
UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
Faculté de droit et des sciences économiques

La liberté de l'information

THÈSE
présentée à la Faculté de droit
et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Denis Barrelet

1972

Imprimerie Staempfli & Cie SA Berne

Monsieur Denis Barrelet est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée « La liberté de l'information ». Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 11 janvier 1972

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Henri Thévenaz

©

Éditions Staempfli & Cie SA Berne 1972
Printed in Switzerland

Table des matières

<i>Bibliographie</i>	8
<i>Abréviations</i>	11
Introduction	12
Première partie: La notion classique de la liberté de la presse	
Titre unique: L'article 55 de la Constitution fédérale	
<i>Chapitre premier: Aperçu historique</i>	15
<i>Chapitre 2: Le texte de l'article 55</i>	19
§ 1 La revision de 1898	19
§ 2 La méthode d'interprétation	21
<i>Chapitre 3: Quelques interprétations tendant à définir la portée de l'article 55</i>	24
§ 1 Les restrictions pénales et civiles de la liberté de la presse	24
A. Les lois pénales	25
B. Les lois civiles	28
§ 2 Les restrictions administratives de la liberté de la presse	31
§ 3 Radio, télévision, cinéma	34
A. La radio et la télévision	35
B. Le cinéma	37
§ 4 L'exigence du but idéal	39
§ 5 Le lecteur est-il aussi titulaire?	41
§ 6 Le tiers est-il aussi sujet passif?	42
<i>Chapitre 4: Les travaux de revision</i>	44
 Deuxième partie: Une notion nouvelle: La liberté de l'information	
Titre premier: L'évolution en droit international	
<i>Chapitre premier: L'Organisation des Nations Unies</i>	48
§ 1 La Déclaration universelle des droits de l'homme	49
§ 2 Le Pacte relatif aux droits civils et politiques	52
§ 3 Le projet de Convention sur la liberté de l'information	54
§ 4 Le projet de Déclaration sur la liberté de l'information	56
§ 5 L'intérêt de ces textes pour la Suisse	57
<i>Chapitre 2: Le Conseil de l'Europe</i>	58
§ 1 La Convention européenne des droits de l'homme	58
§ 2 La Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme	62
§ 3 L'intérêt de ces textes pour la Suisse	65

Titre II: Le cas de l'Allemagne fédérale

<i>Chapitre premier: La liberté de la presse jusqu'en 1949</i>	71
<i>Chapitre 2: L'article 5 de la Loi fondamentale</i>	74
<i>Chapitre 3: Les lois sur la presse des Länder</i>	78

Titre III: L'évolution en Suisse

<i>Chapitre premier: La révision de l'article 55 Cst.</i>	81
§ 1 Le projet de la Commission mixte	81
§ 2 Le projet du Conseil fédéral	83
§ 3 Les travaux de la commission du Conseil national	85
§ 4 Les travaux de la commission d'experts	86
§ 5 L'interpellation Jaccottet	87
<i>Chapitre 2: Autres travaux de révisions constitutionnelles</i>	87
§ 1 L'introduction d'un article 36 <i>quater</i> sur la radio et la télévision	87
§ 2 La révision totale de la Constitution	89
<i>Chapitre 3: La loi sur la procédure administrative</i>	90

Troisième partie:

Le contenu de la liberté de l'information

Titre premier: La liberté de rechercher des opinions et informations

<i>Chapitre premier: Notion</i>	93
§ 1 Terminologie	93
§ 2 Les titulaires	94
<i>Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention</i>	97
§ 1 En général	97
§ 2 La reconnaissance du secret rédactionnel	99
A. Abstention ou prestation positive?	99
B. Définition	100
C. Rôle et importance	102
D. La situation en Suisse	104
a. Le droit pénal	104
b. Le droit pénal militaire	107
c. Le droit civil	107
d. Le droit administratif	108
<i>Chapitre 3: Seconde obligation de l'Etat: des prestations positives</i>	108
§ 1 Justification	108
§ 2 Le devoir d'informer	112

A. Un devoir moral?	112
B. Un devoir juridique	113
C. Le principe d'égalité	116
D. Les voies de droit	118
a. Action en exécution	118
b. Action en indemnité	119
E. Les limites	120
a. Exemples de codifications	120
b. Les limites motivées par l'intérêt de l'individu	124
c. Les limites motivées par l'intérêt public	125
d. Autres limites	128
§ 3 Autres prestations	129
<i>Chapitre 4: Les obligations des particuliers</i>	129
§ 1 En général	129
§ 2 L'abstention	132
§ 3 Des prestations positives	132
A. Un exemple de jurisprudence	132
B. Le devoir d'informer	133
C. Les limites	134

Titre II: La liberté de diffuser des opinions et informations

<i>Chapitre premier: Notion</i>	135
§ 1 Terminologie	135
§ 2 Les titulaires	136
<i>Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention</i>	143
§ 1 En général	143
§ 2 Les mesures préventives	144
A. Une interdiction absolue?	144
B. Une interdiction partielle	145
C. Un exemple de jurisprudence	147
§ 3 L'influence sur le contenu	149
A. Le droit de réponse	149
a. En faveur des autorités	149
b. En faveur des particuliers	152
B. L'obligation de vérité	155
a. Un devoir de vigilance	155
b. La protection de droit privé du lecteur	156
c. Le délit de fausses nouvelles	159
§ 4 L'exigence de la transparence financière	160
A. Un principe: l'anonymat du bailleur de fonds	160
B. Les exceptions motivées par la crainte des influences étrangères	161
C. Les exceptions motivées par la crainte des trusts	163
D. Compatibilité avec la liberté de la diffusion	164
§ 5 Les lois anti-trust	165
§ 6 L'utilisation des ressources de la publicité	168
A. En général	168
B. La publicité dans les publications officielles	170
C. La publicité à la radio et à la télévision	171

<i>Chapitre 3: Seconde obligation de l'Etat: des prestations positives</i>	176
§ 1 Justification	176
§ 2 Enumération	178
A. Les allègements financiers	178
a. Allègement des tarifs postaux	178
b. Allègement des impôts	179
B. Les subventions	182
a. Facilités en matière de crédits	182
b. Subventionnement du papier	183
c. Aide à l'exportation	183
d. Insertion d'annonces	183
e. Allocations régulières	184
C. Autres prestations	184
§ 3 Les voies de droit	184
 <i>Chapitre 4: Les obligations des particuliers</i>	 185
§ 1 En général	185
§ 2 L'abstention	187
A. Les lois applicables	187
a. La loi pénale	187
b. Les dispositions de droit civil sur la protection de la personnalité	187
c. La loi sur les cartels	192
d. La loi sur la concurrence déloyale	193
e. La loi sur le droit d'auteur	194
B. Les feuilles d'annonces gratuites	196
a. Notion	196
b. Nécessité d'une répression	196
c. Répression et liberté de diffusion	197
d. Mesures applicables	198
§ 3 Des prestations positives	203

Titre III: La liberté de recevoir des opinions et informations

<i>Chapitre premier: Notion</i>	205
§ 1 Terminologie	205
§ 2 Les titulaires	206
 <i>Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention</i>	 207
§ 1 En général	207
§ 2 L'abonnement obligatoire	207
§ 3 Les mesures antérieures à l'envoi	209
 <i>Chapitre 3: Seconde obligation de l'Etat: des prestations positives</i>	 210
 <i>Chapitre 4: Les obligations des particuliers</i>	 212

Quatrième partie:
La liberté interne de l'information

Titre unique: Les relations à l'intérieur de l'entreprise de presse

<i>Chapitre premier: Notions</i>	214
<i>Chapitre 2: Le rôle de l'Etat</i>	216
§ 1 L'application des lois existantes	216
§ 2 L'édiction de lois spéciales	219
<i>Chapitre 3: Le rôle des particuliers</i>	223
§ 1 En général	223
§ 2 La convention collective de travail	224
§ 3 Le statut de rédaction	227
§ 4 La société de rédacteurs	228
A. Définition	228
B. Utilité	229
C. Les inconvénients	231
Conclusion	234

Bibliographie

- AEPPLI HEINZ, Die Filmzensur in der Schweiz, thèse, Zurich 1949.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, Le statut des étrangers, RDS, 1958, p. 215 ss.
- L'autorité en droit interne des traités internationaux, RDS, 1962, I, p. 265 ss.
- Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel et Paris, 1967.
- BAUMANN ANDRÉ, Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundspruch und Fernsehwesen, thèse, Zurich 1956.
- BEER OSKAR, Der rechtliche Schutz des Zeitungsinhaltes, thèse, Zurich 1930.
- BLIN HENRI – CHAVANNE ALBERT – DRAGO ROLAND, Traité du droit de la presse, Paris 1969.
- BLUM GEORGES, Les étrangers et la liberté de la presse, thèse, Lausanne 1970.
- BLOCH ROLF, Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie der Demokratie, thèse, Berne 1954.
- BOEGNER PHILIPPE, Presse, Argent, Liberté, Paris 1969.
- BOURQUIN JACQUES, La liberté de la presse, thèse, Lausanne 1950.
- BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 27. Mai 1874, 3e éd., Berne 1931.
- BURDEAU GEORGES, Les libertés publiques, 3e éd., Paris 1966.
- BUSER WALTER, Information und Amtsverschwiegenheit, RSJB, 1967, p. 209 ss.
- CLERC FRANÇOIS, Réflexions sur la publicité des débats, RPS, 1961, p. 233 ss.
- COLLIARD CLAUDE ALBERT, Libertés publiques, 3e éd., Paris 1968.
- DOMEYER GEORG, Radio et publicité, thèse, Lausanne 1971.
- ERNST ALFRED, Die Schranken der Pressefreiheit, thèse, Bern 1945.
- FAYRE ANTOINE, L'évolution des droits individuels de la Constitution, RDS, 1936, p. 291 ss.
- Droit constitutionnel suisse, 2e éd., Fribourg 1970.
- FELDMANN MARKUS, Zur Reform des schweizerischen Presserechts, RDS, 1948, p. 1 a ss.
- FLECK FLORIAN H., Aktuelle Presseprobleme in wirtschaftlicher Sicht, Fribourg 1969.
- FLEINER THOMAS, Demokratie und Informationsfreiheit, RDS, 1970, p. 375 ss.
- FORSTHOFF ERNST, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, Frankfurt et Berlin 1969.
- FREY URS PETER, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbebefreiung zu den andern Freiheitsrechten, thèse, Zurich 1965.
- GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zurich 1949.
- GIGER HANS, Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz als privatrechtliches Problem; neue Aspekte im Bereich des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, RDS, 1970, p. 33 ss.
- GRISEL ANDRÉ, Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970.
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, La protection de la personnalité en droit privé, RDS, 1960, p. 1 a ss.
- Das Recht der Einzelpersonen, dans: Schweizerisches Privatrecht, II, Bâle 1967.
- GUBLER-CORTI FRIEDRICH T., Zum Problem des Zeugnisverweigerungsrechtes der Journalisten, dans: Verantwortung, Festschrift Willy Bretscher, Zurich 1957.
- GUT WALTER, Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht der Presseleute im Strafprozess, RPS, 1969, p. 160 ss.
- HABILE WINFRIED, Das Recht der Presse in den deutschen Bundesländern, (Rechtsvergleichende Studie unter Einbeziehung des Rechts der Presse in Österreich und in der Schweiz), Würzburg 1964.
- HAMANN ANDREAS – LENZ HELMUT, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, 3e éd., Neuwied et Berlin 1970.
- HERZOG JÜRIG, Die staatsrechtlichen Grundlagen der Schweizer Presse, thèse, Bâle 1943.
- HUBER HANS, Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, RDS, 1936, p. 1 a ss.
- Die Verfassungsbeschwerde, Karlsruhe 1954.

- Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter Rechtsgenossen, RDS, 1955, p. 173 ss.
- Avis de droit du 5 février 1955, donné à la Commission mixte de politique en matière de presse, (über die Fragen der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Grundlagen des Radio- und Fernsehens in der Schweiz).
- Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Tubingue 1961.
- Die Grundrechte in der Schweiz, dans: Bettermann-Neumann-Nipperdey, Die Grundrechte, vol. I - 1, Berlin 1966.
- Avis de droit du 4 septembre 1967, donné au Département fédéral des transports et communications et de l'énergie (la radio et la télévision).
- Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, RSJB, 1971, p. 172 ss.
- HUBER HERMANN, Zum Begriff der Pressefreiheit nach schweizerischem Recht, Berne 1891.
- IPSEN HANS PETER, Zur Legalität des Werbefernsehens, NJW, 1963, p. 2049 ss.
- JACCOTTET GEORGES, La réforme du droit de la presse en Suisse, RDS, 1948, p. 123 a ss.
- JERSCHKE HANS-ULRICH, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, Berlin 1971.
- JUNOD BLAISE-FRANÇOIS, La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme, thèse, Neuchâtel 1969.
- KALT BRICH, Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung, thèse, Zurich 1953.
- KOELLIKER JEAN, Liberté et statut de la presse moderne, thèse, Lausanne 1955.
- KORNER HANS, Das Recht der freien Meinungsäußerung im Verhältnis zu den Forderungen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit, thèse, Fribourg 1937.
- KUNERT WOLFGANG, Pressekonzentration und Verfassungsrecht, Berlin 1971.
- LANG BRUNO, Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit, thèse, Zurich 1970.
- LEDRE CHARLES, Histoire de la presse, Paris 1958.
- LEISNER WALTER, Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat, Berlin 1966.
- Werbefernsehen und öffentliches Recht. Ein Beitrag zur Problematik der öffentlichen Aufgabe, sowie zu den Grundlagen und Grenzen fiskalischer Staatstätigkeit, Berlin 1967.
- LERCHE PETER, Informationsfreiheit, dans: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart et Berlin 1966, p. 785 ss.
- LÖFFLER MARTIN, Presserecht, 2e éd., 2 vol., Munich 1968-69.
- LUDWIG CARL, Schweizerisches Presserecht, Bâle 1964.
- MAHRER ISABELL, Die Öffentlichkeit amtlicher Akten in Schweden, RDS, 1969, I, p. 317 ss.
- MAUNZ THEODOR - DÜRIG GÜNTHER - HERZOG ROMAN, Grundgesetz, Munich 1968 (pour l'art. 5 GG).
- VON MANGOLDT HERMANN - KLEIN FRIEDRICH, Das Bonner Grundgesetz, 2e éd., Berlin et Francfort 1957.
- MERZ HANS, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse, RSJ, 1971, p. 65 ss.
- MODINOS POLYS, Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies, RDH, 1968, p. 42 ss.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, thèse, Berne 1964.
- Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschatz, RDS, 1967, I, p. 115 ss.
- MÜLLER HELMUT H., Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen, thèse, Zurich 1964.
- NEF HANS, La liberté de la presse, Fiches juridiques suisses, no 321, Genève 1942.
- NEF MAX, Ausgewählte Kapitel aus dem Schweizerischen Presserecht, Zurich 1958.
- Ausbau der Information aus dem Bundeshaus, Berne 1968.
- Der Schutz des Zeitungsinhaltes. (Fédération internationale des journalistes), Bruxelles 1969.
- Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht im Strafprozess, RPS, 1969, p. 113 ss.

- OFTINGER KARL, Dürfen Redaktionen ihnen übergebene Beiträge verändern?, RSJ, 1968, p. 17 ss.
- PARTSCH KARL JOSEPH, Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, dans: Bettermann-Neumann-Nipperdey, Die Grundrechte, vol. 1 - 1, Berlin 1966.
- PERRER JEAN-DANIEL, La liberté d'opinion face à l'Etat, thèse, Neuchâtel 1968.
- PINTO ROGER, La liberté d'opinion et d'information, Paris 1955.
- RAUSCH HERIBERT, Das Persönlichkeitsrecht und der Schutz des Einzelnen vor verletzenden Pressebildern, thèse, Zurich 1969.
- REBE BERND, Die Träger der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz, thèse, Berlin 1968.
- REHBINDER MANFRED, Presserecht, Herne et Berlin 1967.
- Die Informationspflicht der Behörden im Recht der Vereinigten Staaten, Berlin 1970.
- RIDDER HELMUT, Meinungsfreiheit, dans: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, vol. II, Berlin 1954.
- Probleme der inneren Pressefreiheit, Der Journalist, mai 1962, Beilage.
- RIKLIN FRANZ, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, thèse, Fribourg 1968.
- Das Gendarstellungsrecht bei Radio und Fernsehen, RDS, 1968, I, p. 179 ss.
- RUCK, ERWIN, Schweizerisches Staatsrecht, 3e éd., Zurich 1957.
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Berne 1970.
- SALADIN PETER V., Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, thèse, Saint-Gall 1969.
- SANTINI ANDRÉ, L'aide de l'Etat à la presse, Paris 1966.
- SCHUENER ULRICH, Pressefreiheit, VVDSRL, 1965, p. 1 ss.
- SCHERRER RUDOLF, Die Begrenzung der Pressefreiheit durch das Strafrecht, thèse, Zurich 1928.
- SCHMIDT-BLEIBTREU BRUNO - KLEIN FRANZ, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2e éd., Neuwied et Berlin 1970.
- SCHNEIDER FRANZ, Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz, Munich 1962.
- SCHNUR ROMAN, Pressefreiheit, VVDSRL, 1965, p. 191 ss.
- SCHÜLE ADOLF, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Tübingue 1961.
- SCHULTZ HANS, Das Problem einer Sonderstellung der Presse im Strafverfahren, Arbeiten zum Rechtsvergleichung, 1966, vol. 29, p. 9 ss.
- SCHUMACHER RAINER, Die Presseausserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, thèse, Fribourg 1960.
- SCHWARK EBERHARD, Der Begriff der «Allgemeinen Gesetze» in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, Berlin 1970.
- SCHWARZ URS, Presserecht für unsere Zeit - Die deutsche Gesetzgebung als Beispiel, Zurich 1966. (Cf. aussi une traduction française.)
- SCHWOEBEL JEAN, La presse, le pouvoir et l'argent, Paris 1968.
- SEDLER RENÉ, Das Redaktionsgeheimnis im schweizerischen Strafprozess, thèse, Bâle 1957.
- STAMMLER DIETER, Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution. Eine Untersuchung zur Pressefreiheit nach dem Bonner Grundgesetz, Berlin 1970.
- STEINMANN MATTHIAS, Das Werbefernsehen im Konkurrenzkampf der Werbemittel und Werbeträger, Zurich 1967.
- Radiowerbung in der Schweiz?, Berne 1970.
- TERRON FERNAND, L'information, Paris 1962.
- TOGGENBURGER PAUL, Pressefreiheit und demokratische Willensbildung, thèse, Zurich 1945.
- VON TSCHARNER RAYMOND M., Filmgewerbe und Gewerbefreiheit, thèse, Zurich 1952.
- ULMER EUGEN, Die Stockholmer Konferenz für geistiges Eigentum, NJW, 1968, p. 1009 ss.
- VASAK KAREL, La Convention européenne des droits de l'homme, Paris 1964.
- VERDOODT ALBERT, Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Louvain et Paris 1964.

- VETTER RUDOLF, Probleme des Zeugnisverweigerungsrechtes, thèse, Zurich 1954.
 VOYENNE BERNARD, La presse dans la société contemporaine, 4e éd., Paris 1971.
 WESPI KASPAR, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, thèse, Zurich 1968.
 WETTSTEIN OSKAR, Über das Verhältnis zwischen Staat und Presse, mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz, Zurich 1904.
 WILDHABER LUZIUS, Verfassungsrang der europäischen Menschenrechtskonvention in der Schweiz?, RSJB, 1969, p. 249 ss.
 WINDSHEIMER HANS, Die «Information» als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 1968.
 WOLF ELIAS, Zum Selbstbestimmungsrecht des Destinatärs von Gratisblättern, RSJ, 1970, p. 97 ss.

Abréviations

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral
BEJ	Bulletin de l'Association suisse des éditeurs de journaux
BGHZ	Arrêts du Tribunal fédéral allemand en matière civile (<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i>)
BPS	Bulletin de l'Association de la presse suisse
Bull. off.	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BVerfGE	Arrêts du Tribunal constitutionnel allemand (<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>)
CCS	Code civil suisse
CE	Conseil des Etats
CN	Conseil national
CPP	Code de procédure pénale
CPS	Code pénal suisse
Cst.	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale
GG	Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (<i>Grundgesetz</i>)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OJF	Loi fédérale d'organisation judiciaire
PCC	Publications de la Commission des cartels
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale
RDH	Revue des droits de l'homme
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois et ordonnances fédérales
RPS	Revue pénale suisse
RRTCst.	Réponses aux questions du Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale (volumes I à IV, 1969/70)
RS	Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947, ou Recueil systématique du droit fédéral (parution dès 1970)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
VVDSRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer

Introduction

L'information a pris une place de choix dans la vie individuelle et sociale de notre temps, du fait de l'avènement de moyens de communication rapides et efficaces. Le point le plus reculé du globe est devenu une banlieue, dans laquelle pratiquement aucun événement important ne peut se produire sans qu'on en soit tout de suite averti. Cela ne manque pas d'influer sur le comportement de l'individu, pour qui l'information est maintenant un élément vital.

Mais l'information est vulnérable. Et c'est là que les choses se gâtent. Sur leur parcours de la source au destinataire final, les éléments qui la composent rencontrent de nombreuses occasions où ils peuvent être faussés ou supprimés. Si les embûches sont fréquentes ou systématiques, les conséquences ne tardent jamais à se manifester. L'asservissement de peuples entiers et leur lancement dans une aventure belliqueuse sont les ultimes résultats, dont on voudrait bien dire qu'il n'en existe pas d'exemples.

C'est pourquoi, on demande de plus en plus nettement à l'Etat d'assurer à l'information des voies sans obstacles, de garantir à tout individu la liberté de l'information – liberté de renseigner et de se renseigner. Une nouvelle notion a ainsi fait son apparition, cherchant à se faufiler dans les catalogues de libertés fondamentales.

L'information peut être transmise oralement, par l'écriture, le cinéma, la radio, la télévision, la presse. Pour chacun de ces moyens, les implications qui découlent de la liberté diffèrent. Nous avons pour notre part choisi de nous en tenir essentiellement à un seul de ces moyens, qui est aussi la plus ancienne des techniques de diffusion collective: la presse. En étudiant comment se marquent dans son domaine les conséquences d'une garantie de la liberté de l'information, nous parviendrons à saisir le contenu de cette liberté et à dégager des lignes de force qui valent également pour les autres moyens de communication de masse. Les analogies sont particulièrement évidentes dans les titres I et III de la troisième partie. Auparavant, et pour que la nouveauté apparaisse clairement, il nous paraît toutefois utile de nous arrêter à une notion connue, classique: la liberté de la presse. Elle sera notre point de départ.

Un dernier mot concerne les relations entre la liberté de l'information et la liberté d'opinion. Le problème est épineux, car ces deux libertés ne font pas bon ménage. Si on considère la liberté d'opinion comme un droit de former, d'exprimer et de diffuser librement son opinion, on ne peut pas dire que la liberté de l'information est une liberté qui se situe au stade précédent et qui recode la liberté d'opinion possible. Cet ajustement n'existe pas. La liberté de l'information est un droit de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations, mais aussi des *opinions*. Il y a donc recoupement partiel. Une nette sépa-

ration entre opinions et nouvelles serait peut-être pratique, mais elle est irréalisable. Les essais de distinction, jusqu'ici, ont toujours été insatisfaisants. Il serait donc également illusoire de vouloir, par souci de clarté, attribuer tout ce qui est du ressort des opinions (recherche, réception, diffusion) à la liberté d'opinion, et tout ce qui a trait aux faits à la liberté de l'information.

En conséquence, si l'on veut maintenir une certaine clarté, l'une de ces deux notions doit l'emporter sur l'autre. Il se pourrait que la liberté d'opinion, notion ancienne et bien connue, soit la mieux placée dans la course à la suprématie, à condition d'être interprétée largement comme une liberté de rechercher, de recevoir et de diffuser des informations et opinions. La notion de liberté de l'information ne serait pas évincée pour autant. Là où la constitution se borne à garantir «la liberté d'opinion» ou ne contient qu'une garantie implicite, les sous-catégories de cette liberté qui sont expressément mentionnées dans la constitution pourraient être explicitées par l'adjonction du terme de liberté de l'information. Cela signifierait que par exemple les libertés de la radiodiffusion, de la télévision, du cinéma, de la presse – qui ont trait aux principaux moyens de communication – doivent être garanties le plus largement possible, plus largement en tout cas qu'elles ne le sont sous l'empire d'une liberté d'opinion au sens étroit.

Première partie:

La notion classique de la liberté de la presse

La liberté de la presse est la faculté de diffuser librement des opinions et des informations par le moyen de la presse. C'est ainsi qu'on définit habituellement cette liberté individuelle classique¹, qui est aussi une des composantes de la liberté d'opinion. A l'origine, il n'était question que des opinions, des idées, des pensées. Mais avec le développement de l'information, cela aurait conduit à une protection seulement partielle de la matière rédactionnelle, ce qui aurait été difficilement justifiable. D'où l'élargissement subi². En Suisse, elle fait l'objet de l'art. 55 Cst., auquel nous consacrerons le titre unique de cette première partie.

Pour saisir exactement le rôle assigné à la liberté de la presse dans l'ordre juridique moderne, il faudrait connaître le terrain dans lequel elle plonge ses racines, et donc procéder à une étude du mouvement de pensée qui tendit à soustraire l'homme à la toute-puissance de l'Etat. Nous nous bornerons à évoquer dans un premier chapitre quelques-uns des points qui ne devraient pas manquer de figurer dans pareille étude. Ensuite seulement, nous pourrons aborder l'art. 55, fruit d'une évolution qui, en Suisse, commença avec l'Helvétique. Cet article, peu explicite et d'ailleurs controversé dans son énoncé (chap. 2), donne lieu à des interprétations qui ne sont pas toujours satisfaisantes (chap. 3). Pour couper court aux incertitudes, on songea alors à une révision. L'idée, lancée avant la Deuxième Guerre mondiale, n'a pas perdu de son actualité, puisque, aujourd'hui encore, l'art. 55 a gardé sa forme primitive (chap. 4).

¹ Les libertés individuelles (ou libertés fondamentales, ou, en France, libertés publiques) font plus généralement partie des droits individuels (ou droits constitutionnels, ou droits fondamentaux, ou droits de l'homme). Voir pour une liste des droits individuels mentionnés dans la Constitution suisse: H. HUBER, *Die Grundrechte in der Schweiz*, p. 215 s.; et pour une classification d'après leur contenu: A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, p. 248 s.

² ATF 37 I 377 *Kälin*, du 13 juillet 1911. Le Tribunal fédéral explique que, pour qu'une publication bénéficie de la protection de l'art. 55 Cst., elle doit rentrer dans le cadre de la mission spécifique qui est celle de la presse dans l'Etat moderne. Or, selon le Tribunal fédéral, cette mission n'est pas seulement de communiquer des idées et des opinions, mais aussi de «renseigner le public sur des faits d'intérêt général, (de) l'informer sur des éléments d'ordre politique, économique, scientifique, littéraire ou artistique de tous genres». Pour la doctrine, voir en particulier Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 364, note 3; J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, p. 734, no 2089.

Titre unique: L'article 55 de la Constitution fédérale

Chapitre premier: Aperçu historique

De tout temps, la position de l'individu face à l'Etat a préoccupé les esprits. C'est ainsi qu'on tente parfois de faire remonter l'idée des droits de l'homme à l'Antiquité. En fait, l'antiquité païenne méconnaît généralement l'autonomie de la personne humaine à l'égard de l'Etat. Même si, à certaines époques, les Grecs et les Romains jouissent d'une liberté individuelle considérable, celle-ci n'est jamais consacrée juridiquement. Il faut attendre le christianisme pour voir cette autonomie adopter des contours plus définis. L'idée prend alors naissance qu'une importante parcelle de l'homme est soustraite au pouvoir politique. Cette parcelle – l'âme – a pour seul maître Dieu. Pour le reste, l'Etat est accepté et il reçoit même un fondement moral. On le considère comme voulu par Dieu tant qu'il recherche le bien général.

Dans les écrits des pères de l'Eglise, on retrouve l'idée d'une certaine protection des droits de l'homme. Mais il n'y a pas d'élaboration d'une théorie systématique. Ce qui est mis en évidence, ce sont les obligations morales du prince, qui doit respecter dans les gouvernés la dignité de la personne humaine. Certaines théories n'ont pour but que de prouver la supériorité de l'Eglise sur le pouvoir laïque.

Les chartes anglaises – la *Magna Charta* (1215), la *Petition of Right* (1627), l'*Habeas-Corpus Act* (1679), le *Bill of Rights* (1689) – sont des codifications d'anciens droits populaires. Ceux-ci ont un caractère avant tout politique. C'est une sorte de transaction passée entre le roi et ses sujets, qui ne contient pas la reconnaissance de droits sacrés et inhérents à chaque être humain. Ces chartes ne constituent donc pas vraiment le point de départ de l'idée des droits de l'homme⁸. Elles expriment cependant l'idée que le pouvoir étatique ne saurait être absolu.

