

Le « chilling effect » : une croyance bien davantage qu'une réalité

(Mis en ligne le 19 octobre 2012)

Marc-François Bernier (Ph. D.)

Professeur agrégé,
Titulaire, Chaire de recherche en éthique du journalisme
Université d'Ottawa

On ne peut vraiment plus se fier à rien ! Il semble si naturel de croire que les décisions des tribunaux, en matière de diffamation ou de respect de la vie privée par exemple, ont pour effet de refroidir les ardeurs des journalistes (le prétendu mais non moins populaire « chilling effect »), de les inhiber au point de priver le public d'informations importantes. Or, les enquêtes empiriques nous invitent à questionner ce qui semble être une croyance ne reposant sur aucune donnée probante. À la limite, on peut même soutenir que la prétendue inhibition n'est en fait qu'une pratique journalistique responsable, conforme à l'éthique et à la déontologie. La crainte de poursuites favoriserait la rigueur plutôt que l'autocensure.

Il y a lieu de se livrer à une revue de littérature basée non pas sur des discours théoriques, voire doctrinaires, mais bien sur des enquêtes empiriques. Cela a son importance car les faits s'opposent souvent aux discours alarmistes de ceux qui considèrent tout jugement, tout règlement ou même toute décision d'un conseil de presse comme autant de mesures liberticides dommageables pour la démocratie.

On constate en premier lieu que cette notion de « chilling effect » n'a pas une définition précise pour les uns et les autres, ce qui permet d'autant plus de l'utiliser un peu selon ses intérêts. Considérons à cet effet les travaux de Ursula Cheer¹, laquelle se livre à une importante revue de littérature qui la conduit à constater l'éventail des définitions de cette notion. Certaines définitions vont même jusqu'à soutenir que la liberté d'expression ne saurait admettre une quelconque responsabilité aux médias, toute responsabilité ayant un effet réfrigérant ou inhibiteur. Cheer cite Frederick Schauer qui établissait, dès 1978, qu'il pouvait y avoir des effets inhibiteurs permis et désirables, et d'autre non souhaitables, comme quoi on ne saurait se contenter d'une conception négative du « chilling effect ». Par exemple, il peut être justifié de ne pas publier des articles qui attaquent injustement une réputation. Elle cite également David Lepofsky, selon qui cet effet peut exister, mais il croit que les médias en exagèrent les conséquences néfastes afin de servir leurs propres intérêts. Lepofsky salue même la fonction non pas inhibitrice, mais plutôt raisonnable de cet effet « refroidissant » qui peut parfois être la seule façon de calmer la « surchauffe » des salles de rédaction.

Stratégies

Au terme de sa recherche empirique menée auprès de médias (dirigeants et journalistes) ainsi que d'avocats spécialisés en droit des médias (sans compter une analyse de la jurisprudence en matière de diffamation en Nouvelle-Zélande), Cheer en arrive à la conclusion que les facteurs de dégradation de la qualité de l'information ne peuvent être causés par une inhibition journalistique due à l'application des lois car, observe-t-elle, les médias parviennent à diffuser l'information qu'ils souhaitent. En effet, les journalistes ont trouvé des façons de négocier avec les contraintes légales de façon à informer le public, en évitant autant que faire se peut d'éventuelles poursuites pour diffamation ou non respect de la vie privée par exemple. Certes, les frais de consultation légale peuvent parfois constituer un facteur

¹ CHEER, Ursula (2008), *Reality and Myth : The New Zealand Media and the Chilling Effect of Defamation Law*, Thèse de doctorat en philosophie du droit, University of Canterbury.

d'inhibition, mais cela ne lui paraît pas un facteur excessif. Plus loin, elle affirme que de tous les facteurs d'inhibition, c'est le facteur commercial qui inquiète le plus les journalistes et dirigeants des médias qu'elle a rencontrés (2008, 148) et non les contraintes légales. Nous verrons plus loin qu'il en va de même pour les journalistes québécois.

