993, pour introduire, sans trop de risques, dans l'article 109 du Code de procédure pénale, un nouvel alinéa aux termes duquel: „tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.“*

*A cette protection partielle du droit au secret des sources d'information des journalistes, la même loi de janvier 1993 en ajoutait une autre, peut-être plus faible et incertaine encore, en introduisant, dans le Code de procédure pénale, un nouvel article 56-2 qui dispose que „les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n'entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l'information“.*

*De telles dispositions, introduites en 1993, semblent donc être les seules à reconnaître, aux journalistes, un droit au secret de leurs sources, et encore ne le font-elles que de façon partielle ou limitée. Toute autre situation ou tout autre mode d'implication d'un journaliste dans une affaire semblerait devoir le priver de ce droit à la protection des sources. Il en serait ainsi, du moins, si les juges français, au nom du principe de liberté d'information et pour tenir compte, plus que de la Convention EDH, de la jurisprudence de la Cour EDH, ne décidaient pas d'accorder, aux sources des journalistes, une protection plus large et générale.“*

A part les textes professionnels consacrant le droit au secret des sources d'information des journalistes telle la Charte des devoirs des journalistes de 1918 précitée n'ayant pas de valeur juridique, il y a eu le 18 janvier 1994 une Résolution du Parlement européen affirmant le droit des journalistes à maintenir la confidentialité de leurs sources, mais cette Résolution n'a pareillement qu'un effet déclaratoire, c'est-à-dire est sans effet juridique.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 8 mars 2000 la Recommandation No R (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, Recommanda-

tion qui semble avoir inspiré les auteurs du projet de loi sous examen qui s'y réfèrent d'ailleurs dans le commentaire des articles. Notons toutefois que cette Recommandation n'a pas de valeur juridique contraignante à l'égard des Etats.

(Jurisclasseur Communication (2,2002) Fasc. 5020 Nos 3-15)

Il y a lieu pourtant, compte tenu du texte du projet de loi sous examen de relever trois points de la Recommandation du 8 mars 2000:

1. Contrairement au droit français qui ne protège que le seul journaliste **et contrairement aux secrets professionnels dont en principe, seuls les détenteurs de ces secrets peuvent se prévaloir**, la Recommandation admet que bénéficient, à part les journalistes, du droit de non-divuligation les „personnes qui, à travers leurs relations professionnelles avec les journalistes prennent connaissance d'informations identifiant une source à travers la collecte, le traitement éditorial ou la publication de cette information“..
2. Sous un Principe 3 la Recommandation énonce les limites au droit de non-divuligation des sources.

En résumé il y est dit ce qui suit:

- *Le droit des journalistes de ne pas divulguer les informations identifiant une source ne doit faire l'objet d'autres restrictions que celles mentionnées à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention au sujet desquelles les critères énoncés plus haut (prévue par la loi susceptible d'être justifiée par un besoin social impérieux, proportionnée au but légitime poursuivi) doivent être remplis.*
- *La Recommandation admet une prééminence du droit de non-divuligation sur un intérêt légitime à la divulgation entrant dans le champ de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention et en déduit, en s'emparant d'une formule de l'arrêt Goodwin c/Royaume-Uni, qu'un journaliste ne peut être contraint à révéler ses sources que dans des circonstances exceptionnelles où des intérêts publics ou privés vitaux sont menacés.*
- *La Recommandation confère à l'obligation de divulgation du journaliste un caractère subsidiaire en ce sens que cette obligation ne naît que s'il peut être établi de manière convaincante que des mesures raisonnables alternatives à la divulgation n'existent pas ou n'ont pas été épuisées par les personnes ou les autorités publiques qui cherchent à obtenir la divulgation.*  
*A relever que la Recommandation rappelle, se conformant à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, que la décision d'un organe de l'Etat estimant la nécessité de la divulgation de sources journalistiques dans un cas concret est sujette au contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.*
- *Relativement aux mesures de contrainte telles l'interception des communications, la surveillance et les perquisitions et saisies la Recommandation emploie une formule reprise par les auteurs du projet de loi quant aux perquisitions et saisies disant que ces mesures ne devraient pas être appliquées si elles visent à contourner le droit des journalistes de ne pas divulguer des informations identifiant leurs sources.*

Les développements y afférents contenus dans les avis des deux parquets démontrent que pareille formulation aboutit à des problèmes d'interprétation et d'application de la loi inextricables.

La Cour européenne s'est prononcée dans l'arrêt Goodwin c/Royaume-Uni du 27 mars 1996 sur la protection des sources du journaliste en retenant le critère susvisé, à savoir que le journaliste ne peut être contraint à révéler ses sources *que dans des circonstances exceptionnelles où des intérêts publics ou privés vitaux sont menacés* (No 37 de l'arrêt: formule de la Commission; No 39 de l'arrêt: *impératif prépondérant d'intérêt public*).

Les Etats européens ont introduit en partie un droit de protection des sources journalistiques en leur législation interne dont la portée diffère cependant substantiellement d'un Etat à l'autre. Quant à un examen de droit comparé en la matière il est renvoyé à l'avis du procureur d'Etat de Diekirch (pages 2-3).

La réglementation de la protection des sources retenue dans le projet de loi inspirée de la Recommandation susvisée du 8 mars 2000 et des législations autrichienne, scandinave et allemande donne lieu à des réserves et on peut se demander s'il est indiqué de maintenir le texte en question.

Les raisons en sont les suivantes:

- Il n'existe pas à l'heure actuelle au sujet de la protection des sources journalistiques de texte international explicite et juridiquement contraignant à l'égard des Etats.

Quant à l'étendue, aux conditions d'exercice et aux limites de pareille protection des sources ou droit au secret des sources le seul arrêt de la Cour européenne de Strasbourg rendu à cet égard, à savoir l'arrêt *Goodwin c/Royaume-Uni* contient des critères formulés de façon plutôt vague et il faudra probablement attendre d'autres arrêts de la Cour en la matière pour voir ces critères se préciser et se nuancer.

