



Strasbourg, le 17 mars 2004
Etude n° 289/ 2004

CDL-AD(2004)011
Or. angl.

COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

AVIS *AMICUS CURIAE*
SUR LE RAPPORT ENTRE LIBERTE D'EXPRESSION
ET DIFFAMATION
EN CAS D'IMPUTATIONS DIFFAMATOIRES DE FAITS NON
AVERES,
DEMANDE PAR LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL
GEORGIEN

fondé sur les commentaires de

M. Georg NOLTE
(Membre suppléant, Allemagne)

1. Le 4 février 2004, le Tribunal constitutionnel géorgien a demandé à la Commission de Venise, par l'entremise de son agent de liaison, M. Bodzashvili, de formuler un avis sur le rapport entre la liberté d'expression et la diffamation (notamment au titre de l'article 19.2 de la Constitution géorgienne et de l'article 18.2 du Code civil). La Commission comprend qu'il s'agit là d'une demande d'évaluation d'une question juridique abstraite qui a été portée à l'attention de la Cour eu égard aux normes européennes, évaluation qui évitera de tenter d'interpréter les dispositions particulières au droit géorgien.

2. La Commission a invité M. Nolte à rédiger des commentaires relatifs à cette question. Le présent avis amicus curiae a été adopté par la Commission de Venise le 12 mars 2004, lors de sa 58^{ème} session plénière.

I. La requête

3. Le Tribunal constitutionnel géorgien a demandé à la Commission de Venise de formuler un avis concernant l'article 19 de la Constitution géorgienne. Cette disposition stipule ce qui suit:

1. La liberté de parole, d'opinion, de conscience, de croyance et de conviction est garantie à chaque personne.
2. Il est interdit de poursuivre une personne parce qu'elle utilise la liberté de parole, d'opinion, de conscience, de croyance et de conviction ainsi que de contraindre une personne à exprimer son opinion en se fondant sur ces libertés.
3. Il est interdit de limiter les libertés énumérées au présent article, si leur manifestation ne lèse pas les droits et libertés d'autres personnes.

4. Dans une affaire pendante devant le Tribunal constitutionnel géorgien, le requérant allègue que l'article 18 (2) du Code civil de Géorgie est inconstitutionnel en ce qu'il constitue une violation de l'article 19 (2) de la Constitution géorgienne. L'article 18 par. 2 du Code civil se lit comme suit:

Chacun a le droit d'exiger en justice le retrait d'une information qui porte atteinte à son honneur, sa dignité, sa vie privée, son intégrité personnelle ou sa réputation professionnelle, à moins que la personne ayant divulgué cette information puisse prouver qu'elle correspond à la réalité des faits. La même règle s'applique à la diffusion incomplète des faits si celle-ci entache l'honneur, la dignité ou la réputation professionnelle d'une personne.

II. Avis

5. La requête formulée par le Tribunal constitutionnel géorgien a trait à un point du droit géorgien, lequel n'en soulève pas moins une question plus générale sur laquelle se sont prononcés les tribunaux d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme.

6. Il nous paraît nécessaire de déclarer d'emblée que la question du Tribunal constitutionnel géorgien ne semble pas concerner l'intégralité de la question générale du rapport entre liberté d'expression et diffamation. Au contraire, la question du Tribunal constitutionnel géorgien se limite à la manière dont traiter les propos diffamatoires. Ceci s'explique par le fait que l'article 18 (2) du Code civil géorgien parle d'"information" et de "charge de la preuve". Ce sont là deux

concepts qui présupposent une affirmation des faits. C'est pourquoi la question de savoir dans quelle mesure les jugements de valeur diffamatoires sont protégés par la liberté d'expression n'a pas lieu d'être dans le présent avis.

7. De même, il importe de noter que le Tribunal constitutionnel géorgien soulève une question abstraite, celle de la compatibilité d'une disposition du droit commun (Article 18 (2) du Code civil) avec la Constitution (Article 19 (2)). La Commission de Venise n'a pas été informée des circonstances particulières de la cause sur laquelle le Tribunal constitutionnel géorgien est appelé à statuer et n'a exprimé aucun avis sur ce sujet.

8. La question de la compatibilité d'une disposition du droit commun avec la Constitution n'est pas toujours facile à trancher. Une disposition peut être constitutionnelle si elle s'applique à certaines situations concrètes mais elle peut aussi être inconstitutionnelle dans d'autres situations. Dans ce cas, il convient soit d'interpréter la disposition de façon restrictive (en se limitant uniquement aux situations dans lesquelles elle peut s'appliquer sans être contraire à la Constitution), soit de la déclarer partiellement inconstitutionnelle.

9. L'expérience d'autres tribunaux en Europe qui se sont prononcés sur une question de même ordre que celle que pose le Tribunal constitutionnel de Géorgie laisse à penser que ladite disposition (Article 18 (2) du Code civil) doit être interprétée de manière restrictive pour ne s'appliquer que dans les situations où elle est compatible avec la liberté d'expression (Art. 19 (2) de la Constitution géorgienne et Art. 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme):

10. L'expérience d'autres instances européennes qui ont dû décider si une personne devait prouver la véracité de ses allégations diffamatoires - et dans quelles circonstances - est abondamment commentée dans l'arrêt rendu par l'instance suprême du Royaume-Uni, la Chambre des Lords, en l'affaire *Reynolds c. Times Newspapers Limited* du 28 octobre 1999¹. Cet arrêt contient non seulement un exposé précis des considérations juridiques générales applicables, mais également une vue globale de la jurisprudence des principales juridictions du monde anglophone, ainsi que les arrêts pertinents de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les parties essentielles dudit arrêt figurent en anglais dans l'Annexe au présent avis. Les éléments clés du jugement rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme le 20 mai 1999 en l'affaire *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*² figurent également dans l'Annexe, tout comme l'arrêt de principe rendu par le *Bundesverfassungsgericht* allemand (Cour constitutionnelle fédérale), en l'affaire Böll (en anglais).³

11. En résumé, tous les jugements repris dans l'Annexe, ainsi que nombre d'autres décisions rendues par les plus hautes instances européennes⁴, reprennent les principes européens communs

¹ Disponible sur <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/rey01.htm>.

² Requête n° 21980/93, Reports 1999-III disponible sur <http://hudoc.echr.coe.int>.

³ Jugements du *Bundesverfassungsgericht* (Cour constitutionnelle fédérale), République fédérale allemande / publiés par les membres de la Cour, Baden-Baden (Nomos), 1992, Vol. 2. Liberté d'expression (liberté d'opinion et d'expression artistique, liberté de radiodiffusion et de communication, liberté de la presse, liberté de réunion) 1958 – 1995, 1^{ère} éd. 1998, pp. 189-198). Il faut toutefois noter que l'affaire Böll porte sur la question assez spécifique des fausses citations. La partie pertinente de l'arrêt figure en p. 196 sous a).