Ce que démontre Cheer, c'est que les effets inhibiteurs que l'on dit liés aux menaces de poursuites, et éventuellement à des poursuites civiles, sont généralement bien gérés par les médias qui disposent de plusieurs stratégies de règlement peu coûteuses, la condamnation étant rare. L'auteur estime que, tout compte fait, les lois sur la diffamation en vigueur en Nouvelle-Zélande n'imposent pas un effet inhibiteur excessif, un point de vue partagé par les avocats des médias qui ont participé à son enquête.

En 2006, des auteurs iront même jusqu'à se demander si l'effet inhibiteur existe aux États-Unis, au terme d'une recherche menée auprès de 180 journaux, dans une perspective comparatiste avec une enquête similaire réalisée en 1992. Comme l'avait suggéré leur revue de littérature, ils ont à leur tour observé une diminution de l'effet inhibiteur, défini comme la crainte d'être poursuivi pour avoir publié des informations. Les auteurs notent aussi que cette crainte est loin de toujours être perçue de façon négative par les journalistes de leur enquête: « Not all respondents viewed libel negatively. While 80% of respondents in both 1992 and 2004 expressed agreement with the statement, "The possibility of being sued for libel makes me a better editor," only 9.5% strongly agreed in 1992, compared to 41.1% who strongly agreed in the 2004 study² ». Par ailleurs, plusieurs variables peuvent influencer cette crainte, notamment le fait d'avoir une assurance contre la diffamation, de recourir aux services légaux avant la publication ou encore l'importance des coûts légaux encourus les années précédant l'enquête.

² MOORE, Roy L., Elizabeth K. HANSEN et Davide GIRARDELLI (2006), « Is the Chill Gone? A Follow-Up Study of Newspaper Editors Regarding Libel », Paper presented to the Association for Education in Journalism and Mass Communication Law Division at the 2006 AEJMC Annual Convention, August 2-5, San Francisco (<https://ls2.cmich.edu/cgi-bin/wa?A3=ind0610&L=AEJMC&E=8bit&P=1960047&B=--&T=text%2Fplain;%20charset=iso-8859-1>)

Leur recherche indique que les participants qui étaient les plus inquiets quant aux attentes économiques de leurs propriétaires ou actionnaires « scored significantly higher on the chilling effect scale ³ ». Ils en arrivent à la conclusion que :

« While libel is clearly a concern to editors and never far from the thoughts of many of them, newspapers have other areas of concern that may be just as pressing - if not more so. In addition to libel, editors listed access to public records as a serious legal issue facing the media. Government efforts to control public information and a tendency by both government officials and the public to blame the media for many of the ills of society - coupled with pressure to make a profit for owners and investors - may be creating a different kind of chill that may be just as harmful to First Amendment guarantees as the threat of libel ⁴ ».

En somme, le risque de poursuite est un facteur de la vie réelle parmi d'autres facteurs et rien ne justifie d'en exagérer la force inhibitrice.

De leur côté, Marjoribanks et Kenyon (2004), observent l'existence de recherches aux conclusions contradictoires en ce qui concerne l'effet inhibiteur, aux Etats-Unis, des lois sur la diffamation. Pour leur enquête empirique comparative entre les États-Unis et l'Australie, ils ont interrogé des éditeurs, des journalistes d'enquête et des conseillers juridiques des médias. Au terme de cette recherche, ils se prononcent de la façon suivante:

« First, defamation law is perceived to have a more direct, and potentially chilling effect, in Australia. Second, despite this difference, the organisational processes for managing news production in the context of defamation law are similar. Third, journalists, editors and legal advisors actively negotiate organisational responses to defamation law. Overall, the research indicates that defamation law does not operate as a straightforward constraint, but rather through interactions and negotiations between media professionals and their legal advisors⁵ ».