Ce point de départ doit être recherché à l'époque de la Réformation. C'est à ce moment-là que la revendication de droits fondamentaux devient un problème intéressant les masses. Jusqu'ici, le christianisme a certes montré que l'être humain était directement responsable de son âme devant Dieu, que l'Etat n'avait pas à intervenir dans cette zone. Mais cette idée d'autonomie s'est traduite soit dans le martyr, soit dans une résistance passive de l'Eglise. Durant la Réformation et les troubles qui suivent, le problème prend une dimension politique. Le pouvoir trop encombrant du prince est mis en question. Face à la répression, la notion de droits attachés à toute personne humaine se précise.

⁸ P. TOGGENBURGER, *Pressefreiheit und demokratische Willensbildung*, p. 5 s.

La doctrine calvinienne a là une influence très importante. En affirmant la domination absolue de Dieu sur l'univers et la suprématie de la foi sur le pouvoir temporel, – supériorité due au fait que c'est Dieu qui a élu le croyant –, Calvin insiste sur les limites de ce pouvoir. Celui-ci s'arrête là où commence le domaine de la relation entre l'individu et Dieu, c'est-à-dire la liberté de conscience.

L'idée des droits de l'homme est donc d'origine religieuse. La liberté de conscience devient peu à peu la liberté de toute activité de l'esprit, puis une liberté tendant à écarter aussi les entraves dans le domaine politique et économique⁴.

Calvin n'est pas hostile à l'Etat, qu'il admet comme une institution faisant partie du plan de Dieu, comme l'Eglise. L'élu ne peut certes pas influencer son destin, mais il doit montrer sa reconnaissance en consacrant sa vie au service de la justice et de la paix, dans le cadre de l'Etat. Même en limitant les pouvoirs de l'Etat, cette doctrine contribue à son renforcement, ceci en permettant à l'individu de s'affermir intérieurement. Si Calvin postule la liberté, c'est pour permettre que s'établisse une liaison directe et sans obstacles entre la conscience de l'individu et la volonté divine. Cette liaison donne à l'homme une consistance intérieure nouvelle. Plus généralement, la liberté à l'extérieur suscite à l'intérieur de l'individu une prise de conscience de soi-même et de ses responsabilités. Une fois supprimés les empêchements superficiels et inutiles, l'homme peut se rattacher à des valeurs plus profondes et développer ainsi sa personnalité. Son comportement politique en sera influencé, et l'Etat ne fera qu'en profiter. Ainsi comprise, la liberté ne saurait conduire au désordre⁵.

Le contexte historique, le fait que les sympathisants de cette doctrine sont une minorité combattue par l'Eglise romaine et les souverains, donne une force de pénétration particulière aux idées de Calvin. Introduites en Angleterre par Knox et Browne, elles traversent l'Atlantique avec les réfugiés religieux. Elles influencent aussi les penseurs du droit naturel, tel Locke, qui développe l'idée d'une loi de nature, antérieure et supérieure à toutes les lois. Cette loi, dit Locke, est celle qui existe dans l'état de nature, lorsque les hommes n'ont pas encore formé de société politique. Les hommes sont alors libres et égaux, et possèdent des droits imprescriptibles. Quand la société politique se forme, c'est par un consentement commun, un contrat qui attribue au gouvernement le rôle de mandataire du peuple, avec pour corollaire l'obligation de se conformer aux lois de la nature.

⁴ TOGGENBURGER, *op. cit.*, p. 7 s.

⁵ D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, p. 135 ss. (cité par TOGGENBURGER, *op. cit.*, p. 15 ss), insiste sur la compensation que la démocratie doit trouver dans le domaine extra-juridique.

Le concept de liberté à l'égard de l'Etat, de souche religieuse, influencé par la philosophie, trouva en Amérique un terrain favorable à son développement. Dans un pays où les structures sociales étaient inexistantes, où la réussite ne dépendait que du propre mérite, il pouvait s'imposer d'autant plus facilement que nombreux étaient les colons qui avaient fui le vieux continent victimes de l'intolérance. L'Etat, inexistant au début, prenait vraiment le caractère d'un contrat, librement passé entre les colons qui éprouvaient le besoin d'un minimum d'organisation. La menace extérieure ne fit qu'exacerber cet attachement aux valeurs de la liberté.

Historiquement, on le voit, les libertés individuelles sont des libertés qu'il s'agit de garantir contre toute atteinte de l'Etat. Chaque individu dispose d'une sphère où il peut évoluer comme bon lui semble, sans craindre l'ingérence étatique. Ce qui vaut pour les libertés individuelles en général vaut aussi pour la liberté de la presse. On demande à l'Etat de s'abstenir, de rester invisible, de fournir en quelque sorte une prestation négative. Si cette orientation originale ne fait pas de doute, pourrait-on néanmoins considérer que les libertés individuelles se dirigent aussi contre d'autres personnes que l'Etat? N'obligent-elles pas celui-ci à des prestations positives, du moins dans certaines circonstances? Ces points d'interrogation, inexistantes il y a quelques dizaines d'années encore, deviennent aujourd'hui de plus en plus insistants. Nous devons y prêter quelque attention par la suite.

La notion de liberté de la presse n'a été précisée qu'au XVII^e siècle. Jusqu'ici, et dès l'invention de l'imprimerie, l'Etat avait exercé une censure rigoureuse sur ce moyen de diffusion jugé particulièrement dangereux. Réclamée d'abord pour assurer la liberté des savants et des philosophes, la liberté de la presse prit rapidement la dimension politique qu'on lui connaît aujourd'hui. On comprit que la libre critique des affaires publiques était un des fondements d'une forme d'Etat respectant l'individu. En 1644, Milton écrivit son fameux pamphlet qui entraîna en Angleterre la suppression progressive des mesures préventives contre la presse. La censure fut ainsi abolie en 1695 par la non-confirmation du *Licensing Act*.

En 1776, le *Bill of Rights* de l'Etat de Virginie garantit pour la première fois formellement le principe de la liberté de la presse. Dans sa section 12, il déclarait «*that the freedom of press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments*». La Constitution des Etats-Unis de 1787 ne contient aucune garantie pareille, mais cette lacune fut comblée en 1791 déjà par le 1^{er} amendement, qui dit que le Congrès ne pourra faire aucune loi restreignant la liberté de la parole ou de la presse.

Inspirés par les idées américaines, les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789, consacraient ainsi la liberté de parler et

d'écrire: «Art. XI – La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.» La Déclaration qui précède la Constitution de 1793 allait encore plus loin, puisqu'elle postulait une liberté de presse illimitée⁶.

Il est significatif de voir la place réservée alors aux droits individuels. Ceux-ci figurent toujours avant la Constitution, dans une déclaration spéciale. Ils ne sont pas considérés comme du droit positif, mais comme un droit supérieur, inaliénable et imprescriptible, ne pouvant être restreint par aucune formulation législative. Peu à peu, l'opposition se perd, et les droits de l'homme deviennent des droits constitutionnels. La deuxième Constitution helvétique du 2 juillet 1802 renonce déjà à une déclaration séparée.

En Suisse, l'Ancien Régime soumettait les journaux à tous les contrôles, sauf à Glaris et aux Grisons, seuls pays du continent à n'avoir jamais connu la censure. Les journaux se bornaient à donner des nouvelles de l'étranger et s'abstenaient de toute critique. Le désir de voir la presse libérée de la tutelle étatique ne se manifesta jamais vraiment. On s'était habitué à ne pas suivre de très près les affaires de l'Etat⁷. La liberté de la presse était donc un véritable produit d'importation, lorsqu'en 1798, elle fut garantie par l'art. 7 de la Constitution de la République helvétique, comme dérivant «du droit d'acquérir de l'instruction». Cette garantie fut sans grande portée, puisque la censure fut réintroduite quelques mois plus tard, à la demande des autorités françaises. Néanmoins, l'idée de cette liberté une fois acquise ne s'oubliait pas, même si durant trente ans, elle ne trouva plus aucune concrétisation juridique.

Il faut attendre les dernières années de la Restauration pour voir la liberté de presse refaire surface. A cette époque, elle était devenue un des principaux points du programme des libéraux. En 1829, les cantons votèrent l'abrogation du *conclusum* sur la presse et les étrangers, promulgué six ans plus tôt à la suite des pressions exercées par les puissances de la Sainte-Alliance. La censure fut abolie dans plusieurs cantons, et la liberté de la presse garantie dans les nouvelles constitutions édictées en 1830–31.

Sur le plan fédéral, une telle reconnaissance était aussi envisagée. En 1833, le second projet de Pacte fédéral déclarait en son article 32: «La presse est exclusivement soumise à la législation cantonale; la Confédération ne peut ni abroger, ni introduire la censure.» Cette garantie était dirigée contre la Confédération, car on voulait éviter le renouvellement de décisions aussi fâcheuses que le *conclusum*.

⁶ J. BOURQUIN, *La liberté de la presse*, p. 71.

⁷ Cf. A. WELTI, *Geschichte der NZZ von 1780–1914*, in *150 Jahre Neue Zürcher Zeitung*, 1930, p. 2.

Même si les cantons régénérés conservèrent certaines mesures que l'on jugerait aujourd'hui incompatibles avec la liberté de presse, les journaux cessèrent d'être des feuilles locales, de simples recueils de petites nouvelles. Désormais, ils représentèrent des tendances politiques et prirent dans la vie du pays un rôle d'une importance réelle. Leur nombre augmenta en flèche⁸.

Chapitre 2: Le texte de l'article 55

En 1848, la commission chargée d'élaborer une nouvelle constitution décida de ne pas reprendre la disposition du projet de 1833. On ne voulait plus protéger l'autonomie des cantons en matière de presse, mais au contraire la restreindre. Ce changement s'explique par le fait que la majorité radicale, sortie vainqueur de la guerre du Sonderbund, estimait que s'il y avait danger, celui-ci proviendrait plutôt de l'attitude de certains cantons à l'égard des minorités politiques ou religieuses.

L'art. 45, tel qu'il figurait dans la Constitution de 1848, fut repris sans modification comme art. 55 dans la Constitution de 1874 actuellement en vigueur:

¹ La liberté de la presse est garantie.

² Toutefois, les lois cantonales statuent sur les mesures nécessaires à la répression des abus; ces lois sont soumises à l'approbation du Conseil fédéral.

³ La Confédération peut aussi statuer des peines pour réprimer les abus dirigés contre elle ou ses autorités.

§ 1 La révision de 1898

Le 30 juin 1898, les Chambres fédérales adoptèrent un arrêté concernant l'insertion d'un art. 64 *bis* dans la Constitution, donnant à la Confédération la compétence de légiférer en matière pénale⁹. Dans un chiffre II, l'arrêté du 30 juin prévoyait que les alinéas 2 et 3 de l'art. 55 Cst. seraient abrogés dès l'entrée en vigueur du code pénal suisse. Celle-ci ayant eu lieu le 1er janvier 1942, on peut considérer que depuis ce jour, l'art. 55 ne comprend plus qu'un seul alinéa, comme cela ressort d'ailleurs du Recueil systématique et des éditions de la Constitution fédérale parues depuis lors.

A ce propos, de curieuses idées ont fait le tour de la doctrine. Leur origine se trouve dans une fiche juridique assez malheureuse rédigée par le professeur

⁸ De 1827 à 1858, on assista à la fondation de 492 journaux. Leur fortune fut variable, puisqu'à la fin de cette période, il existait au total 180 journaux, alors qu'en 1827, on en comptait 33. Cf. K. WEBER, *Die schweizerische Presse im Jahre 1848*, Bâle 1927, p. 44. – Cela rappelle un peu la formidable éclosion de journaux en France, où, de juillet 1789 à juillet de l'année suivante, on compte la naissance d'au moins 300 journaux, la plupart à Paris. Cf. Ch. LEDRÉ, *Histoire de la presse*, p. 97.

⁹ FF 1898 III 572.

¹⁰ RO 16, 827.

Hans NEF¹¹. Cet auteur refuse d'assimiler le chiffre II de l'arrêté du 30 juin 1898 à une disposition constitutionnelle, motif pris que ce chiffre ne fait pas partie de l'art. 64 *bis*, ni dans les projets, ni dans le texte soumis à la votation¹². Il en déduit que l'art. 55 al. 2, en particulier, est resté en vigueur et que les cantons peuvent continuer à légiférer dans les domaines qui ne sont pas accaparés par le droit fédéral, en soumettant leurs lois à l'approbation du Conseil fédéral. A la suite de cet article, plusieurs auteurs ont cru comprendre que le chiffre II n'avait pas du tout été soumis au vote référendaire. Certains sont ainsi arrivés à la même conclusion que le professeur NEF¹³. D'autres, en revanche, estimant à tort que l'effet négatif du Recueil systématique s'applique aux normes de rang constitutionnel, considèrent les alinéas en question comme abrogés, tout en s'étonnant vivement de la négligence de la Chancellerie fédérale¹⁴.

Celle-ci, en réalité, n'a strictement rien à se reprocher. Le texte de l'arrêté du 30 juin distribué aux citoyens est en tout point conforme à celui qui a été publié dans la Feuille fédérale. Outre le texte de l'art. 64 *bis*, il contient un chiffre II prévoyant que «les alinéas 2 et 3 de l'article 55 de la Constitution fédérale seront abrogés à partir de la promulgation d'un Code pénal». Le fait que cette disposition ne fasse pas partie intégrante de l'art. 64 *bis* ne signifie pas nécessairement qu'elle soit de rang inférieur. Pour apprécier la force juridique formelle d'une disposition, il convient avant tout d'examiner sa procédure d'adoption. En l'occurrence, le chiffre II se trouve au milieu d'un arrêté constitutionnel qui a été adopté dans son ensemble, comme l'atteste le bulletin de vote imprimé pour cette occasion. Par conséquent, il bénéficie de la double acceptation du peuple et des cantons, au même titre que l'art. 64 *bis*, et ne saurait faire dès lors l'objet d'aucune discrimination. Bien que l'arrêté ne le dise pas expressément, ce chiffre II doit être considéré comme une disposition transitoire. Il importe peu qu'il ait ou non figuré comme telle dans toutes les éditions de la Constitution. Selon l'art. 123 al. 1 Cst., les nouvelles normes constitutionnelles entrent en vigueur dès leur acceptation référendaire, ou plus exactement, et suivant l'usage, dès que l'Assemblée fédérale a constaté officiellement le résultat du vote¹⁵. Pour l'arrêté du 30 juin 1898, cette constatation a eu lieu par un arrêté simple de 21 décembre 1898, qui a été publié au Recueil officiel, et qui reprend *in extenso* le texte soumis au vote.

¹¹ Fiches juridiques suisses, no 321, p. 7 s.

¹² Même position: G. JACCOTTE, *La réforme du droit de la presse en Suisse*, RDS 1948, p. 128 a s.

¹³ FAVRE, *op. cit.*, p. 324; AUBERT, *op. cit.*, p. 729, no 2070. Cf. aussi GIACOMETTI, *op. cit.* p. 369 ss.

¹⁴ BOURQUIN, *op. cit.*, p. 267 s.; K. LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, p. 70 s. Cf. aussi P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, p. 36.

¹⁵ W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, p. 821; AUBERT, *op. cit.*, p. 158, no 406.

Si la revision de l'art. 55 Cst. ne fait pas de doute, encore doit-on s'interroger sur ses conséquences. Dans l'hypothèse où l'on admet que l'alinéa 2 avait une valeur constitutive¹⁶, – à savoir que sans lui les cantons n'auraient pas été autorisés à prendre des lois réprimant les abus –, son éviction aurait pour effet que les cantons n'auraient plus aucun droit de légiférer en la matière. La loi vaudoise sur la presse de 1937, par exemple, serait nulle¹⁷. Si l'on considère au contraire que cet alinéa n'avait qu'une valeur déclarative¹⁸, – à savoir qu'il ne fondait aucune compétence cantonale, mais ne faisait que constater ce qui résulte implicitement de l'art. 3 Cst. –, sa disparition n'aurait qu'une seule conséquence juridique: les lois prises désormais par les cantons ne seraient plus soumises au placet du Conseil fédéral¹⁹. Les cantons pourraient ainsi légiférer librement en matière administrative ou de contraventions pénales.

Cette seconde opinion paraît préférable. L'alinéa 2, aux yeux du constituant de 1848, devait être un moyen pour faciliter l'interprétation du principe de la liberté de la presse. Ce qu'on voulait indiquer, c'est que cette liberté ne saurait être sans bornes, et surtout qu'elle n'était pas destinée à priver les cantons de leurs compétences.

Il n'en reste pas moins que c'est à bon droit qu'on a pu qualifier la suppression de l'alinéa 2 d'irréfléchi²⁰. Quand, dans son message de 1896, le Conseil fédéral déclarait que l'abrogation des alinéas 2 et 3 était une chose naturelle, «un point qu'il suffit d'énoncer», il partait de l'idée fautive d'un alinéa 2 limité au droit pénal²¹. Or il est évident que les abus de la presse peuvent aussi faire l'objet de dispositions de droit administratif, singulièrement de droit de police.

§ 2 La méthode d'interprétation

L'art. 55, tel qu'il figure aujourd'hui dans la Constitution, est d'une brièveté lapidaire. Même si l'on se reporte à la définition traditionnelle de la liberté de la presse, des questions restent posées qui touchent son aspect tant matériel que formel. Plus précisément, ces questions ont trait à trois domaines: d'abord au contenu de cette liberté (– les restrictions à la liberté de la presse sont-elles toutes prohibées? si ce n'est pas le cas, quelles sont celles qui sont admissibles?);

¹⁶ H. NEF, *op. cit.*, p. 5; JACCOTTET, *op. cit.*, p. 131 a.

¹⁷ Pour d'autres dispositions cantonales qui seraient inconstitutionnelles, voir: *Les dispositions légales de la Confédération et des cantons concernant la presse*, recueil édité par le Département fédéral de justice et police, Berne 1966.

¹⁸ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 372, note 51; AUBERT, *op. cit.*, p. 738, no 2107.

¹⁹ Sur la valeur de cette approbation: R. SCHERRER, *Die Begrenzung der Pressefreiheit durch das Strafrecht*, p. 29 s.

²⁰ AUBERT, *op. cit.*, p. 738, no 2107.

²¹ FF 1896 IV 592.

puis aux titulaires de la liberté (– qu'est-ce que la presse? quelle doit être la liaison entre l'individu et le produit de presse?); et enfin aux sujets passifs (– cette liberté est-elle uniquement opposable à l'Etat et à ses organes?).

Plutôt que d'établir ici une liste détaillée des questions qui se posent et des réponses données par le législateur ou par le juge depuis 1848, nous tenterons de préciser le caractère de l'art. 55 Cst., et la manière dont il convient de l'interpréter.

Il existe deux sortes de normes juridiques: celles qui sont générales et imprécises, celles qui sont spéciales et détaillées. Les premières parviennent beaucoup mieux à se maintenir à la hauteur des idées, et la Constitution américaine en est un exemple²². C'est pourquoi il n'est pas désavantageux que les droits individuels soient formulés de manière assez large. Entre l'idée de base et l'expression de cette idée dans la Constitution, les considérations de technique constitutionnelle ou tenant compte de la future exécution par le législateur n'interviennent pas. On n'est donc pas en présence d'une traduction, mais simplement d'une reproduction de l'idée de base. Cette proximité de la source a cependant un inconvénient: le droit individuel ne peut pas être appliqué tel quel, et l'interprétation prend une part importante.

Quelle sera la nature de cette interprétation? Comme d'ailleurs les autres libertés individuelles, la liberté énoncée à l'art. 55 Cst. n'a pas la structure d'une règle de droit. Ni le sujet actif, ni le sujet passif, ni la prestation ne sont mentionnés. Elle ressemble plutôt à une proclamation, à un programme. On pourrait croire qu'elle est une simple directive s'adressant au législateur, si on ne se souvenait que les droits individuels sont considérés en Suisse comme du droit immédiatement applicable²³. Si certains auteurs leur dénie le titre de droits publics subjectifs, il n'en demeure pas moins qu'ils ont des titulaires, qui disposent de moyens pour les faire respecter. Le recours de droit public peut se fonder directement sur l'article constitutionnel prétendument violé par les autorités. Au contraire de ce qui vaut en France²⁴, les libertés individuelles n'ont pas besoin d'une loi pour exercer leurs effets. Et, si une loi est édictée à leur sujet, elles conservent une pleine indépendance et ne peuvent être limitées. Mais, avant d'appliquer l'art. 55 Cst., il faut procéder à une opération qui n'est pas de l'interprétation. C'est la transformation d'une liberté individuelle en règle de droit, la concrétisation d'une proclamation qui, sans cela, resterait du domaine abstrait des idées. L'énoncé de l'art. 55 étant clair en lui-même, on sent bien

²² H. HUBER, *Die Verfassungsbeschwerde*, p. 17.

²³ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 243.

²⁴ Voir par exemple G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, p. 72; J. RIVERO, *Le système français de protection des droits de l'homme*, RDH, 1968, p. 72 ss.

qu'il ne s'agit pas d'une simple interprétation, mais d'une activité *sui generis*, qui se rapproche plutôt du travail d'un constituant²⁵.

Lors de cette concrétisation, le texte initial recule à l'arrière-plan et perd pour ainsi dire toute importance. On ne cherche pas à en tirer une signification, comme on le ferait d'un article du code pénal resté obscur. On recherche l'idée de base qu'il reproduit, pour formuler ensuite une ou plusieurs règles de droit²⁶. Les règles habituelles de l'interprétation ne sont guère utiles; en particulier, on ne saurait se contenter de rechercher la volonté subjective du constituant. On aura plutôt recours au droit naturel, qui, spécialement dans le droit positif constitutionnel, est un guide pratique pour l'application, mais aussi pour le développement progressif des notions posées²⁷. En reconnaissant l'existence de droits individuels non écrits, le Tribunal fédéral a d'ailleurs démontré combien est ténue la liaison entre l'énoncé d'un tel droit et son véritable contenu²⁸. Un droit peut ne pas figurer dans la Constitution, sans que cela préjuge de son inexistence.

Les autorités étant toutes tenues de respecter la Constitution, elles doivent toujours procéder à cette transformation avant d'édicter ou d'appliquer les lois. Selon le professeur HUBER, les juges de la cour de droit public sont, sur le plan juridictionnel fédéral, les mieux à même de conférer aux droits individuels leur véritable portée²⁹. Ils ne sont pas tentés d'appliquer les règles usuelles de l'interprétation comme le sont les juges pénaux ou civils, qui, le plus souvent, disposent de codifications précises et détaillées. Par leur généralité et leurs rapports étroits avec l'idée de base, les droits fondamentaux font figure d'îles dans notre droit continental, d'habitude tant porté à la codification et à la spécialisation. Ce sont des îles qui ont une structure juridique tout à fait différente, et qui exigent du juge qu'il modifie complètement sa manière de raisonner³⁰, qu'il abandonne les règles traditionnelles de l'herméneutique juridique pour se consacrer à une élucidation créatrice³¹. M. HUBER en vient même à souhaiter la disparition des liens personnels qui existent entre les juri-

²⁵ H. HUBER, *Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte*, RDS 1936, p. 142 a ss. Cf. aussi J.P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, p. 77 ss.; P. SALADIN, *op. cit.*, p. 318.

²⁶ Voir les exemples cités par H. HUBER, *Grundrechte*, p. 201. Si, avant l'entrée en vigueur de l'art. 347 CPS, le Tribunal fédéral déduisait de l'art. 55 Cst. l'interdiction du for ambulant, ce n'était pas par l'interprétation, mais en transformant un postulat en règle de droit. Cf. aussi la jurisprudence développée au sujet des art. 4 et 31 Cst.

²⁷ A. FAVRE, *L'évolution des droits individuels de la Constitution*, RDS, 1936, p. 317 a ss.

²⁸ J.P. MÜLLER, *Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschutz*, RDS, 1967, 1, p. 131 note 18.

²⁹ H. HUBER, *Verfassungsbeschwerde*, p. 20.

³⁰ H. HUBER, *ead. loc.*, p. 18 s.; *id.*, *Formenreichtum der Verfassung*, RSJB, 1971, p. 192 s.

³¹ U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, VVDSRL, 1965, p. 60 ss.

dictions administrative et constitutionnelle au sein de la cour de droit public. Une telle séparation, dit-il, serait plus profitable aux droits fondamentaux.

Cet avis ne manque évidemment pas de poids, si l'on considère la carrière de son auteur. Or, en ce qui concerne l'art. 55, les compétences de la cour de droit public se sont singulièrement rétrécies depuis l'entrée en vigueur du code civil et du code pénal. Le recours de droit public n'est plus donné contre les jugements cantonaux en matière civile ou pénale⁸², pour lesquels d'autres voies sont prévues⁸³. La conformité des lois fédérales à la Constitution ne pouvant pas non plus être examinée par le Tribunal fédéral en raison de l'art. 113 al. 3 Cst., le droit individuel de la liberté de la presse est défini aujourd'hui avant tout par le législateur fédéral et par les juges de la 1ère cour civile et de la cour de cassation pénale.

Dans le chapitre suivant, nous aborderons quelques-unes des interprétations (au sens large) que la jurisprudence et la législation ont été amenées à faire pour circonscrire le champ de l'art. 55. Comme nous verrons, on n'a pas toujours tenu compte de la nature spécifique des droits individuels dans la manière d'aborder les problèmes. Cela a eu pour conséquence logique que des voix se sont élevées demandant qu'on abandonne la formule générale de l'art. 55.

Chapitre 3: Quelques interprétations tendant à définir la portée de l'article 55

§ 1 Les restrictions pénales et civiles de la liberté et de la presse

La liberté consistant à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui⁸⁴, la liberté de la presse n'est donc pas absolue. Elle a des limites imposées par les intérêts supérieurs de la collectivité et par des intérêts de particuliers que l'ordre juridique a jugés dignes de protection. Les abus ne sauraient être protégés, car ils portent atteinte à d'autres droits et à d'autres libertés et sont par là une négation de l'ordre juridique.

Depuis toujours, on reconnaît au législateur le droit de placer quelques bornes autour du champ de la liberté de la presse, afin que ses limites deviennent apparentes pour chacun. Une tentation cependant guette celui qui entreprend pareil travail, c'est de corriger ce qu'il estime être une trop grande générosité de la part du constituant. Devant ce risque de substitution d'une autorité à une autre, la question des rapports entre les libertés fondamentales et les lois prend une grande importance. Si on nie la subordination des lois, le législateur,

⁸² Font exception les (très rares) jugements rendus uniquement sur la base des lois pénales et des codes de procédure cantonaux. Cf. les art. 335 et 400 CPS, et 269 PPF.

⁸³ Cf. les art. 43 ss OJF et 268 ss PPF.

⁸⁴ Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

par une concrétisation trop restrictive de l'idée de base, peut porter de graves coups aux libertés.

Plutôt que d'étudier ici les textes légaux qui répriment les abus de la liberté de la presse, nous examinerons comment le Tribunal fédéral considère la question primordiale des rapports entre l'art. 55 et les lois y relatives.

A. Les lois pénales

Le Tribunal fédéral a eu plusieurs opinions avant d'adopter en 1944 celle qu'il défend aujourd'hui³⁵.

Jusqu'en 1911, le Tribunal fédéral ne donnait suite à un recours de droit public pour violation de l'art. 55 Cst. que s'il constatait une application arbitraire du code pénal cantonal. Refusant de revoir l'interprétation des lois cantonales, il n'intervenait pas en cas de fausse application, mais seulement si une appréciation manifestement légitime, ne portant atteinte à aucun droit, se trouvait poursuivie. Ceci conduisait à enlever toute efficacité à l'art. 55, qui faisait double emploi avec l'art. 4 Cst. Les cantons prenaient une part prépondérante dans la définition de la liberté de la presse, puisque c'est à eux qu'il appartenait de décider quels droits méritaient protection³⁶.

La jurisprudence suivie de 1900 à 1902, et à laquelle se rattachent les arrêts rendus avant 1882, constituait une courte parenthèse. Dans l'arrêt *Schneider*, du 31 janvier 1900³⁷, le Tribunal fédéral reconnaissait qu'il devait assurer une meilleure protection au droit individuel positif et concret garanti à l'art. 55. Il se réservait donc le droit d'examiner l'application du droit cantonal et définissait ce qu'il considérait, lui, comme une atteinte à l'honneur. Ce faisant, il agissait comme une juridiction d'appel et procédait à une sorte d'unification du droit pénal.