- Le parquet de Luxembourg fait remarquer à juste titre (p. 19, troisième alinéa) que le droit de protection des sources tel que formulé **constitue une entrave inédite aux pouvoirs d'investigation des organes judiciaires, donc à sa capacité à identifier et à sanctionner les auteurs d'infractions pénales**. Il estime que même si les dispositions du projet sur la protection des sources n'étaient pas adoptées dans sa forme actuelle et que le droit qu'il prévoit ne s'appliquait pas en matière de procédure pénale, les autorités judiciaires seraient néanmoins soumises aux exigences de l'article 10 CEDH et au contrôle qui en est exercé par les juridictions nationales et par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

A titre d'alternatives à la solution qui a été retenue par les auteurs du projet de loi sur la question sous examen, deux suggestions sont formulées:

- a) Une première suggestion consisterait à combiner l'article 10 de la loi anglaise de 1981 sur le contempt of court qui a pour objet de protéger les sources de l'information publiée, qui a été appliqué dans l'affaire *Goodwin c/Royaume-Uni* par les juridictions britanniques internes et qui n'a pas été critiquée en tant que loi par la Cour européenne (voir motifs 29-34 de l'arrêt).

La proposition se lirait grosso modo comme suit:

*„Aucun organe judiciaire ne peut demander ou ordonner à un journaliste de divulguer la source de l'information contenue dans une publication dont il est l'auteur, sauf si l'organe judiciaire considère comme établi que la divulgation est nécessaire 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 dans les conditions prévues par l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des Droits de l'Homme et que la divulgation se justifie par des circonstances exceptionnelles où des intérêts publics ou privés vitaux sont menacés.“*

La formule proposée a l'avantage d'avoir un caractère général de prendre appui sur le texte de la Convention européenne des Droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Si elle laisse indubitablement une marge d'appréciation au juge saisi, sa décision est cependant soumise au contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

- b) La deuxième suggestion consiste à adopter purement et simplement le système français en la matière (Jurisclasseur Communication (2, 2000) Fasc. 5020 Nos 20 et suivants).

- L'article 109 alinéa 2 du Code de procédure pénale français concerne le journaliste entendu comme témoin et est formulé comme suit:

*„Tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.“*

Le texte ne concerne pas le journaliste en tant que prévenu soit d'un délit de presse soit d'un délit de droit commun; le prévenu ne prêtant pas serment d'après notre droit est libre de parler ou de rien dire et donc également de révéler ou non ses sources.

Le texte de l'article 109 alinéa 2, (i) ne vise que les journalistes, (ii) n'exclut pas le témoignage du journaliste mais lui permet simplement de ne pas révéler l'origine de ses sources, (iii) ne crée pas une obligation, mais un droit librement invocable dont l'exercice dépend de l'appréciation du journaliste (Jurisclasseur Communication précité Nos 23-25).

A noter que la loi française ne règle pas la question par rapport au témoignage du journaliste devant des instances judiciaires autres que pénales (Jurisclasseur Communication précité No 26).

Il appartient au législateur de décider d'exclure la règle susvisée pour certaines infractions, comme prévu à l'article 8 du projet de loi longuement commenté par les parquets tout en tenant compte de la jurisprudence *Goodwin c/Royaume-Uni*, citée plus haut.

- Le nouvel article 56-2, qui a introduit dans le Code de procédure pénale français en 1993 un régime particulier des perquisitions dans les locaux de la presse, dispose que:

*„Les perquisitions dans les locaux d’une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle ne peuvent être effectuées que par un magistrat qui veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et ne constituent pas un obstacle ou n’entraînent pas un retard injustifié à la diffusion de l’information.“*

Rappelons que ce régime de protection particulier s’ajoute aux conditions de fond et de forme de droit commun auxquels les perquisitions sont soumises sous peine d’annulation (Roger Thiry Précis d’instruction criminelle en droit luxembourgeois No 301).

Le texte de l’article 56-2 du Code de procédure pénale français s’applique indistinctement que le journaliste soit prévenu ou seulement témoin.

Le texte français ne fait pas bénéficier le domicile des journalistes de la protection particulière susvisée ce qu’on peut éventuellement regretter.

- Notons que la législation française, d’ailleurs comme la plupart des autres législations, ne prévoit pas de protections particulières en faveur des journalistes en ce qui concerne d’autres mesures d’investigation dites contraignantes comme les interceptions et la surveillance de communications.

Ces mesures d’investigation sont en général déjà en droit commun soumises à des conditions de fond et de formes strictes et entourées de garanties suffisantes (art. 88-1–88-4 du Code d’instruction criminelle) de telle sorte qu’un régime particulier pour les journalistes ne semble pas nécessaire et par ailleurs difficilement défendable au vu de la remarque figurant à la page 19, troisième alinéa, de l’avis du parquet de Luxembourg reproduit plus haut.

Soucieux de la garantie de la liberté d’information, les magistrats ont en général été toujours prudents et circonspects en la matière comme le relève le professeur Derriex cité plus haut et le contrôle de la Cour européenne des Droits de l’Homme s’exerce au sujet de ces mesures d’investigation dirigées contre un journaliste à la fois sur base des articles 6 et 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme.

- *Quant à la responsabilité pénale* il se pose le problème de l’auteur pénalement responsable d’un délit de presse et de la participation punissable en cas de pluralité d’auteurs ou de complices.