En somme, des ajustements organisationnels existent pour s'adapter à un régime juridique différent, sans toutefois priver le public d'une information d'intérêt public. Selon les auteurs, on se rend compte

³ MOORE, HANSEN ET GIRARDELLI (2006), *op. cit.*

⁴ MOORE, HANSEN ET GIRARDELLI (2006), *op. cit.*

⁵ MARJORIBANKS, Timothy et Andrew T. Kenyon (2004), « Negotiating News: Journalistic Practice and Defamation Law in Australia and the US », *The University of Melbourne Faculty of Law Legal Studies, Research Paper* no 67, p. 1.

que journalistes et avocats travaillent ensemble pour trouver les façons acceptables et responsables de publier des informations importantes. Cela peut passer par une vérification plus poussée des faits, ou une écriture plus précise, etc. Notons toutefois que le nombre restreint de sources interrogées (n = 13) limite le caractère généralisable de cette recherche.

Cependant, ses conclusions sont compatibles avec celles d'autres recherches empiriques qui mettent en évidence la difficulté de distinguer si on a affaire à un effet inhibiteur ou plutôt à des pratiques journalistiques raisonnables et équitables. Marjoribanks et Kenyon ont observé que, du point de vue des journalistes, les normes journalistiques demeurent pertinentes dans le cours de leur travail (exactitude, équité, etc.), et elles seraient même plus importantes que le contexte judiciaire qu'on associe pourtant au « chilling effect » (2004, 18-19). Une réflexion éthique sur les conséquences parfois démesurées que l'information peut avoir sur des gens, eues égard à son importance réelle, est aussi au rendez-vous chez certains journalistes.

Voakes (1999), dans le cadre d'une recherche exploratoire, s'est pour sa part intéressé à l'opinion de 42 journalistes ayant fait l'objet d'une poursuite pour invasion de la vie privée, mais qui ont été disculpés. Il a observé que les changements les plus fréquents étaient de nature défensive (ajustement de leurs routines pour éviter une nouvelle poursuite) plutôt que de nature instructive (modifier fondamentalement leurs pratiques). Il constate que « there was little evidence of a chilling effect from the suits, but the journalists clearly felt some degree of stings from the litigation⁶ » (1999, 87). L'auteur ajoute que les journalistes « seemed to be truly affected by the lawsuit, but primarily in the sense that many would now be more careful in what they do, and not actually change what they do » (1999, 106),

⁶ VOAKES, Paul S. (1999), « Lessons Learned: A Lawsuit's Impact on Journalistic Behaviour », *Communication Law and Policy*, vol. 4, no 1, p. 87-109, p. 87.

ce qui ne laisse aucunement croire que des informations importantes seraient censurées. Au contraire, elles sont mieux vérifiées avant diffusion :

« For all the variety of changes the journalists reported, seldom did they indicate that they would stop pursuing the stories that had brought on their particular legal trouble. For the most part they would pursue the same stories, only with greater care and greater awareness of legal requirements » (1999, 107).

Ce qui nous incite, une fois de plus, à réfuter la conception unidimensionnelle et uniquement négative de l'effet inhibiteur, alors qu'il est justifié de le considérer, dans certains cas, comme un facteur de prise de conscience des responsabilités des médias, basées sur des normes déontologiques reconnues.

Finalement, Bow et Silver (1984), analysant les effets d'un important jugement (Herbert v. Lando) sur les petits quotidiens et les petites stations de télévision aux Etats-Unis, observent à leur tour très peu d'effet direct avant d'ajouter que « the prediction of a chilling effect for a vast majority of small and large media is unsubstantiated⁷ ».