Dans un arrêt *Kaelin*, du 13 juillet 1911³⁸, le Tribunal fédéral rompait avec le point de vue de l'arbitraire, estimant que l'art. 55 signifiait plus que la simple interdiction de mesures préventives ou de l'arbitraire dans l'application des lois pénales, qu'il instituait au contraire une protection générale contre toutes les mesures de nature à entraver la presse dans l'accomplissement de ses tâches. Dans l'Etat moderne, celle-ci a un rôle bien précis à remplir. Elle doit, disait le Tribunal fédéral, informer le lecteur, participer à la formation de l'opinion

³⁵ Voir pour ces différentes opinions en particulier SCHERRER, *op. cit.*, p. 43 ss; J. HERZOG, *Die staatsrechtlichen Grundlagen der Schweizer Presse*, p. 120 ss; TOGGENBURGER, *op. cit.*, p. 200 ss; BOURQUIN, *op. cit.*, 490 ss; LUDWIG, *op. cit.*, p. 119 ss.

³⁶ L'arrêt *Stadlin*, du 21 novembre 1885 (ATF 11, 417), constitue un exemple du résultat étonnant auquel pouvait conduire cette jurisprudence. Le tribunal maintint la condamnation d'un journaliste uranais qui avait mis en doute la valeur de la Landsgemeinde en tant qu'institution.

³⁷ ATF 26 I 38.

³⁸ ATF 37 I 368.

publique, contrôler l'administration. Si une publication portant atteinte à l'honneur d'autrui poursuivait un tel but supérieur et dans un certain sens idéal, on procédera à une balance des intérêts pour s'assurer qu'il n'existe pas de disproportion évidente entre l'importance du but poursuivi et la gravité de l'atteinte portée à la situation de la personne visée. D'autre part, l'auteur ne devra pas avoir quitté le terrain d'une critique objective ou avoir dénaturé les faits. Alors seulement on accordera la protection spéciale de l'art. 55 et l'auteur de la publication en question échappera à toute peine.

Ce droit de léser que les juges de Lausanne accordaient à la presse quand elle remplissait sa mission était un cas d'application du principe de la défense d'intérêts légitimes. A la suite de l'adoption et de l'entrée en vigueur du code pénal suisse, on se demanda si la nouvelle autorité de recours – la cour de cassation pénale – maintiendrait ce traitement de faveur. Malgré l'avis de la doctrine³⁹, elle décida, dans les arrêts *Pfändler*, du 3 mars 1944, et *Frey*, du 22 septembre 1944⁴⁰, qu'on ne pouvait plus rien tirer de l'art. 55 lors de l'interprétation du code pénal. Ainsi, pour les atteintes à l'honneur commises par voie de presse, la loi pénale est seule à dire quand il faut punir. La preuve de la bonne foi n'étant pas prévue par l'art. 173 CPS, un journaliste sera poursuivi comme n'importe qui, s'il a avancé des faits offensants qui ne correspondent pas à la réalité. Certes, le Tribunal fédéral reconnaît que l'art. 173 CPS n'est pas sans lacune, en ce sens qu'il ne tient pas compte de la sauvegarde d'intérêts légitimes. Mais il se refuse de considérer que le fait de remplir sa mission d'information du public constitue pour la presse une justification, d'autant plus que, selon lui, il s'agit d'un silence qualifié.

Dès 1950, les effets de cette jurisprudence ont été quelque peu atténués par la révision de l'art. 173, qui déclare maintenant en son chiffre 2 que l'inculpé n'encourra aucune peine s'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi ses allégations pour vraies. Le Tribunal fédéral n'a pas changé d'opinion pour autant, puisque, dans l'arrêt *Allgöwer*, du 27 avril 1951⁴¹, il répète qu'on ne peut pas, en faveur de celui qui porte atteinte à l'honneur d'autrui, déduire de l'art. 55 Cst. des droits plus amples que ceux qui résultent du code pénal. Celui-ci définit d'une manière qui lie le juge les limites pénales de la liberté de la presse.

Le célèbre arrêt *Goldsmith*, du 7 mai 1957⁴², illustre lui aussi cette jurisprudence. Le correspondant de l'agence Associated Press à Genève avait publié une information relative à une affaire d'espionnage dans laquelle était mêlé le

³⁹ H. HUBER, *Pressefreiheit und schweizerisches Strafgesetzbuch*, RSJ, 1939-40, p. 261 ss; HERZOG, *op. cit.*, p. 170 ss; en 1929 déjà: SCHERRER, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁰ ATF 70 IV 20 et 70 IV 145.

⁴¹ ATF 77 IV 99.

⁴² ATF 83 IV 59.

procureur de la Confédération. Le juge d'instruction fédéral qui s'occupait de l'affaire cita le journaliste comme témoin, et lui demanda de révéler la source de son information. Celui-ci refusa, ce qui lui valut d'être condamné à vingt-quatre heures d'arrêts. Dans le recours qu'il adressa au Tribunal fédéral, il fit valoir entre autre que cette mesure était contraire à l'art. 55 Cst. Mais la chambre d'accusation repoussa cet argument en affirmant que le contenu et l'étendue de la liberté de la presse sont définis par la législation fédérale, que, selon l'art. 113 al. 3 Cst., celle-ci lie le Tribunal fédéral, que c'est donc d'après elle seule qu'il convient d'examiner dans quelle mesure la liberté de la presse confère à l'individu des droits particuliers.

Si cet arrêt a recueilli l'approbation de nombreux auteurs⁴³, d'autres se sont élevés avec raison contre cette jurisprudence instaurée en 1944, et qui veut ignorer la véritable nature des droits individuels⁴⁴. On doit en effet souligner l'indépendance de ces droits à l'égard de la législation. Ils n'ont pas besoin d'une loi d'exécution, s'appliquent directement, et se distinguent par là des normes attributives de compétences que l'on trouve dans la loi fondamentale.

Si le législateur fédéral édicte néanmoins une loi qui, par certaines de ses dispositions, est en rapport avec une liberté individuelle, celle-ci continue à exercer intégralement ses effets, dans l'interprétation et l'application de la loi. Cependant, si la loi est d'une clarté limpide dans une de ses dispositions et qu'elle conduit à une solution opposée à la liberté individuelle, celle-ci devra céder le pas, non que son champ d'application subirait des limites. Car les libertés individuelles conservent toute la supériorité qui est celle d'une norme constitutionnelle à l'égard d'une loi, et le législateur ne saurait la reléguer à un simple rôle historique. Mais, dans le cas précis, elle se voit contrecarrée par une autre norme constitutionnelle (dont l'opportunité est souvent discutée): l'interdiction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales faite au Tribunal fédéral. La liberté individuelle exerce donc en tout temps pleinement ses effets, mais ceux-ci sont parfois neutralisés par une disposition légale fédérale contraire à la Constitution, et qui, curieusement, est protégée par la même Constitution.

En d'autres termes, les libertés fondamentales ne sont pas garanties uniquement dans l'étendue que leur fixe la loi. L'art. 113 al. 3 Cst. (dont le Tribunal fédéral semble tirer cette idée erronée) ne dispense pas le juge de respecter la Constitution, quand il interprète et applique une loi. Il signifie simplement que ce res-

⁴³ Cf. W. GUT, *Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht der Presseleute im Strafprozess*, RPS, 1969, p. 188, et les auteurs cités dans la note 49.

⁴⁴ Cf. H. HUBER, *Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz*, p. 94; M. NEF, *Ausgewählte Kapitel aus dem schweizerischen Presserecht*, p. 105 ss; M. FELDMANN, *Zur Reform des schweizerischen Presserechts*, RDS, 1948, p. 77 a ss; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 243 et 371; BOURQUIN, *op. cit.*, p. 516 ss; P. SALADIN, *op. cit.*, p. 61 s.

pect ne saurait aller jusqu'à déclarer inapplicable une disposition fédérale manifestement contraire à la Constitution. Comme dit GIACOMETTI, une liberté que le législateur pourrait préciser à son gré ne serait plus une liberté individuelle au sens des droits fondamentaux. On a introduit les libertés individuelles dans une constitution rigide précisément pour les soustraire aux volontés d'un législateur qui, sans cela, établirait peut-être un ordre juridique peu libéral⁴⁵.

B. Les lois civiles

Pour retrouver l'origine de la jurisprudence instaurée par la cour de cassation pénale, il faut remonter à l'arrêt *v. Burg*, du 29 mars 1917⁴⁶. Peu après l'entrée en vigueur du code civil suisse, la cour de droit public eut à juger du recours d'un journaliste condamné à verser une somme d'argent à titre de réparation morale sur la base de l'art. 49 CO. La somme litigieuse fixée pour le recours en réforme n'étant pas atteinte, le journaliste se dit qu'il pourrait peut-être emprunter la voie du recours de droit public. Le Tribunal fédéral saisit l'occasion pour fixer une fois pour toutes les limites entre les différents moyens de recours qui s'offraient désormais aux gens de presse, afin d'éviter deux choses: d'abord qu'un jugement civil cantonal puisse faire l'objet à la fois d'un recours en réforme et d'un recours de droit public pour violation de l'art. 55 Cst.; ensuite que, dans le cas où le recours en réforme n'est pas donné, le Tribunal fédéral, par le détour du recours de droit public, contrôle cependant librement l'application des lois civiles faite par l'instance cantonale.

Mais l'argumentation utilisée pour le rejet du recours est formulée d'une manière si large qu'elle dépasse le but poursuivi.

Le Tribunal fédéral fit valoir – à tort, nous l'avons vu – que, «si en vertu des compétences que lui confèrent les art. 64 et 64 *bis* Cst. la Confédération édicte des dispositions sur la responsabilité civile ou pénale à raison des produits de la presse, la liberté de la presse se trouve restreinte par le droit fédéral privé ou pénal...»; l'idée exprimée dans l'art. 55 Cst. «est réalisée au moyen de ces dispositions qui en précisent le contenu et l'étendue»; en conséquence, il ne peut plus être question d'un recours basé sur l'art. 55 Cst.

Il semble que cette formulation malheureuse – que le Tribunal fédéral reprit dans les arrêts *Pfändler* et *Frey* pour en tirer toutes les conséquences – n'eut d'abord aucune influence en matière civile. Ainsi, dans un arrêt rendu deux mois plus tard⁴⁷, le Tribunal fédéral parle de sa jurisprudence bien établie, développée notamment dans l'arrêt *Kaelin* et constamment reprise depuis lors.

⁴⁵ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 243. C'est parce qu'il néglige trop cette évidence que M. WESPI parvient si facilement à condamner tout recours à l'art. 55 Cst. lors de l'application du droit civil. K. WESPI, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, p. 73 s. Cf. pourtant p. 69.

⁴⁶ ATF 43 I 42.

⁴⁷ ATF 43 II 636, *Rusch*, du 29 septembre 1917.

En revanche, dans l'arrêt *M.*, du 18 septembre 1945⁴⁸, la 1ère cour civile déclare – influencée par l'arrêt *Pfändler* – que la liberté constitutionnelle de la presse a été réglée complètement par le code civil et le code des obligations pour le domaine du droit privé. Mais, dans le paragraphe suivant, elle remarque que les art. 28 CC, 41 et 49 CO ne disent pas à quelles conditions il est licite de porter atteinte aux intérêts personnels d'autrui. Il appartient donc au juge de considérer les circonstances, de peser les intérêts opposés. Pour cela, il tiendra compte du rôle que le constituant a reconnu à la presse. Or, «c'est l'art. 55 qui renseigne à ce sujet».

La différence avec la jurisprudence pénale est bien visible. Mais, comme le relève le professeur AUBERT, elle est due essentiellement à la manière dont les lois sont rédigées⁴⁹. La variété des litiges civils est telle que le législateur a renoncé à toute spécialisation, pour rédiger des normes larges et générales, capables d'englober tous les cas. Le juge civil doit alors adopter certains principes d'interprétation. Si on lui demande de tenir compte de la situation de la presse lorsqu'il applique l'art. 28 CC, c'est, dit le Tribunal fédéral, en vertu d'un principe général qui veut que «lorsque les droits et les intérêts des parties sont inconciliables, le juge décide, selon le droit et l'équité, lequel cèdera devant l'autre (cf. art. 4 CC)»⁵⁰. Il est vrai qu'il existe aussi dans le code pénal des interstices où le législateur n'a pas pénétré, par exemple dans les art. 32, 173 ch. 2 («raisons sérieuses»), 267 ch. 1 («intérêt de la Confédération»).

Si la cour civile n'a pas rejoint complètement les juges pénaux, elle n'est pas non plus allée jusqu'au bout dans la façon de concevoir les libertés individuelles. Elle s'est arrêtée à mi-chemin⁵¹. Nous en trouvons un exemple dans l'argumentation utilisée lors d'un revirement de jurisprudence opéré dans l'arrêt *M.*, confirmé dans l'arrêt *Weber*, du 14 décembre 1965⁵². Peu avant les élections, un journal zurichois fit paraître une annonce selon laquelle un conseiller communal aurait été expulsé de la Foire suisse pour l'agriculture, parce qu'il aurait tenté d'exposer une machine agricole provenant d'un pays de l'Est en la faisant passer pour suisse. Le conseiller communal ne fut pas réélu. Il engagea une action en constatation de l'illicéité sur la base de l'art. 28 CC, la nouvelle étant inexacte quant au caractère frauduleux de l'agissement. Il y avait bien eu expulsion, mais la direction de la Foire s'était trompée sur l'origine de la

⁴⁸ ATF 71 II 192.

⁴⁹ AUBERT, *op. cit.*, p. 740, no 2115.

⁵⁰ ATF 91 II 406, WEBER, cité plus bas; 95 II 494, *Club Méditerranée*, du 21 mars 1969.

⁵¹ C'est ce que constate également LUDWIG, *op. cit.*, p. 195 s., mais en souhaitant un ralliement aux thèses de la cour de cassation pénale.

⁵² ATF 91 II 401. Voir aussi un arrêt *Nicole*, du 29 février 1952, *Semaine judiciaire*, 1954, p. 95.

machine. L'auteur de l'annonce s'étant fondé sur une lettre reçue par le secrétaire de la Foire, sa bonne foi était donc établie. Quel allait être son effet ?

Jusqu'à l'arrêt *M.*, le Tribunal fédéral avait estimé que, dans le cas de fausses allégations portant atteinte aux intérêts personnels d'autrui, la bonne foi de l'auteur excluait à la fois la faute et l'illicéité⁵³. Désormais, la bonne foi n'est retenue que pour la question de la faute. Elle ne joue donc de rôle que dans l'application de l'art. 49 CO, qui, pour l'allocation de dommages-intérêts et d'indemnités pour tort moral, suppose une faute. En revanche, dit le Tribunal fédéral, elle ne rend en aucun cas licite des allégations inexactes. Sinon, l'application de l'art. 28 CC (qui suppose l'illicéité) serait exclue. L'auteur n'aurait plus aucune obligation de rétablir la bonne réputation du lésé.

La question qui nous intéresse plus particulièrement, c'est de savoir si cette solution s'impose au regard de l'art. 55 Cst. Le Tribunal fédéral y a répondu en disant que, même si on devait admettre avec la doctrine récente que les libertés individuelles s'appliquent également aux rapports entre particuliers, qu'elles doivent être présentes lors de l'interprétation des dispositions civiles, «il n'en résulte pas encore que serait licite une atteinte à l'honneur commise par une déclaration de presse fautive sans doute, mais que des raisons sérieuses ont fait tenir pour vraie. Car l'art. 55 Cst., pas plus que l'art. 28 CC, ne précise si (et quand) une fautive déclaration propagée par la voie de la presse est illicite»⁵⁴. Cette dernière phrase, reprise au professeur JÄGGI⁵⁵, conduit le tribunal à affirmer que «le seul moyen de savoir si la bonne foi de l'auteur peut justifier une atteinte à l'honneur causée par une fautive déclaration de la presse, c'est de mettre en balance les divers intérêts». Il se refuse donc à tirer quoi que ce soit de l'art. 55 pour résoudre la question directement.

Cette argumentation est loin de correspondre à celle d'un tribunal qui donnerait aux droits individuels leur pleine valeur⁵⁶. La substance normative de l'art. 55 n'apparaît certes pas dans son énoncé. Mais se borner à le constater revient à lui enlever toute raison d'être autre qu'historique. Nous avons vu quelle est la voie que doit emprunter celui qui questionne cette disposition. En définitive, le reproche d'imprécision adressé à l'art. 55 et le refus d'y recourir font apparaître à quel point la cour civile est peu éloignée de la cour de cassation pénale.

Le résultat auquel arrive notre cour suprême n'est peut-être pas choquant. Comme elle le souligne, les journalistes «n'ont à craindre une action civile que

⁵³ Arrêt *Pasquier*, du 13 mars 1914, cité par A. WESPI, *Die Stellung der Presse in der neuern bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, 1925, p. 160; ATF 60 II 399 (406), *Schmid*, du 6 novembre 1934. L'arrêt *Hotelplan*, du 9 juin 1942 (ATF 68 II 131), annonçait déjà ce revirement.

⁵⁴ Même avis: R. SCHUMACHER, *Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse*, p. 66; K. WESPI, *op. cit.*, p. 64.

⁵⁵ P. JÄGGI, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, RDS, 1960, p. 220 a.

⁵⁶ Même avis: J.P. Müller, RDS, 1967, I, p. 130 ss; H. MERZ, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen durch die Druckerpresse*, RSJ, 1971, p. 70.

si, nonobstant les éclaircissements qu'ils ont reçus sur la fausseté de l'information diffusée, ils refusent d'accéder de leur plein gré (en publiant une mise au point) à une requête en cessation du trouble». Mais on aurait aussi fort bien pu dire que ce n'est pas la fausse nouvelle publiée de bonne foi qui est illicite, mais l'attitude de l'auteur justifiant l'intérêt aux actions de l'art. 28 CC. Ceci donnerait toute satisfaction au lésé et aurait l'avantage de ne pas s'écarter inutilement de la solution adoptée depuis 1950 par l'art. 173 ch. 2 CPS⁵⁷.

§ 2 Les restrictions administratives de la liberté de la presse

Alors que les restrictions pénales et civiles de la liberté de la presse ont presque toutes un caractère répressif, les restrictions administratives, elles, sont principalement de nature préventive⁵⁸. Les autorités, craignant les effets de la chose imprimée, ont souvent estimé qu'il valait mieux prévenir que guérir. L'étendue et l'existence même de l'abus n'étant pas déterminées au moment de l'acte préventif, la porte était laissée ouverte à la disproportion et à l'arbitraire. C'est pourquoi ces mesures sont considérées aujourd'hui comme interdites en principe.

Si, historiquement, la garantie de la liberté de la presse se dirigeait avant tout contre la censure, l'art. 55 issu des travaux de la Diète n'en laisse rien paraître. En 1848, Berne avait proposé un texte selon lequel ni la censure, ni d'autres mesures préventives ne pourraient être introduites à l'avenir. Le terme de mesures préventives paraissait trop large à certains cantons qui voulaient coo- server leur droit de réclamer des cautions ou de saisir les écrits révolutionnaires. Zurich proposa de remplacer «d'autres mesures préventives» par «d'autres mesures semblables»⁵⁹. Mais finalement, on renonça à toute allusion à la censure.

Durant de longues années, on estimait qu'en temps de paix, la censure et les mesures analogues étaient prohibées de manière absolue, jusqu'au jour où, dans le célèbre arrêt *Presseunion des 'Kämpfers'*, du 23 février 1934⁶⁰, le Tribunal fédéral les déclara admissibles quand l'ordre et la sécurité publics sont

⁵⁷ Il est vrai que la doctrine pénale, jusqu'ici, n'a pas encore résolu définitivement la question de savoir si la preuve de bonne foi supprimait l'illicéité, ou seulement la faute, ou si c'était une circonstance particulière excluant la peine. Cf. H. SCHULTZ, *Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz und Strafrecht*, RSJB, 1967, p. 97 ss. Cet auteur qualifie de trop simpliste l'opinion du Tribunal fédéral dans l'arrêt *Weber*, selon laquelle la licéité dépend de la véracité des faits allégués. Dans le cas de l'art. 173 ch. 2 CPS, le professeur SCHULTZ se prononce pour l'exclusion de l'illicéité quand il est patent que la publication a été faite uniquement dans un but d'information.

⁵⁸ Voir cependant pour l'insuffisance de la distinction entre mesures préventives et répressives: AUBERT, *op. cit.*, p. 735 s., no 2095.

⁵⁹ BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 507.

⁶⁰ ATF 60 I 108.

menacés de manière sérieuse, directe et évidente. Il admit ainsi la suspension pour dix-sept jours prononcée par le gouvernement zurichois contre l'organe du parti communiste. Dans un climat social tendu, le *Kämpfer* s'était livré à des attaques virulentes contre la police et les syndicats qui refusaient la grève, ce qui avait provoqué de nombreux heurts. Certes, dit le Tribunal fédéral, l'art. 55 Cst. repose sur l'idée que des mesures aussi graves que la censure et la suspension d'un journal ne sont pas nécessaires, parce que le droit civil et le droit pénal veillent à la répression des actes illicites. Mais le constituant n'imaginait pas que la presse, même par des propos non punissables en soi comme dans le cas du *Kämpfer*, pourrait entraîner le public à troubler l'ordre et la sécurité publics, «surtout étant donné l'esprit généralement tranquille et discipliné de peuple suisse et son amour de l'ordre».

Cette décision, confirmée deux ans plus tard⁶¹, encouragea sans doute le Conseil fédéral à prendre un arrêté, le 26 mars 1934, interdisant à la presse les critiques de nature à troubler les bonnes relations de la Suisse avec d'autres Etats⁶². Après un avertissement, le Conseil fédéral pouvait prononcer la suspension d'un journal. Aucune voie de recours n'était donnée. Cet arrêté, qui aurait pu conduire à neutraliser l'opinion suisse, suscita de vives réactions qui engagèrent le gouvernement à nommer une commission consultative de la presse. Il fut convenu qu'un avertissement du Conseil fédéral devait être précédé d'un avertissement de la commission. Celle-ci, composée de gens de la presse, contribua ainsi beaucoup à adoucir ce que l'arrêté aurait pu avoir de draconien.

La jurisprudence du Tribunal fédéral et l'arrêté de 1934 eurent plusieurs conséquences. On assista dans certains cantons à l'application de mesures préventives. En 1937, le Grand Conseil vaudois édicta une loi sur la presse qui autorise le Conseil d'Etat à interdire la distribution de publications qui sont de nature à porter une grave atteinte à l'ordre public. La constitutionnalité d'une pareille règle n'est pas au-dessus de tout soupçon. En laissant à l'administration la possibilité de prendre des mesures aussi graves, on se met en opposition avec l'art. 55 Cst., dont une des principales raisons d'être est de soustraire la presse au bon vouloir des gouvernements. Ceux-ci ne doivent pas être en mesure d'imposer leur propre conception de la liberté de la presse, l'histoire ayant montré à quel point elle pouvait être étroite. Des mesures restrictives prises en vertu d'une loi ou du pouvoir général de police peuvent tout au plus être admises si elles sont immédiatement suivies d'une procédure judiciaire. Or rien de tel ne figure dans la loi vaudoise⁶³.

⁶¹ ATF 62 I 218, *Gross*, du 20 juin 1936.

⁶² FF 1934 I 867. Cet arrêté, très curieusement, n'a pas été publié dans le Recueil officiel.

⁶³ *BOURQUIN*, *op. cit.*, p. 355 s.; *LUDWIG*, *op. cit.*, p. 176 s. Comme il ressort de l'exposé des motifs, le législateur vaudois a senti cette lacune, mais il l'a justifiée en se fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt du *Kämpfer*.

Autre conséquence: En 1935, le parti socialiste suisse déposa une initiative dont le but était d'interdire expressément la censure et les mesures semblables, et de permettre le recours de droit public pour les arrêtés qui limitent la liberté de la presse et qui ne sont pas soumis au référendum⁶⁴.

Nous n'avons pas parlé jusqu'ici de l'autorisation préalable nécessaire pour la parution d'un journal ou l'exercice du métier de journaliste, ni du droit de timbre, ni du cautionnement. Ces mesures préventives classiques sont, elles aussi, interdites⁶⁵. En revanche, il existe d'autres mesures qui sont admissibles à certaines conditions: le séquestre par la douane de publications immorales (art. 36 al. 4 de la loi sur les douanes) et leur exclusion du transport par la poste (art. 25 al. 1er de la loi sur le service des postes), le cautionnement de l'art. 57 CPS⁶⁶, l'obligation de nommer le rédacteur responsable (art. 322 CPS), la patente de colportage⁶⁷, la saisie provisoire⁶⁸, etc.

Et l'autorisation préalable pour la diffusion d'un journal sur la voie publique? Dans l'arrêt *Aleinick*, du 24 juin 1970⁶⁹, le Tribunal fédéral distingue la vente de la distribution gratuite. La première est assimilée au colportage, qui, comportant des risques et inconvénients pour le public, peut être soumis à autorisation. En revanche, les dangers d'une distribution gratuite pour l'ordre et la sécurité publics, notamment pour la circulation ou la propreté des rues, est minime. Les mesures ordinaires de police suffisent. Dès lors, l'exigence d'une autorisation se heurte au principe de la proportionnalité des mesures administratives. Et dans la mesure où cette exigence est motivée par le désir de contrôler le contenu de l'imprimé pour en empêcher éventuellement l'audience, elle se justifie encore moins, puisque toute censure préalable est prohibée par l'art. 55 Cst.

Ce que les autorités ne peuvent se permettre en vertu de leur pouvoir de police, pourraient-elles le faire en se fondant sur leur compétence de réglementer l'utilisation du domaine public? On sait que leur liberté en la matière est plus grande. Elles peuvent notamment, même sans base légale, soumettre l'usage privatif du domaine public à concession ou à autorisation. Mais la distribution d'imprimés gratuits n'est-elle pas plutôt un usage commun, et, à ce titre donc, franche de toute permission et redevance?

La question peut rester indécise, dit le Tribunal fédéral, car une liberté est en cause qui, en tant que fondement de l'Etat démocratique, mérite «une place

⁶⁴ Cf. *infra*, p. 44.

⁶⁵ Autre opinion pour le droit de timbre: BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 517; AUBERT, *op. cit.*, p. 737, no 2101.

⁶⁶ ATF 71 IV 72, *Gut*, du 18 mai 1948.

⁶⁷ ATF 62 I 218, *Gross*, précité.

⁶⁸ ATF 59 I 13, *Action pour la Paix*, du 10 février 1933.

⁶⁹ ATF 96 I 586.

à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la Constitution et un traitement privilégié de la part des autorités»: la liberté d'expression, droit individuel non écrit «dont la liberté de la presse est une des manifestations». Ses exigences doivent l'emporter sur tout pouvoir réglementaire préventif quand il s'agit, comme en l'espèce, d'une mise à contribution du domaine public par une personne isolée distribuant gratuitement des imprimés à but idéal⁷⁰.

Parmi les restrictions administratives, on citera encore les mesures préventives en temps de service actif, mais seulement pour mémoire⁷¹. Durant les deux guerres mondiales, la censure ne fut pour ainsi dire pas utilisée, malgré les pressions exercées par le commandement militaire. La renonciation à une réglementation autoritaire semblait indiquée, tant pour maintenir la confiance du peuple en ses autorités que pour augmenter l'attachement aux libertés individuelles dont les peuples voisins étaient privés. D'autre part, si on avait soumis la presse à une censure préalable, les Etats étrangers auraient pu déduire que le contenu des journaux suisses était approuvé par le gouvernement.

§ 3 Radio, télévision, cinéma

Quand ils définissent les modes d'expression protégés par la liberté de la presse, plusieurs auteurs sont dominés par la crainte qu'une trop grande extension du terme «presse» restreigne les effets de la garantie prévue à l'art. 55 Cst. Ils pensent qu'à force de surcharger cette disposition, on en viendrait finalement à refuser aux journaux la protection spécifique dont ils ont besoin, pour ne pas se sentir obligé d'accorder aux autres modes inclus dans l'art. 55 des droits absolument identiques, sous peine d'être accusé de favoritisme. Le risque existe peut-être, mais il ne devrait pas empêcher de rechercher d'abord la véritable signification de l'article en question. C'est ensuite seulement qu'on peut s'interroger s'il ne serait pas plus judicieux de séparer les différents éléments qui se rattachent actuellement à la liberté de la presse.

En 1848 et 1874, le constituant estimait que, suivant le droit naturel, l'individu possède le droit inaliénable d'avoir ses propres opinions et de les exprimer librement, fût-ce devant un nombre illimité de personnes. Pour cela, chacun doit pouvoir disposer sans contrainte des moyens techniques de diffusion. On

⁷⁰ Ainsi, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral fait sienne la théorie de la «*preferred position*», déjà consacrée par la jurisprudence américaine et allemande. Cf. SALADIN, *op. cit.*, p. 77 et 329. Cette position préférée est reconnue à la liberté d'expression, et, par voie de conséquence, à toutes ses sous-catégories, dont la liberté de la presse.