⁴ Cour constitutionnelle de la République tchèque, Jugement I. US 156/99 du 8.2.2000, CODICES: CZE-2000-1-005; Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Jugement 1 BvR 1531/96 du 10.11.1998, CODICES: GER-1999-1-005; Cour suprême de Norvège, Jugement 2001/19 du 20.11.2001, CODICES: NOR-2001-3-007;

suivants quant à la manière de traiter la question soulevée par le Tribunal constitutionnel géorgien: en règle générale, le principe selon lequel l'auteur des imputations diffamatoires doit en prouver la véracité est acceptable. La raison en est que la réputation d'autrui est une restriction légitime à la liberté d'expression. Il n'en est pas moins certaines situations dans lesquelles il est dans l'intérêt légitime du plaignant ou de son public de faire valoir ces allégations même s'il ne peut en établir la véracité, surtout lorsqu'il s'agit d'une déclaration d'intérêt général. La liberté d'expression exige alors que les allégations fassent l'objet d'un débat public quand bien même leur teneur ne peut être totalement avérée. Ceci ne signifie pas pour autant que des allégations douteuses sur des questions d'intérêt général puissent toujours être exprimées librement. Il s'agit plus de peser les éventuels arguments juridiques pour établir si, en l'espèce, la liberté d'expression doit primer sur la protection d'une réputation. Ceci est notamment fonction de la bonne foi du plaignant et du soin qu'il a apporté à vérifier la véracité de ses allégations.

12. Les arrêts repris dans l'Annexe donnent des exemples de la manière dont les tribunaux européens pèsent l'ensemble des facteurs d'une affaire donnée pour déterminer si l'auteur d'une imputation diffamatoire qu'il ne peut prouver est libre d'agir ainsi. Il convient d'accorder une attention particulière à la liste de facteurs pris en compte dans l'arrêt Reynolds rendu par la Chambre des Lords britannique (en Annexe, à la fin de l'avis de Lord Nicholls de Birkenhead):

1. La gravité de l'allégation. Plus l'accusation est grave, plus grands sont la désinformation du public et le tort causé à l'individu si l'allégation est mensongère.
2. la nature de l'information et la mesure dans laquelle son contenu est d'intérêt général.
3. La source de l'information. Certains informateurs n'ont pas connaissance directe des événements et d'autres n'ont en vue que leur propre intérêt ou encore sont payés pour livrer leur version des faits.
4. Les mesures adoptées pour vérifier l'information.
5. La valeur de l'information. L'allégation peut déjà avoir fait l'objet d'une enquête au-dessus de tout soupçon.
6. L'urgence de la question. L'actualité est souvent une denrée périssable.
7. A-t-on demandé au plaignant de formuler des commentaires ? Il peut disposer d'informations que d'autres ne possèdent pas ou n'ont pas révélées. Il n'est pas systématiquement nécessaire de consulter le plaignant.
8. L'article contenait-il l'essentiel de la version du plaignant ?
9. Le ton de l'article. Un journal peut émettre des doutes quant à son objectivité ou solliciter une enquête. Il n'est pas tenu d'accepter les allégations comme des déclarations de fait.
10. Les conditions de publication de l'article, dont la date retenue pour ce faire.

13. Un commentaire distinct sur la deuxième phrase de l'article 18 (2) du Code civil géorgien peut être recevable. En voici les termes: « La même règle s'applique à la diffusion incomplète de faits si celle-ci porte atteinte à l'honneur, à la dignité ou à la réputation professionnelle d'une personne. » Il convient de noter que cette phrase doit être interprétée avec le plus grand soin. Elle serait constitutive d'une violation de la liberté d'expression si elle signifiait que tout auteur d'une allégation diffamatoire est susceptible de sanctions s'il ne peut évoquer tous les aspects

envisageables d'une situation donnée. L'article 18 (2) doit donc se restreindre aux situations dans lesquelles le caractère incomplet des faits diffusés constitue un élément essentiel de la nature diffamatoire de l'allégation.

III. Conclusion

14. Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme, la Chambre des Lords britannique et le *Bundesverfassungsgericht* allemand, ainsi que ceux de nombreux autres tribunaux européens, illustrent tous le même principe communément admis. La principale difficulté n'est pas d'établir l'existence dudit principe mais de l'appliquer à bon escient dans une affaire donnée. C'est au Tribunal constitutionnel géorgien qu'il incombe d'interpréter correctement l'article 18 (2) du Code civil géorgien en rapport avec la liberté d'expression (art. 19 (2) de la Constitution géorgienne et article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme). Cette interprétation peut parfois amener à conclure que l'article 18 (2) du Code civil doit être interprété de façon restrictive et ne peut être appliqué. Cela vaut notamment dans certaines affaires où les allégations soulèvent des questions d'intérêt général.

III. Annexe

Cour européenne des Droits de l'Homme

AFFAIRE *BLADET TROMSØ* ET STENSAAS c. NORVÈGE

(Requête n° 21980/93)

ARRÊT, 20 mai 1999

En l'affaire *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, constituée, conformément à l'article 27 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »), telle qu'amendée par le Protocole n° 11⁵, et aux clauses pertinentes de son règlement², en une Grande Chambre composée des juges dont le nom suit :

M.L. WILDHABER, *président*, M^{me}E. PALM, MM.A. PASTOR RIDRUEJO,, G. BONELLO,, J. MAKARCZYK,, R. TÜRMEŒN,, J.-P. COSTA,, M^{mes}F. TULKENS,, V. STRÁŽNICKÁ,, MM.W. FUHRMANN,, M. FISCHBACH,, V. BUTKEVYCH,, J. CASADEVALL,, M^{me}H.S. GREVE,, MM.A.B. BAKA,, R. MARUSTE,, M^{me}S. BOTOCHAROVA, ainsi que de M^{me} M. DE BOER-BUQUICCHIO, *greffière adjointe*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 27 et 28 janvier et 21 avril 1999,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

.....

B. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

15. Selon la jurisprudence constante de la Cour, la condition de « nécessité dans une société démocratique » commande à la Cour de déterminer si l'ingérence incriminée correspondait à un besoin social impérieux, si elle était proportionnée au but légitime poursuivi, si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants (arrêt *Sunday Times* (n° 1) c. Royaume-Uni du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 38, § 62). Pour déterminer s'il existe pareil « besoin » et quelles mesures doivent être adoptées pour y répondre, les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Celle-ci n'est toutefois pas illimitée mais va de pair avec un contrôle européen exercé par la Cour, qui doit dire en dernier ressort si une restriction se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10.

16. Pour se prononcer en l'espèce, la Cour doit tenir compte d'un élément particulièrement important : le rôle essentiel que joue la presse dans une société démocratique. Si la presse ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui et à la nécessité 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

Notes du greffe

⁵-2. Entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

3. Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, qui a amendé cette disposition, la Cour fonctionne de manière permanente.

(arrêts *Jersild c. Danemark* du 23 septembre 1994, série A n° 298, p. 23, § 31, et *De Haes et Gijssels c. Belgique* du 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, pp. 233-234, § 37). En outre, la Cour est consciente de ce que la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (arrêt *Prager et Oberschlick c. Autriche* du 26 avril 1995, série A n° 313, p. 19, § 38). Dans des affaires comme celle-ci, 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 (arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996, *Recueil* 1996-II, p. 500, § 39).