L’article 16 de la loi sur la presse prévoit que les dispositions des articles 66 et 67 du Code pénal relatives aux coauteurs et aux complices sont applicables en matière d’infractions commises par la voie de la presse sauf si l’auteur est connu, luxembourgeois et domicilié dans le Grand-Duché de Luxembourg auquel cas l’imprimeur, l’éditeur et le distributeur, ainsi que tout complice, sont à l’abri de toute poursuite conformément à l’article 24, dernière phrase, de la Constitution et à l’article 16, alinéa 2, de la loi sur la presse, ce régime particulier étant désigné par le terme de Responsabilité en cascade (voir jurisprudence sous article 16 verbo Presse, Recueil des Lois spéciales en matière civile, commerciale et pénale; Gaston Vogel Dictionnaire raisonné du Droit de la Presse verbo La Responsabilité de la Presse sous D) Responsabilité en cascade Nos 637 et suivants).

Les auteurs du projet de loi proposent la responsabilité des „collaborateur“ et „éditeur“ comme auteurs au motif que le régime de responsabilité de l’article 16 serait dépassé par la réalité et inadapté à l’évolution des pratiques du secteur professionnel concerné et en particulier de l’importance de l’éditeur jouant un rôle majeur dans le contenu des articles en les cautionnant si ce n’est en les orientant.

Le parquet de Luxembourg formule des réserves quant à l’article 20 qu’il estime contraire à notre droit pénal pour créer des présomptions de responsabilité non admises en droit pénal (avis page 21 pt. 3.2.).

On peut se demander pourquoi, alors surtout que l’article 24 de la Constitution reste en vigueur, modifier le système bien rodé et accepté de l’actuel article 16.

Si par ailleurs des velléités existent de suivre l’évolution des législations étrangères en la matière, pourquoi ne pas reprendre les textes français (art. 42 et suivants modifiés de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse; Jurisclasseur Communication (5, 2002) Fasc. 3050 Détermination des personnes pénalement responsables), ce qui aurait l’avantage de pouvoir s’inspirer de la doctrine et de la jurisprudence françaises. La Cour de cassation française a d’ailleurs estimé que l’article 42 de la loi modifiée de 1881, en tant qu’il comprend des présomptions de responsabilité, n’est pas incompatible avec l’article 6

de la Convention européenne des Droits de l'Homme (Cass. crim. 17 décembre 1991 J.C.P. 1992, IV, 1064, p. 114) point sur lequel elle est toutefois susceptible d'être contredite un jour par la Cour européenne de Strasbourg.

• *Quant à la responsabilité civile* fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil la question se pose si l'article 22 traitant pareillement des personnes responsables et qui est commenté comme suit par les auteurs du projet: „*En raison de la suppression de la règle de la cascade, les personnes responsables d'une faute au sens de l'article 1382 et 1383 du Code civil sont désormais l'éditeur et le collaborateur de celui-ci*“, est compatible avec le droit commun de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle régie par les articles 1382 et 1383 du Code civil (Cass 20 mars 1997 Pas. lux. XXX, 387). Pourquoi ne pas maintenir les principes de droit commun sous réserve de l'article 24, dernière phrase, de la Constitution et de l'article 16, alinéa 2, prévisé, de la loi sur la presse?

Les dispositions des articles 12 à 17 traitant successivement (i) de la présomption d'innocence (Section 2), (ii) de la protection de la vie privée (Section 3) et (iii) de la protection de la réputation et de l'honneur (Section 4), bien que figurant sous un Chapitre V „*Des devoirs découlant de la liberté d'expression*“, devraient ranger logiquement sous le Chapitre VI Section 2 intitulé „*De la responsabilité civile*“, alors qu'y sont édictées des mesures de protection des victimes de caractère civil (art. 12, 14, 16), ainsi que des causes d'exonération de la responsabilité civile en faveur de la presse (art. 13, 15, 17).

**A. Les articles 12, 14 et 16** donnent lieu à peu de commentaires. Ils visent essentiellement l'intervention du juge des référés (sur la question du juge des référés en matière de communication voir Jurisclasseur Communication (2, 2002) Fasc. 3710).

L'article 12 est repris, comme le relève le procureur d'Etat de Diekirch, de la loi française, à savoir de l'article 9-1 du Code civil, dans la formulation de l'article 91 de la loi No 2000-516 du 15 juin 2000 ayant modifié celle de 1993, ainsi libellé:

*„Lorsqu'une personne est avant toute condamnation, présentée publiquement comme coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne physique ou morale, responsable de cette atteinte.“*

Le fait que les auteurs du projet de loi aient précisé „*avant l'intervention d'une condamnation définitive ayant autorité de chose jugée*“ est conforme à l'étendue de la présomption d'innocence, alors que seule une condamnation pénale devenue irrévocable fait disparaître relativement aux faits sanctionnés la présomption d'innocence dont l'article 9-1 assure le respect (Civ. 1ère, 12 novembre 1988, Bull. civ. I No 313, Dalloz 1999 Som. 165, obs. Dupeux; Revue trimestrielle de droit civil 1999, 62 obs. Hauser, jurisprudence citée en Dalloz Mega Code civil annoté 2001 sous Art. 9-1 No 3, p. 52).

Ce texte ne crée pas non plus un problème au niveau des chroniques judiciaires dans lesquelles la presse se fait l'écho de procès pénaux aussi longtemps que le chroniqueur judiciaire évite de présenter la personne non définitivement condamnée comme convaincue ou coupable.

L'article 13 de la loi actuelle sur la presse détermine les conditions sous lesquelles un compte-rendu par un journal est punissable (voir Gaston Vogel ouvrage précité, sous verbo Fidélité de Comptes-Rendus Nos 26 et suivants).

Il est intéressant également de reproduire relativement aux droits et devoirs des chroniqueurs judiciaires certains extraits d'un jugement civil du tribunal d'arrondissement de Luxembourg en date du 17 mars 1993 et d'un arrêt de la Cour d'appel en date du 29 mars 1995, No 15758 du rôle, qui l'a confirmé dans une affaire S.c.s.a. „Edition Revue“, Lahure et Martin.