⁷¹ Voir le rapport du Conseil fédéral sur le régime de la presse en Suisse avant et pendant la période de guerre de 1939-45, du 27 décembre 1946, rédigé par M. M. NER, FF 1947 I 109-432. Voir aussi K. WEBER, *Die Schweiz im Nervenkrieg*, Berne 1948.

résolument donc de garantir la liberté de la presse. Le terme est trop étroit pour une liberté qui, historiquement, est le point de départ d'une protection générale des opinions diffusées par un moyen technique. Mais il s'explique par le fait que l'imprimerie était alors le seul moyen connu.

A notre sens, la formulation choisie par le constituant ne devrait pas empêcher d'englober aujourd'hui dans l'art. 55 les nouveaux moyens de diffusion. L'invention du cinéma, de la radio et de la télévision s'inscrit dans la même ligne que l'invention de l'imprimerie ou de la rotative. Elle n'est qu'une continuation dans la recherche du meilleur moyen de multicopier une idée ou une nouvelle. A ce propos, il est significatif que des termes comme presse écrite ou presse orale aient trouvé une place dans le langage courant. On parle aussi de ciné-journal, à la radio et à la télévision de journalistes, d'éditorialistes, de journal parlé ou télévisé, de pages sportives, etc. Quelques auteurs conviennent de ranger ces moyens de communication de masse dans l'art. 55⁷². Mais ils rencontrent de sérieuses oppositions⁷³, dont certaines sont moins dictées par une interprétation théorique rigoureuse que par des considérations pratiques.

Quant aux discours, conférences, pièces de théâtre, ils ne rentrent pas dans la liberté de la presse⁷⁴. Une interprétation à ce point extensive conduirait à faire de l'art. 55 également une reconnaissance de la liberté de réunion, ou de la liberté de parole. Ce serait d'autant plus inutile que ces libertés-là sont déjà implicitement reconnues dans la Constitution.

A. La radio et la télévision

Il est vrai qu'avec l'introduction dans la Constitution d'un art. 36 *quater*, la question perdra toute son importance pour la radio et la télévision, qui désormais auront leur propre disposition.

⁷² A. ERNST, *Die Schranken der Pressefreiheit*, p. 78 s.; B. LANG, *Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit*, p. 92 ss; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 365; A. BAUMANN, *Die rechtlichen Grundlagen des Programm Dienstes im schweizerischen Rundspruch- und Fernsehwesen*, p. 152 ss; le cinéma, mais non la radio et la télévision: AUBERT, *op. cit.*, p. 734, no 2086, et U.P. FREY, *Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten*, p. 99; le cinéma: R.M. VON TSCHARNER, *Filmgewerbe und Gewerbefreiheit*, p. 99 ss; LUDWIG, *op. cit.*, p. 94, quoique très réservé; E. RUCK, *Schweizerisches Staatsrecht*, p. 125. — Aux Etats-Unis, la liberté de la presse, garantie par le premier amendement de la Constitution, est également comprise de manière large par la Cour suprême. *United States v. Paramount Pictures*, 334 U. S. 166 (1948); *Joseph Burstyn Inc. v. Wilson*, 343 U. S. 495 (1952).

⁷³ BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 513 s.; BOURQUIN, *op. cit.*, p. 59 et les auteurs cités; TOGGENBURGER, *op. cit.*, p. 139; JACCOTTEY, *op. cit.*, p. 144 a s.; H. AEPPLI, *Die Filmzensur in der Schweiz*, p. 61 ss; G. BLUM, *Les étrangers et la liberté de la presse*, p. 12 s. En ce qui concerne le cinéma: FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, p. 321, où une réserve est faite cependant pour les films de pure propagande politique.

⁷⁴ Cf. BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 513; FAVRE, *op. cit.*, p. 296; ATF 55 I 226, *Dellberg* (conférences), 87 I 287, *Filmklub Luzern* (représentations théâtrales). Avis contraire: GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 365; AUBERT, *op. cit.*, p. 734, no 2085.

Jusqu'ici, la réglementation en vigueur avait l'inconvénient d'être considérée par la doctrine comme contraire à la loi fondamentale⁷⁵. La liberté accordée à la radio et à la télévision par l'art. 55 se trouvait limitée par l'art. 36 Cst., selon lequel les postes et télégraphes sont du domaine fédéral. Par voie d'interprétation, on avait étendu cette règle à toutes les installations d'émission et de réception qui servent « à la transmission électrique ou radioélectrique de signes, d'images ou de sons »⁷⁶, ce qui voulait dire que les installations émettrices de radiodiffusion et de télévision échappaient aux particuliers. Cette limitation de la liberté de la presse se justifiait par le fait que les ondes sont restreintes. Si on laissait à chaque particulier le soin de construire et d'exploiter un émetteur, elles seraient vite saturées. Il appartenait donc à la Confédération d'accorder des concessions et d'y régler l'aspect technique des transmissions. Depuis 1932, il n'y avait qu'un seul concessionnaire, la Société suisse de radiodiffusion, composée de sociétés régionales. Ce système, qui voyait le nombre des bénéficiaires réduit à une seule personne morale, aurait encore été tout juste compatible avec la liberté de la presse, à condition que l'autorité s'abstienne de tout contrôle sur le contenu des émissions et que, d'autre part, le concessionnaire autorise chaque individu qui le demande à s'exprimer sur les ondes.

Cette dernière condition n'était pas forcément irréalisable, mais elle aurait conduit à rendre les programmes inaudibles. Aussi a-t-on pensé qu'il était préférable de laisser le concessionnaire réaliser ses émissions comme il l'entendait, quitte à ce que l'autorité concédante fixe quelques limites pour qu'il ne soit pas fait mauvais usage de ce monopole⁷⁷. Cette réglementation s'imposait pour des raisons pratiques, mais elle n'était couverte ni par l'art. 36, ni par l'art. 55. L'art. 36 n'accorde en effet à la Confédération aucune compétence en dehors de l'aspect purement technique des télécommunications. Quant à l'art. 55, il n'admet comme limites à la liberté de la presse que les dispositions qui répriment les abus. La réglementation en vigueur était donc doublement inconstitutionnelle⁷⁸.

Cependant, même en rattachant la radio et la télévision à l'art. 55, on aurait pu justifier cette façon de faire, en considérant la liberté de la presse dans son

⁷⁵ H. MARTI, *Die Handels- und Gewerbebefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln*, Berne 1950, p. 222 s.; H. HUBER, avis de droit du 5 février 1955, donné à la Commission mixte de politique en matière de presse; *id.*, avis de droit du 4 septembre 1967, donné au Département fédéral des transports et communications et de l'énergie; BAUMANN, *op. cit.*; H. MÜLLER, *Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen*, p. 21 ss et 31 ss, et les auteurs cités à la p. 21, note 1; F. RIKLIN, *Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen*, p. 98 s. Voir aussi les messages du Conseil fédéral, FF 1956 I 1545; 1972 (à paraître).

⁷⁶ Art. 1er de la loi fédérale sur la correspondance télégraphique et téléphonique, du 14 octobre 1922. RS 7, 872.

⁷⁷ Voir l'acte de concession du 27 octobre 1964. FF 1964 II 1195.

⁷⁸ Et même à un triple point de vue si, comme certains auteurs, on refuse le rattachement du domaine technique à l'art. 36 Cst. Cf. BAUMANN, *op. cit.*, p. 73 ss; FREY, *op. cit.*, p. 127 ss.

aspect fonctionnel. Comme la presse, la radio et la télévision ont une mission précise à remplir. Elles doivent assurer une vaste discussion politique où toutes les tendances se manifestent. Seule une confrontation libre des opinions les plus variées conduit à une prise de décision vraiment démocratique. Les moyens de communication de masse constituent un élément vital de notre forme d'Etat, car ils permettent ce mouvement continu, ascendant et descendant, que doit être l'échange entre le peuple et l'autorité. Alors que la diversité de la presse est assurée par une concurrence naturelle, la radio et la télévision, elles, ne peuvent multiplier leurs émissions à volonté. Elles risqueraient donc d'être accaparées par un ou deux groupements dont le but ne serait pas forcément de promouvoir la libre discussion. Devant ce danger, l'Etat est le seul à même de réagir. Il doit par conséquent abandonner l'attitude généralement abstentionniste qui est la sienne dans le domaine des libertés individuelles. Il intervient moins pour sauvegarder la liberté de chacun de s'exprimer sur les ondes que pour garantir que ces moyens pourront assurer véritablement la fonction qui leur est dévolue.

Deux notions apparaissent ici, que nous retrouverons plus loin : la prestation positive, demandée à l'Etat quand un droit fondamental est gravement menacé ; la garantie fonctionnelle, contenue dans l'art. 55 à côté de la garantie individuelle⁷⁹.

B. Le cinéma

Dans une jurisprudence constante, qui remonte à 1918⁸⁰, le Tribunal fédéral estime que la projection de films relève de l'art. 31 Cst. Cela lui permet de légitimer la censure préventive exercée par les cantons, car la liberté du commerce et de l'industrie se concilie avec de nombreuses restrictions pour la protection du public. En revanche, si, comme il se doit, on fait bénéficier le cinéma de l'art. 55, on le met à l'abri de toutes les restrictions qui frappaient autrefois la presse. Ainsi, la censure est exclue.

On a parfois fait valoir que le cinéma avait une puissance d'expression supérieure à la presse, qu'il parvenait mieux à influencer l'individu et que, par conséquent, il était peu indiqué de lui accorder la même protection qu'à la presse. Si la constatation est vraie, elle doit amener à une conclusion inverse. L'idée qui présidait à l'élaboration de l'art. 55 Cst. n'était pas de donner à l'individu le libre emploi de moyens de diffusion ayant relativement peu d'effets, mais au

⁷⁹ En Allemagne, où l'art. 5 de la Loi fondamentale garantit à la fois la liberté de la presse, la liberté radiophonique et cinématographique, le Tribunal constitutionnel a justifié l'intervention de l'Etat dans la radio par des arguments semblables. BVerfGE 10, 205.

⁸⁰ Arrêt *Burckhardt*, du 14 juin 1918, inédit. Cette décision a été confirmée par les arrêts *Praesens-Film A.G.*, du 30 janvier 1931, inédit, et *Filmklub Luzern*, du 12 juillet 1961 (ATF 87 I 287).

contraire de lui accorder les techniques les plus efficaces⁸¹. Quant au danger qui pourrait résulter de cette solution, il ne paraît pas considérable. Aucune liberté n'étant absolue, il serait en l'occurrence loisible à chaque spectateur de dénoncer des films délictueux au sens du code pénal.

Sur le plan fédéral, le problème se pose différemment. Depuis 1958, il existe un article constitutionnel sur le cinéma, l'art. 27 *ter*, qui autorise la Confédération, entre autres mesures, à réglementer l'importation et la distribution de films. Si cette disposition permet d'établir une censure fédérale, le législateur n'en a pas fait usage dans la loi sur le cinéma, du 28 septembre 1962⁸². Aussi est-on étonné de retrouver les bases d'une pareille censure dans une simple ordonnance d'exécution, de la même date⁸³, qui prévoit un permis d'importation pour les films étrangers. Certes, le contrôle reste sommaire. Mais, en agissant en l'absence d'une délégation de la loi, le Conseil fédéral n'a-t-il pas outrepassé ses pouvoirs ?

On a répondu que la censure fédérale reposait directement sur la compétence générale du Conseil fédéral en matière de sûreté extérieure et intérieure (art. 102 ch. 8-10 Cst.), que l'historique, d'ailleurs, le prouvait⁸⁴. Il est vrai qu'en 1938, devant le risque d'un afflux de propagande subversive, le Conseil fédéral avait pris une ordonnance soumettant l'importation des films à un régime de permis et de contingentement. Cette ordonnance fut prorogée jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le cinéma⁸⁵. L'argument, cependant, ne nous semble pas probant. Outre le fait que la constitutionnalité de l'ordonnance en question est sujette à caution⁸⁶, il convient de rappeler que le pouvoir général de police ne doit pas être un moyen détourné d'échapper aux rigueurs de la procédure législative. Il ne doit pas non plus fonder de mesures qui ne seraient dictées ni par la proximité du danger, ni par son ampleur, ni par sa source.

En résumé, quelles que soient les réserves à formuler à l'égard de la censure, elle serait admissible sur le plan fédéral, à condition d'avoir comme base la loi sur le cinéma, elle-même fondée sur l'art. 27 *ter* Cst. La censure cantonale, en revanche, est critiquable, car elle heurte de front l'art. 55 Cst.

De lege ferenda, on peut se demander s'il ne serait pas plus indiqué de séparer la liberté de la presse de celle du cinéma. Toutes semblables que soient leur nature et leur finalité, ces moyens de communication n'en ont pas moins leurs propres caractéristiques. Comme il existe déjà un art. 27 *ter*, cette disposition

⁸¹ VON TSCHARNER, *op. cit.*, p. 101.

⁸² RO 1962, 1764.

⁸³ Ordonnance d'exécution II, RO 1962, 1178.

⁸⁴ J.-D. PERRET, *La liberté d'opinion face à l'Etat*, p. 127.

⁸⁵ RO 1938, 710; 1960, 1699.

⁸⁶ Z. GIACOMETTI, *Das selbständige Rechtsverordnungsrecht des Bundesrates*, RSJ, 1934-35, p. 257 ss. Voir aussi AUBERT, *op. cit.*, p. 546, no 1529.

est le siège tout désigné pour accueillir une garantie expresse de la liberté du cinéma, accompagnée d'une interdiction de la censure. Un tel transfert contribuerait à clarifier la Constitution et éviterait à la jurisprudence de nombreux distinguos. Mais, avant qu'une révision ne s'engage dans ce sens, l'art. 55 ne saurait être privé de l'un de ses éléments.

§ 4 L'exigence du but idéal

Pour qu'un produit de presse jouisse de la liberté de la presse, il doit poursuivre un but idéal, et non purement égoïste. Il ne doit pas être simplement un moyen d'exercer ou de favoriser une activité lucrative. C'est ainsi qu'en a décidé le Tribunal fédéral dans une jurisprudence sans cesse renouvelée⁸⁷. Selon lui, la garantie de l'art. 55 ne se justifie que si la presse assume la mission qui lui est dévolue. Elle doit rendre service à la communauté par ses communications, discuter des questions d'intérêt général. Il s'ensuit que les annonces et réclames, les prospectus, les publications dont le but est de mieux faire vendre un ou plusieurs produits ne sauraient bénéficier de l'art. 55. Le Tribunal fédéral les range dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie, car ils sont, selon lui, la manifestation d'une activité économique.

La distinction n'est pas toujours facile à établir. Tout ce qui paraît dans un journal sous forme de réclame n'est pas forcément dépourvu de caractère idéal. La frontière ne se recouvre pas avec celle qui sépare les parties publicitaire et rédactionnelle d'un journal, les journaux publicitaires des journaux d'information. Le Tribunal fédéral l'a reconnu, en admettant le but idéal d'une annonce financée par un groupement politique⁸⁸.

Cette jurisprudence ne fait pas l'unanimité de la doctrine, où l'on rencontre plusieurs partisans d'une théorie unitaire. Ainsi, il y a ceux qui ne voient aucune nécessité d'introduire une distinction aussi vague, puisque, disent-ils, on ne peut de toute manière plus rien tirer de l'art. 55 Cst. depuis l'entrée en vigueur du code civil et du code pénal, ni en faveur de la presse «idéaliste», ni en faveur de la presse publicitaire⁸⁹.

GIACOMETTI, lui, reproche au Tribunal fédéral de ne pas tenir compte du principe qui est à la base de l'art. 55. Toute idée reproduite par un moyen mécanique et diffusée dans le public jouit de la liberté de la presse, à moins de

⁸⁷ ATF 10, 26; 36 I 41; 37 I 377; 39 I 363; 42 I 81; 46 I 41; 73 IV 12. Même avis que le Tribunal fédéral: BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 513; AUBERT, *op. cit.*, p. 734, no 2088; BOURQUIN, *op. cit.*, p. 48 ss et les auteurs cités; FREY, *op. cit.*, p. 112 s.; MARTI, *op. cit.*, p. 40 s.; P. SALADDIN, *op. cit.*, p. 49; LANG, *op. cit.*, p. 98.

⁸⁸ ATF *Frei*, du 16 janvier 1923, cité par A. WESPI, *op. cit.*, p. 136. Question laissée ouverte dans 91 II 401, *Weber*, du 14 décembre 1965.

⁸⁹ TOGGENBURGER, *op. cit.*, p. 140 s.; LUDWIG, *op. cit.*, p. 124.

violier les injonctions ou interdictions de la loi⁸⁰. Nous retiendrions volontiers cette opinion, car elle résulte du souci d'approcher le plus possible la signification profonde du texte constitutionnel. En 1848, on ne s'est pas préoccupé de savoir jusqu'à quel point le contenu politique, scientifique, artistique ou commercial d'un produit de presse avait un caractère égoïste. On voulait permettre à chaque individu de se faire entendre, de communiquer son savoir, ses idées, ses convictions ou préoccupations, peu importe son but et l'utilité de ses dires. C'est une conception large qui a été consacrée, émanation du droit naturel.

Si on admettait la théorie séparatiste du Tribunal fédéral, le pas suivant devrait conduire à refuser la protection de l'art. 55 à tout ce qui n'est pas sérieux et édifiant. Les articles distrayants, les feuilles à sensation, tous les produits de presse qui n'ont pas de but élevé et qui ne sont d'aucune utilité pour la vie démocratique, devraient être écartés. On devine à quel point serait périlleuse une opération qui voudrait séparer ainsi l'ivraie du bon grain.

L'interprétation rigoureuse de l'art. 55 n'aurait pas forcément pour conséquence d'inciter à moins considérer les tâches spécifiques de la presse «idéaliste» pour ne pas trop favoriser la presse commerciale. Ce nivellement par le bas ne serait un risque que si la jurisprudence et la législation concernant l'art. 55 étaient uniformes. Or il semble que, jusqu'ici, l'écueil ait été évité, alors même qu'on admet déjà la garantie de la liberté de la presse pour deux genres de publications bien différents, qui se distinguent par leur parution périodique ou non⁸¹. La jurisprudence de l'arrêt *Kaelin*, bien que révolue en matière pénale, constitue un autre exemple. L'introduction d'une nouvelle catégorie ne devrait donc pas causer de grandes difficultés. On considérerait que la publicité est à l'abri des atteintes directes de l'Etat (censure, mesures fiscales spéciales, etc.), sans bénéficier de la liberté de presse de droit privé, c'est-à-dire de prétentions spéciales dans les relations avec les particuliers, les concurrents⁸².

Une autre raison engage à abandonner l'exigence du but idéal. En effet, il existe aujourd'hui des liens économiques étroits entre les parties rédactionnelle et publicitaire d'un journal. Le plus souvent, l'existence et l'ampleur du texte rédactionnel dépendent directement des ressources de la publicité, à tel point que l'on considère celle-ci comme le principal pilier de la presse moderne. Il paraît donc assez logique de la faire bénéficier du même article constitutionnel

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 367 s. Cf. en outre P. V. SALADIN, *Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken*, p. 120 ss. Cet auteur souligne l'aspect informatif de la publicité, qui ajoute à la nature égoïste de celle-ci une dimension spécifiquement collective. Cf. aussi RUCK, *op. cit.*, p. 125, note 85; M. BRIDEL, *Sur les limites des libertés individuelles*, in *La liberté du citoyen en droit suisse*, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, 1948, p. 112.

⁸¹ ATF 31 I 385 (392), *Quillet*, du 16 septembre 1905.

⁸² Cf. A. SCHÜLE, *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit*, p. 19 et 23. La doctrine allemande parle de *privatrechtliche Pressefreiheit*, pour l'opposer à la *formelle Pressefreiheit*, qui, elle, est dirigée contre l'Etat.

que son support⁹³. La liberté du commerce et de l'industrie étant plus sujette aux restrictions, elle n'offre pas les mêmes garanties et n'est pas un équivalent exact.

§ 5 Le lecteur est-il aussi titulaire ?

Pour la presse au sens étroit du terme, on admet généralement que les personnes qui bénéficient de la liberté sont toutes celles qui participent à la publication d'un texte ou à sa diffusion, à savoir l'auteur, le rédacteur en chef, l'éditeur, l'imprimeur, le vendeur et leurs collaborateurs – personnes physiques ou morales.

Les étrangers résidant en Suisse ou de passage en bénéficient également⁹⁴, mais leur droit subit des restrictions par le biais de l'expulsion politique dont ils peuvent faire l'objet en vertu de l'art. 70 Cst. Cette disposition autorise en effet le renvoi d'étrangers qui compromettent la sûreté intérieure et extérieure du pays. La liste des éditeurs communistes, anti-militaristes, anarchistes expulsés par le Conseil fédéral est longue⁹⁵. Si la constitutionnalité de ces mesures n'est pas douteuse, il importe cependant de prendre garde que la notion de sûreté intérieure ou extérieure ne soit pas trop élargie, de même que celle d'inadaptation à l'ordre établi, qui permet aux cantons de prononcer une expulsion administrative en vertu de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers, du 26 mars 1931 (art. 10 de la loi révisée le 8 octobre 1948)⁹⁶.

Le lecteur – ou, pour le cinéma, le spectateur – peut-il aussi se prévaloir de l'art. 55 Cst. ? Le Tribunal fédéral a répondu négativement dans un arrêt ancien concernant un distributeur de journaux occasionnel. On peut admettre *a fortiori* que cette décision vaut aussi pour le lecteur. Entre le bénéficiaire et l'imprimé doit exister un rapport de droit de presse (*ein presserechtliches Verhältnis*), dit le Tribunal fédéral. Une relation purement obligationnelle telle qu'on la trouve entre l'abonné et son journal ne suffit pas⁹⁷. Une réserve est

⁹³ En Allemagne, l'opinion dominante va dans ce sens. Cf. *infra*, p. 140, note 172.

⁹⁴ Du moins s'ils travaillent pour un journal du pays. Une partie de la doctrine conteste en effet leur titularité s'ils collaborent à un journal étranger. (Cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 165; M. HAUSER, *Die dem Ausländer in der Schweiz zustehenden Freiheitsrechte*, thèse, Zurich 1957, p. 8 ss; LUDWIG, *op. cit.*, p. 126. Pour une reconnaissance, même dans ce cas: O. BEER, *Der rechtliche Schutz des Zeitungsinhaltes*, p. 57; BLUM, *op. cit.*, p. 73.) La question des étrangers se trouvant à l'étranger, et travaillant pour un journal suisse (ATF 60 I 127, question laissée ouverte; contre leur titularité: BOURQUIN, *op. cit.*, p. 165; HAUSER, *op. cit.*, p. 85; LANG, *op. cit.*, p. 43; LUDWIG, *op. cit.*, p. 126, qui réserve cependant le cas où l'Etat étranger aurait accordé la réciprocité), ou pour un journal étranger distribué en Suisse (contre leur titularité: BOURQUIN, *op. cit.*, p. 165; LANG, *op. cit.*, p. 43), fait l'objet des mêmes hésitations.

⁹⁵ Cf. PERRET, *op. cit.*, p. 161 s. et les exemples cités aux notes 621 et 622. La dernière décision date du 7 novembre 1966 et frappait l'éditeur suédois Anderson.

⁹⁶ RS I, 113; RO 1949, 225. Voir en outre BLUM, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁹⁷ ATF 35 I 699, *Borellini*, du 2 décembre 1909.

faite en faveur du témoin cité dans un procès et que le juge obligerait à révéler le nom de l'auteur d'un article alors que le rédacteur du journal aurait déclaré assumer la responsabilité⁹⁸.

M. BOURQUIN critique le caractère trop restrictif de cette interprétation⁹⁹. Un abonné, dit-il, a un intérêt direct non seulement à ce que son nom ne soit pas divulgué (surtout s'il s'agit d'un périodique politique ou religieux), mais aussi à être complètement informé par son journal. Il en va de même du lecteur lié à un journal par un contrat de vente renouvelé pour chaque numéro. Lui aussi désire une information libre de l'influence étatique. La légitimation active devrait donc être accordée à tout tiers intéressé¹⁰⁰.

Cet intérêt pour les droits du lecteur est d'assez fraîche date. On le retrouve notamment dans la doctrine et la jurisprudence allemandes depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Si la doctrine suisse la plus récente admet que le lecteur devrait jouir d'une liberté de recevoir les opinions et les informations d'autrui, il n'existe pas d'unanimité pour savoir si ce droit découle directement de l'art. 55 Cst.¹⁰¹, ou s'il n'existe que comme une liberté non écrite de l'individu tant que le constituant n'a pas élargi la notion contenue dans l'art. 55¹⁰².

Une question plus générale peut se poser ici: si, dans le cours de notre étude, nous devons découvrir que la notion classique de la liberté de la presse a été dépassée par une notion plus large, cela signifierait-il que, pour faire nôtre cette nouvelle notion, il faudrait nécessairement procéder à une révision de l'art. 55 Cst.? Nous y répondrons en fin d'ouvrage.

§ 6 Le tiers est-il aussi sujet passif ?

L'Etat, longtemps attaché à des formes peu démocratiques, inclinait à considérer ses sujets comme de véritables objets. Il est donc assez normal que les libertés individuelles se soient dirigées d'abord contre tout ce que ce pouvoir avait d'exagéré et de discrétionnaire. Mais, peu à peu, il est apparu que des particuliers étaient eux aussi en mesure d'exercer une contrainte sur autrui, qu'ils jouissaient d'un pouvoir assez grand pour rendre illusoire les libertés garanties dans la Constitution. On s'est alors demandé si ces libertés leur étaient également opposables, si les effets prévus initialement pour la liaison entre l'individu et l'Etat s'exerçaient également sur les tiers. C'est le problème de la

⁹⁸ ATF 32 I 448, *Baumberger*, du 20 septembre 1906. BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 515, n'admet pas cette réserve et approuve entièrement l'arrêt de 1909.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 165 s.

¹⁰⁰ Voir aussi J. KOELLIKER, *Liberté et statut de la presse moderne*, p. 79 ss. *Contra*: BLUM, *op. cit.*, p. 23 s. On y relève en p. 24 une interprétation erronée de la liberté de l'information.

¹⁰¹ C'est, semble-t-il, l'avis de M. AUBERT. *Op. cit.*, p. 735, no 2091.

¹⁰² LUDWIG, *op. cit.*, p. 100 et 128.

Drittwirkung, très discuté ces dernières années dans la doctrine d'origine ou d'inspiration allemandes.

On peut imaginer le cas de fabricants de papier qui décideraient de boycotter tel ou tel journal¹⁰³; ou le cas d'une chaîne de kiosques qui se refuserait à distribuer un journal pourtant apprécié du public; ou celui du propriétaire d'un cinéma qui refuserait l'accès à un journaliste, l'empêchant ainsi de rédiger sa critique.

Ce dernier cas a fait l'objet de l'arrêt *Seelig*, du 2 février 1954¹⁰⁴, dans lequel le Tribunal fédéral affirme que l'art. 55 Cst. s'applique exclusivement aux rapports de droit entre l'Etat et le citoyen¹⁰⁵. Il refuse ainsi de reconnaître la qualité de sujet passif à un particulier¹⁰⁶.

Cela ne signifie pas que les particuliers pourront se permettre tout ce qui est interdit à l'Etat. Il existe des dispositions protégeant de leurs atteintes, mais elles figurent dans des lois telles que les codes, la loi sur la concurrence déloyale, la loi sur les cartels, la loi sur le droit d'auteur, et non pas dans la Constitution. Dans l'arrêt *Seelig* entraient en ligne de compte les art. 28 CC, 41 et 49 CO. Le Tribunal fédéral a admis que, lorsqu'on interprétait ces dispositions, il fallait tout de même prendre en considération l'art. 55 Cst., même si la personne qui s'en prévaut n'a pas été attaquée par la presse¹⁰⁷, mais qu'elle y collabore au contraire. En d'autres termes, les textes prévus par l'Etat pour faire respecter aux particuliers les droits de leurs semblables n'échappent pas à l'influence de l'art. 55, qu'ils soient invoqués par un individu dont la presse a quelque peu terni l'honneur ou par un journaliste qui se sent lésé dans sa liberté d'expression. Cela est conforme à l'essence même des libertés individuelles, dont les effets s'étendent à l'ordre juridique tout entier. Ainsi, on évite que l'Etat, profitant de son pouvoir d'édicter et d'appliquer des normes juridiques, restreigne la garantie constitutionnelle, en affaiblissant la portée des lois quand la presse est demanderesse ou en l'aggravant quand elle est défenderesse.