17. En somme, la Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, à la lumière de l'ensemble de l'affaire, les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation (voir, parmi maints autres, l'arrêt *Fressoz et Roire c. France* [GC], n° 29183/95, § 45, CEDH 1999-I).

2. Application en l'espèce des principes susmentionnés

18. Dans la présente affaire, le tribunal de district de Nord-Troms a estimé que deux déclarations parues dans *Bladet Tromsø* le 15 juillet 1988 et quatre autres publiées le 20 juillet étaient diffamatoires, « illicites » et que la véracité n'en avait pas été établie. Une affirmation – « Des phoques dépecés vivants » – donnait à entendre que des chasseurs de phoques avaient commis des actes de cruauté envers les animaux. Une autre déclaration impliquait que les chasseurs de phoques s'étaient livrés à des voies de fait sur l'inspecteur de la chasse et l'avaient menacé. D'après d'autres assertions, certains chasseurs (dont le nom n'était pas divulgué) avaient tué quatre phoques du Groenland alors que la chasse en était illégale en 1988. Le tribunal de district a annulé les déclarations et, considérant que le journal avait commis une faute, condamna les requérants à verser une réparation aux dix-sept plaignants (paragraphe 35 ci-dessus).

La Cour juge que les motifs invoqués par le tribunal de district se conciliaient avec le but légitime de protéger la réputation ou les droits des membres de l'équipage.

19. Quant à savoir si ces motifs étaient suffisants aux fins de l'article 10 de la Convention, la Cour doit tenir compte de l'ensemble du contexte dans lequel les déclarations litigieuses ont été formulées. C'est ainsi que l'on ne peut envisager la teneur des articles mis en cause indépendamment de la controverse que la chasse aux phoques suscitait à l'époque en Norvège et à Tromsø, centre de cette activité en Norvège. Il convient de rappeler d'ailleurs que l'article 10 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 l'Etat ou une fraction quelconque de la population (arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49). De plus, si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées en vue de la protection de la réputation des particuliers, il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt général. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. Partant, pour déterminer si l'ingérence reposait sur des motifs suffisants qui la rendaient nécessaire, il faut prendre en compte l'aspect d'intérêt général que revêtait l'affaire.

20. La Cour note à cet égard l'argument, sur lequel s'est appuyé le tribunal de district (paragraphe 35 ci-dessus), d'après lequel la manière dont *Bladet Tromsø* a présenté l'affaire, en particulier dans l'article du 15 juillet 1988 (paragraphe 12 ci-dessus), donne à penser qu'avant de chercher à favoriser un débat sérieux, le quotidien visait, afin de faire sensation, à mettre en lumière des allégations spécifiques d'actes criminels et à être le premier journal à parler de cette histoire.

Selon la Cour, le mode de compte rendu litigieux ne doit pas s'envisager uniquement par rapport aux articles contestés parus dans *Bladet Tromsø* les 15 et 20 juillet 1988, mais dans le contexte plus large de la couverture médiatique accordée à la question de la chasse aux phoques (paragraphe 8-9, 12-19, 21-24 ci-dessus). Du 15 au 23 juillet 1988, *Bladet Tromsø*, quotidien local au lectorat sans doute assez stable, a publié pratiquement chaque jour les différents points de vue, y compris ses propres commentaires, ceux du ministère de la Pêche, de la Fédération des marins norvégiens, de Greenpeace et, surtout, des chasseurs de phoques (paragraphe 12-19, 21-24 ci-dessus). Même si ces derniers commentaires ne furent pas publiés en même temps que les articles prêtant à controverse, leur parution en a été très rapprochée, ce qui donne l'impression d'ensemble que les reportages furent équilibrés. Cette manière de procéder ne fut pas très différente de celle adoptée trois mois plus tôt pour la première série d'articles sur les accusations initiales de M. Lindberg qui n'ont semble-t-il pas valu de critiques au journal. Comme la Cour l'a relevé dans un arrêt antérieur, un compte rendu objectif et équilibré peut emprunter des voies fort diverses en fonction entre autres du moyen de communication dont il s'agit ; il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions nationales d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter (arrêt Jersild précité, p. 23, § 31).

Cela étant, il semble que les articles querellés n'aient pas eu pour finalité première d'accuser certains individus d'infractions au règlement sur la chasse aux phoques ou de cruauté envers les animaux. Au contraire, le 18 juillet 1988 (paragraphe 16 ci-dessus), le quotidien en a appelé aux autorités de la pêche pour qu'elles « utilisent de manière constructive » les conclusions du rapport Lindberg afin d'améliorer l'image de marque de la chasse aux phoques ; on peut raisonnablement y voir un objectif sous-tendant les divers articles que *Bladet Tromsø* a publiés sur le sujet. Les articles litigieux s'inscrivaient dans le cadre d'un débat présentant à l'évidence un intérêt pour la population locale, nationale et internationale, au cours duquel on rendait compte des vues d'un vaste échantillon d'acteurs concernés.

21. La Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (arrêt Jersild précité, pp. 25-26, § 35).

22. L'article 10 de la Convention ne garantit toutefois pas une liberté d'expression sans aucune restriction même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt général. Le paragraphe 2 de cet article précise que l'exercice de cette liberté comporte des « devoirs et responsabilités », qui valent aussi pour la presse. Ces « devoirs et responsabilités » peuvent revêtir de l'importance lorsque, comme en l'espèce, l'on risque de porter atteinte à la réputation de particuliers et de mettre en péril les « droits d'autrui ». Comme le relève le Gouvernement, le droit des chasseurs de phoques à la protection de leur honneur et de leur réputation est reconnu en soi au plan international par l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Pour trouver un équilibre entre les intérêts concurrents, la Cour doit aussi prendre en compte le fait qu'en vertu de l'article 6 § 2 de la Convention, les chasseurs de phoques avaient le droit d'être présumés innocents de toute infraction pénale jusqu'à ce que leur culpabilité ait été établie. En raison des « devoirs et responsabilités » inhérents à l'exercice de la liberté d'expression, 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 (arrêt Goodwin précité, p. 500, § 39 ; et arrêt *Fressoz et Roire* précité, § 54).

23. La Cour note que les modes d'expression en cause consistaient en déclarations factuelles, non en jugements de valeur (comparer, par exemple, l'arrêt *Lingens c. Autriche* du 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 28, § 46). Elles n'émanaient pas du journal lui-même mais reposaient sur le rapport Lindberg ou en étaient des citations directes, que le journal n'avait pas vérifiées au moyen d'une enquête indépendante (arrêt *Jersild* précité, pp. 23 et 25-26, §§ 31 et 35). La Cour se doit donc de rechercher s'il existait en l'espèce des motifs particuliers de relever le journal de l'obligation qui lui incombe d'habitude de vérifier des déclarations factuelles diffamatoires pour des particuliers. Selon la Cour, entrent particulièrement en jeu la nature et le degré de la diffamation en cause et la question de savoir à quel point le journal pouvait raisonnablement considérer le rapport Lindberg comme crédible pour ce qui est des allégations litigieuses. Ce dernier problème doit s'envisager sous l'angle de la situation telle qu'elle se présentait à *Bladet Tromsø* à l'époque (paragraphe 7-19, 25-26 ci-dessus), et non avec le recul, à partir des constatations auxquelles la commission d'enquête est parvenue longtemps après (paragraphe 31 ci-dessus).