Quant à une affaire pénale paraissant en audience publique, le tribunal en son prédict jugement, confirmé par la Cour d'appel précise ce qui suit:

*„S'il est vrai par ailleurs que la presse a le droit de publier tout ce qui a trait à la vie publique des institutions et des individus, sous réserve de la véracité de ses allégations, elle n'a pas le droit de publier ce qui touche à la vie privée des individus, même si les faits ont été constatés par une décision judiciaire rendue en audience publique. Dans cette matière, les faits en eux-mêmes peuvent faire l'objet d'une publication, mais en tout cas avec l'omission de l'identité des protagonistes et des détails en permettant une identification aisée. Les infractions pénales ne font pas indistinctement*

*partie de la catégorie des faits publics ou de ceux de la vie privée. Il y a lieu de distinguer selon la gravité des faits et de leur impact sur l'ordre public, ainsi que de la personnalité de leurs protagonistes. Ainsi les crimes et les délits graves ont un impact tel que non seulement les faits en eux-mêmes doivent pouvoir être connus du grand public, mais également l'identité des auteurs qui sont sortis de leur sphère privée et ont posé un acte troublant au plus haut degré l'ordre public. Cela n'est pas vrai pour les contraventions et les délits mineurs dont les auteurs doivent bien sûr être punis, mais dont la révélation dans la presse de l'identité des protagonistes n'est d'aucune nécessité dans l'intérêt de la préservation de l'ordre public, une telle mesure constituant plutôt une peine supplémentaire disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction.*"

*„Enfin, même en présence de faits pénalement punissables, la liberté de la presse s'arrête encore devant l'intention méchante qui, s'écartant du minimum d'objectivité auquel on peut s'attendre chez tout individu, présente les faits sous une lumière telle qu'elle tend gratuitement à faire déconsidérer une personne (cf Civ. Bruxelles, 29 juin 1987, J.T.1987, Blin, Chavanne, Drago et Bonnet: Droit de la presse, Litec, fascicule 300, No 3) (Luxembourg, 30.10.1989, No 41579 du rôle)."*

La Cour d'appel rappelle d'abord sur le plan des principes

*„Quelque compréhensible que soit l'aspiration d'un journaliste spécialisé dans le reportage écrit ou photographique de produire des informations ou des documents sortant de l'ordinaire, l'éthique professionnelle lui impose de ne jamais se départir dans sa démarche du respect dû à toute personne humaine, quelle qu'elle soit et quelle que puisse être sa déchéance par rapport à la société, alors surtout si le renseignement donné par texte ou par image ne contribue pas à la manifestation d'une vérité utile pour le public ni à l'information objective de celui-ci",*

pour ensuite juger la façon de procéder du journaliste en l'espèce lui soumis, correcte et ne portant pas atteinte à la présomption légale d'innocence, façon de procéder détaillée comme suit:

*„Le journaliste ... en relatant objectivement le déroulement du procès, en reproduisant le réquisitoire du Parquet avec son argumentation à l'appui, en développant les plaidoiries des mandataires des divers prévenus, qu'il dit avoir été en contradiction avec la position du Parquet, et en précisant dans ce contexte l'identité et les qualités exactes des prévenus dont celles de l'appelant actuel, au demeurant révélés à l'audience publique de la chambre criminelle, n'a pas dépassé la mission qui était la sienne en tant que chroniqueur judiciaire, à savoir présenter un compte-rendu réaliste de l'acte d'accusation et des débats à l'audience. Par son article de presse qui se base sur les données objectives de l'affaire développées à l'audience, il n'a pas été porté atteinte à la présomption légale d'innocence de l'appelant, le reporter ayant pris soin de développer tant la position de l'accusation que celle de la défense, sans, au demeurant, prendre position personnellement."*

L'article 14 est inspiré de l'article 1er de la loi du 11 août 1982 concernant la protection de la vie privée qui, lui, est repris de l'article 9 du Code civil français (Daloz Mega Code civil annoté 2001 pp. 37-51).

L'article 16 a le même contenu que les articles 12 et 14 et se rapporte à la protection de la réputation et de l'honneur.

La jurisprudence belge admet le recours au juge des référés au sujet d'une publication comportant des propos calomnieux ou diffamatoires s'il y a urgence, c'est-à-dire *„dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable, à savoir lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre les différends en temps utile"* (Liège 1re ch. 28 novembre 2001 Journal des tribunaux 2002, 308).

Il y a lieu de faire remarquer encore de façon générale quant aux articles 12, 14 et 16 que s'il est admis que tout juge, y compris le juge des référés peut prononcer une astreinte (Emile Penning Les procédures rapides en matière civile, commerciale et de droit du travail Bulletin Laurent 1993, II, No 9 p. 23), il est pourtant utile et indiqué, comme l'ont fait les auteurs du projet de loi, ce pour éviter dans l'application de ces dispositions toute contestation à ce sujet, de prévoir expressis verbis dans le texte *„au besoin sous astreinte conformément aux articles 2059 à 2066 du code civil"*.

**B. Les articles 13, 15 et 17** introduisent une innovation légale en prévoyant en faveur des organes de la presse concernés, journaliste ou éditeur, ce qu'il est convenu d'appeler en droit des causes d'exonération de la responsabilité civile basée sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

L'analyse de ces dispositions du projet de loi sous examen exige certains développements.

Sans revenir sur les discussions afférentes que la Cour de cassation a tranchées (Cass. civ. 15.7.1993, Pas XXIX, 225) il y a lieu de constater que d'après la jurisprudence luxembourgeoise le régime de droit commun de la responsabilité civile, basé sur les articles 1382 et 1383 du code civil, s'applique aux journalistes et autres organes des médias et que la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas en son arrêt *Thoma c/Luxembourg* du 29 mars 2001 formulé de critiques sur ce point (No 53 de l'arrêt).