Notons cependant la conclusion de Hazlet et Sosa⁸, selon lesquels le nombre d'émissions d'information ont augmenté aux Etats-Unis à la suite de l'abolition de la *Fairness Doctrine* aux Etats-Unis, qui obligeait un média électronique à accorder un droit de réplique à ceux qui étaient mis en cause sur leurs ondes. Mais cette conclusion est contestée par d'autres chercheurs, comme le mentionne un impressionnant rapport sur la régulation des médias en Australie. L'auteur principal de ce rapport note que Hazlet et Sosa ont confondu la hausse des émissions avec la hausse des licences de stations de radio FM, lesquelles se consacrent surtout à la musique⁹. Il ajoute que d'autres chercheurs font valoir

⁷ BOW, James et Ben SILVER (1984), « Effects of "Herbert v. Lando" on Small Newspapers and TV Stations », *Journalism Quarterly*, vol. 61, no 2, p. 414-418, p. 414.

⁸ Thomas W Hazlett et David W Sosa, 'Was the Fairness Doctrine a 'Chilling Effect'? Evidence from the Postderegulation Market' (1997) 26 *Journal of Legal Studies* 279, p. 299.

⁹ FINKELSTEIN, R. (2012), *Report of the Independent Inquiry Into the Media and media Regulation*, Report to the Minister for Broadband Communications and the Digital Economy, Canberra, 28 février 2012.

que des diffuseurs, pour avoir le plus vaste public possible, s'abstiennent de diffuser des programmations controversées, une décision liée au marché et non à un quelconque effet inhibiteur.

Pour leur part, Dent et Kenyon ont observé en 2004 que les articles contenant des allégations diffamatoires étaient plus présents dans des journaux des États-Unis que dans ceux d'Australie. Ils attribuent cette différence à un effet inhibiteur qui serait plus présent en Australie qu'aux États-Unis, où règne le First Amendment. Mais leur analyse comparative n'a pas pris en compte certaines variables explicatives concurrentes, notamment les normes journalistiques en vigueur dans les deux pays et, surtout, les politiques éditoriales en vigueur. Les politiques éditoriales en vigueur aux États-Unis (le choix quotidien de ce qui sera couvert ou non, en fonction d'impératifs économiques notamment) pourraient conduire à une présence accrue de reportages judiciaires dans les médias états-uniens, ce qui pourrait expliquer que des allégations diffamatoires (concernant les corporations) soient plus présentes aux États-Unis, dans le cadre de la couverture de procès par exemple, alors qu'en Australie on s'intéresse davantage aux personnalités politiques¹⁰.

Au Québec

Plus près de nous, dans la récente édition de son ouvrage essentiel à la formation des futurs journalistes, Pierre Sormany reconnaît que malgré quelques condamnations importantes en diffamation (il cite notamment les cas des docteurs Frans Leenen et Martin Myers contre la CBC, et de Gilles E. Néron contre Radio-Canada), le :

« nombre d'enquêtes diffusées depuis quelques années n'a pas diminué. Ces jugements ont eu pour effet de forcer les journalistes à redoubler de prudence, en s'assurant de respecter à chaque étape de la collecte et du traitement de l'information les normes éthiques les plus rigoureuses. Cela a beaucoup alourdi le travail des journalistes (et des services juridiques

¹⁰ DENT Chris et KENYON Andrew T. (2004), « Defamation Law's Chilling Effect: A Comparative Content Analysis of Australian and US Newspapers », *Melbourne Law School, Legal Studies Research Paper no 94*.

des entreprises de presse), mais cela a aussi contribué, paradoxalement, à l'amélioration de la qualité d'enquête des médias¹¹ ».

Il y a lieu, finalement, de laisser parler les journalistes québécois eux-mêmes. Dans le cadre de la plus vaste enquête empirique menée auprès de ces derniers, nous avons observé que parmi une pluralité de facteurs pouvant nuire au droit du public à une information de qualité, les décisions des tribunaux civils (dans les cas de diffamation) ne sont pas considérées comme une menace lourde, comme l'indique la tableau suivant qui énumère le taux de soutien ou de rejet de propositions¹² de la part des journalistes.