24. Quant à la nature et au degré de la diffamation, la Cour observe que les quatre déclarations (points 1.1, 1.2, 1.3 et 1.6) d'après lesquelles certains chasseurs auraient abattu des femelles phoques du Groenland, ont été jugées diffamatoires non parce qu'elles impliquaient que les chasseurs avaient commis des actes de cruauté à l'égard des animaux, mais parce que la chasse aux phoques de cette espèce était illégale en 1988, alors qu'elle ne l'était pas l'année précédente (paragraphe 13 et 35 ci-dessus). Selon le tribunal de district, « les assertions ne se distingu[ai]ent pas de celles relatives à la chasse illégale en général » (paragraphe 35 ci-dessus). Ces allégations impliquaient qu'il y avait eu une conduite répréhensible, mais n'étaient pas particulièrement graves.

Les deux autres allégations – des phoques auraient été dépecés vivants et des chasseurs furieux auraient donné des coups à M. Lindberg et l'auraient menacé de le frapper à l'aide d'un harpon (points 2.1 et 2.2) – étaient plus graves mais étaient formulées en termes assez larges et les lecteurs pouvaient y voir une certaine exagération (paragraphe 12 ci-dessus).

Qui plus est, si *Bladet Tromsø* a publié le nom des dix membres de l'équipage que M. Lindberg avait disculpés, il ne donnait le nom d'aucun de ceux accusés d'actes répréhensibles (paragraphe 13 et 18 ci-dessus). Tous les plaignants ont plaidé leur cause devant le tribunal de district à partir des mêmes faits et le tribunal les a semble-t-il tous considérés comme victimes d'une diffamation de même ampleur, ainsi qu'en témoigne la circonstance qu'il leur a octroyé la même réparation à chacun (paragraphe 35 ci-dessus).

Donc, si certaines des accusations étaient relativement sérieuses, l'effet préjudiciable à la réputation ou aux droits de chacun des chasseurs de phoques, que les déclarations litigieuses pouvaient avoir, s'est trouvé sensiblement atténué par plusieurs facteurs. En particulier, les critiques ne visaient pas tous les membres de l'équipage ou un membre donné (arrêt *Thorgeir Thorgeirson c. Islande* du 25 juin 1992, série A n° 239, p. 28, § 66).

25. Quant à la seconde question – la crédibilité du rapport Lindberg – il y a lieu de relever que M. Lindberg avait établi celui-ci en sa qualité officielle d'inspecteur chargé par le ministère de la Pêche de surveiller la chasse aux phoques à laquelle l'équipage de l'*Harmoni* se livrerait pendant la saison de 1988 (paragraphe 7 ci-dessus). Pour la Cour, lorsqu'elle contribue au débat public sur des questions suscitant une préoccupation légitime, la presse doit en principe pouvoir s'appuyer sur des rapports officiels sans avoir à entreprendre des recherches indépendantes. Sinon, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Goodwin* précité, p. 500, § 39).

26. La Cour n'accorde pas d'importance aux divergences, que relève le Gouvernement, entre le rapport et les articles que M. Lindberg avait publiés dans *Bladet Tromsø* un an auparavant en une toute autre qualité, celle de journaliste indépendant et d'écrivain.

27. Le journal savait déjà, c'est vrai, de par les réactions qu'avaient suscitées les déclarations de M. Lindberg en avril 1988, que l'équipage contestait la compétence de celui-ci et l'exactitude des allégations de « méthodes d'abattage cruelles » (paragraphe 9 ci-dessus). Le journal ne pouvait ignorer que le rapport Lindberg risquait de susciter la controverse des membres de l'équipage. Cet élément ne saurait à lui seul passer pour déterminant quant à la question de savoir si le quotidien était tenu de vérifier le bien-fondé des déclarations factuelles critiques figurant dans le rapport avant d'exercer la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention.

28. Un autre facteur revêt une importance beaucoup plus grande à cet égard : l'attitude du ministère de la Pêche, qui avait chargé M. Lindberg d'effectuer l'inspection et d'en rendre compte (paragraphe 7 ci-dessus). Le 15 juillet 1988, *Bladet Tromsø* savait que le ministère avait décidé de ne pas publier le rapport en raison de la teneur des allégations – comportement criminel – et de la nécessité d'offrir un droit de réponse aux personnes nommées dans ce document (paragraphe 11 ci-dessus). Nul n'a fait valoir qu'en publiant les informations en cause le quotidien ait agi au mépris de la loi sur la confidentialité. Il ne semble pas davantage qu'avant la publication contestée du 15 juillet 1988, le ministère ait publiquement exprimé des doutes quant au bien-fondé des critiques ou à la compétence de M. Lindberg. Au contraire, d'après une dépêche du même jour de l'Agence de presse norvégienne, le ministère aurait déclaré qu'il était possible qu'on se fût livré à une chasse illégale (paragraphe 25 ci-dessus).

Le 18 juillet 1988, l'Agence de presse norvégienne rapporta que le ministère aurait déclaré que des experts vétérinaires avaient examiné le rapport Lindberg controversé et que le ministère rendrait compte de leurs résultats ainsi peut-être que des circonstances dans lesquelles M. Lindberg avait été recruté comme inspecteur ; qu'en outre le ministère ne ferait pas d'autres observations tant qu'il n'aurait pas recueilli de plus amples renseignements (paragraphe 26 ci-dessus). Le 19 juillet, l'Agence de presse signala que le ministère avait cru, sur la base des informations que M. Lindberg lui-même lui avait fournies, que celui-ci avait effectué des recherches beaucoup plus étendues que ce n'était le cas en réalité. C'est le 20 juillet, date de parution du dernier des articles litigieux, que le ministère exprima des doutes sur la compétence de M. Lindberg et la qualité de son rapport (paragraphe 20 ci-dessus).

Pour la Cour, la position exprimée par le ministère avant le 20 juillet 1988 ne permet pas de considérer que le journal n'avait pas de raison d'ajouter foi aux informations figurant dans le rapport, dont les quatre déclarations parues le 20 juillet d'après lesquelles certains chasseurs de phoques, non désignés toutefois, avaient abattu des femelles phoques du Groenland (paragraphe 13 ci-dessus). D'ailleurs, le tribunal de district a constaté par la suite que la véracité de l'une de ces allégations (point 1.5) avait été établie (paragraphe 35 ci-dessus).