La jurisprudence luxembourgeoise est conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation française qui refuse de réduire la portée générale de la responsabilité civile en matière de presse (Civ. 2e 5 mai 1993, Dalloz périodique 1994 somm. p. 193, obs. T. Massis; 24 janvier 1966 Dalloz Périodique 1966 jurisprudence p. 268 note J. Ravanis cités en *Jurisclasseur Communication* (2, 2002) fasc. 3700 No 37).

Rappelons que la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle, dite encore responsabilité aquilienne, exige l'existence en droit de trois conditions

- 1) un préjudice,
- 2) une faute, faute de commission ou d'omission,
- 3) une relation causale entre la faute et le préjudice.

Comme faits justificatifs les auteurs citent la légitime défense, l'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité et le consentement de la victime.

Les hypothèses visées aux prédicts articles 13, 15 et 17 ne constituent aucun de ces faits justificatifs sauf le cas échéant le point 1 libellé comme suit „*lorsqu'elle (la publication) est faite avec l'autorisation de la personne concernée*“ et le point 2. „*lorsqu'elle est faite à la demande des autorités judiciaires pour les besoins ou dans le cadre d'une enquête ou instruction judiciaire*“.

Aucune de ces hypothèses ne constitue non plus une cause d'exonération au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, à savoir un cas de force majeure.

Les textes, tels que formulés, dérogent donc aux principes fondamentaux régissant la responsabilité civile aquilienne.

Il y a donc lieu d'écarter le recours à l'exonération ou l'exemption de responsabilité dans les dispositions en question du projet.

Les auteurs du projet de loi reprennent, pour partie du moins, dans les articles 13 3. 4., 15 3. 4. 5. et 17 1. 2. 3. des critères que la jurisprudence a, en s'alignant aux considérants des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans un passé plus récent, retenus, suivant les circonstances de la cause à juger, comme éléments de preuve parmi d'autres pour constater l'absence de faute journalistique tout en se basant sur l'ensemble des données concrètes variables d'une cause à l'autre.

Il y a lieu de rappeler dans ce contexte la marge d'appréciation laissée aux juridictions nationales et le contrôle que se réserve la Cour européenne des Droits de l'Homme ainsi qu'exposé plus haut dans le cadre des observations générales.

Ceci amène nécessairement à analyser la notion et donc aussi tant l'étendue que la délimitation de la faute au sens des articles 1382 et 1383 du code civil, d'abord de façon générale, ensuite dans le domaine des médias.

**De façon générale** sans entrer en des discussions doctrinales interminables sur la notion de faute délictuelle ou quasi délictuelle, la loi n'ayant pas défini la notion de faute, il semble indiqué de s'en référer à l'auteur Boris Starck considéré généralement comme faisant autorité en la matière relativement aux critères et caractéristiques de cette faute:

La faute lorsqu'elle sert de fondement à une action intentée en vertu de l'article 1382 du code civil conserve le sens que lui donne le langage ordinaire.

La faute est définie par la plupart des auteurs comme une erreur de conduite qu'un homme normalement avisé ne commet pas lorsqu'il se trouve dans les mêmes circonstances de fait.

C'est le comportement que n'aurait pas le *bonus pater familias* étant entendu comme étant le type de personne raisonnable, avisée et diligente.

La faute qui engage la responsabilité de celui à qui elle est imputée en vertu de l'article 1382 du code civil implique un jugement de valeur, mais le juge ne saurait appliquer un critère purement personnel de la morale, mais doit tenir compte de la mentalité moyenne de la société dans laquelle il vit et au nom de laquelle il rend son jugement. Dans de nombreux cas des textes légaux ou réglementaires

indiquent quelle est la conduite à tenir dans telle ou telle circonstance; plus délicat est le recours dans l'appréciation de la faute à des usages, tels les usages professionnels ou d'autres obligations ou sources encore plus vagues.

L'appréciation de la faute est relative en ce sens que la faute ne peut être appréciée que par rapport à la situation précise dans laquelle se trouvait celui qui l'a commise. En résulte la nécessité pour le juge d'examiner la situation de fait avec soin.

Si l'appréciation de la faute est relative, comme expliqué ci-avant, l'appréciation de la faute doit cependant être abstraite, c'est-à-dire que le juge n'a pas à examiner les caractéristiques subjectives propres à chaque individu et que la seule question qu'il doit se poser est celle de savoir ce que l'individu „normal“ aurait dû faire en semblable circonstance.

Quant au degré de la faute l'auteur précise comme suit:

*„283.– A ce sujet, on déclare, depuis le droit romain, que la faute en matière délictuelle peut être très légère. La faute la plus légère suffirait (levissima culpa). Et il était traditionnel d'opposer, sur ce point, la faute délictuelle à la faute contractuelle. Celle-ci n'engagerait la responsabilité du débiteur que selon des distinctions dictées par la nature de son obligation: faute lourde, faute légère, faute très légère, suivant les cas.*

*L'affirmation selon laquelle, en matière délictuelle, la faute la plus légère suffit pour engager la responsabilité est à la fois en contradiction avec la définition de la faute, et ne correspond pas à l'ensemble des décisions des tribunaux.*

*284.– Si la faute dont il est question dans l'article 1382 est l'erreur de conduite que n'aurait pas commise l'homme moyen, placé dans les mêmes circonstances de fait, il ne saurait s'agir que d'une faute ayant une certaine consistance. Il y a des erreurs, a écrit un auteur, que le plus grand saint commet. Ces erreurs-là ne peuvent engager la responsabilité sur la base de l'article 1382. Seules doivent être retenues à ce titre, les fautes moyennes, celles que l'on appelle aussi fautes légères (par opposition aux fautes „très légères“ ou „les plus légères“).*

(voir Boris Starck Droit civil Obligations 1. Responsabilité délictuelle 3e éd. No 265 et suivants, pp. 150 et suivantes)

• Quant à la faute délictuelle ou quasi délictuelle *dans le domaine des médias* les principes, critères et caractéristiques ci-devant énoncés de la faute aquilienne s'appliquent sans restriction, alors que, comme relevé plus haut, la portée générale de la responsabilité civile en matière de presse n'est pas réduite.