Propositions	Moyenne sur 7 (1 = désaccord total et 7 = accord total)
<i>La convergence des médias a un effet positif sur le journalisme</i>	1,78
<i>La concentration des médias favorise le droit du public à une information de qualité</i>	2,2
<i>La convergence des médias favorise le droit du public à une information de qualité</i>	2,2
<i>Le fait qu'un média appartienne à un groupe de presse améliore la qualité de l'information</i>	3
<i>La concurrence entre les médias menace le droit du public à une information de qualité</i>	3,48
<i>Les décisions des tribunaux civils (dans les cas de diffamation) menacent de plus en plus le droit du public à une information de qualité</i>	4,13
<i>La chute des tirages ou des cotes d'écoute menace le droit du public à une information de qualité</i>	4,42
<i>La pression économique, afin de satisfaire les actionnaires des médias, menace le droit du public à une information de qualité</i>	5,49
<i>Le mélange des genres (information et opinion) menace de plus en plus le droit du public à une information de qualité</i>	5,55
<i>Le sensationnalisme et l'information spectacle menacent de plus en plus le droit du public à une information de qualité</i>	5,78

Avec une moyenne de 4,13 sur 7 (4 étant la valeur mitoyenne ou neutre sur l'échelle de 7) on constate que les décisions des tribunaux ne sont pas perçues comme des obstacles majeurs pour les journalistes,

¹¹ SORMANY (2011), *Op. cit.*, p. 491.

¹² Cette enquête a conduit à la publication d'un ouvrage : BERNIER, Marc-François (2008), *Les journalistes au pays de la convergence : sérénité, malaise et détresse professionnelles*, Québec, Presses de l'Université Laval. Certains résultats n'apparaissent que dans le rapport de recherche [http://www.fpqj.org/fileadmin/FPJQ/pdf/08-01_recherche-fnc.pdf].

si on les compare à d'autres phénomènes vécus quotidiennement, et qui proviennent le plus souvent de l'intérieur même de leur organisation de travail ou du milieu médiatique.

Traditionnellement, les journalistes se sont inquiétés de l'intervention des tribunaux dans leur travail, y voyant une entrave à leur liberté d'informer et une menace au droit du public à l'information. Toutefois, notre enquête de 2008 suggère que le risque pour le droit du public à une information de qualité provient davantage des conglomérats médiatiques que de sources extérieures.

Conclusion

Ce que nous constatons, c'est qu'une acception unidimensionnelle, négative et liberticide du prétendu effet inhibiteur, telle que nous la présentent certains, est réfutée par les sciences sociales qui se spécialisent à valider ou invalider, sur des bases empiriques, les hypothèses, sinon les craintes générées par des théories ou des doctrines juridiques.

Peut-être faut-il considérer que la doctrine du « chilling effect », bien que pouvant parfois refléter une situation réelle et des préoccupations sérieuses, est bien souvent un mythe professionnel, c'est-à-dire une croyance à la fois stratégique, réconfortante et confortable.

Il ne faut donc pas s'étonner d'entendre tel journaliste, tel patron de presse ou tel juriste dénoncer rapidement l'effet réfrigérant ou inhibiteur de toute mesure visant à réguler les pratiques journalistiques. Si un tel effet était aussi évident et palpable, les recherches en sciences sociales l'auraient rapidement mesuré. Pour l'instant, il semble que tel n'est pas le cas. Cela ne veut pas dire qu'il faut rejeter toute critique visant les formes de régulation existantes ou à venir. Mais la pensée critique doit aussi s'exercer à l'endroit de telles prétentions, pour en vérifier le fondement factuel, autant que faire se peut, avec les limites propres aux méthodes des sciences sociales.

Pour l'instant, il y a lieu de conclure avec Schauer¹³, selon qui le « chilling effect » est moins une réalité empirique qu'un jugement moral, d'autres diraient une doctrine juridique qui ne repose pas sur des données probantes.

- 30 -

¹³ SCHAUER, Frederick (1978), « Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect », *Boston University Law Review*, Vol. 58, p. 685, 687-688.