29. Vu les divers éléments limitant le préjudice que risquait de subir la réputation des différents chasseurs de phoques et la situation telle qu'elle se présentait à *Bladet Tromsø* à l'époque, la Cour estime que le journal pouvait raisonnablement s'appuyer sur le rapport Lindberg officiel, sans avoir à vérifier lui-même l'exactitude des faits qui y étaient consignés. Elle n'aperçoit aucune raison de douter que le journal ait agi de bonne foi à cet égard.

30. Au vu des faits de l'espèce, la Cour ne saurait conclure que l'intérêt incontesté des membres de l'équipage à ce que leur réputation fût protégée l'emportait sur l'intérêt général essentiel qu'il y avait à ce que se tînt un débat public bien documenté sur une question importante au plan local, national aussi bien qu'international. En bref, même si les raisons invoquées par l'Etat défendeur sont pertinentes, elles ne suffisent pas à démontrer que l'ingérence dénoncée était « nécessaire dans une société démocratique ». Nonobstant la marge d'appréciation des autorités nationales, la Cour considère qu'il n'existait pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions imposées à la liberté

d'expression des requérants et l'objectif légitime poursuivi. Elle estime dès lors qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

HOUSE OF LORDS, UNITED KINGDOM

Lord Nicholls of Birkenhead, Lord Steyn, Lord Cooke of Thorndon, Lord Hope of Craighead,
Lord Hobhouse of Woodborough

OPINIONS OF THE LORDS OF APPEAL FOR JUDGEMENT IN THE CAUSE

REYNOLDS (RESPONDENT)

v.

TIMES NEWSPAPERS LIMITED AND OTHERS (APPELLANTS)

on 28 OCTOBER 1999

<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/rey01.htm>

LORD NICHOLLS OF BIRKENHEAD

My Lords,

This appeal concerns the interaction between two fundamental rights: freedom of expression and protection of reputation. The context is newspaper discussion of a matter of political importance. Stated in its simplest form, the newspaper's contention is that a libellous statement of fact made in the course of political discussion is free from liability if published in good faith. Liability arises only if the writer knew the statement was not true or if he made the statement recklessly, not caring whether it was true or false, or if he was actuated by personal spite or some other improper motive. Mr. Reynolds' contention, on the other hand, is that liability may also arise if, having regard to the source of the information and all the circumstances, it was not in the public interest for the newspaper to have published the information as it did. Under the newspaper's contention the safeguard for those who are defamed is exclusively subjective: the state of mind of the journalist. Under Mr. Reynolds' formulation, there is also an objective element of protection.

...

The jury verdict took the form of answers to questions. The jury decided that the defamatory allegation of which Mr. Reynolds complained was not true. So the defence of justification failed. The jury decided that Mr. Ruddock was not acting maliciously in writing and publishing the words complained of, nor was Mr. Witherow. So, if the occasion was privileged, and that was a question for the judge, the defence of qualified privilege would succeed.

....

Defamation and truth

The defence of qualified privilege must be seen in its overall setting in the law of defamation. Historically the common law has set much store by protection of reputation. Publication of a statement adversely affecting a person's reputation is actionable. The plaintiff is not required to prove that the words are false. Nor, in the case of publication in a written or permanent form, is he required to prove he has been damaged. But, as Littledale J. said in *McPherson v. Daniels* (1829) 10 B. & C. 263, 272, 'the law will not permit a man to recover damages in respect of an injury to a character which he does not or ought not to possess'. Truth is a complete defence. If the defendant proves the substantial truth of the words complained of, he thereby establishes the

defence of justification. With the minor exception of proceedings to which the Rehabilitation of Offenders Act 1974 applies, this defence is of universal application in civil proceedings. It avails a defendant even if he was acting spitefully.

The common law has long recognised the 'chilling' effect of this rigorous, reputation protective principle. There must be exceptions. At times people must be able to speak and write freely, uninhibited by the prospect of being sued for damages should they be mistaken or misinformed. In the wider public interest, protection of reputation must then give way to a higher priority.

Honest comment on a matter of public interest

One established exception is the defence of comment on a matter of public interest. This defence is available to everyone, and is of particular importance to the media. The freedom of expression protected by this defence has long been regarded by the common law as a basic right, long before the emergence of human rights conventions. In 1863 Crompton J. observed in *Campbell v. Spottiswoode* (1863) 3 B. & S. 769, 779, that 'it is the right of all the Queen's subjects to discuss public matters'. The defence is wide in its scope. Public interest has never been defined, but in *London Artists Ltd. v. Little* [1969] 2 Q.B. 375, 391, Lord Denning M.R. rightly said that it is not to be confined within narrow limits. He continued:

'Whenever a matter is such as to affect people at large, so that they may be legitimately interested in, or concerned at, what is going on; or what may happen to them or others; then it is a matter of public interest on which everyone is entitled to make fair comment.'

....

It is important to keep in mind that this defence is concerned with the protection of comment, not imputations of fact. If the imputation is one of fact, a ground of defence must be sought elsewhere. ...

Privilege: factual inaccuracies

The defence of honest comment on a matter of public interest, then, does not cover defamatory statements of fact. But there are circumstances, in the famous words of Parke B. in *Toogood v. Spyring* (1834) 1 C.M. & R. 181, 193, when the 'common convenience and welfare of society' call for frank communication on questions of fact. In *Davies v. Snead* (1870) L.R. 5 Q.B. 608, 611, Blackburn J. spoke of circumstances where a person is so situated that it 'becomes right in the interests of society' that he should tell certain facts to another. There are occasions when the person to whom a statement is made has a special interest in learning the honestly held views of another person, even if those views are defamatory of someone else and cannot be proved to be true. When the interest is of sufficient importance to outweigh the need to protect reputation, the occasion is regarded as privileged.

Sometimes the need for uninhibited expression is of such a high order that the occasion attracts absolute privilege, as with statements made by judges or advocates or witnesses in the course of judicial proceedings. More usually, the privilege is qualified in that it can be defeated if the plaintiff proves the defendant was actuated by malice.

The classic exposition of malice in this context is that of Lord Diplock in *Horrocks v. Lowe* [1975] A.C. 135, 149. If the defendant used the occasion for some reason other than the reason for which the occasion was privileged he loses the privilege. Thus, the motive with which the

statement was made is crucial. If desire to injure was the dominant motive the privilege is lost. Similarly, if the maker of the statement did not believe the statement to be true, or if he made the statement recklessly, without considering or caring whether it was true or not. Lord Diplock, at p. 150, emphasised that indifference to truth is not to be equated with carelessness, impulsiveness or irrationality in arriving at a positive belief that it is true:

'In ordinary life it is rare indeed for people to form their beliefs by a process of logical deduction from facts ascertained by a rigorous search for all available evidence and a judicious assessment of its probative value. In greater or in less degree according to their temperaments, their training, their intelligence, they are swayed by prejudice, rely on intuition instead of reasoning, leap to conclusions on inadequate evidence and fail to recognise the cogency of material which might cast doubt on the validity of the conclusions they reach. But despite the imperfection of the mental process by which the belief is arrived at it may still be 'honest', that is, a positive belief that the conclusions they have reached are true. The law demands no more.'