L'effet médiat accordé à la liberté de la presse dans les relations entre particuliers se justifie par le fait que l'Etat n'est pas tout à fait absent de ces relations-là. S'il existait une cloison étanche entre la loi et la garantie de l'art. 55 Cst., législateur et juge pourraient être tentés d'accorder trop de droits aux adversaires de la presse et, par ce détour, porter atteinte à la marge de manœuvre de celle-ci.

¹⁰³ Cf. *infra*, p. 190.

¹⁰⁴ ATF 80 II 42.

¹⁰⁵ L'art. 84 al. 1 OJF appuie cette opinion, puisque le recours de droit public pour violation des droits constitutionnels du citoyen n'est recevable que contre une «décision ou un arrêté cantonal», donc un acte étatique.

¹⁰⁶ Cf. *infra*, p. 132 s.

¹⁰⁷ Cf. l'arrêt *M.*, 71 II 192, *supra* p. 29.

Il est vrai qu'en matière pénale, le Tribunal fédéral refuse aujourd'hui cet effet médiat. Nous avons dit ce qu'il fallait penser de cette attitude. De 1911 à 1944, il avait adopté une position différente, puisque, dotant la presse d'une certaine immunité quand elle agissait dans le cadre de ses attributions, il fondait indirectement un droit du journaliste à l'encontre de ses concitoyens.

Chapitre 4: Les travaux de revision

L'initiative déposée le 29 mars 1935 par le parti socialiste suisse, munie de 82035 signatures, marque le début de la discussion concernant la revision de l'art. 55 Cst.¹⁰⁸. Outre l'abrogation partielle de l'arrêté du 26 mars 1934, cette initiative prévoyait qu'on ne pouvait «interdire les œuvres de la presse indigène, ni les soumettre à la censure ou à d'autres mesures analogues». Elle tendait aussi à instituer le recours de droit public pour «les décisions et arrêtés violant la liberté de la presse (...), même s'ils émanent soit du Conseil fédéral ou de toute autre autorité fédérale, soit encore de l'Assemblée fédérale lorsqu'ils sont soustraits au référendum».

Le 6 juillet 1939, la Commission mixte de politique en matière de presse¹⁰⁹ soumit au Département fédéral de justice et police un projet d'article constitutionnel, comprenant huit alinéas¹¹⁰. La censure était interdite; la répression des abus était affaire du juge, de même que la décision sur le maintien d'une saisie ou d'une interdiction provisoire; la Confédération «pouvait instituer par voie législative des mesures pour protéger la libre expression de la pensée, en particulier pour garantir le secret professionnel des journalistes». L'idée d'une juridiction constitutionnelle limitée à la presse ne fut pas reprise, ni dans ce projet, ni dans ceux qui suivirent. On estimait qu'il s'agissait d'un privilège injustifié, les autres droits constitutionnels méritant la même protection. Or une initiative tendant à étendre la juridiction constitutionnelle dans ce sens avait été nettement repoussée le 22 janvier 1939.

La guerre mit un terme provisoire aux discussions. A la fin des hostilités, l'initiative socialiste était toujours pendante. Dans son rapport de 1946 sur le régime de la presse pendant la guerre, le Conseil fédéral constatait donc la nécessité de reprendre les travaux¹¹¹. La liberté de la presse ayant dû souffrir

¹⁰⁸ FF 1935 II 414.

¹⁰⁹ Créée en mars 1938, la Commission mixte de politique en matière de presse réunit paritairement des représentants des éditeurs et des journalistes, souvent députés aux Chambres fédérales. Elle a un rôle officieux et consultatif. Pour un historique, cf. K. SARTORIUS, *Die Gemischte pressepolitische Kommission*, Festgabe Weber, 1950, p. 72 ss.

¹¹⁰ BEJ, 1939, p. 549.

¹¹¹ FF 1947 I 432.

de nombreuses atteintes durant la période troublée qui venait de prendre fin, une discussion générale remettant les choses au point paraissait souhaitable.

En 1948, l'assemblée de la Société suisse des juristes entendit deux rapports sur la liberté de la presse, présentés par MM. FELDMANN et JACCOTTET. Les deux auteurs concluaient à la nécessité d'une révision¹¹². En septembre 1951, la Commission mixte fit tenir au Département fédéral de justice et police un second projet, fortement motivé¹¹³. Le 19 octobre de la même année, le Conseil fédéral publiait son propre projet, accompagné d'un message aux Chambres fédérales¹¹⁴. Le 30 octobre, il prenait enfin position sur l'initiative socialiste, en recommandant son rejet¹¹⁵.

La priorité pour la discussion des deux messages revint à la commission du Conseil national. De grandes divergences ne tardèrent pas à se manifester, même au sein des partis et entre les journalistes membres de la commission. La presse et ses organisations firent preuve d'un enthousiasme assez mêlé et exprimèrent des avis souvent contradictoires. Ces faits amenèrent FELDMANN, élu entre-temps chef du Département de justice et police, à proposer à la commission le renvoi des travaux à une petite commission d'experts. Celle-ci se réunit à partir de mars 1954. Il était prévu que ses conclusions feraient l'objet d'un message complémentaire du Conseil fédéral. Mais, à la fin de l'année, la commission décida de suspendre temporairement ses travaux pour attendre qu'il existe plus de clarté sur les intentions du législateur chargé de l'élaboration des lois sur la procédure et la juridiction administratives¹¹⁶. Cette élaboration ayant été beaucoup plus lente que prévue, les travaux des experts semblaient ne jamais vouloir reprendre. Le point mort ainsi atteint ne pouvait être toutefois que provisoire, puisque, d'une part, le projet du Conseil fédéral n'a pas été retiré – ce qui explique qu'aujourd'hui encore, les dix-neuf membres de la commission du Conseil national et les neuf membres de celle du Conseil des Etats restent désignés –, et que, d'autre part, l'initiative socialiste est toujours pendante. N'ayant pas de clause de retrait, elle devra bien un jour être soumise au vote populaire, à moins qu'on modifie la loi¹¹⁷.

Depuis 1969, des contacts ont été repris entre le département intéressé et la Commission mixte. Au Conseil national, une interpellation a été déposée, demandant au gouvernement de dire ses intentions concernant une poursuite des travaux de révision. Dans sa réponse du 20 septembre 1971, le Conseil

¹¹² RDS, 1948, p. 1a-247a.

¹¹³ BEJ, 1951, p. 481 ss.

¹¹⁴ FF 1951 III 249.

¹¹⁵ FF 1951 III 547.

¹¹⁶ Cf. M. NEP, *op. cit.*, p. 20 ss. Bull. off. CN, 1971, 1024.

¹¹⁷ Par exemple l'art. 4 de la loi sur les initiatives, du 23 mars 1962. RO 1962, 827. On pourrait aussi introduire une disposition transitoire dans la loi sur l'exercice des droits politiques, en préparation. Cf. Bull. off. CN, 1971, 1026.

fédéral a annoncé la reprise des travaux de la commission d'experts, à laquelle il appartiendra d'examiner si toute l'étude doit être reprise à la base, s'il convient d'attendre la révision totale de la Constitution, et comment la nouvelle disposition pourrait tenir compte des besoins actuels de la presse et des citoyens¹¹⁸. Ainsi donc, après deux longues périodes d'hibernation, la révision de l'art. 55 Cst. semble revenir à l'ordre du jour.

Si l'on étudie les projets élaborés depuis 1948, on remarque qu'ils cherchent à répondre à des préoccupations qui n'existaient pas auparavant. Un terme nouveau fait son apparition, du moins dans les motivations: celui de la liberté de l'information. On hésite cependant à le faire figurer dans un article constitutionnel, car il paraît encore trop peu défini¹¹⁹. Quant aux oppositions rencontrées par les différents projets, elles ont au moins eu le mérite de montrer l'erreur qu'il y avait à trop détailler un texte consacré à un droit fondamental. Un tel article, même circonstancié, ne pouvant pas atteindre la précision d'une loi, il donne inmanquablement lieu à des critiques. Il se trouve toujours quelqu'un pour déplorer telle ou telle lacune. En 1954, la commission d'experts s'était donc fixé pour tâche de rechercher des formulations qui permettent de conserver un texte aussi concis que possible, quitte à l'accompagner d'une série de projets concrets de révisions législatives.

¹¹⁸ Bull. off. CN, 1971, 1026.

¹¹⁹ Cf. *infra*, p. 81 ss.

Deuxième partie:

Une notion nouvelle: La liberté de l'information

La liberté de l'information est la faculté de rechercher, de diffuser et de recevoir librement des informations et des opinions. Cette définition, on le voit, englobe celle de la liberté de la presse, et indique que la protection est étendue à tout le cheminement d'une nouvelle ou d'une opinion, dès son origine à son arrivée au destinataire final, le lecteur, l'auditeur ou le spectateur. La diffusion n'est plus comme jusqu'ici la seule protégée. De plus, cette liberté s'applique à tous les moyens d'expression, en particulier à la presse, à la radio, à la télévision et au cinéma¹.

La liberté de l'information n'est donc ni un synonyme², ni une sous-catégorie³ de la liberté de presse, ni même une catégorie se situant à côté de cette liberté⁴. Elle est un élargissement de la notion classique que nous avons examinée précédemment.

La notion de liberté de l'information est apparue après la Deuxième Guerre mondiale, à un moment où la sauvegarde efficace des droits de l'homme était au centre de toutes les préoccupations⁵. Comme nous le verrons, les organisations internationales ont joué là un rôle important, dans la mesure où elles ont obligé les Etats à s'interroger sur le contenu des droits fondamentaux et à se mettre d'accord sur des textes reflétant un idéal commun. Si, au cours de ces travaux, la liberté de la presse a bénéficié d'une attention spéciale, c'est qu'elle était considérée comme l'arme la plus efficace pour la défense des droits de l'homme. Aussi en est-on venu à lui attribuer la portée nouvelle et plus vaste que nous savons (titre premier).

En 1945, les pays vaincus ne purent que constater dans quel désastre les avait plongés une politique qui aurait été impensable sans l'abandon de la liberté

¹ L'information dont on garantit la liberté est prise dans un sens large: elle ne se limite pas aux faits. Si l'on estime qu'il y a un intérêt à distinguer entre les faits et les idées (cf. *infra*, p. 136), «la distinction doit être faite à l'intérieur de la notion générale d'information, non plus entre l'information et l'opinion, mais entre les informations et les opinions». F. TERROU, *L'information*, p. 11.

² C'est à tort qu'à une demande de renseignements adressée par le secrétaire général des Nations Unies, le Conseil fédéral a répondu que «la Suisse reconnaît le principe de la liberté de l'information», que ce principe «est formulé dans l'art. 55 de la Constitution fédérale». *Liberté de l'information*, I, publié par les Nations Unies, Département des questions sociales, New York, 1950, p. 25.

³ Cf. M. LÖFFLER, *Presserecht*, I, p. 79.

⁴ Voir en Allemagne la doctrine dominante et la jurisprudence, par exemple MAUZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, art. 5, p. 32; P. LERCHE, *Informationsfreiheit*, p. 738 ss; BVerfGE 27, 81.

⁵ Le terme d'information signifie: ensemble des informations, action d'informer le public, est d'ailleurs un néologisme, qui a été formé au XXe siècle seulement. Cela montre bien la nouveauté relative du phénomène de l'information.

de la presse. La diversité des sources d'opinions et d'informations ayant été remplacée par la propagande et le mensonge, plus rien ne s'était opposé à la montée et au développement de la dictature. L'absence de points de repère avait amené l'opinion publique à se laisser entraîner d'autant plus facilement dans l'engrenage infernal. Cette prise de conscience conduisit l'Allemagne fédérale, sous la pression initiale des Alliés, à étudier comment, à l'avenir, on pourrait garantir durablement le jeu démocratique. Presque inévitablement, le concept de liberté de l'information devait y trouver un accueil favorable. Il fut ainsi concrétisé dans la loi. On peut dire aujourd'hui que tout ce qui touche à la presse sensibilise particulièrement l'opinion allemande, à telle enseigne qu'il est légitime de parler de ce pays comme d'un cas (titre II). Dans la manière d'aborder les problèmes de l'information, législation, jurisprudence et doctrine ont plusieurs longueurs d'avance sur la plupart des autres pays, ce qui oblige toute étude sur la liberté de l'information à s'y référer.

En revanche, quoique voisine de l'Allemagne, proche de l'Organisation des Nations Unies et membre du Conseil de l'Europe, la Suisse n'a pas offert jusqu'ici un terrain des plus propices à cette liberté agrandie. Cela est dû en partie au fait qu'au cours des cent dernières années, la liberté de la presse n'a jamais subi de très graves atteintes et que la presse y a été extrêmement saine et diversifiée. L'attitude des gouvernements et des tribunaux n'a peut-être pas constamment été guidée par le souci de faciliter le travail et l'existence des journaux, mais il n'en demeure pas moins vrai que la liberté de la presse est considérée dans tous les milieux comme un des principaux éléments de la vie nationale. Le mot de libre information n'a en conséquence pas pu exercer d'effet de catalyseur. Aucune plaie profonde n'était là pour sensibiliser l'opinion publique, pas même les restrictions imposées durant les guerres, qui avaient été appliquées avec la plus grande retenue. Cela ne signifie évidemment pas qu'il faille se fermer aux innovations, sous prétexte que la Suisse n'a pas à recevoir de leçons de l'étranger. D'ailleurs, la liberté de l'information y a déjà marqué quelques points (titre III).

Titre premier: L'évolution en droit international

Chapitre premier: L'Organisation des Nations Unies

Il est naturel qu'au sortir de la Deuxième Guerre mondiale, les droits de l'homme aient figuré au premier plan des préoccupations. Après toutes les violations qu'ils avaient subies, il apparaissait que la communauté internationale devait s'occuper de leur sauvegarde. On comprit que le droit international

n'était pas seulement le droit des Etats, mais aussi le droit des hommes, qu'il avait également pour mission de travailler au bonheur de l'individu, et donc d'assurer le respect de ses libertés essentielles. Aussi, la nouvelle organisation issue de la conférence de San-Francisco fut-elle dotée d'une Charte dont le premier article mentionne parmi les buts des Nations Unies «le respect des droits l'homme et des libertés fondamentales». «En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales (...)», les Nations Unies favoriseront entre autres, selon l'art. 55, «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion». Le préambule, les art. 13, 62, 68 et 76 mentionnent eux aussi ces droits.

§ 1 La Déclaration universelle des droits de l'homme

Si, contrairement à la Société des Nations, l'Organisation des Nations Unies fut immédiatement placée sous le signe des droits fondamentaux, il parut cependant assez vite nécessaire d'établir un catalogue de ces droits, de les définir, d'en préciser le contenu, de délimiter avec netteté le domaine des droits civils et politiques face à celui des droits économiques et sociaux. On eut alors l'idée de rédiger la Déclaration universelle des droits de l'homme.

La liberté de la presse fut d'emblée reconnue comme étant une pierre d'angle de l'édifice prévu. Il fut décidé de réunir une grande conférence et d'y inviter tous les pays intéressés. Cette conférence fut chargée non seulement de discuter un projet d'article sur la liberté de la presse destiné à la Déclaration, mais aussi d'examiner plus généralement les droits, obligations et pratiques qui devraient être compris dans la notion de liberté de l'information.

La conférence des Nations Unies sur la liberté de l'information se tint à Genève du 23 mars au 21 avril 1948. Elle réunit les représentants de cinquante-sept pays, ainsi que des observateurs d'organisations internationales, gouvernementales ou non. Outre une quarantaine de résolutions, la conférence vota trois projets de convention : un premier sur l'accès aux informations et sur leur transmission d'un pays à l'autre, un deuxième sur l'institution du droit de rectification en matière internationale, et un troisième relatif aux éléments fondamentaux de la liberté de l'information. Les deux premiers furent fondus en un seul texte, que l'Assemblée générale adopta le 13 mai 1949⁶. Puis ils furent à nouveau séparés en 1952, après quoi la convention sur le droit de rectification fut ouverte aux signatures⁷. Cette convention entra en vigueur le 24 août 1962

⁶ Résolution 227 C (III).

⁷ Résolution 630 (VII).

seulement, une fois que le sixième Etat eut déposé ses instruments de ratification ou d'adhésion⁸. Le projet concernant l'accès aux informations, lui, quoique adopté par l'Assemblée générale, ne fit l'objet d'aucune invitation aux Etats d'y adhérer. Quant au projet de convention sur la liberté de l'information, il suscita de longues discussions, qui n'ont pas cessé jusqu'à ce jour, comme nous le verrons plus loin⁹.

Les principales préoccupations de la conférence, telles qu'elles ressortent des résolutions et des projets de convention votés¹⁰, peuvent se résumer ainsi: l'information est un des meilleurs moyens d'éviter la haine entre les peuples et d'assurer le progrès, à condition d'être complète et détaillée. Il s'agit donc pour tous les Etats de prendre les mesures adéquates afin de permettre une telle information à leurs ressortissants. A l'intérieur, l'existence d'organes indépendants et objectifs, aussi nombreux que possible et ayant accès aux sources d'informations, doit être encouragée. Cette information doit être complétée par la libre pénétration de journaux et d'émissions étrangers, par une procédure de rectification internationale apte à combattre les fausses nouvelles, et par l'envoi de correspondants auxquels les Etats étrangers s'engagent à accorder toutes les facilités.

Si les résultats juridiques de cette conférence ne sont pas vraiment spectaculaires, on ne saurait lui dénier toute utilité. Elle a eu le mérite de poser les problèmes, de montrer l'importance de l'information pour le progrès social, de préciser le nouveau contenu de la liberté de la presse. Cette liberté n'est plus une simple interdiction faite à l'Etat d'exercer une censure sur les journaux. Elle est pour celui-ci une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer une information vaste et variée, un échange de savoir sur une large échelle. La liberté ne résulte pas seulement du fait que l'Etat se cantonne dans une politique de «laissez faire». Cette attitude, comme on l'a assez rapidement vu dans le domaine économique, peut conduire à une liberté fictive. La véritable liberté découle de la concurrence entre une multiplicité de journaux et de postes-émetteurs de toutes origines, qui disposent de moyens pratiques de cerner l'actualité du plus près possible. L'Etat a un rôle positif; il lui appartient de favoriser cette concurrence et d'accorder les moyens en question en facilitant l'accès à l'information.

Le terme de liberté d'information a d'abord été choisi pour englober les nouveaux moyens de communication de masse. Mais très vite, il s'est mis à sous-entendre cette nouvelle attitude de l'Etat, de même que le fait que la liberté n'existe pas en faveur de la presse elle-même. Quand on parle de liberté de la

⁸ Cf. *infra*, p. 151.

⁹ Cf. *infra*, p. 54 ss.

¹⁰ Acte final, E/conf. 6/79.

presse, les bénéficiaires semblent être les journalistes et les éditeurs. L'accent est mis sur un cercle restreint de personnes. En revanche, quand on parle de liberté de l'information, les gens de presse, dans le terme utilisé, passent au second plan. C'est l'information qui est libre, pour l'homme de presse, mais avant tout pour le destinataire final, l'individu. L'arrière-goût de privilège disparaît.

Le texte proposé pour la Déclaration par la conférence de Genève ne différerait pas du projet élaboré par la Sous-Commission de la liberté de l'information et de la presse¹¹. Il fut repris sans grandes modifications par l'Assemblée générale. L'art. 19 de la Déclaration adoptée le 10 décembre 1948 est rédigé ainsi¹²:

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

La liberté de l'information y est considérée comme une des composantes de la liberté d'opinion et d'expression. L'énoncé renferme les trois éléments de la définition. Aucune exception restrictive n'est prévue. Cela ne signifie naturellement pas que, dans l'esprit des auteurs de ce texte, la liberté de l'information serait illimitée.

Plus généralement, l'art. 29 prévoit en effet que, dans l'exercice de ses droits et la jouissance de ses libertés, l'individu est soumis à des limitations, mais seulement à celles qui sont établies par la loi et qui ont pour but exclusif d'assurer le respect des droits et des libertés d'autrui et de satisfaire aux exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. La liberté de l'information ne pourra en aucun cas s'exercer contrairement aux buts et aux principes des Nations Unies. Toute provocation à dénier à certaines personnes l'usage des droits prévus par la Déclaration est donc interdite (voir l'art. 7). Un individu ou un groupement n'est pas non plus autorisé, en se réclamant de la liberté de l'information, à se livrer à une activité ou à accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés énoncés dans la Déclaration. Le libéralisme ne peut aller jusqu'à permettre à ses enne-

¹¹ Dès la première réunion de l'Assemblée générale, les Etats-Unis proposèrent d'instituer une commission spécialement chargée d'étudier le problème de la liberté de l'information et des mesures à prendre pour sa sauvegarde. Créée en 1946 par le Conseil économique et social, cette sous-commission dépendait de la commission des droits de l'homme. Elle cessa son activité en 1952, après avoir adopté à sa cinquième session un projet de code d'honneur international des journalistes, dont le préambule proclamait que «la liberté de l'information et de la presse est un droit fondamental de l'homme et la pierre de touche de toutes les libertés consacrées dans la Charte des Nations Unies et proclamées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme». Cf. R. BRUNET, *La liberté de l'information*, Dictionnaire diplomatique, VI, Paris 1957, p. 667 s.

¹² Résolution 217 (III). Pour un historique de cette disposition: A. VERDOODT, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, p. 183 ss.

mis d'agir sous le couvert du droit (voir l'art. 30). On peut déduire de ce principe, *a contrario*, que les écrits préconisant des réformes ou même la révolution sont admissibles, s'ils tendent à l'instauration de droits et de libertés contenues dans la Déclaration, mais inconnues dans le pays¹³.

§ 2 Le Pacte relatif aux droits civils et politiques

Dans un projet de Pacte des droits de l'homme, élaboré conjointement avec la Déclaration, on s'est attaché à préciser davantage l'étendue de ces droits. Dans l'article consacré à la liberté de l'information, une série d'exceptions était prévue, notamment pour «les expressions d'opinion incitant directement à commettre des actes criminels», pour «la violation des droits existant en matière de propriété littéraire ou artistique», pour «les expressions d'opinion qui portent atteinte à la réputation des autres personnes physiques ou morales ou leur nuisent de toute autre manière sans avantage pour la communauté», pour «la diffusion systématique de nouvelles fausses ou déformées en connaissance de cause qui nuisent aux relations amicales entre peuples ou entre Etats»¹⁴.

L'élaboration de ce Pacte fut extrêmement lente. Cela paraîtra regrettable, quand on sait qu'il devait contribuer à l'application pratique de la Déclaration. Celle-ci n'est en effet qu'une proclamation de principes et de droits reconnus par les Etats comme l'idéal commun. Mais les Etats ne sont pas engagés juridiquement à respecter ces droits, à les garantir à tous les individus qui relèvent de leur compétence. La Déclaration ne crée pas l'obligation juridique d'abroger des lois qui lui sont contraires. Tout au plus pourrait-on admettre que le maintien de telles lois est une violation de l'engagement juridique de coopérer avec les Nations Unies pour le respect des droits de l'homme (art. 56 de la Charte). Et encore cela est-il discutable, puisque les Etats pourraient soulever l'exception de juridiction nationale contenue dans l'art. 2 al. 7 de la Charte.

En cours de route, on changea de tactique. On décida d'élaborer deux Pactes, l'un consacré aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels. Ces droits, de par leur nature, nécessitent en effet des mesures de mise en œuvre différentes. Les deux Pactes furent adoptés par l'Assemblée générale le 16 décembre 1966; ils entreront en vigueur lorsque trente-cinq Etats les auront ratifiés¹⁵.

Le Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit une procédure de recours entre Etats, si ceux-ci ont déclaré reconnaître la compétence du Comité des

¹³ VERDOODT, *op. cit.*, p. 191.

¹⁴ E/conf. 6/79. Cf. aussi J. BOURQUIN, *La liberté de la presse*, p. 123 ss.

¹⁵ Résolution 2200 (XXI).

droits de l'homme. Il est en outre accompagné d'un Protocole facultatif qui autorise le Comité à recevoir et à examiner les plaintes provenant de particuliers. Mais ni dans ce cas, ni dans celui des recours inter-étatiques, il n'existe de procédure aboutissant à des décisions obligatoires pour les Etats. Le Comité des droits de l'homme n'est pas un organe judiciaire. Il dirige plutôt une procédure de conciliation et d'établissement des faits. C'est une des principales différences avec la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶.

Dans le Pacte des droits civils et politiques, nous retenons plus particulièrement l'art. 19:

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:
 - a) au respect des droits et de la réputation d'autrui;
 - b) à la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Ce texte est identique à celui qui fut adopté en 1961 par la Troisième Commission de l'Assemblée générale. Il insiste sur les tâches et la responsabilité des informateurs, mais ne fait, pour le reste, que reprendre le contenu des art. 19 et 29 de la Déclaration.

La Troisième Commission, pour sa part, avait repris sans modification le projet conçu par la Commission des droits de l'homme, au terme d'une discussion qui ne fut cependant pas sans histoire, puisqu'une dizaine d'amendements avaient été proposés¹⁷. On suggéra notamment de remplacer le verbe «rechercher», qui impliquerait une immixtion excessive dans les affaires d'autrui, par celui de «rassembler», qui n'aurait pas forcément une signification passive et qui aurait l'avantage d'être dépourvu de résonance agressive. Certaines délégations essayèrent aussi d'introduire des restrictions supplémentaires, en attirant l'attention sur la haine et les préjugés nationaux, raciaux et religieux, la propagande de guerre ou la diffusion de rumeurs calomnieuses, et sur les dangers qu'ils présentent pour la paix. Les délégations opposées exprimèrent la crainte que l'on aboutisse ainsi à affaiblir le principe de la liberté de l'information. Selon elles, le meilleur moyen de lutter contre la propagande, les préjugés, les rumeurs, est de donner à toutes les opinions la possibilité de s'exprimer. Elles firent en effet valoir la difficulté qu'il y aurait à déterminer ce qui, par exemple,

¹⁶ P. MODINOS, *Coexistence de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte des droits civils et politiques des Nations Unies*, RDH, 1968, p. 62 ss.

¹⁷ Documents officiels de l'Assemblée générale, 16e session, Annexes, A/5000.

est propagande et ce qui est information valable. Les gouvernements pourraient être tentés de n'autoriser que la publication d'informations qui leur sont favorables.

Les mêmes arguments furent avancés lors de la discussion de l'art. 20, qui intéresse aussi la liberté d'expression. Celui-ci fut néanmoins adopté dans une formulation selon laquelle «toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi», de même que «tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence».

Au sein de la Troisième Commission, on proposa également d'interdire la censure préalable, motif pris que la responsabilité pénale *a posteriori* et l'exercice du droit de réponse suffisaient à limiter les abus, ce qui fut contesté. L'amendement fut retiré, après que ses auteurs eurent déclaré que, selon eux, de toute manière, le texte proposé par la Commission des droits de l'homme ne pouvait aucunement être interprété comme autorisant la censure préalable.

§ 3 Le projet de Convention sur la liberté de l'information

Depuis son élaboration en 1948 par la conférence de Genève, le projet de Convention sur la liberté de l'information a connu de nombreuses vicissitudes. Il a été entièrement revu en 1951 par un comité nommé spécialement par l'Assemblée générale et composé de représentants de quinze pays¹⁸. Six ans plus tard, le nouveau texte a été soumis aux Etats membres, qui ont été invités à formuler leurs observations et leurs propositions¹⁹. La discussion du projet a ensuite été inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée générale, ceci dès 1959²⁰.

D'emblée, les travaux de la Troisième Commission ont fait apparaître la difficulté qu'il y a à établir un équilibre entre la liberté, qui ne doit pas devenir licence, et la responsabilité, qui ne doit pas conduire à des restrictions exagérées. Dans cette recherche d'équilibre, certains Etats mettaient l'accent sur la nécessité d'une protection efficace contre les nouvelles inexactes ou déformées. D'autres insistaient surtout sur les moyens d'assurer l'accès le plus libre possible aux faits et le courant le plus abondant possible de nouvelles. Les différentes conceptions de l'information et les idéologies, qui, jusqu'ici, avaient retardé la mise sur pied de la Convention, apparaissaient de nouveau clairement.

Jusqu'en 1961, la Troisième Commission a discuté et adopté le préambule et les premières dispositions du projet, dont le fameux article 2, principale pierre d'achoppement et point central de la Convention, qui détermine les restrictions

¹⁸ Résolution 426 (V); et Documents officiels, 7e session, Annexes, A/AC. 42/7 et Corr. 1.

¹⁹ Résolutions 1189 A (XII) et 1113 C (XIII).

²⁰ Résolution 1373 C (XIII).

admissibles²¹. Depuis, elle a suspendu ses travaux provisoirement, sans pour autant que la question cesse de figurer à l'ordre du jour de l'Assemblée générale.