Il est cependant vrai qu'en matière de la presse l'appréciation de la faute est, comme en tout domaine, relative ce que la Cour de cassation retient en disant que la qualification de la faute doit tenir compte, comme dans tous les autres domaines, **des spécificités de l'activité du journaliste** (Cass. précitée 20 mars 1997 Pas XXX, 387).

La jurisprudence en fait découler, entre autres, que si l'on ne saurait exiger du journaliste une objectivité absolue compte tenu de la précarité relative de ses moyens d'investigation, il n'empêche qu'il a l'obligation d'agir sur des données contrôlées dans la mesure raisonnable de ses moyens (jugt civ. trib. Lux. 17 mars 1993 précité).

Les décisions parlent tantôt de faute légère, tant de faute la plus légère.

Il est incontestable que dans l'appréciation de la faute du journaliste il y a lieu de tenir compte des impératifs de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme relatifs à la liberté d'expression, mais également des buts légitimes que prévoit l'article 10 paragraphe 2. Ainsi est-il dit sous ce rapport en un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1er mai 2000 (document No 99819401 du Service de documentation) que „*la faute, l'imprudence ou la négligence commises dans l'exercice de la liberté de la presse s'apprécie concrètement en prenant en considération les valeurs respectives en balance: la liberté de la presse, le droit du public à l'information et les intérêts protégés d'autre part*“.

La Cour européenne des Droits de l'Homme rappelle régulièrement en ses arrêts les obligations du journaliste dont la non-observation est susceptible de le constituer en faute en se montrant beaucoup plus sévère si des déclarations diffamatoires sont dirigées contre des particuliers ou si l'article de presse porte sur des faits de la vie privée que si des intérêts généraux ou des intérêts publiques sont en cause.

A défaut de pouvoir procéder à une analyse approfondie des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme à cet égard, il semble utile de relever les considérants d'un arrêt récent dans une affaire où des journalistes avaient critiqué, sur base des déclarations de femmes s'estimant lésées, un chirurgien pratiquant la chirurgie esthétique (arrêt Bergens Tidende et autres c/Norvège 2 mai 2002 requête No 26132/95).

Après avoir constaté „*que les articles (de presse) incriminés, qui rapportaient les expériences vécues personnellement par une série de femmes avant subi des opérations de chirurgie esthétique, concernaient un aspect important de la santé humaine et soulevaient en tant que tels des questions graves d'intérêt public*“ la Cour fait observer „*que l'article 10 de la Convention ne garantit pas une liberté d'expression sans aucune restriction, même en ce qui concerne la couverture médiatique des questions présentant un intérêt public sérieux*“. La Cour poursuit „*que la garantie que l'article 10 offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique*“.

Il est important de souligner dès lors, au vu des énonciations précédées de l'arrêt, que contrairement à l'article 17.1.a) du projet de loi, la Cour de Strasbourg ne limite pas les obligations du journaliste, même dans des affaires touchant un intérêt public, à la condition que les informations fournies soient exactes (voir également: Jurisclasseur Communication (2, 2002) Fasc. 3700 No 59).

La Cour, dans l'espèce analysée a encore exigé, du moins implicitement, que les déclarations des femmes interviewées reproduites dans l'article de presse en cause ne soient pas „*excessives ou trompeuses*“ et que „*le chirurgien attaqué se soit vu donner la possibilité de se défendre*“.

A noter encore dans ce contexte qu'en ce qui concerne la citation d'un tiers par un journaliste – sans vouloir pour autant remettre en cause le moins du monde ce qui a été décidé par la Cour de Strasbourg – il y a lieu de constater que dans l'arrêt Thoma c/Luxembourg la Cour, sans déterminer des critères précis, se prononce avec beaucoup de précaution en disant que „*le fait d'exiger de manière générale que les journalistes se distancent systématiquement et formellement d'une citation qui pourrait insulter des tiers, les provoquer ou porter atteinte à leur honneur ne se concilie pas avec le rôle de la presse d'informer sur des faits ou des opinions et des idées qui ont cours à un moment donné*“ (No 64 de l'arrêt).

On peut conclure de ce qui précède et au regard de la jurisprudence que les juridictions, dans l'appréciation de la faute ou de l'absence de faute de l'organe des médias „actionné“ en justice sur base de la responsabilité aquilienne, déterminent, sur base des données et des circonstances de chaque cause ayant ses particularités spécifiques, les éléments à charge ou à décharge sur base des principes énoncés plus haut et au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et qu'il n'appartient pas au législateur d'édicter des critères légaux déterminant péremptoirement s'il y a faute ou non au sens de l'article 1382 et 1383 du code civil ce qui aboutirait à créer dans le chef des responsables de la presse un régime de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle dérogeant au droit commun des articles 1382 et 1383 du code civil avec toutes les implications que cela serait susceptible de comporter.

- Quant à la section 4 du Chapitre V intitulé „*De la protection des mineurs*“ les observations pertinentes du parquet de Luxembourg (pp. 19-20 pt 3.1 de l'avis) sont partagées et il est en particulier impérieux de préciser dans le texte même de cette section que les dispositions des articles 18 et 19 du projet ne dérogent pas aux dispositions de l'article 38 de la loi relative à la protection de la jeunesse, qui prime en toute circonstance.