Over the years the courts have held that many common form situations are privileged. Classic instances are employment references, and complaints made or information given to the police or appropriate authorities regarding suspected crimes. The courts have always emphasised that the categories established by the authorities are not exhaustive. The list is not closed. The established categories are no more than applications, in particular circumstances, of the underlying principle of public policy. The underlying principle is conventionally stated in words to the effect that there must exist between the maker of the statement and the recipient some duty or interest in the making of the communication. Lord Atkinson's dictum, in *Adam v. Ward* [1917] A.C. 309, 334, is much quoted:

'... a privileged occasion is ... an occasion where the person who makes a communication has an interest or a duty, legal, social, or moral, to make it to the person to whom it is made, and the person to whom it is so made has a corresponding interest or duty to receive it. This reciprocity is essential'.

The requirement that both the maker of the statement and the recipient must have an interest or duty draws attention to the need to have regard to the position of both parties when deciding whether an occasion is privileged. But this should not be allowed to obscure the rationale of the underlying public interest on which privilege is founded. The essence of this defence lies in the law's recognition of the need, in the public interest, for a particular recipient to receive frank and uninhibited communication of particular information from a particular source. That is the end the law is concerned to attain. The protection afforded to the maker of the statement is the means by which the law seeks to achieve that end. Thus the court has to assess whether, in the public interest, the publication should be protected in the absence of malice.

In determining whether an occasion is regarded as privileged the court has regard to all the circumstances: see, for example, the explicit statement of Lord Buckmaster L.C. in *London Association for Protection of Trade v. Greenlands Ltd.* [1916] 2 A.C. 15, 23 ('every circumstance associated with the origin and publication of the defamatory matter'). And circumstances must be viewed with today's eyes. The circumstances in which the public interest requires a communication to be protected in the absence of malice depend upon current social conditions. The requirements at the close of the twentieth century may not be the same as those of earlier centuries or earlier decades of this century.

Privilege and publication to the world at large

Frequently a privileged occasion encompasses publication to one person only or to a limited group of people. Publication more widely, to persons who lack the requisite interest in receiving the information, is not privileged. But the common law has recognised there are occasions when the public interest requires that publication to the world at large should be privileged. In *Cox v. Feeney* (1863) 4 F. & F. 13, 19, Cockburn C.J. approved an earlier statement by Lord Tenterden C.J. that 'a man has a right to publish, for the purpose of giving the public information, that which it is proper for the public to know'. Whether the public interest so requires depends upon an evaluation of the particular information in the circumstances of its publication. Through the cases runs the strain that, when determining whether the public at large had a right to know the particular information, the court has regard to all the circumstances. The court is concerned to assess whether the information was of sufficient value to the public that, in the public interest, it should be protected by privilege in the absence of malice.

In other countries

Before turning to the issues raised by this appeal mention must be made, necessarily briefly, of the solutions adopted in certain other countries. As is to be expected, the solutions are not uniform. As also to be expected, the chosen solutions have not lacked critics in their own countries.

In the United States the leading authority is the well-known case of *New York Times Co. v. Sullivan* 376 U.S. 254. Founding itself on the first and fourteenth amendments to the United States Constitution, the Supreme Court held that a public official cannot recover damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves, with convincing clarity, that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was false or not. This principle has since been applied to public figures generally.

In Canada the Supreme Court, in *Hill v. Church of Scientology of Toronto* (1995) 126 D.L.R. (4th) 129, rejected a *Sullivan* style defence, although that case did not concern political discussion. The Supreme Court has not had occasion to consider this issue in relation to political discussion.

In India the Supreme Court, in *Rajagopal v. State of Tamil Nadu* (1994) 6 S.C.C. 632, 650, held that a public official has no remedy in damages for defamation in matters relating to his official duties unless he proves the publication was made with reckless disregard of the truth or out of personal animosity. Where malice is alleged it is sufficient for the defendant to prove he acted after a reasonable verification of the facts.

In Australia the leading case is *Lange v. Australian Broadcasting Corporation* (1997) 189 C.L.R. 520. The High Court held unanimously that qualified privilege exists for the dissemination of information, opinions and arguments concerning government and political matters affecting the people of Australia, subject to the publisher proving reasonableness of conduct. The High Court regarded its decision as an extension of the categories of qualified privilege, and considered that the reasonableness requirement was appropriate having regard to the greater damage done by mass dissemination compared with the limited publication normally involved on occasions of common law qualified privilege. As a general rule a defendant's conduct in publishing material giving rise to a defamatory imputation would not be reasonable unless the defendant had reasonable grounds for believing the imputation was true, took proper

steps, so far as they were reasonably open, to verify the accuracy of the material and did not believe the imputation to be untrue. Further, the defendant's conduct would not be reasonable unless the defendant sought a response from the person defamed and published the response, except where this was not practicable or was unnecessary.

In South Africa the issue has not been considered by the Constitutional Court. In *National Media Ltd. v. Bogoshi* 1998 (4) S.A. 1196, 1212 the Supreme Court of Appeal broadly followed the approach of the Court of Appeal in the present case and the Australian High Court in the *Lange* case. Press publication of defamatory statements of fact will not be regarded as unlawful if, upon consideration of all the circumstances, it is found to have been reasonable to publish the particular facts in the particular way and at the particular time. In considering the reasonableness of the publication account must be taken of the nature, extent and tone of the allegations. Greater latitude is usually to be allowed in respect of political discussion.

In New Zealand the leading case is the Court of Appeal decision in *Lange v. Atkinson* [1998] 3 N.Z.L.R. 424. The Court of Appeal held that members of the public have a proper interest in respect of statements made about the actions and qualities of those currently or formerly elected to Parliament and those seeking election. General publication of such statements may therefore attract a defence of qualified privilege. The exercise of reasonable care by the defendant is not a requirement of this defence. This decision is currently under appeal to the Privy Council. The Judicial Committee heard this appeal shortly before the Appellate Committee of your Lordships' House, similarly constituted, heard the parties' submissions on the present appeal.

A new category of privileged subject-matter?

I turn to the appellants' submissions. The newspaper seeks the incremental development of the common law by the creation of a new category of occasion when privilege derives from the subject-matter alone: political information. Political information can be broadly defined, borrowing the language used by the High Court of Australia in the *Lange* case, as information, opinion and arguments concerning government and political matters that affect the people of the United Kingdom. Malice apart, publication of political information should be privileged regardless of the status and source of the material and the circumstances of the publication. The newspaper submitted that the contrary view requires the court to assess the public interest value of a publication, taking these matters into account. Such an approach would involve an unpredictable outcome. Moreover, it would put the judge in a position which in a free society ought to be occupied by the editor. Such paternalism would effectively give the court an undesirable and invidious role as a censor or licensing body.

These are powerful arguments, but I do not accept the conclusion for which the newspaper contended. My reasons appear from what is set out below.