Les quatre articles adoptés jusqu'à ce jour révèlent des principes semblables à ceux des textes antérieurs. Tout Etat contractant garantit à ses ressortissants «la liberté de rassembler, de recevoir et de transmettre, sans distinction de frontières, des informations et des opinions sous une forme orale, écrite, imprimée ou illustrée, ou par des procédés visuels ou auditifs licites, sans intervention de la part du gouvernement». La substitution du terme «rassembler» à celui de «rechercher» a suscité de vives oppositions dans les rangs de ceux qui voulaient voir l'élément actif de cette liberté exprimé sans équivoque. Elle n'a été acceptée qu'à la majorité d'une seule voix.

L'exercice de la liberté de l'information comportant des devoirs et des responsabilités, l'art. 2 énumère certaines limites, qui doivent être définies par la loi, appliquées conformément à elle, et nécessaires en ce qui concerne: «la sécurité nationale et l'ordre public; la propagation systématique de fausses nouvelles préjudiciables aux relations amicales entre les nations et d'incitations à la guerre ou à la haine nationale, raciale ou religieuse; les attaques contre les fondateurs de religions; l'instigation à la violence et au crime; la santé et la moralité publiques; les droits, l'honneur et la réputation d'autrui; et l'administration équitable de la justice.»

Le projet de 1951, suivant en cela celui de 1948, avait opté pour des formulations beaucoup plus exactes et nuancées. Au lieu d'«ordre public», il parlait d'«expressions qui incitent à changer par la violence de système de gouvernement ou suscitent des troubles»; au lieu de «droits d'autrui», il parlait d'«expressions qui empiètent sur les droits de la propriété littéraire ou artistique»; au lieu de «moralité publique», il parlait d'«expressions obscènes ou les expressions qui sont dangereuses pour la jeunesse et qui lui sont destinées»; et ainsi de suite. En revanche, il n'avait pas interdit expressément la censure comme le fait dans sa forme acceptée par la Troisième Commission l'art. 2 al. 2, qui dispose que les restrictions mentionnées «ne justifieront l'application par aucun Etat de la censure préalable aux nouvelles, commentaires et opinions politiques et ne pourront être invoquées pour restreindre le droit de critiquer le gouvernement». Cet alinéa, proposé par huit pays d'Amérique latine, a été adopté malgré l'opposition unanime des Etats socialistes.

La procédure en cas de violation de la Convention est prévue par l'art. 12 du projet de 1951. Tout différend entre Etats contractants touchant l'interprétation ou l'application de la Convention sera réglé soit par voie de négociation, soit par un autre mode de règlement qui aura été convenu par les Etats inté-

²¹ Documents officiels, 14e session, Annexes, A/4341; 15e session, Annexes, A/4636; 16e session, Annexes, A/5041.

ressés. A défaut, l'affaire sera portée devant la Cour internationale de justice, dont les arrêts sont définitifs et obligatoires. Les particuliers, eux, n'ont aucun moyen de veiller au respect de la Convention.

Aux termes de l'art. 13, la Suisse serait admise, le cas échéant, à signer la Convention, puisqu'elle a participé à la conférence de Genève.

§ 4 Le projet de Déclaration sur la liberté de l'information

En 1959, au cours de sa vingt-huitième session, le Conseil économique et social a examiné la question d'un projet de Déclaration sur la liberté de l'information et a prié les Etats membres de s'exprimer sur l'opportunité d'une telle Déclaration²². Les réponses données l'ont encouragé à soumettre en 1960 un projet à l'Assemblée générale «avec l'espoir que ce texte favorisera l'instauration de la liberté de l'information et aidera l'Assemblée générale à achever ses travaux dans ce domaine»²³. Celle-ci en a, jusqu'ici, toujours retardé l'examen, alors même qu'en 1968, elle décidait de lui donner la priorité lors de sa prochaine session en attendant que le projet de Convention soit mis au point, «de façon qu'il puisse servir d'inspiration et constituer une norme pour les moyens d'information ainsi que les gouvernements dans n'importe quelle région du monde»²⁴.

Le caractère universel de la Déclaration est nettement affirmé. Les cinq articles du projet comprennent quelques principes généraux que «les législations nationales et les conventions et autres instruments internationaux destinés à protéger la liberté de l'information doivent servir et s'efforcer de promouvoir». L'art. 1er proclame droits inaliénables et fondamentaux de l'homme le droit de connaître et le droit de chercher librement la vérité. «Tous les individus, isolés ou associés, ont le droit de chercher, de recevoir et de répandre les informations.» Ce droit, dit l'art. 2, doit être garanti «de façon à permettre au public de connaître les faits et de se former une opinion sur les événements».

L'art. 3 énonce le principe que «l'information doit être au service du public». Cela engage non seulement les gouvernements et organismes publics, mais aussi les particuliers à s'abstenir d'exercer sur les moyens de diffuser les informations «un contrôle tel qu'il empêche l'existence d'une diversité de sources d'information ou prive l'individu du libre accès à ces sources». Les monopoles, en particulier, doivent donc être considérés comme contraires à cette disposition. L'Etat a également un rôle positif, puisque «le développement de moyens d'information nationaux indépendants doit être encouragé».

²² Résolution du Conseil économique et social 732 (XXVIII).

²³ Résolution du Conseil économique et social 756 (XXIX).

²⁴ Résolution 2248 (XXIII).

Quant aux art. 4 et 5, ils se consacrent aux devoirs de la presse, qui sont de veiller à l'exactitude des faits relatés et de respecter les droits et la dignité des nations et des personnes, et aux limitations de la liberté.

§ 5 L'intérêt de ces textes pour la Suisse

En vertu de son art. 48, le Pacte des droits civils et politiques est ouvert non seulement à la signature des Etats membres des Nations Unies, mais aussi à celles des membres des institutions spécialisées et à tout Etat partie au Statut de la Cour internationale de justice. A ce double titre, la Suisse pourrait y adhérer. Avant qu'une décision ne soit prise dans ce sens, le Pacte n'a cependant pas à être retenu par les juges. Cela vaut *a fortiori* pour la Convention et la Déclaration sur la liberté de l'information, qui n'en sont encore qu'à l'état de projet. Pourtant, ces textes sont les indices clairs d'une évolution qui se dessine sur le plan international. A cet égard, ils méritent de retenir l'attention.

La Déclaration universelle des droits de l'homme occupe une position différente. Certes, il pourrait sembler *a priori* que ce texte n'a pour la Suisse qu'un intérêt très relatif. Cette thèse trouverait un appui dans le préambule de la Déclaration, où il est demandé à tous les individus et à tous les organes de la société de s'efforcer d'assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives de ces droits et libertés, «tant parmi les populations des Etats membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur juridiction». Et les populations des Etats non membres? Si on admettait que la Déclaration ne les concerne pas, l'art. 2 al. 2, qui interdit les distinctions fondées sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, n'aurait aucun sens²⁵. Il convient donc de ne pas attribuer à cette formulation plus d'importance qu'elle n'a, le préambule ne laissant par ailleurs subsister aucun doute sur le caractère universel de la Déclaration. L'historique nous apprend que cette fin de phrase a été ajoutée plus tard, uniquement par souci de mentionner les peuples ne bénéficiant pas encore de leur autonomie²⁶.

A notre sens, les juges suisses ne peuvent prétexter notre non-appartenance à l'Organisation des Nations Unies pour ignorer purement et simplement la Déclaration de 1948. Il est vrai que, celle-ci n'étant pas un traité, elle n'est pas douée d'une force juridique positive. Elle n'a pas qualité de loi, pas plus dans un pays membre qu'en Suisse. Mais sa valeur se situe sur un plan différent. Adoptée par quarante-huit Etats avec huit abstentions, reconnue aujourd'hui tacitement par plus de cent-vingt nations, la Déclaration contient ce qu'on estime être le cata-

²⁵ VERDOODT, *op. cit.*, p. 318.

²⁶ VERDOODT, *op. cit.*, p. 310 ss.

logue de base des droits et libertés dont chacun doit pouvoir jouir. Elle exprime, comme dit son préambule, l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations. Son caractère universel est donc très prononcé. On peut la considérer comme une expression codifiée du droit naturel, d'un droit naturel sinon supra-temporel du moins contemporain. A ce titre, elle mérite d'être retenue par le juge suisse. Nous avons dit précédemment la manière dont il convenait d'appliquer les libertés fondamentales contenues dans la Constitution fédérale. La recherche de l'idée de base doit nécessairement conduire à un moment ou à un autre à l'interrogation du droit naturel²⁷. C'est donc à cet instant-là que doit intervenir la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Le professeur GROSSEN s'est lui aussi penché sur le problème, en se demandant si le juge suisse était fondé à s'inspirer de la Déclaration des droits de l'homme, non pas lorsqu'il applique les libertés fondamentales de la Constitution, mais lorsqu'il interprète les droits de la personnalité²⁸. M. GROSSEN a conclu par l'affirmative. «Combien de fois ne l'a-t-on proclamé, les droits de la personnalité souffrent de l'indétermination de leur contenu. Dès lors, il n'est pas illégitime de recourir à des textes qui veulent exprimer la conscience juridique universelle pour tenter de préciser leur signification. (...) Il faut d'ailleurs se garder de toute illusion. En général, les droits de l'homme sont eux-mêmes formulés en termes si vagues qu'ils fourniront rarement des indications précieuses.»

En l'occurrence, cependant, la Déclaration exprime assez clairement l'élargissement subi par la notion de liberté de la presse. Celui qui s'interroge sur le contenu de cette liberté fondamentale y trouve donc d'utiles renseignements.

Chapitre 2: Le Conseil de l'Europe

§ 1 La Convention européenne des droits de l'homme

Signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, la Convention européenne des droits de l'homme conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe n'est pas une réplique de la Déclaration universelle. Ses buts, tels qu'ils ressortent du préambule, sont de promouvoir l'unité européenne, d'être le dénominateur commun des démocraties européennes et d'assurer sur le plan international la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration de 1948, les droits civils et politiques. En adhérant à la Convention, les Etats reconnaissent les droits et libertés qui y sont définis. Ils sont liés par une véritable obligation juridique pouvant être sanctionnée. A cet effet, on a prévu des organes qui ont des tâches d'instruction et de conciliation – la Com-

²⁷ Cf. *supra*, p. 23.

²⁸ J.-M. GROSSEN, *La protection de la personnalité en droit privé*, RDS, 1960, p. 13 a.

mission des droits de l'homme –, ou un pouvoir de décision – le Comité des ministres et la Cour des droits de l'homme. Fait intéressant, les particuliers peuvent eux aussi saisir la Commission, mais à condition que l'Etat mis en cause admette cette possibilité. En revanche, il ne leur appartient en aucun cas de saisir la Cour. Seuls les Etats et la Commission ont cette faculté. Encore faut-il que l'Etat défendeur ait déclaré reconnaître la compétence de la Cour.

Le caractère de traité international et l'existence d'une véritable procédure judiciaire distinguent la Convention de la Déclaration universelle et du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Le Conseil de l'Europe réunissant des Etats qui partagent une conception semblable de la démocratie, il était relativement plus facile d'obtenir cette limitation de la souveraineté nationale.

On ne s'étonne pas de voir figurer dans la Convention également une disposition sur la liberté de la presse. L'art. 10 est libellé ainsi :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
2. 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.

Trois points, essentiellement, distinguent ce texte des dispositions correspondantes de la Déclaration universelle et du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

1. Lors de l'examen du projet d'art. 19 de la Déclaration universelle, la Sous-Commission de la liberté de l'information et de la presse avait adopté une proposition visant à ajouter au droit d'expression le droit d'avoir des opinions²⁹. Cette proposition était présentée par le délégué des Etats-Unis, qui prit argument de faits qui s'étaient produits dans son pays lors du mc carthysme, où l'on vit des citoyens obligés de déclarer leur opinion intime à l'égard du communisme devant des commissions du Congrès, sous peine d'outrage au Congrès. A ses yeux, c'était là un exemple d'une négation de la liberté d'opinion, distincte du refus de la liberté d'expression.

C'est ainsi qu'aujourd'hui, la Déclaration et le Pacte reconnaissent à chacun le droit à la liberté d'opinion et la liberté d'expression. Cette double garantie a l'avantage de marquer la différence de traitement juridique qui s'impose. L'opinion étant une affaire du for intérieur, elle est absolument libre et inviolable.

²⁹ VERDOODT, *op. cit.*, p. 187.

Aucune restriction n'est admise. Il n'en va plus de même dès le moment où l'opinion est exprimée. La sauvegarde des droits d'autrui ou d'intérêts supérieurs peut en effet commander certaines limites. Cette différence apparaît avec toute la netteté voulue dans l'art. 19 du Pacte.

L'art. 10 de la Convention, lui, n'a pas adopté la même formulation. Il donne même à penser que la liberté d'opinion est une sous-catégorie de la liberté d'expression. Faut-il dès lors la considérer comme étant soumise à toutes les limitations de l'alinéa 2? Comme l'explique le professeur PARTSCH, la seconde phrase de l'alinéa 1er indique plutôt que la liberté d'opinion est la base de la liberté d'expression, qu'en d'autres termes, la liberté d'expression est le droit pour celui qui a une opinion de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées³⁰. Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires, et aussi par le fait que, étant donné la difficulté de tracer des limites entre la liberté d'opinion et la liberté de pensée, on en viendrait autrement à priver d'effets l'art. 9 de la Convention, dans lequel la liberté de pensée, de conscience et de religion sont garanties de façon absolue et où seule la manifestation est soumise à certaines restrictions.

2. Dans l'art. 10, seules sont garanties la liberté de recevoir et celle de communiquer des informations. L'élément de la libre recherche fait défaut. C'est à dessein, semble-t-il, qu'on l'a laissé tomber et qu'on a suivi la voie proposée sans succès quelques années auparavant par la France et l'Union soviétique lors de la discussion d'un projet de Pacte des droits de l'homme. Cela ressort des travaux préparatoires, mais aussi de l'alinéa 2, aux termes duquel des mesures peuvent être prises pour empêcher la *divulgation* d'informations confidentielles. Si l'élément actif de la recherche d'informations avait été inclus dans l'alinéa 1er, les informations confidentielles auraient aussi dû être protégées contre l'*investigation*³¹.

Depuis quelques années, il est cependant question de combler cette lacune. La discussion a été amorcée lors du colloque sur les droits de l'homme et les moyens de communication de masse, réuni par le Conseil de l'Europe à Salzbourg en septembre 1968. Le 23 janvier 1970, l'Assemblée consultative adoptait la Déclaration sur les moyens de communication de masse, qui, dans le paragraphe A/3, donne toute son ampleur à la liberté de l'information³². Le même jour, elle recommandait à l'unanimité au Comité des ministres de charger des experts d'étudier la question d'une extension de l'art. 10, «de façon à y inclure la liberté de rechercher les informations (...); à cette liberté devrait correspon-

³⁰ K.J. PARTSCH, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, p. 435.

³¹ PARTSCH, *op. cit.*, p. 436.

³² Résolution 428 (1970).

dre, pour les pouvoirs publics, l'obligation de communiquer des informations relatives aux questions d'intérêt public, sous réserve des limitations appropriées»³³.

3. L'art. 10 comporte d'assez nombreuses restrictions qui ne sont pas formulées de manière très précise. Ainsi, quand on dit que les Etats peuvent soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations, entend-on par là l'autorisation préalable à l'ouverture d'une entreprise? Ou un régime de surveillance et de censure sur toute la production? La Commission des droits de l'homme et la Cour n'ont pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question³⁴.

Les mesures que l'alinéa 2 déclare permises sont, elles aussi, sujettes aux interprétations les plus diverses. Comme le remarque M. VASAK, «aucun article de la Convention n'ouvre d'aussi vastes possibilités de restrictions à un législateur plus soucieux de protéger l'ordre public que de respecter la liberté d'expression»³⁵. Il est vrai qu'on a pris soin de préciser que seules sont admissibles les restrictions prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique. Si, d'autre part, les Etats se souviennent de l'esprit de la Convention et qu'en cas de doute, ils prennent parti pour la liberté individuelle, les divergences de vues devraient être surmontables.

A cet égard, l'existence d'instances judiciaires supranationales se révèle fort utile, comme l'a montré l'affaire *De Becker*, où la Commission des droits de l'homme a jugé contraire à l'alinéa 2 une disposition du code pénal belge interdisant à perpétuité aux personnes condamnées à une certaine peine la participation aux entreprises de presse, de radiodiffusion et de cinématographie. La Commission a estimé que le délit commis par De Becker – la collaboration avec l'ennemi – était certes grave, mais que la privation de la liberté d'expression dans des matières autres que politiques était infligée trop rigide-ment. Selon elle, si, avec le temps, le moral de la nation et l'ordre public sont restaurés, le maintien de cette incapacité cesse d'être une mesure nécessaire dans une société démocratique³⁶.

³³ Recommandation 582 (1970).

³⁴ Tout au plus peut-on admettre qu'elles le feraient dans le sens de l'autorisation préalable, en se rangeant ainsi aux vues de l'Assemblée consultative énoncées au paragraphe A/5 de la Déclaration sur les moyens de communication de masse. Cf. *infra*, p. 63 s.

³⁵ K. VASAK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 55.

³⁶ Requête no 214/56, Annuaire de la Convention, II, p. 215. Rapport de la Commission, Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, Série B, p. 11. Deux jours avant la première audience de la Cour, la Belgique modifia sa législation. L'affaire fut radiée du rôle de la Cour par décision du 27 mars 1962. Publications, Série A, p. 12. Cf. VASAK, *op. cit.*, p. 55 ss; PARTSCH, *op. cit.*, p. 439 ss. – Dans un autre cas, la Commission jugea conformes à l'art. 10 les mesures préventives prises par l'Etat quand l'ordre public est en jeu. Requête no 1747/62, Annuaire VI, p. 425. Cf. B. JUNOD, *La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme*, p. 80. Ainsi, l'arrêt du *Kämpfer*, qui, dans les années trente, suscita chez nous tant d'émotions, serait admis par la Commission. Cf. *supra*, p. 31 s.

Si l'on compare ce système de restrictions à celui adopté par la Déclaration de 1948 ou, mieux encore, à celui du Pacte de 1966, on relève quelques différences. L'art. 19 du Pacte ne mentionne pas la possibilité pour les Etats d'instituer un régime d'autorisations pour les entreprises de radiodiffusion et autres. La sécurité nationale et le terme très vaste d'ordre public deviennent, à l'art. 10 de la Convention, la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime. Plus loin, l'art. 10 mentionne encore les informations confidentielles ainsi que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, mais se tait sur la propagande en faveur de la guerre ou sur les appels à la haine, qui, eux, font l'objet de l'art. 20 du Pacte.

Malgré leur effort de détailler les restrictions, les auteurs de la Convention ne sont pas arrivés à une finesse satisfaisante. Les travaux de la conférence des Nations Unies sur la liberté de l'information, dont on s'est inspiré, avaient abouti à de meilleures formulations³⁷.

§ 2 La Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme

L'harmonisation des différentes législations sur la presse préoccupe le Conseil de l'Europe depuis 1966. A cette date, la 4^e conférence des ministres européens de la justice a adopté une résolution demandant au Comité des ministres d'étudier ce point. De son côté, l'Assemblée consultative a décidé en 1967 de convoquer une réunion d'experts pour étudier les problèmes posés par la presse et les autres moyens de communication de masse, notamment sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce colloque s'est tenu à Salzbourg du 9 au 12 septembre 1968. La Commission des questions juridiques s'est penchée sur ses travaux et a élaboré un projet de Déclaration dans l'intention d'y consigner certains principes affirmés à Salzbourg. Ce texte a été soumis à l'Assemblée consultative, qui l'a adopté au cours de sa vingt-et-unième session ordinaire, le 23 janvier 1970³⁸.

La Déclaration est divisée en trois parties. La première est consacrée au statut et à l'indépendance de la presse et des autres moyens de communication de masse. Ces moyens, constate le paragraphe 1^{er}, exercent une fonction essentielle dans l'intérêt du public. Pour leur permettre de s'en acquitter, il convient d'observer entre autres les principes suivants :

2. Le droit à la liberté d'expression doit s'appliquer aux moyens de communication de masse.

³⁷ Cf. *supra*, p. 49 et 52.

³⁸ Résolution 428 (1970). Doc. 2687 et AS (21) CR 18.

3. Ce droit doit inclure la liberté de rechercher, de recevoir, de communiquer, de publier et de diffuser des informations et des idées, ce qui implique, pour les pouvoirs publics, le devoir correspondant de communiquer, dans des limites raisonnables, des informations relatives aux questions d'intérêt public et, pour les moyens de communication de masse, celui de fournir des renseignements complets et variés sur les affaires publiques.

Le devoir des pouvoirs publics est une nouveauté en droit international. Il fait effectivement partie de la liberté de l'information. La liberté de recherche des nouvelles serait en effet compromise si le journaliste trouvait dans tous les bâtiments administratifs portes closes. Dans son exposé des motifs, la Commission des questions juridiques estime que, trop souvent encore, il arrive que les pouvoirs publics refusent sans raison valable de communiquer des informations³⁰. Certes, elle fait une réserve en faveur des informations de nature confidentielle ou touchant à la sécurité de l'Etat, mais elle dénonce en même temps la tentation qui pourrait guetter certains de masquer, sous le couvert du secret d'Etat, des faits embarrassants sur le plan politique.

En revanche, le devoir fait à la presse paraît beaucoup moins compréhensible. Il est naturellement souhaitable que la presse renseigne de manière complète et variée sur les affaires publiques. Mais c'est là un devoir moral, qui ne devait pas être mentionné dans la définition d'un droit individuel. D'ailleurs, cette fin de paragraphe est également malheureuse d'un point de vue rédactionnel. On voit mal en effet comment la liberté d'expression et plus spécialement la liberté de communiquer, de publier et de diffuser des informations pourrait impliquer un devoir de fournir certains renseignements plutôt que d'autres, sauf si l'on donne à ce verbe un sens différent de celui qu'il a en début de paragraphe. Le devoir des pouvoirs publics et celui de la presse ne découlant pas semblablement de la liberté de l'information, il fallait marquer la différence d'une manière ou d'une autre.

Les paragraphes 4 et 5 considèrent l'indépendance des moyens de communication de masse vis-à-vis du contrôle étatique. Alors que l'art. 10 de la Convention n'abolit pas expressément la censure, le paragraphe 5 l'interdit sous sa forme directe ou indirecte pour la presse, les émissions de radiodiffusion et de télévision et les nouvelles transmises par d'autres moyens. La censure cinématographique est autorisée, sauf quand il s'agit de films d'actualité. Toutefois, des restrictions peuvent être imposées dans les limites de l'art. 10 de la Convention. Cela signifie-t-il que, pour les entreprises visées à l'art. 10 al. 1, des contrôles pourraient être introduits par le biais du régime d'autorisations? On s'est empressé de couper court à pareille éventualité en précisant dans la phrase suivante que la teneur des émissions de radiodiffusion et de télévision ne doit faire l'objet d'aucun contrôle de la part de l'Etat, sauf dans les conditions pré-

³⁰ Doc. 2687, p. 13.

vues à l'alinéa 2. Et les actualités cinématographiques? Il n'en est pas fait mention. On pourrait en déduire qu'elles peuvent être soumises à un régime prévoyant la censure. Mais il s'agit sans doute d'un oubli, cette catégorie-là n'ayant été introduite dans le paragraphe 5 que par la suite⁴⁰.

L'organisation interne des moyens de communication de masse, la protection de leur indépendance contre les dangers de monopoles et la liberté des correspondants à l'étranger font l'objet des paragraphes suivants. L'organisation interne doit garantir la liberté d'expression des rédacteurs responsables et leur indépendance éditoriale. Quant aux monopoles, ni l'Etat, ni les entreprises privées ou les groupes financiers ne doivent pouvoir en instaurer.

La deuxième partie est consacrée aux mesures destinées à garantir la responsabilité de la presse. Elle mentionne la formation professionnelle, les codes de déontologie et les conseils de presse.

Quant à la troisième partie, elle parle des mesures destinées à protéger l'individu contre toute ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée.

Il convient de s'interroger sur la nature juridique de ce texte. La lecture de dispositions qui invitent non pas les Etats mais la presse à agir dans un certain sens, ou qui constatent que «le problème doit faire l'objet d'un examen plus approfondi» montre d'emblée qu'il ne s'agit pas d'un traité international. Dans son exposé des motifs, la Commission des questions juridiques considère ce texte comme une déclaration d'intention. Elle estime qu'il contient un certain nombre de points au sujet desquels le Conseil de l'Europe pourrait utilement prendre des initiatives. Aussi, la recommandation votée le même jour par l'Assemblée consultative demande-t-elle au Comité des ministres de charger des comités d'experts d'étudier certaines questions, entre autres celle de l'harmonisation des législations, et d'inviter les Etats membres à encourager les organisations professionnelles à créer un code de déontologie et un conseil de la presse. La Déclaration est donc plutôt un document de base pour l'activité du Conseil de l'Europe lui-même. Elle n'engage que l'Assemblée consultative et intéresse les Etats et les particuliers responsables de l'information indirectement seulement.

L'Assemblée consultative, d'ailleurs, ne pouvait guère aller plus loin. Etant composée de membres des différents parlements nationaux, et non de représentants gouvernementaux votant sur instruction, elle n'a pas de pouvoir de décision. Ses conclusions parviennent généralement sous forme de recommandation au Comité des ministres, qui décide des suites à donner. Elle peut aussi voter des résolutions, mais celles-ci n'engagent qu'elle-même. En aucun cas, elle ne peut s'adresser directement aux Etats membres.

⁴⁰ Doc. 2687, Amendement no 1.

§ 3 L'intérêt de ces textes pour la Suisse

La Suisse est membre du Conseil de l'Europe depuis 1963. En dépit du fait que ses six représentants au sein de l'Assemblée consultative ont participé à l'acceptation de la Déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme, ce texte a pour notre pays un poids moins considérable que la Déclaration de 1948. N'étant ni un traité, ni une codification du droit naturel, il peut être retenu seulement comme l'indice d'une évolution qui se manifeste à l'échelon européen.

Depuis quelques années, l'adhésion de la Suisse à la Convention européenne des droits de l'homme est à l'ordre du jour. A la suite d'un postulat voté au Conseil national⁴¹, le Conseil fédéral a rédigé un rapport qu'il a publié le 9 décembre 1968 et dans lequel il expose les conditions juridiques d'une telle adhésion⁴². La question avait déjà été soulevée précédemment, mais le Conseil fédéral avait alors exprimé l'avis qu'une adhésion n'était pas souhaitable, vu l'importance des réserves que nous serions amenés à formuler⁴³. Dans son rapport de 1968, le gouvernement a modifié son point de vue, estimant qu'il n'est pas indispensable de procéder aux ajustements nécessaires avant la ratification, qu'une adhésion même avec certaines réserves était souhaitable.

Depuis, la question est soumise à l'examen des Chambres⁴⁴. L'adhésion ne devrait sans doute pas être renvoyée durant de longues années encore, malgré d'indéniables divergences de vues⁴⁵. C'est dire l'intérêt que l'art. 10 de la Convention prend pour nous.

Quelle serait, en cas d'adhésion, sa place par rapport à l'ordre juridique interne? Des deux théories que l'on rencontre au sujet de l'autorité des traités en droit interne, le Tribunal fédéral a choisi celle qui incorpore le traité dans l'ordre juridique du pays dès sa ratification⁴⁶. Le traité s'applique directement, sans qu'il soit besoin de le transformer en droit interne par un acte normatif spécial, comme le préconise la théorie dualiste. Il devient opposable aux particuliers dès son insertion au Recueil officiel. Encore convient-il de s'interroger sur sa force juridique formelle et d'examiner la place qu'il occupera dans la hiérarchie des règles nationales.

Pour la Convention européenne des droits de l'homme, deux solutions peuvent être envisagées :

⁴¹ Postulat *Eggenberger*, du 22 juin 1966. Bull. off. CN, 1966, 406.

⁴² FF 1968 II 1069. Un rapport complémentaire a paru le 23 février 1972. FF 1972 I 989.

⁴³ Bull. off. CN, 1962, 710; CE, 1965, 176.

⁴⁴ Bull. off. CN, 1969, 320; CE, 1969, 201; CN et CE, 1972 (à paraître).

⁴⁵ Bull. off. CE, 1969, 221 (vote négatif).

⁴⁶ ATF 88 I 86, *Rossier*, du 23 mai 1962; 94 I 669, *Frigerio*, du 22 novembre 1968.