**L'article 25.2**, dernier tiret, du projet de loi prévoit la mise en place d'une **Commission des Plaintes au sein du Conseil de Presse** chargée de recevoir et de traiter les plaintes émanant des particuliers et concernant une information contenue dans une publication communiquée au public par la voie d'un organe de presse, les articles 34 à 37 réglementant cette Commission des Plaintes du point de vue composition et fonctionnement de cette commission et traitement des plaintes par cette commission. Pour autant, et tel semble être le cas, que les plaintes en question ont un objet ou portent sur des doléances qui sont susceptibles de faire l'objet d'une action pénale ou civile, il est rappelé que d'après l'article 84 de la Constitution les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

Cette Commission des Plaintes n'a pas non plus, au vu des textes, une fonction de juridiction disciplinaire pour les professionnels des médias.

Elle ne peut non plus, alors qu'il s'agit d'un organe corporatiste non impartial, constituer un organe de médiation qui bien que souhaitable en la matière devrait être composé et fonctionner de manière différente.

Il y a lieu en conséquence de formuler des réserves quant à cet organisme flou réglé par des dispositions pour partie insolites (art. 37 alinéa 2) et incongrues.

• Quant au *droit de réponse*, l'analyse des dispositions du projet de loi sous examen se limitera à son champ d'application. Actuellement le droit de réponse est régi pour la presse écrite, par l'article 23 de la loi du 20 juillet 1869 et, pour les médias électroniques, par les articles 36 et 37 de la loi du 30 juillet 1991.

L'article 23 prévoit le droit pour „*toute personne citée dans un journal soit nominativement, soit indirectement d'y faire insérer gratuitement une réponse dont les modalités d'exercice sont précisées par la suite*“.

Quant à la finalité et la portée du droit de réponse dans l'acception actuelle de la loi et de la jurisprudence, il est renvoyé à la jurisprudence sous l'article 23 de la loi sur la presse sous verbo Presse, Recueil des lois spéciales en matière civile, commerciale et pénale et à l'ouvrage précité de Gaston Vogel verbo Droit de réponse, Nos 551 et suivants.

Il y a lieu de citer plus particulièrement un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 février 1993 (No de document 9931616180 du Service de documentation) comprenant des références jurisprudentielles et doctrinales, qui dit ceci

*„... la nature juridique du droit de réponse est toute autre que celle de la citation directe avec constitution de partie civile et a un tout autre objet. L'article 23 de la loi sur la presse énonce que toute personne citée dans un journal, soit nominativement, soit indirectement, peut exercer son droit de réponse. La généralité des termes employés fait ressortir que le droit de réponse apparaît comme le contrepoids de la liberté de presse et de la puissance des journaux en vue de la défense de la personnalité. Il n'est donc nullement la sanction d'une faute qu'aurait commise le rédacteur de la mise en cause envisagée. L'information la plus légitime et la plus objective peut donner lieu au droit de réponse et celui qui l'exerce est seul juge de son opportunité (Traité du droit de la presse, H. Blin, A. Chavann, R. Drago, 1969, Ed. Librairies Techniques). L'exercice du droit de réponse n'est ainsi nullement dépendant de l'existence d'une infraction pénale commise par l'auteur de l'article provoquant le droit de réponse. L'exercice du droit de réponse n'est même pas subordonné à la responsabilité civile de l'auteur de l'article. Le droit de réponse est en réalité un véritable droit subjectif, plus particulièrement un droit de la personnalité, qui, dans une certaine mesure, rétablit „l'égalité des armes entre les particuliers et la presse“ (Roland Dumas: Le droit de l'information, cité dans un Bulletin du Cercle François Laurent, 1988, No III, par Maître Fernand Entringer). Comme la personne citée nominativement ou indirectement est seule juge de l'intérêt et de l'opportunité de l'exercice de son droit de réponse, il n'appartient pas aux tribunaux de rechercher les raisons qui ont pu provoquer la réponse de la personne citée (C. cass. belge 14 octobre 1974, cité dans le Journal des Tribunaux du 28 juin 1980, p. 433, Gérard Leroy, La jurisprudence du droit de réponse dans les écrits périodiques depuis 1961).“*

L'article 13 de la loi française de 1881 sur la liberté de la presse prévoit un même champ d'application du droit de réponse que l'article 23 luxembourgeois consacré pareillement par la jurisprudence (Jurisclasseur Communication (2, 2002), Fasc. 3110, Nos 39 et suivants, Nos 59-75 en particulier).

Les auteurs du projet de loi limitent le droit de réponse et le prévoyant seulement „*en vue de rectifier des éléments de fait inexacts le concernant ou de repousser une atteinte à l'honneur ou la réputation*“.

Indépendamment des questions de principe que soulèvera inévitablement la restriction du champ d'application du droit de réponse prévu à l'article 23 actuel sur la presse, restriction due à des abus toujours possibles du droit de réponse, il y a lieu de donner à considérer si pareille restriction n'aura pas pour conséquence, regrettable et inopportune, d'engendrer une augmentation notable des procès de presse.

En effet,

- d'une part le projet exclut des domaines importants du droit de réponse, tel par exemple le droit à la vie privée

– d’autre part l’interprétation divergente des causes justifiant un droit de réponse entraînera des refus de la presse d’accorder des droits de réponse, ce qui aura encore pour conséquence des actions en justice de ceux se sentant lésés. Ainsi une interprétation incomplète, incorrecte ou tendancieuse de faits est-elle à assimiler ou non à des éléments de faits inexacts?

- Quant au *droit d’information postérieure* (Ch IX sect. 1), il est renvoyé aux observations du procureur d’Etat de Diekirch (avis pp. 10-11).

- Le chapitre XI relatif au *traitement des données* à caractère personnel doit être lu en relation avec la loi récente du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l’égard du traitement des données à caractère personnel.

L’article 65 du projet de loi indique d’ailleurs que les dispositions qui suivent s’appliquent „par dérogation“ à cette loi.

Or, à la lecture combinée du présent projet de loi et de la loi du 2 août 2002, il s’avère que les dispositions du projet de loi sur la liberté d’expression dans les médias sont similaires, sinon littéralement identiques, à celles figurant dans la loi du 2 août, précitée.