My starting point is freedom of expression. The high importance of freedom to impart and receive information and ideas has been stated so often and so eloquently that this point calls for no elaboration in this case. At a pragmatic level, freedom to disseminate and receive information on political matters is essential to the proper functioning of the system of parliamentary democracy cherished in this country. This freedom enables those who elect representatives to Parliament to make an informed choice, regarding individuals as well as policies, and those elected to make informed decisions. Under section 12 of the Human Rights Act 1998, expected to come into force in October 2000, the court is required, in relevant cases, to have particular regard to the importance of the right to freedom of expression. The common law is to be developed and ap-

plied in a manner consistent with article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Cmd. 8969), and the court must take into account relevant decisions of the European Court of Human Rights (sections 6 and 2). To be justified, any curtailment of freedom of expression must be convincingly established by a compelling countervailing consideration, and the means employed must be proportionate to the end sought to be achieved.

Likewise, there is no need to elaborate on the importance of the role discharged by the media in the expression and communication of information and comment on political matters. It is through the mass media that most people today obtain their information on political matters. Without freedom of expression by the media, freedom of expression would be a hollow concept. The interest of a democratic society in ensuring a free press weighs heavily in the balance in deciding whether any curtailment of this freedom bears a reasonable relationship to the purpose of the curtailment. In this regard it should be kept in mind that one of the contemporary functions of the media is investigative journalism. This activity, as much as the traditional activities of reporting and commenting, is part of the vital role of the press and the media generally.

Reputation is an integral and important part of the dignity of the individual. It also forms the basis of many decisions in a democratic society which are fundamental to its well-being: whom to employ or work for, whom to promote, whom to do business with or to vote for. Once besmirched by an unfounded allegation in a national newspaper, a reputation can be damaged for ever, especially if there is no opportunity to vindicate one's reputation. When this happens, society as well as the individual is the loser. For it should not be supposed that protection of reputation is a matter of importance only to the affected individual and his family. Protection of reputation is conducive to the public good. It is in the public interest that the reputation of public figures should not be debased falsely. In the political field, in order to make an informed choice, the electorate needs to be able to identify the good as well as the bad. Consistently with these considerations, human rights conventions recognise that freedom of expression is not an absolute right. Its exercise may be subject to such restrictions as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the reputations of others.

The crux of this appeal, therefore, lies in identifying the restrictions which are fairly and reasonably necessary for the protection of reputation.

In the case of statements of opinion on matters of public interest, that is the limit of what is necessary for protection of reputation. Readers and viewers and listeners can make up their own minds on whether they agree or disagree with defamatory statements which are recognisable as comment and which, expressly or implicitly, indicate in general terms the facts on which they are based.

With defamatory imputations of fact the position is different and more difficult. Those who read or hear such allegations are unlikely to have any means of knowing whether they are true or not. In respect of such imputations, a plaintiff's ability to obtain a remedy if he can prove malice is not normally a sufficient safeguard. Malice is notoriously difficult to prove. If a newspaper is understandably unwilling to disclose its sources, a plaintiff can be deprived of the material necessary to prove, or even allege, that the newspaper acted recklessly in publishing as it did without further verification. Thus, in the absence of any additional safeguard for reputation, a newspaper, anxious to be first with a 'scoop', would in practice be free to publish seriously defamatory misstatements of fact based on the slenderest of materials. Unless the paper chose

later to withdraw the allegations, the politician thus defamed would have no means of clearing his name, and the public would have no means of knowing where the truth lay. Some further protection for reputation is needed if this can be achieved without a disproportionate incursion into freedom of expression.

This is a difficult problem. No answer is perfect. Every solution has its own advantages and disadvantages. Depending on local conditions, such as legal procedures and the traditions and power of the press, the solution preferred in one country may not be best suited to another country. The appellant newspaper commends reliance upon the ethics of professional journalism. The decision should be left to the editor of the newspaper. Unfortunately, in the United Kingdom this would not generally be thought to provide a sufficient safeguard. In saying this I am not referring to mistaken decisions. From time to time mistakes are bound to occur, even in the best regulated circles.. Making every allowance for this, the sad reality is that the overall handling of these matters by the national press, with its own commercial interests to serve, does not always command general confidence.

As high-lighted by the Court of Appeal judgement in the present case, the common law solution is for the court to have regard to all the circumstances when deciding whether the publication of particular material was privileged because of its value to the public. Its value to the public depends upon its quality as well as its subject-matter. This solution has the merit of elasticity. As observed by the Court of Appeal, this principle can be applied appropriately to the particular circumstances of individual cases in their infinite variety. It can be applied appropriately to all information published by a newspaper, whatever its source or origin.

Hand in hand with this advantage goes the disadvantage of an element of unpredictability and uncertainty. The outcome of a court decision, it was suggested, cannot always be predicted with certainty when the newspaper is deciding whether to publish a story. To an extent this is a valid criticism. A degree of uncertainty in borderline cases is inevitable. This uncertainty, coupled with the expense of court proceedings, may 'chill' the publication of true statements of fact as well as those which are untrue. The chill factor is perhaps felt more keenly by the regional press, book publishers and broadcasters than the national press. However, the extent of this uncertainty should not be exaggerated. With the enunciation of some guidelines by the court, any practical problems should be manageable. The common law does not seek to set a higher standard than that of responsible journalism, a standard the media themselves espouse. An incursion into press freedom which goes no further than this would not seem to be excessive or disproportionate. The investigative journalist has adequate protection. The contrary approach, which would involve no objective check on the media, drew a pertinent comment from Tipping J. in *Lange v. Atkinson* [1998] 3 N.Z.L.R. 424, 477:

'It could be seen as rather ironical that whereas almost all sectors of society, and all other occupations and professions have duties to take reasonable care, and are accountable in one form or another if they are careless, the news media whose power and capacity to cause harm and distress are considerable if that power is not responsibly used, are not liable in negligence, and what is more, can claim qualified privilege even if they are negligent. It may be asked whether the public interest in freedom of expression is so great that the accountability which society requires of others, should not also to this extent be required of the news media.'

The common law approach does mean that it is an outside body, that is, some one other than the newspaper itself, which decides whether an occasion is privileged. This is bound to be so, if the

decision of the press itself is not to be determinative of the propriety of publishing the particular material. The court has the advantage of being impartial, independent of government, and accustomed to deciding disputed issues of fact and whether an occasion is privileged. No one has suggested that some other institution would be better suited for this task.

For the newspaper, Lord Lester's fall-back position was that qualified privilege should be available for political discussion unless the plaintiff proved the newspaper failed to exercise reasonable care. One difficulty with this suggestion is that it would seem to leave a newspaper open to publish a serious allegation which it had been wholly unable to verify. Depending on the circumstances, that might be most unsatisfactory. This difficulty would be removed if, as also canvassed by Lord Lester, the suggested limitation was stated more broadly, and qualified privilege was excluded if the plaintiff proved that the newspaper's conduct in making the publication was unreasonable. Whether this test would differ substantially from the common law test is a moot point. There seems to be no significant practical difference between looking at all the circumstances to decide if a publication attracts privilege, and looking at all the circumstances to see if an acknowledged privilege is defeated.