1. *La Convention a rang de loi fédérale.* C'est d'ailleurs la solution adoptée par la pratique pour les traités en général⁴⁷. Dans cette éventualité, l'art. 10 est inférieur à la Constitution, mais il doit être appliqué malgré les différences qui l'opposent à l'art. 55 Cst., ceci en vertu de l'interdiction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et des traités. Il déroge à toutes les normes de rang inférieur qui lui sont contraires, qu'elles soient antérieures ou postérieures. Il déroge également aux lois fédérales plus anciennes, suivant l'adage *lex posterior derogat priori*⁴⁸. Ce même adage s'appliquerait-il dans le cas où une loi fédérale viendrait s'opposer après coup à l'art. 10 en limitant la liberté de l'information? La jurisprudence du Tribunal fédéral semble jusqu'à maintenant autoriser une réponse affirmative⁴⁹.

Certains auteurs, ayant peine à admettre la position de faiblesse qui serait ainsi celle de la Convention, ont fait valoir que cette jurisprudence était trop peu affirmée pour exclure tout à fait l'hypothèse d'un retour du Tribunal fédéral au principe de la primauté absolue des traités sur le droit interne, défendu jadis⁵⁰. Si l'on revenait effectivement à ce principe, si l'on conférait à la Convention un *Übergesetzsrang*⁵¹, on aboutirait alors à une étrange situation⁵². Comme les autorités judiciaires ou administratives seraient admises à ne pas tenir compte d'une loi fédérale, d'un arrêté de portée générale ou d'un traité international qui contredirait la Convention, elles exerceraient en réalité un contrôle de la constitutionnalité du droit fédéral: la Convention, en effet, reproduit dans une large mesure des règles qui figurent également dans la Constitution. Or un tel contrôle est justement prohibé par l'art. 113 al. 3 Cst., sauf (pratiquement) pour les ordonnances du Conseil fédéral, de ses départements et de leurs services, qui peuvent être attaquées par voie d'exception.

Cette perspective est sans doute séduisante pour celui qui désire voir la Convention dotée de la plus grande efficacité possible. L'art. 10 aurait du poids, puisqu'il pourrait être invoqué avec succès à l'encontre de toutes les lois et décisions qui lui sont contraires, tant fédérales que cantonales. Cependant, il nous paraîtrait abusif d'introduire une pareille modification par le biais d'un traité éludant le verdict obligatoire du peuple et des cantons.

⁴⁷ ATF 59 II 331, *Steenworden*, du 17 juillet 1933.

⁴⁸ Les abroge-t-il également? L'arrêt *Steenworden* le donne à penser, mais la doctrine reste très réservée à ce sujet. Cf. J.-F. AUBERT, *L'autorité en droit interne des traités internationaux*, RDS, 1962, I, p. 281.

⁴⁹ Voir l'arrêt *Steenworden*. Là non plus, il ne s'agit pas d'abrogation, mais plutôt d'une «application paralysée». Cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 279 ss.

⁵⁰ ATF 35 I 596, *Martin*, du 9 septembre 1909. Voir JUNOD, *op. cit.*, p. 138 s.

⁵¹ C'est ce que préconise L. WILDHABER, *Verfassungsrang der europäischen Menschenrechtskonvention*, RSJB, 1969, p. 261, qui distingue encore le *Gesetzesrang*, le *Verfassungsrang* et le *Überverfassungsrang*.

⁵² Cf. JUNOD, *op. cit.*, p. 89 et 146.

2. *La Convention a rang de loi constitutionnelle.* Cette solution, en vigueur en Autriche, aux Pays-Bas, au Luxembourg et à Chypre⁵³, n'a pas trouvé jusqu'ici beaucoup de partisans dans la doctrine suisse⁵⁴. Elle se justifie eu égard au caractère des règles énoncées dans la Convention. Il est vrai que notre pays a déjà conclu des traités qui contenaient des règles d'importance constitutionnelle, sans pour autant qu'on songe à leur donner un rang supérieur. En l'occurrence, cependant, l'aspect constitutionnel du traité est beaucoup plus marqué. Les libertés individuelles sont le fondement de tout état démocratique. Elles constituent le noyau de la Constitution, autour duquel graviteront ensuite les règles d'organisation étatique.

Suivant cette solution, l'art. 10 devient l'égal de l'art. 55 Cst. Cela a l'avantage d'établir quelques distances entre la Convention et les simples lois fédérales. Mais les moyens de faire respecter ces distances existent-ils? On admet que les normes de rang constitutionnel dérogent aux lois votées antérieurement⁵⁵. En revanche, les lois postérieures peuvent leur porter impunément atteinte, car l'art. 113 al. 3 Cst. empêche toute sanction, tant par voie d'action que par voie d'exception.

Seulement, cette disposition ne reflète pas du tout l'idée de l'art. 13 de la Convention, aux termes duquel «toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale». On peut dès lors se demander si les effets de l'art. 113 al. 3 Cst. ne seraient pas annulés par cet art. 13, ce qui aurait pour corollaire qu'on aboutirait ici aussi à une introduction du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales.

En l'état actuel du droit suisse, l'effectivité de ce recours paraît douteuse. L'art. 13 doit être considéré comme une des rares dispositions de la Convention qui nécessitent une réglementation d'exécution. On ne peut se borner à décréter qu'il y a une possibilité de recours; encore faut-il l'organiser, prévoir la cour compétente, les délais, la procédure d'instruction, etc. Sur le plan fédéral, ces questions ont leur siège habituel dans la loi d'organisation judiciaire. Or celle-ci reprend l'interdiction de l'art. 113 al. 3 Cst. et l'amplifie même, en disposant que le recours de droit public est recevable uniquement contre une décision ou un arrêté cantonal, ce qui exclut du contrôle par voie d'action également les décisions et ordonnances du Conseil fédéral ou de ses départements, les arrêtés fédéraux simples et les ordonnances du Tribunal fédéral

⁵³ PARTSCH, *op. cit.*, p. 288 s.

⁵⁴ Dans *Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte - Vorfragen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, mélanges Saint-Gall 1965, p. 252 ss, le juge fédéral KAUFMANN s'y rallie, mais seulement à la fin d'une argumentation qui repose sur une interprétation par trop extensive de l'art. 13 de la Convention.

⁵⁵ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, p. 175, no 449, note 5.

(art. 84 al. 1er OJF). Tant que le législateur ne modifie pas cette loi, le recours de l'art. 13 reste donc inopérant.

On pourrait penser que l'Etat qui refuse de procéder à une telle modification se rend coupable d'une violation caractérisée de ses engagements internationaux. Tel n'est cependant pas le cas, du moins si l'on se réfère à la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme⁶⁶. Celle-ci a en effet toujours écarté les recours basés uniquement sur une violation de l'art. 13. En estimant que cette disposition ne peut jamais être violée toute seule, la Commission l'a pour ainsi dire vidée de son contenu, d'autant plus qu'à ses yeux, les recours alléguant d'autres violations n'ont pas plus de poids s'ils peuvent démontrer qu'il y a en également non-respect de l'art. 13. Dans l'affaire *De Becker*, l'absence de tout moyen interne a été simplement constatée, mais elle n'a pas été retenue à la charge de la Belgique. Cela démontre que, pour la Commission, l'art. 13 n'impose pas de véritables obligations. D'ailleurs, la plupart des Etats signataires ne connaissent pas le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Cela veut dire en d'autres mots qu'en assimilant la Convention à une loi fondamentale, on n'institue pas obligatoirement un examen des lois fédérales sur leur conformité avec la Constitution. C'est là un autre avantage par rapport à l'*Übergesetzesrang*, qui n'est pas sans importance pour la politique référendaire.

En conclusion, si l'on reconnaît à la Convention le rang de loi constitutionnelle, l'art. 10 épouse non seulement le prestige, mais aussi la situation précaire qui est celle d'une pareille norme en Suisse. L'absence de contrôle de la constitutionnalité la rend vulnérable à l'égard de toutes les atteintes que pourraient lui porter par la suite les lois ou les décisions fédérales – encore qu'en cas de conflit, on tente toujours de voir s'il n'est pas tout de même possible d'interpréter la loi conformément à la Constitution. Mais d'autre part, cette lacune est comblée par la procédure internationale de contrôle ouverte aux particuliers, dont une des valeurs, et non la moindre, réside dans l'effet dissuasif.

En marquant notre préférence pour cette seconde solution, nous devons évidemment rejoindre ceux pour qui l'adhésion à la Convention ne peut avoir lieu par la voie normale de la conclusion d'un traité international. L'art. 123 Cst. étant assez clair sur la manière d'introduire de nouveaux textes constitutionnels, il faudrait s'y tenir et donc procéder à la consultation du constituant. Celle-ci pourrait se situer à deux moments différents: soit après la ratification; soit entre la signature et la ratification. Dans la première hypothèse, l'approbation du peuple et des cantons aurait pour effet d'élever la Convention du rang de simple loi fédérale au rang de loi constitutionnelle.

⁶⁶ JUNOD, *op. cit.*, p. 86 s.

Si la situation que nous venons d'esquisser nous paraît la mieux adaptée à la véritable nature de la Convention, ce n'est pas, précisons-le, à cause de la procédure internationale qui, comme on l'a dit parfois, permettrait aux autorités de Strasbourg d'exercer ce qui est interdit aux juges de Lausanne, à savoir le contrôle des lois fédérales, et que cela heurtait l'art. 113 al. 3 Cst. C'est oublier que, quand un Etat contracte des obligations internationales, il est contraint par le droit des gens à mettre sa législation en accord avec ses obligations. Si une instance a été prévue pour veiller au respect des engagements, il est normal qu'elle puisse contrôler le droit interne. Une atteinte à la Constitution ne se produirait que dans le cas où cette instance aurait un caractère supranational prononcé, où elle limiterait la souveraineté des Etats. Tel n'est pas le cas en l'occurrence⁵⁷. Les organes de la Convention n'exercent pas de contrôle abstrait et général. Ils se bornent à juger un cas concret. Leurs décisions sont définitives et obligatoires, mais elles n'ont pas d'effet cassatoire et ne sont pas directement exécutoires. L'art. 50 permet de sauvegarder le droit national face aux conséquences d'un arrêt de la Cour⁵⁸, puisqu'il prévoit que, si le droit interne ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, la Cour peut accorder à la partie lésée une satisfaction équitable. Le Comité des ministres a la même faculté et peut, dans le cas où l'Etat s'obstinerait à violer la Convention, ordonner la publication du rapport de la Commission et engager éventuellement une procédure d'exclusion.

On s'est interrogé sur l'intérêt pratique de l'art. 10 pour notre pays. On a dit que les restrictions de l'alinéa 2 étaient rédigées de telle manière qu'elles permettent toutes les interprétations et semblent justifier les plus sévères interdictions, que cet article n'allant pas plus loin que la Constitution, il ne fait en fin de compte que présenter des difficultés d'interprétation et des risques au sujet de l'exercice de cette liberté⁵⁹. Incontestablement, l'alinéa 2 souffre d'un manque de clarté, mais, à cet égard, l'art. 55 Cst. n'a rien à lui envier. Une interprétation conforme à l'esprit de la Convention devrait pouvoir éliminer les incertitudes. D'autre part, on ne doit pas oublier l'élargissement que l'alinéa 1er apporte à la notion classique de la liberté de la presse.

Ainsi donc, si la Convention reçoit force de loi constitutionnelle, l'art. 10 se placera sur un pied d'égalité à côté de l'art. 55 Cst., qui, du coup, se trouvera explicité dans le sens de la liberté de l'information. La révision de cette disposition, envisagée depuis longtemps, sera de la sorte réalisée; la liberté de l'information sera reconnue en Suisse, et de manière complète si l'art. 10 est modifié comme le souhaite l'Assemblée consultative.

⁵⁷ WILDHABER, *op. cit.*, p. 257 s.

⁵⁸ VASAK, *op. cit.*, p. 186.

⁵⁹ Bull. off. CE, 1969, 212, CHOISY.

Dans le recensement des divergences entre la Convention et la législation suisse, ni le Conseil fédéral, ni la doctrine ne mentionnent celle qui oppose l'art. 10 à l'art. 55 Cst. Il s'agit d'un oubli, puisque la liberté de l'information n'est pas reconnue en Suisse, comme nous l'avons vu précédemment. Nous croyons ne pas nous opposer à la pensée du Conseil fédéral en disant qu'une nouvelle réserve n'est pas nécessaire. Dans son rapport, le gouvernement estime qu'il est peu recommandable de formuler autant de réserves qu'il y a de divergences reconnues ou supposées⁶⁰. Cela serait contraire au but des conventions du Conseil de l'Europe et à l'esprit qui a présidé à leur conclusion. «Ce raisonnement doit tout particulièrement s'appliquer lorsque la convention offre une réglementation préférable ou du moins aussi bonne que la règle en vigueur en Suisse et qu'elle correspond à une tendance générale du développement du droit. Tel est le cas de la Convention européenne des droits de l'homme qui (...) s'inscrit dans le mouvement tendant à assurer, grâce à un système de garantie internationale, une meilleure protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Un effort d'adaptation est donc indispensable.» Le Conseil fédéral préconise donc de limiter le nombre des réserves à trois⁶¹ et d'éliminer les autres divergences par le processus qui veut qu'une fois adopté, un traité devienne du droit fédéral et déroge ainsi aux dispositions contraires antérieures, tant cantonales que fédérales. Dans le cas de normes constitutionnelles, on parlera plus volontiers d'explicitation.

Une question se pose encore: la Suisse possède-t-elle les restrictions prévues par l'art. 10 al. 2, ou l'absence de loi sur la presse l'a-t-elle rendue plus libérale? Une simple lecture des titres marginaux du code pénal démontre que ces limitations existent déjà. Une réserve s'impose peut-être: il n'existe pas de mesure restreignant spécialement la liberté de la presse pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. En France, par exemple, est punissable celui qui aura publiquement cherché à jeter le discrédit sur un acte ou une décision juridictionnelle dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance, ou qui aura publié avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive des commentaires tendant à exercer des pressions sur les témoins ou les juridictions⁶². Cette réglementation est inspirée du *contempt of court* anglo-saxon. En Suisse, pensons-nous, elle ne serait pas d'une utilité première⁶³.

⁶⁰ FF 1968 II 1152.

⁶¹ FF 1972 I 998. En fait, il en faudrait six, ou cinq (FF 1972 I 101). Mais le Conseil fédéral envisage de ne pas signer tout de suite le protocole additionnel.

⁶² Ordonnance du 23 décembre 1958, introduisant dans le code pénal français les art. 226 et 227.

⁶³ Autre opinion: A. KRAFFT, *De la publicité des débats*, RSJ, 1954, p. 326. F. CLERC, *Réflexions sur la publicité des débats*, RPS, 1961, p. 252.

Titre II: Le cas de l'Allemagne fédérale

Chapitre premier: La liberté de la presse jusqu'en 1949

Dire que l'Allemagne a derrière elle une longue tradition de libéralisme en matière de presse ne correspondrait pas exactement à la réalité. Cette liberté ne s'imposa qu'en 1848, grâce aux contrecoups de la Révolution de février ressentis au sein de la Confédération germanique, et qui entraînaient avec la fuite de Metternich la fin d'un conservatisme outrancier. Inscrite dans la nouvelle constitution du 28 avril 1849, cette liberté permit l'essor d'une presse d'opinion qui acquit un véritable pouvoir. Mais en 1854 déjà, un arrêté fut pris, soumettant les entreprises de presse à un système de concession et de cautionnement et à une réglementation pénale plus stricte. Cet arrêté, il est vrai, fut appliqué par une minorité d'Etats membres. En Prusse, on assista également à quelques tentatives de contrôler la presse d'opposition. Par une ordonnance de 1863, Bismarck essaya d'interdire certains journaux hostiles à un projet militaire, mais plusieurs avis de droit ayant conclu à l'inconstitutionnalité de l'ordonnance, celle-ci dut être retirée⁶⁴.

Dès la proclamation de l'Empire, en 1871, Bismarck se montra peu pressé de reconnaître à la presse une complète liberté de mouvement. Certes, une loi sur la presse fut finalement votée le 25 avril 1874, supprimant, entre autres restrictions, les concessions, le cautionnement, le droit de timbre, la possibilité d'interdire la parution de journaux. Mais, la liberté de la presse n'étant pas garantie dans la Constitution, elle était vulnérable et pouvait être restreinte par la majorité simple du Parlement. Dans sa lutte contre les catholiques et le parti du centre, puis contre les socialistes, Bismarck utilisa généreusement les armes de la confiscation et des poursuites pénales, et engagea une véritable guerre d'usure contre les journaux qui lui étaient défavorables. Mais ces mesures n'eurent pas les effets escomptés⁶⁵.

Ce n'est que le 11 août 1919 que la liberté de la presse fut réintroduite sur le plan constitutionnel. La Constitution de Weimar déclarait que « tout Allemand a le droit, dans le cadre des lois générales, d'exprimer librement son opinion par la parole, l'écrit, l'imprimé, l'image ou de toute autre manière ». La censure était interdite, sauf pour le cinéma. Malheureusement, les difficultés que connut

⁶⁴ LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 45 s. – Un autre exemple d'atteinte à la liberté de la presse est fourni par la Bavière, où, entre 1850 et 1857, l'on procéda à 2500 saisies de journaux. U. SCHWARZ, *Presserecht für unsere Zeit – die deutsche Gesetzgebung als Beispiel*, p. 63.

⁶⁵ On peut même parler d'un échec complet. Alors qu'avant le Kulturkampf, la presse du centre comptait 5 journaux, elle en avait 106 en 1875, et 288 en 1888 avec un tirage d'un million d'exemplaires. Quant aux socialistes, ils purent eux aussi consolider leur position, et leur victoire aux élections de 1890 fut, comme on sait, une des causes qui entraîna la chute de Bismarck. LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 47 s.

cette première république allemande ne permirent pas longtemps de s'en tenir à ce libéralisme.

Dès 1922, des lois furent adoptées, justifiant la confiscation et la suspension des journaux coupables d'insulte au gouvernement ou ayant incité à la violence contre celui-ci ou ayant discrédité les institutions républicaines. La suspension pouvait être prononcée jusqu'à quatre semaines pour les quotidiens et jusqu'à six mois pour les autres périodiques. Entre 1931 et 1933, Hindenburg prit une série d'ordonnances restreignant encore plus considérablement la liberté de la presse. Ainsi, par exemple, il était fait un devoir aux rédacteurs responsables de publier *in extenso* et sans commentaires les déclarations du gouvernement, si celui-ci en faisait la demande⁶⁶.

Un mois déjà après sa prise de pouvoir, le jour même de l'incendie du Reichstag, Hitler édicta une ordonnance d'urgence « pour la protection du peuple et de l'Etat », suspendant l'application de l'article constitutionnel sur la liberté de la presse. Ainsi, la voie était ouverte à la censure et aux autres mesures administratives. Néanmoins, ces mesures ne furent utilisées que dans la lutte contre la presse socialiste et communiste.

Pour la mise au pas de la presse bourgeoise, on avait imaginé un autre système, reposant sur le principe de l'autogestion. Une première loi du 22 septembre 1933 obligeait toutes les personnes collaborant à une entreprise de presse à être membres d'une organisation professionnelle centrale, la *Reichspressekammer*, à la tête de laquelle étaient placés des hommes convaincus de la justesse des idées nationales-socialistes.

Désireux d'attribuer la direction morale des entreprises non pas aux éditeurs, mais aux journalistes, une seconde loi fut prise le 4 octobre 1933, le *Schriftleitergesetz*, qui reconnaissait à la presse une fonction publique, en même temps qu'un droit pour l'Etat de définir les obligations et les droits professionnels des journalistes. Ceux-ci devaient être membres de l'Association de la presse allemande, une corporation de droit public contrôlée par l'Etat. En plus, ils devaient obligatoirement être inscrits dans un registre professionnel. L'inscription n'était admise qu'à la condition de faire preuve de capacité et d'une certaine aptitude politique. La radiation pouvait être ordonnée en tout temps pour des raisons de bien public par le ministre de la propagande, dont la décision irrévocable n'avait pas à être motivée. Les principales tâches des rédacteurs étaient d'éviter dans le journal tout ce qui pouvait affaiblir la force du Reich ou porter atteinte à l'honneur ou à la considération de l'Allemagne. Les violations de ces principes étaient jugés par un tribunal professionnel, dont les membres étaient nommés par le ministre de la propagande. Outre des avertis-

⁶⁶ LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 49 s.

sements, ce tribunal pouvait prononcer des peines allant jusqu'au montant du salaire mensuel et, dans les cas graves, la radiation du registre⁶⁷.

Sans recourir à la nationalisation, sans porter atteinte à la propriété des éditeurs, on parvint ainsi à contrôler l'ensemble de la presse. Certes, l'éditeur voyait sa liberté singulièrement restreinte, puisqu'on lui imposait des journalistes agréés par l'organisation professionnelle. De plus, s'il persistait à mesurer sa sympathie envers le régime, il était passible d'exclusion de la *Reichspressekammer*, ce qui avait pour conséquence de mettre un terme à son activité. L'inconvénient, c'est que de pareilles mises à l'écart pouvaient faire passablement de bruit, surtout si elles frappaient des éditeurs de renom ou des grands industriels. On édicta alors des ordonnances d'apparence purement économique excluant des entreprises de presse toutes les personnes morales et certains groupes de personnes physiques. Le système était à ce point subtil et compliqué qu'aucune entreprise, pour ainsi dire, n'y échappait⁶⁸. La *Reichspressekammer* fit comprendre à de nombreux éditeurs que même une adaptation répondant aux exigences des ordonnances ne serait pas vue d'un bon œil et qu'il valait mieux, pour eux, se retirer des affaires. Aucune pression ne leur fut épargnée. Des centaines de journaux furent ainsi vendus «spontanément» à des trusts institués par le parti.

Alors qu'en 1932, l'Allemagne possédait 4703 journaux, on n'en comptait plus que 3000 en 1939 et 977 en 1944. A la fin de la guerre, 82,5 pour cent du tirage global de la presse se trouvait dans la propriété du parti⁶⁹. Ces chiffres, ajoutés au monopole dans le domaine radiophonique, donnent une idée de l'efficacité qui pouvait être celle du ministre de la propagande Goebbels.

Quand, en 1945, les Alliés pénétrèrent dans le pays, ils trouvèrent une presse complètement inféodée aux idées du Führer. Dans la zone d'occupation orientale, la réaction fut une nationalisation complète des journaux et autres périodiques. En revanche, dans la zone occidentale, qui forme l'actuelle République fédérale et à laquelle seront plus particulièrement consacrés les chapitres suivants, on assista à un certain retour au libéralisme. Mais les journaux ne furent pas rendus à leurs anciens propriétaires dépossédés, dont on craignait qu'ils eussent malgré tout subi l'influence du nazisme. On institua un système de licence, dont seules pouvaient bénéficier les personnes au passé irréprochable. 169 journaux virent ainsi le jour en quatre ans⁷⁰.

⁶⁷ LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 50 ss.

⁶⁸ LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 52.

⁶⁹ LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 53.

⁷⁰ SCHWARZ, *op. cit.*, p. 18.

Chapitre 2: L'article 5 de la Loi fondamentale

Dans la zone occidentale, le rétablissement de la liberté de la presse fut marqué par l'adoption, le 23 mai 1949, de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) créant la République fédérale d'Allemagne, et par l'abolition du système de licence institué par les Alliés. Les restrictions furent ainsi supprimées, sauf évidemment pour les personnes dont le passé motivait des poursuites ou une interdiction d'exercer la profession de journaliste.

La Loi fondamentale contient un article 5 ainsi libellé:

- 1 Chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion sous une forme orale, écrite ou illustrée et de s'informer sans entraves aux sources accessibles à tous. La liberté de la presse et la liberté du compte rendu par la radio et le film sont garanties. Aucune censure n'est appliquée.
- 2 Ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, les dispositions législatives tendant à la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur personnel⁷¹.

Dans l'alinéa 1er, la liberté d'opinion est reconnue de manière très large. Il ne faut pas trop s'attacher aux formes d'expression mentionnées, qui n'ont qu'une valeur d'exemples, ni non plus au terme d'opinion, qui englobe aussi les informations⁷².

Le droit pour chacun de s'informer⁷³ est un des principaux éléments de la liberté de l'information. Sont considérées comme sources accessibles à tous (*allgemein zugängliche Quellen*) tous les produits de presse, toutes les émissions radiodiffusées et télévisées, les films, les enregistrements sur disques ou sur bandes magnétiques, peu importe leur pays d'origine. Chaque personne, citoyenne ou étrangère, peut porter plainte contre la censure de journaux ou de films, contre une interdiction d'importer des périodiques, contre l'exploitation d'émetteurs destinés à empêcher l'écoute d'émissions étrangères, etc. Ces sources devant être alimentées pour conserver leur intérêt, on admet qu'au droit du citoyen de s'informer correspond un droit pour les responsables de l'information de bénéficier d'une complète liberté dans la recherche de leur matière.

⁷¹ Le troisième alinéa de l'art. 5 déclare que «l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres. La liberté de l'enseignement ne dispense pas de la fidélité à la Constitution».

⁷² MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 22 ss; B. REBE, *Die Träger der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz*, p. 28 s.; H. WINDSHEIMER, *Die «Information» als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG*, p. 97 s. Il est vrai que la doctrine dominante se prononce pour une interprétation restrictive du terme «opinion». Cf. par exemple HAMANN-LENZ, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 184.

⁷³ C'est ce droit que la doctrine allemande appelle souvent liberté de l'information, donnant ainsi à ce terme un sens beaucoup trop restrictif, même quand elle y ajoute le droit de rechercher librement des informations. Cf. *infra*, p. 206.

A première vue, il semble bien que les éléments de la liberté de l'information soient tous réunis dans la première phrase de l'art. 5 al. 1 GG. On peut donc s'interroger sur l'utilité de la phrase suivante. La liberté de la presse ne résulte-t-elle pas implicitement de la liberté d'opinion? Quiconque peut diffuser librement des opinions et des informations sous une forme orale ou illustrée n'a-t-il pas tout naturellement le droit de recourir à la radiodiffusion ou au film? On serait assez tenté d'attribuer à cette phrase une simple valeur déclarative.

La doctrine allemande, elle, se divise en deux théories:

Selon la *théorie individualiste*, l'art. 5 GG se borne à énoncer des droits fondamentaux de l'individu⁷⁴. Le fait que les petites feuilles d'autrefois se soient transformées en moyens de communication de masse et qu'elles aient de ce fait pris une place prépondérante dans la vie démocratique n'enlève rien au caractère originel de la liberté de la presse. Celle-ci reste une liberté individuelle, qu'on en fasse un large usage ou non. Cette théorie compare la liberté d'opinion de la première phrase et la liberté de la presse de la deuxième phrase à deux cercles qui se recoupent partiellement⁷⁵. Seule l'activité qui consiste en une expression ou en une diffusion fait partie des deux cercles simultanément. Tout le reste de l'activité de la presse, par exemple la recherche, la transmission, la transformation, l'impression de la matière rédactionnelle ne font partie que du cercle de la liberté de la presse. De leur côté, l'expression et la diffusion par d'autres moyens que l'imprimé ne font partie que du cercle de la liberté d'opinion.

La même image peut être utilisée pour la relation entre la liberté d'opinion et la liberté du compte rendu (*Freiheit der Berichterstattung*) par la radio et le film. Cette liberté s'applique d'ailleurs aussi à la télévision, dont on ne pouvait pas prévoir le développement en 1949. Elle n'exclut aucunement la diffusion d'opinions, qui peut être déduite soit du terme de compte rendu, soit de la phrase première.

La *théorie institutionnaliste*, pour sa part, estime que la liberté de la presse a débordé le cadre d'une simple liberté individuelle⁷⁶. Elle ne peut plus être considérée comme une sous-catégorie de la liberté d'opinion depuis le jour où l'on

⁷⁴ R. SCHNUR, *Pressefreiheit*, VVDSRL, 1965, p. 116 ss; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 10 ss et 44 ss; M. REHBINDER, *Presserecht*, p. 20 s.; E. FORSTHOFF, *Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen*, p. 22; WINDSHEIMER, *op. cit.*, p. 116 ss; E. SCHWARK, *Der Begriff der «Allgemeinen Gesetze» in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes*, p. 101 s. et 108.

⁷⁵ MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁶ H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, p. 250 ss; VON MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, p. 243 ss; U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, VVDSRL, 1965, p. 18 s. et 32 s.; A. SCHÜLE, *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit*, p. 26 s. (quoique très réservé); HAMANN-LENZ, *op. cit.*, p. 187; LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 76 et les auteurs cités; D. STAMMLER, *Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution*, p. 358 ss (cf. aussi aux p. 154 ss les subdivisions que cet auteur établit entre les partisans de la théorie institutionnaliste).

a reconnu que la presse était un élément essentiel de l'Etat libéral, qu'une fonction lui était confiée dans la démocratie. A la garantie de la liberté individuelle, du droit public subjectif, s'ajoute donc une garantie de cet aspect fonctionnel. L'Etat veillera à ce que la presse dispose de tous les moyens nécessaires pour assumer sa tâche. Il garantira, en fin de compte, l'existence même d'une presse libre. Selon le professeur RIDDER, la liberté de la presse se sépare de la liberté d'opinion au plus tard au moment où la Constitution reconnaît en toutes lettres que les partis politiques concourent à la formation de la volonté politique du peuple, comme c'est le cas dans l'art. 21 al. 1er GG. Le terme de concourir indique l'existence d'autres facteurs, comme par exemple la presse, à laquelle il n'y a aucune raison de refuser l'institutionnalisation⁷⁷.