Aussi, l’article 66 reprend le texte de l’article 9 (1), a) et b), de la loi du 2 août 2002.

L’article 67 est repris de l’article 9 (2) de cette loi.

Les articles 68 et 69, 1er alinéa, correspondent à l’article 9 (1) d), dans une formulation, il est vrai, plus complexe.

Les règles énoncées à l’article 69, second alinéa, figurent à l’article 29 (4) de la loi du 2 août 2002.

L’article 71 énonce une obligation de respect de légalité à charge de la Commission nationale pour la protection des données qui coule de source et dont le rappel me paraît superflu sinon irrespectueux à l’égard de la Commission.

Dans un souci de bonne technique législative, je considère que le chapitre XI est à omettre purement et simplement, tous les problèmes étant réglés par la loi du 2 août 2002. Le maintien des dispositions actuelles, dont la formulation s’écarte, par endroits, du texte de la loi du 2 août 2002 est source de confusion et de difficultés, voire de divergences, d’interprétation.

- Quant à la *prescription de l’action publique et de l’action civile*, il y a lieu d’observer ce qui suit:

a) D’après le procureur d’Etat de Diekirch, il n’y a pas d’argument péremptoire pour faire une différence – telle que proposée par les auteurs du projet (commentaire des articles sous art. 82) – quant au délai de prescription entre le cas où l’action est déclenchée par la plainte de la partie lésée et celui où l’action publique est engagée par le ministère public.

La position du procureur d’Etat est conforme aux principes appliqués en matière de prescription pénale et aux raisons qui justifient un délai plus ou moins long de cette prescription.

Les raisons de la prescription résident dans l’idée d’oubli, dans l’idée plus générale qu’après un certain laps de temps l’intérêt de l’ordre public à poursuivre une infraction s’estompe, ainsi que d’un autre côté dans la considération qu’avec le temps il y a un dépérissement des preuves.

Le temps plus ou moins long du délai de prescription ne dépend pas de la qualité de celui qui agit, mais du caractère plus ou moins grave de l’infraction (Jean Constant Précis de Droit Pénal Principes Généraux du Droit pénal positif belge éd. 1967, Nos 741-742, pp. 583-584).

Les auteurs du projet en leur commentaire justifient d’ailleurs le droit commun de la prescription dans le chef du ministère public en se référant à certaines infractions considérées comme graves, à savoir celles relatives au matériel pornographique de l’article 383 et suivants du code pénal et celles relatives au racisme, au révisionnisme et d’autres discriminations prévues à l’article 454 et suivants du code pénal.

L’autre argument que l’utilisation des réseaux électroniques tel Internet pour commettre ces infractions en rend la découverte très difficile, vaut autant pour une personne lésée en droit de porter plainte que pour le ministère public.

En conclusion, la prescription spéciale de six mois en matière de presse tant quant à l’action publique que l’action civile doit constituer une règle générale qui s’applique à tous.

Il appartient au législateur de déroger le cas échéant en ce qui concerne certaines infractions dont le caractère de gravité justifierait un délai de prescription plus long bénéficiant à tous, partie lésée et ministère public.

La problématique de la découverte d'infractions sur Internet mériterait éventuellement un traitement à part.

- b) Le projet de loi prévoit le même délai de prescription de 6 mois pour l'action publique et pour l'action civile même si cette dernière est engagée, devant le juge civil sur base de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle telle que cette assimilation de l'action civile à l'action publique a été introduite dans la loi sur la presse comme troisième alinéa de l'article 24 par la loi du 10 novembre 1966.

L'article 85 toutefois reprend seulement comme causes d'interruption de la prescription celles prévues en matière de procédure pénale, à savoir l'acte d'instruction et l'acte de poursuite, en disposant qu'en cas d'interruption de la prescription en temps utile, le nouveau délai sera d'un an.

Il est donné à considérer si en matière de procédure civile et dans un souci de sécurité juridique il n'y aurait pas lieu de reprendre dans le texte du projet de loi la solution de l'arrêt de cassation du 22 février 1990, No 08/90, d'après lequel, à part le délai de la prescription, sont maintenues pour l'action civile introduite devant une juridiction civile pour le surplus, les règles du droit civil, selon lesquelles l'interruption de la prescription, une fois opérée par un des moyens prévus aux articles 2244 et 2245 du Code civil, se prolonge pendant toute la durée de l'instance.

- Quant à la proposition du parquet de Luxembourg tendant à maintenir l'article 26 de la loi actuelle sur la presse prévoyant une saisie d'office par le procureur d'Etat même en l'absence d'une plainte de la partie lésée dans l'hypothèse où la mise en mouvement de l'action publique est soumise à une plainte préalable de la personne lésée, ce système n'est pas conforme, du point de vue de la logique juridique, aux dispositions légales prévoyant que l'action publique ne peut être déclenchée que par la plainte de la partie lésée. En effet, seule cette mise en mouvement de l'action publique permet au procureur d'Etat d'exercer à la suite des attributions usuelles.

L'article 87 du projet de loi est toutefois critiquable en ce qu'il prohibe la faculté du procureur d'Etat de faire opérer une saisie à la suite de la plainte de la victime, prohibition qui est contraire au droit commun, alors que le procureur d'Etat peut exercer ses attributions une fois l'action publique mise en mouvement.

Quant au cas concret signalé par le parquet de Luxembourg en son avis, qui touche d'ailleurs autant la présomption d'innocence que les calomnies et diffamations, il y a lieu de trouver le cas échéant une solution dans le cadre des procédures de référé dans le respect de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui exige en matière d'interdiction de publier et de saisie de publications un contrôle judiciaire préalable.

Veillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de ma très haute considération.

*Le Procureur Général d'Etat,*  
Jean-Pierre KLOPP