I have been more troubled by Lord Lester's suggested shift in the burden of proof. Placing the burden of proof on the plaintiff would be a reminder that the starting point today is freedom of expression and limitations on this freedom are exceptions. That has attraction. But if this shift of the onus were applied generally, it would turn the law of qualified privilege upside down. The repercussions of such a far-reaching change were not canvassed before your Lordships. If this change were applied only to political information, the distinction would lack a coherent rationale. There are other subjects of serious public concern. On balance I favour leaving the onus in its traditional place, on him who asserts the privilege, for two practical reasons. A newspaper will know much more of the facts leading up to publication. The burden of proof will seldom, if ever, be decisive on this issue.

Human rights jurisprudence

The common law approach accords with the present state of the human rights jurisprudence. The immensely influential judgement in *Lingens v. Austria* (1986) 8 E.H.R.R. 407 concerned expressions of opinion, not statements of fact. Mr. Lingens was fined for publishing in his magazine in Vienna comments about the behaviour of the Federal Chancellor, Mr. Kreisky: 'basest opportunism', 'immoral' and 'undignified'. Under the Austrian criminal code the only defence was proof of the truth of these statements. Mr. Lingens could not prove the truth of these value judgements, because Mr. Kreisky's behaviour was capable of more than one interpretation. In a passage, often overlooked, at pp. 420-1, in para. 46 of its judgement, the European Court of Human Rights stated that a careful distinction needs to be made between facts and value judgements. The existence of facts can be demonstrated, whereas the truth of value judgements is not susceptible of proof. The facts on which Mr. Lingens founded his value judgements were undisputed, as was his good faith. Since it was impossible to prove the truth of value judgements, the requirement of the relevant provisions of the Austrian criminal code was impossible of fulfilment and infringed article 10 of the Convention. The court has subsequently reiterated the distinction between facts and value judgements in *De Haes and Gijssels v. Belgium* (1997) 25 E.H.R.R. 1, 54 at para. 42.

In *Fressoz and Roire v. France* (unreported), 21 January 1999, Case No. 29183/95, paragraph 54, the court adverted to the need for accuracy on matters of fact. Article 10 protects the right of journalists to divulge information on issues of general interest provided they are acting in good

faith and on 'an accurate factual basis' and supply reliable and precise information in accordance with the ethics of journalism. But a journalist is not required to guarantee the accuracy of his facts. *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* (unreported), 20 May 1999, Case No. 21980/93 involved newspaper allegations of fact: cruelty by seal hunters. The Court of Human Rights considered whether the newspaper had a reasonable basis for its factual allegations. Similarly, in *Thorgeirson v. Iceland* (1992) 14 E.H.R.R. 843 two newspaper articles reported widespread rumours of brutality by the Reykjavik police. These rumours had some substantiation in fact: a policeman had been convicted recently. The purpose of the articles was to promote an investigation by an independent body. The court held that although the articles were framed in particularly strong terms, they bore on a matter of serious public concern. It was unreasonable to require the writer to prove that unspecified members of the Reykjavik police force had committed acts of serious assault resulting in disablement.

None of these three latter cases involved political discussion, but for this purpose no distinction is to be drawn between political discussion and discussion of other matters of public concern: see the *Thorgeirson* case, at pp. 863-4, 865 para. 61, 64.

Conclusion

My conclusion is that the established common law approach to misstatements of fact remains essentially sound. The common law should not develop 'political information' as a new 'subject-matter' category of qualified privilege, whereby the publication of all such information would attract qualified privilege, whatever the circumstances. That would not provide adequate protection for reputation. Moreover, it would be unsound in principle to distinguish political discussion from discussion of other matters of serious public concern. The elasticity of the common law principle enables interference with freedom of speech to be confined to what is necessary in the circumstances of the case. This elasticity enables the court to give appropriate weight, in today's conditions, to the importance of freedom of expression by the media on all matters of public concern.

Depending on the circumstances, the matters to be taken into account include the following. The comments are illustrative only.

1. The seriousness of the allegation. The more serious the charge, the more the public is misinformed and the individual harmed, if the allegation is not true.
2. The nature of the information, and the extent to which the subject-matter is a matter of public concern.
3. The source of the information. Some informants have no direct knowledge of the events. Some have their own axes to grind, or are being paid for their stories.
4. The steps taken to verify the information.
5. The status of the information. The allegation may have already been the subject of an investigation which commands respect.
6. The urgency of the matter. News is often a perishable commodity.
7. Whether comment was sought from the plaintiff. He may have information others do not possess or have not disclosed. An approach to the plaintiff will not always be necessary.
8. Whether the article contained the gist of the plaintiff's side of the story.
9. The tone of the article. A newspaper can raise queries or call for an investigation. It need not adopt allegations as statements of fact.
10. The circumstances of the publication, including the timing.

This list is not exhaustive. The weight to be given to these and any other relevant factors will vary from case to case. Any disputes of primary fact will be a matter for the jury, if there is one. The decision on whether, having regard to the admitted or proved facts, the publication was subject to qualified privilege is a matter for the judge. This is the established practice and seems sound. A balancing operation is better carried out by a judge in a reasoned judgement than by a jury. Over time, a valuable corpus of case law will be built up.

Bundesverfassungsgericht, Federal Constitutional Court, Germany
decided 3 June 1980 – 1 BvR 797/78 – Böll case (extract)

a) Misquotations are not protected by Article 5(1) Basic Law. It cannot be seen that the constitutionally guaranteed freedom of opinion requires such protection. To the extent that value judgements are at issue in the public clash of opinion, in the interest of the process of public opinion-formation the presumption must be in favour of the admissibility of free speech, without regard to the content of the judgement (BVerfGE 7, 198 [212] - Lüth, and invariable case law). This does not apply in the same way to false factual assertions.' Wrong information is not an object deserving of protection from the viewpoint of freedom 'of opinion, since it cannot promote the constitutionally intended objective of proper formation of opinion (cf. BVerfGE 12, 113 [130] - Schmid-Spiegel); the point can only be not, to set the requirements on the duty of truth so tightly 'that the function of freedom of opinion is endangered or suffers thereby. An exaggeration of the obligation to truth and the concomitant sometimes heavy penalties could lead to restriction and crippling, particularly of the media; these could no longer carry out their tasks, in particular that of providing a public check, if they were to be subjected. to disproportionate risk (cf. BGH, NJW 1977, p.1288 [1289] - bribery of parliamentarians). Neither public opinion-formation nor democratic checks can accordingly be made to suffer under the requirement to quote accurately. The task of information set in the interest of public opinion-formation would be missed were this not so, and the circumstances have nothing to do' with public checks. Nor do time pressure or difficulties of verification play a part, as 'may be the case with other factual communications. Those presenting an utterance are not having any essential or even unacceptable difficulties or risks, imposed if they are obliged to quote correctly. If, then, the presentation adversely affects the general personality right of the person whose statement is quoted, this interference is not covered by Article 5(1) Basic Law.. Otherwise it would be permitted for the media in particular. to be lax with the truth and leave rights of the person concerned out of account without there being any occasion, still less need, to do so.