La mention de la liberté de la presse dans l'art. 5 GG, disent les partisans de cette théorie, n'a en soi pas d'influence sur la liberté de la presse matérielle ou active. Cette liberté, qui permet à chacun de s'exprimer comme bon lui semble par le moyen de la presse, s'appuie sur la liberté d'opinion. En revanche, la mention de l'alinéa 1er phrase 2 fonde la liberté de la presse formelle ou passive (ou négative)⁷⁸, ce qui a pour effet que la presse peut mieux se protéger et se défendre que si elle bénéficiait uniquement de la liberté d'opinion. Si la liberté de la presse n'avait pas été mentionnée expressément, cela aurait signifié que le constituant n'accordait pas une importance particulière à la presse, et que celle-ci, par conséquent, ne devait pas jouir d'une position plus forte que les autres moyens d'expression.

Le même raisonnement s'applique également à la radio et au film.

Si cette seconde théorie jouit en Allemagne d'un poids considérable, cela est dû au fait qu'elle a été consacrée par la jurisprudence du Tribunal constitutionnel. Dans un arrêt de 1959, il est dit que la liberté de la presse ne trouve pas son aboutissement dans l'exercice par le moyen de la presse de la liberté d'expression garantie au début de l'art. 5 GG⁷⁹. La liberté de la presse ne constitue pas un simple sous-genre de la liberté d'opinion, car l'indépendance reconnue s'étend de la recherche jusqu'à la diffusion de l'opinion et de l'information. Il s'agit donc d'une garantie institutionnelle de la presse comme l'un des porteurs et des distributeurs de l'opinion publique, ceci dans l'intérêt de la démocratie libre. Et le Tribunal constitutionnel de conclure que la liberté de la presse est «un élément tout simplement constituant de l'Etat libéral».

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 255.

⁷⁸ Cette distinction entre liberté active et passive a été admise par la majorité de la doctrine allemande. Selon M. LÖFFLER, elle est seule à même de faire apparaître clairement la défense particulière qui a été reconnue à la presse pour pouvoir remplir efficacement sa tâche. *Op. cit.*, I, p. 92.

⁷⁹ BVerfGE 10, 121.

Cette jurisprudence a été confirmée dans plusieurs décisions, notamment dans l'arrêt du *Spiegel*, du 5 août 1966, où le Tribunal constitutionnel insiste sur l'élément vital que représente pour l'Etat libéral une presse libre, indépendante du pouvoir, à l'abri de la censure⁸⁰. En particulier, dit-il, la démocratie moderne ne saurait se passer d'une presse politique libre, paraissant régulièrement. Si le citoyen veut prendre des décisions politiques, il doit être informé de manière complète, mais aussi connaître et juger les opinions que d'autres ont formulées. Dans une démocratie représentative, la presse joue aussi le rôle d'organe de contrôle et de liaison entre le peuple et ses délégués au parlement et au gouvernement. Ces considérations conduisent le Tribunal constitutionnel à reconnaître à la liberté de la presse la double caractéristique préconisée par la théorie institutionnaliste: celle d'un droit public subjectif et celle d'une garantie de l'institution de la presse libre. Plus concrètement, cela signifie qu'indépendamment des droits subjectifs de l'individu, l'Etat est obligé de tenir compte dans son ordre juridique du postulat de la liberté de la presse chaque fois que le domaine d'application d'une norme touche la presse. La libre fondation de périodiques, le libre accès à la profession de journaliste, le devoir de renseigner qui incombe aux autorités publiques sont des conséquences de principe dictées par cette attitude. Mais, dit le Tribunal constitutionnel, on pourrait aussi penser à une obligation faite à l'Etat de parer aux dangers que la création de monopoles d'opinion pourrait faire courir à l'existence de la presse libre.

L'art. 5 al. 2 GG fixe quelques limites à l'exercice des différentes libertés, auxquelles il convient d'ajouter la déchéance de la liberté d'expression, en particulier de la liberté de la presse, que peut prononcer le Tribunal constitutionnel à l'encontre de quiconque en aura abusé pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique (art. 18 GG). Serait-il possible de porter sérieusement atteinte à la liberté de la presse par le biais des lois générales? La formulation paraît en effet assez vaste. Sont considérées comme lois générales toutes les lois au sens formel qui ont une portée générale et qui ne s'appliquent pas exclusivement à la presse. Comme la loi fondamentale l'emporte sur le droit des Länder, mais aussi sur le droit fédéral, et comme le Tribunal constitutionnel a le pouvoir de sanctionner toute atteinte à la suprématie constitutionnelle, les lois ne répondant pas aux exigences peuvent être facilement éliminées.

D'ailleurs, même s'il s'agit de lois générales au sens de la Constitution, le Tribunal constitutionnel se réserve le droit d'atténuer certains de leurs effets. Ce principe a été énoncé dans l'arrêt *Lüth*, du 15 janvier 1958, au sujet de la

⁸⁰ EVerfGE 20, 174 ss.

liberté d'opinion, mais il peut être transposé sans autre à la liberté de la presse⁸¹. Considérant que la liberté d'opinion est un élément tout simplement constituant de l'Etat libéral, le Tribunal estime qu'il ne serait pas logique d'exposer l'étendue d'un tel droit à la relativisation par une simple loi. Dans leurs effets restrictifs, ces lois doivent être considérées en rapport avec l'importance du droit individuel et interprétées de telle manière que ce droit, qui dans une démocratie libre doit conduire à une présomption de principe en faveur de la liberté de parole dans tous les domaines, reste sauf dans tous les cas. Le rapport entre le droit fondamental et les lois générales ne consiste pas en une limitation unilatérale du premier par les secondes. On assiste au contraire à une réciprocité dans les effets, en ce sens que les lois générales fixent des limites au droit fondamental, mais des limites qui doivent être interprétées et restreintes à leur tour dans leur portée, étant donné l'importance du droit en question.

Deux autres barrages sont encore prévus pour arrêter les lois générales qui limiteraient par trop la liberté de la presse: celui de la proportionnalité, développé par la jurisprudence pour les droits individuels en général, et celui de l'art. 19 al. 2 GG, qui déclare qu'«eo aucun cas, il ne peut être porté atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental».

En conclusion, on peut dire que, même si le terme n'est pas utilisé, l'art. 5 GG reconnaît pleinement la liberté de l'information. La libre diffusion des opinions et des informations peut être déduite soit de la première phrase si l'on donne un sens large au terme d'opinion, soit de la liberté garantie à la presse. Le droit de diffuser librement des opinions et des informations lui est en effet indispensable pour remplir sa fonction. La libre recherche des informations est également fondée sur cette garantie institutionnelle, à moins de la considérer comme contenue dans le droit que chacun a de s'informer aux sources accessibles à tous. Quant à la libre réception des opinions et des informations, elle est clairement codifiée dans la première phrase de l'alinéa 1er.

Chapitre 3: Les lois sur la presse des Länder

En 1949, on considérait que la loi impériale sur la presse de 1874 demeurait en vigueur, car elle n'était pas contraire aux principes et à l'esprit de la Loi fondamentale. Seule se posait la question de savoir si elle restait applicable à tout le pays ou si elle était devenue droit des Länder⁸². Sur la demande des Alliés, la Loi fondamentale n'a pas rangé la législation en matière de presse

⁸¹ BVerfGE 7, 208 s.

⁸² Cf. W. HAJBLE, *Das Recht der Presse in den deutschen Bundesländern*, p. 60 ss.

dans la compétence concurrente de la Fédération et des Länder, mais dans la compétence exclusive de ces derniers. En vertu de l'art. 75 GG, la Fédération a uniquement le droit d'édicter des lois-cadres pour régler le statut général de la presse et du cinéma. La loi de 1874 étant plus qu'une simple loi-cadre, il était difficile de l'assimiler à du droit fédéral sans violer cette répartition des compétences. On a donc estimé qu'elle se transformait en droit des Länder. Quelques Etats ont pu ainsi y substituer leur propre loi sur la presse nouvellement édictée. Les autres se sont contentés de la reprendre ou d'y apporter quelques modifications, avant d'adopter à leur tour une nouvelle législation, ceci entre 1964 et 1966. La loi impériale a cessé d'exister le 1er juillet 1966, quand le dernier Land, la Rhénanie du Nord-Westphalie, a voté sa propre loi sur la presse.

L'Etat central n'ayant pas fait usage de son droit d'édicter une loi-cadre et pour éviter trop de divergences, une loi-modèle fut élaborée en 1963 sur l'initiative de la conférence des ministres de l'intérieur, et en collaboration avec les milieux de la presse. Ce modèle inspira largement les législateurs des Länder, ce qui explique les analogies que l'on rencontre aujourd'hui dans les différentes lois sur la presse⁸³.

Toutes les lois ont été rédigées sous l'influence d'un double souci : celui d'éviter les erreurs du passé et d'assurer aux moyens de communication de masse toute la liberté nécessaire. Dans l'interdiction des organisations professionnelles à adhésion obligatoire ou des juridictions spécialement réservées aux journalistes et munies par l'Etat d'un pouvoir coercitif, on sent ce désir d'empêcher le renouvellement de certaines expériences. Mais les lois vont plus loin. Une fonction publique est reconnue à la presse, en particulier « lorsqu'elle recherche et diffuse des informations, prend position, exerce la critique ou contribue d'une autre manière à former l'opinion »⁸⁴. Cette fonction avait déjà été reconnue officiellement dans le *Schriftleitergesetz* de 1933, mais dans un but bien différent. Les lois des Länder, elles, contiennent le principe que la presse « est au service de l'ordre fondamental libre et démocratique »⁸⁵.

Cette mission particulière, admise également par le Tribunal constitutionnel, a conduit les différents législateurs à conférer aux journalistes un droit subjectif à l'information, ce qui implique pour les autorités une obligation légale de « communiquer aux représentants de la presse les renseignements leur permet-

⁸³ Pour le texte des onze lois sur la presse, voir LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 506-591; REHBINGER, *op. cit.*, p. 110-187. Pour un commentaire de ces lois, voir LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 15-500. Pour une introduction plus concise, voir SCHWARZ, *op. cit.*

⁸⁴ § 3 de la loi sur la presse de la Rhénanie du Nord-Westphalie.

⁸⁵ § 1 al. 1 des lois sur la presse de la Sarre et de la Rhénanie-Palatinat.

tant de remplir leur fonction publique»⁸⁶. Les renseignements peuvent être refusés dans certaines circonstances, par exemple dans le cas où le déroulement normal d'une procédure risquerait d'être entravé, ou si un intérêt public prépondérant ou un intérêt privé digne de protection est en jeu. Mais des directives interdisant de façon générale à une autorité publique de donner des renseignements à la presse ne sont en aucun cas autorisées. D'autre part, les autorités doivent respecter le principe de l'égalité. «L'éditeur d'un journal ou d'une revue peut exiger des autorités que les avis officiels ne lui soient pas envoyés pour utilisation plus tard qu'à ses concurrents⁸⁷.» Ce droit, qui n'est pas opposable aux particuliers, peut être invoqué dans une procédure administrative, ou civile, dans le cas où des dommages-intérêts seraient seuls à même de réparer le préjudice subi⁸⁸.

Dans le même but de permettre à la presse de remplir sa mission, les lois des Länder assurent en outre le secret rédactionnel en conférant aux journalistes le droit de taire leurs sources d'informations et en interdisant les perquisitions dans les rédactions et la confiscation de documents. La saisie de journaux est autorisée, à condition d'être ordonnée par le juge et d'être proportionnée aux intérêts en jeu. La saisie injustifiée donne droit à des dommages-intérêts en espèces, même si la loi a été correctement appliquée et qu'il s'avère plus tard seulement que le contenu de l'imprimé n'autorisait pas de mainmise.

En contrepartie, la presse a un certain nombre de règles à respecter. Ainsi, il lui est fait un devoir de «vérifier, avant la diffusion, toute nouvelle quant à sa véracité, son contenu et son origine, avec le soin requis par les circonstances»⁸⁹. Ce devoir de vigilance est une *lex imperfecta*, en ce sens qu'aucune

⁸⁶ § 4 al. 1 des lois de Schleswig-Holstein, Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe, etc. La question est controversée de savoir si cette obligation est contenue dans la liberté de rechercher les informations, c'est-à-dire s'il ressort déjà de l'art. 5 al. 1 phrase 2 (liberté de la presse) GG, ou si elle n'a son fondement que dans les lois des Länder. Pour la première opinion: LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 90; II, p. 85 s. et les auteurs cités; W. LEISNER, *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*, p. 123 s. (assez réservé); HAMANN-LENZ, *op. cit.*, p. 189. Pour la seconde opinion: MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 51; REHBINDER, *op. cit.*, p. 18; SCHEUNER, *op. cit.*, p. 72; RIDDER, *op. cit.*, p. 276; REBE, *op. cit.*, p. 34 s. et les auteurs cités. (Une controverse analogue existe au sujet du secret professionnel du journaliste. Pour la première opinion: LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 94; II, p. 431; HAMANN-LENZ, *op. cit.*, p. 190; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz*, p. 173; REBE, *op. cit.*, p. 36 et les auteurs cités. Pour la seconde opinion: SCHEUNER, *op. cit.*, p. 73; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 46.) Cf. aussi WINDHEIMER, *op. cit.*, p. 156 ss, 171, pour qui le droit à l'information se fonde moins sur la liberté de la presse que sur la liberté d'expression et n'appartient par conséquent pas seulement au journaliste. Voir enfin H. U. JERSCHKE, *Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse*, p. 226 ss, qui rattache ce droit à l'obligation que l'Etat a en vertu de la Constitution d'agir publiquement et à la fonction de collaboration reconnue à la presse. Cette fonction étant une annexe nécessaire à l'obligation de l'Etat, elle en a le même fondement constitutionnel. - Sur un point, la doctrine est unanime: l'obligation de l'autorité ne peut être déduite de la liberté de s'informer aux sources accessibles à tous.

⁸⁷ § 4 al. 4 des lois sur la presse de Schleswig-Holstein, Bade-Wurtemberg, Basse-Saxe, etc.

⁸⁸ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 96 s.

⁸⁹ § 6 des lois de Bade-Wurtemberg, Brême, Hambourg, Sarre, etc.

action particulière n'est prévue dans le cas où une négligence caractérisée aurait eu pour effet d'abuser le public. En revanche, si les droits de tiers ont été lésés, le journaliste fautif ne pourra plus invoquer la sauvegarde d'intérêts légitimes, ni faire appel à la protection spéciale de l'art. 5 GG. Les dispositions du code pénal pour la diffamation ou du code civil pour les atteintes aux droits de la personnalité exerceront tous leurs effets.

L'institution du droit de réponse va dans le même sens que le devoir de vigilance, car il vise également à obliger la presse à remplir sa mission consciencieusement. Elle assure au lecteur une information plus objective et plus complète là où la vérité n'a été qu'approximative. Elle n'est donc pas uniquement un moyen de défense mis dans les mains de l'individu lésé dans ses droits personnels⁹⁰. Tel qu'il est conçu par les différentes lois sur la presse, ce droit est plus qu'un droit de rectification⁹¹. Il appartient à quiconque est concerné par l'affirmation de faits dans la presse, de manière médiate ou immédiate, et qui a un intérêt légitime à la publication de sa propre version des choses. Point n'est besoin d'être nommé spécialement, ni non plus d'être malmené. En revanche, les opinions et les jugements ne peuvent faire l'objet d'une réponse, au contraire de ce qui vaut en France⁹².

Les lois contiennent encore le principe que l'éditeur d'un imprimé périodique qui a reçu un paiement en vue d'une publication est tenu de la faire connaître comme annonce, soit par une présentation ou une disposition appropriées, soit par l'entête « annonce ». Cette obligation de procéder à une nette différenciation entre les parties rédactionnelle et publicitaire tend elle aussi à assurer au lecteur une meilleure information, plus claire et plus indépendante. Les contrevenants sont passibles d'une amende pouvant atteindre 10000 marks⁹³.

Titre III: L'évolution en Suisse

Chapitre premier: La révision de l'article 55 de la Constitution fédérale

§ 1 Le projet de la Commission mixte

Quand, en septembre 1951, elle soumit son projet d'article 55 au Département fédéral de justice et police, la Commission mixte de politique en matière

⁹⁰ Le droit de réponse n'est pas une nouveauté en droit allemand, puisqu'il était contenu dans la loi impériale sur la presse de 1874, elle-même inspirée d'une loi badoise de 1832.

⁹¹ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 215 s.

⁹² Cf. la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Art. 13: le gérant est tenu d'insérer « les réponses de toute personne nommée ou désignée dans le journal ou écrit périodique ».

⁹³ § 10 et 21 al. 3 des lois de Hambourg, Rhénanie-Palatinat, etc.

de presse pouvait déjà se référer à plusieurs discussions qui s'étaient déroulées sur le plan international. Elle avait en outre sous les yeux un projet rédigé par les éditeurs de journaux, où, à côté de la liberté de la presse, était également garantie «la liberté de l'information pour et par la presse» et où l'on parlait de «dispositions sur l'abus de la liberté de la presse et de la liberté de l'information»⁹⁴.

Malgré cela, la Commission mixte ne manifesta guère de sympathie pour la notion même de liberté de l'information, qu'elle jugeait encore trop imprécise, menacée de discrédit dans le cas où certains Etats peu scrupuleux s'aviseraient d'en truffier leurs discours politiques, et trop vaste si l'on y englobait tous les moyens de communication de masse. Elle fit également valoir que ce terme pourrait être interprété comme ne protégeant plus que les informations, à l'exclusion des opinions, qu'il n'y avait pas unanimité pour savoir si cette liberté était une simple composante de la liberté de la presse ou si elle était au contraire une notion plus large comprenant la notion classique. Pareille ambiguïté ne contribuerait pas précisément à éclaircir la Constitution⁹⁵.

En revanche, la Commission mixte releva tout l'intérêt que les différents éléments de cette notion méritaient à ses yeux. Elle proposa de les introduire dans le futur art. 55 à la suite de l'ancienne version, qui serait reprise sans changement. Sans utiliser le terme de liberté de l'information, l'art. 55 serait ainsi tout de même explicité dans le sens développé à la Conférence de Genève :

¹ La liberté de la presse est garantie.

² Elle implique entre autres la liberté pour la presse de chercher et de transmettre des informations, ainsi que le droit de répandre et de recevoir des opinions et des informations par la presse.

Dans son exposé des motifs, la Commission mixte se prononce pour une protection limitée à la presse au sens strict, estimant qu'il ne faut pas englober dans une même disposition tous les moyens de communication de masse, comme cela s'est fait en Allemagne et en droit international. Cette option de technique législative la conduit à affirmer que la liberté de rechercher des informations ne doit être accordée qu'à la presse et à ses responsables, en se souvenant que la liberté de la presse n'appartient pas à la presse, mais au peuple, et qu'il ne s'agit pas d'un privilège. Pour la Commission, il ne saurait être question d'accorder à quiconque un droit subjectif à l'information qui obligerait les autorités à livrer des renseignements. Cela doit rester une simple liberté, qui engage cependant les autorités à s'abstenir de mesures vexatoires et à faire preuve d'une attitude compréhensive à l'égard de la presse⁹⁶.

⁹⁴ BEJ, 1951, p. 362.

⁹⁵ BEJ, 1951, p. 487 ss.

⁹⁶ BEJ, 1951, p. 495.

La libre diffusion étant déjà couverte par la notion classique de la liberté de la presse, on peut s'étonner de retrouver les termes de «transmettre» et de «répandre», qui paraissent ainsi une inutile répétition. La Commission explique qu'ils ont été ajoutés dans un but de clarification et pour éviter tout malentendu lors de l'application⁹⁷.

Dans les alinéas suivants, la Commission propose encore d'interdire «toute forme de censure ainsi que les mesures préventives», rejoignant ainsi un des principaux points du projet du parti socialiste suisse de 1935. «Les dispositions sur l'abus de la liberté de la presse doivent tenir compte de la mission qui incombe à la presse dans un Etat démocratique et ne peuvent être édictées que sous la forme de lois fédérales ou d'arrêtés fédéraux soumis au référendum facultatif.» Quant à leur application, elle «relève de la compétence exclusive du juge». Enfin, le dernier alinéa maintenait la compétence des cantons dans les domaines non occupés par le droit fédéral et reprenait ainsi explicitement le principe de l'art. 3 Cst.

§ 2 Le projet du Conseil fédéral

Un mois plus tard, le Conseil fédéral publia son propre projet⁹⁸.

¹ La liberté de la presse est garantie.

² Elle comprend la libre diffusion d'informations et la libre expression d'opinions par la presse.

³ Les dispositions fédérales et cantonales sur l'abus de la liberté de la presse sont soumises au vote du peuple; elles doivent tenir compte de la mission qui incombe à la presse dans un Etat démocratique.

⁴ Toute censure est interdite.

⁵ Les cantons peuvent édicter des dispositions sur la presse, à la condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution fédérale.

Seuls les alinéas 1 et 5 concordent avec le projet de la Commission mixte. L'allusion au juge et aux autres mesures préventives que la censure a disparu, de même que les éléments de la liberté de l'information.

Dans son message, le Conseil fédéral reconnaît que la liberté de la presse appartient, non pas en premier lieu à la presse du fait de sa position professionnelle, mais au peuple; que c'est celui-ci en effet qui a avant tout le droit d'être renseigné sur les événements qui ont de l'importance pour la formation de son opinion et de sa volonté politique.

Il admet en outre que la notion de liberté de la presse s'est élargie depuis 1848 et 1874. Les expériences politiques de ces dernières décennies en matière de presse, dit-il, ont clairement montré toute l'importance de la libre diffusion d'informations pour la sauvegarde d'une liberté de presse effective, à telle ensei-

⁹⁷ BEJ, 1951, p. 494.

⁹⁸ FF 1951 III 249.

gne qu'il est admis aujourd'hui que, si l'on n'assure pas la liberté de communiquer des faits, la libre expression des opinions serait privée d'un de ses éléments essentiels. Mais cet élargissement lui semble devoir être marqué uniquement en ajoutant à la libre expression des opinions la libre diffusion des informations, qui garantira implicitement le droit de rechercher librement des informations. Et, comme la communication de faits précède chronologiquement l'expression d'opinions, il convient de la mentionner en premier lieu. Quant au droit de recevoir librement les publications de la presse, il n'est pas nécessaire de l'indiquer spécialement, car, dit le Conseil fédéral, il est apparemment visé dans un sens surtout technique. Or, comme tel, ce droit est déjà garanti par la liberté du commerce et de l'industrie⁹⁹.

Autrement dit, le Conseil fédéral reconnaît les principaux éléments de la liberté de l'information. Cela n'apparaît pas dans le projet, mais uniquement dans le message. Or, aussi bien intentionné soit-il, le message n'a pas de valeur juridique et ne lie pas les tribunaux.

Il est surprenant que le seul élément de la liberté de l'information qu'on ait jugé bon d'introduire expressément dans ce projet concerne un point qui n'a jamais fait l'objet de discussions. La jurisprudence et la doctrine admettent en effet depuis longtemps que la liberté de la presse comprend aussi la libre diffusion des informations¹⁰⁰. Elles o'en ont en revanche jamais déduit un droit de rechercher librement les informations, pas plus qu'elles n'ont estimé que la liberté de recevoir des informations par la presse découlait de l'art. 31 Cst.¹⁰¹ Il est douteux que l'art. 55, tel que le propose le gouvernement, les encouragerait à changer d'attitude, d'autant plus que la libre recherche est une phase qui se distingue essentiellement de la libre diffusion. Celle-ci concerne uniquement les informations et les opinions dont on dispose, qui sont prêtes à être imprimées. Quant au droit pour chaque citoyen de recevoir librement des informations, il ressort peut-être de l'art. 31 Cst., mais alors sur la base d'un raisonnement qu'on pourrait également échafauder pour la liberté de la presse en général. Le but d'une révision constitutionnelle n'est pas de favoriser les interprétations hardies, mais de contribuer à plus de clarté et de fixer sans équivoque tel ou tel élargissement. Une révision de l'art. 55 n'a de sens que si elle rassemble clairement sous un même toit les éléments indispensables à celui qui s'interroge sur le contenu actuel de la liberté de la presse. On sera peut-être étonné que FELDMANN, qui fut chargé par le gouvernement de la rédaction du projet et du message, n'ait pas entièrement tenu compte de cette vérité.

⁹⁹ FF 1951 III 256, 260.

¹⁰⁰ Cf. *supra*, p. 14, et ATF 37 I 377, *Kälin*.

¹⁰¹ Cf. *supra*, p. 42.

§ 3 Les travaux de la commission du Conseil national

La commission du Conseil national a immédiatement entrepris l'étude du message et du projet du Conseil fédéral. L'alinéa 2 l'a longuement retenue¹⁰². On a fait valoir que la libre réception des nouvelles n'était pas entièrement couverte par l'art. 31 Cst., par exemple quand il s'agit d'une distribution de tracts ou de journaux occasionnels, et qu'il était important de garantir ce droit expressément, surtout que les mesures de saisies à la frontière n'ont pas toujours rendu facile l'acquisition de produits de presse étrangers nécessaires entre autres à l'étude.

Certains commissaires ont mis en doute l'utilité de cet alinéa, estimant que le juge pouvait fort bien procéder par interprétation. Parmi eux, les uns ont exprimé l'avis que l'on était trop influencé par le développement à l'étranger, les autres que l'on n'osait pas vraiment tenir compte de cette évolution et qu'en restant à mi-chemin, on aboutissait à quelque chose de légèrement boiteux. «On rappelle dans le message que la liberté de la presse est un droit du peuple, mais dans le projet, on ne parle pourtant que de la presse, le citoyen et son droit étant sous-entendus. Pour faire quelque chose de logique, il faudrait placer au premier plan le droit du citoyen d'être informé et d'informer ses semblables¹⁰³.»

A ceux qui préconisaient de mentionner expressément la liberté de rechercher des informations, il fut répondu qu'il était douteux qu'on puisse garantir dans la Constitution un droit à l'information, que l'information faisait partie de l'art de gouverner, qu'elle était une question de libre appréciation. Si, comme le fait la Commission mixte, on se contente d'une simple liberté sans réclamer un droit subjectif à l'information, on ne voit pas très bien, disait-on, l'intérêt qu'aurait pareille mention, car elle est contenue dans la liberté de diffusion.

Le 5 novembre 1951, la commission repoussait finalement par 10 voix contre 5 la proposition visant à définir la liberté de la presse comme comprenant «la liberté de diffuser et de recevoir des opinions et des informations et celle de rechercher ces dernières». Elle se rangeait ainsi à la manière de voir du Conseil fédéral, en adoptant toutefois une formulation où la libre expression d'opinions était placée avant la diffusion d'informations.

Mais la minorité ne s'avoua pas battue pour autant. Sur son insistance, la discussion fut reprise lors de la deuxième séance, du 14 janvier 1952. Jugeant que la version arrêtée était trop étroite et qu'elle limitait la liberté de la presse,

¹⁰² Voir les procès-verbaux des séances des 5 novembre 1951, 14 janvier 1952 et 24 mars 1953.

¹⁰³ Procès-verbal, 1, p. 12, GRABER.

elle proposa soit de compléter l'alinéa 2, soit de le biffer et de s'en remettre ainsi à l'interprétation du juge. A quoi servirait une nouvelle disposition si elle ne consacre pas une extension de la liberté de la presse, demanda-t-elle? Une simple cristallisation de la notion actuelle ne risquerait-elle pas d'empêcher toute évolution ultérieure? Mais elle n'eut guère plus de succès cette fois-ci¹⁰⁴.

Lors de la troisième séance, du 24 mars 1953, FELDMANN ne put que constater l'écho «froid, réservé et indifférent» rencontré dans la presse par le projet de la commission du Conseil national. Cette attitude, dit-il, n'a pas manqué d'impressionner le Conseil fédéral, car si la presse elle-même ne soutient pas la revision, il sera très difficile de l'imposer. FELDMANN proposa donc à la commission de suspendre son examen, jusqu'à ce que le Conseil fédéral soit en mesure de publier un rapport complémentaire concernant les points les plus contestés.

§ 4 Les travaux de la commission d'experts

Avant d'interrompre elle aussi ses travaux, la commission d'experts réunie en 1954 s'était mise d'accord sur le texte suivant:¹⁰⁵

¹ La liberté de la presse est garantie.

² En particulier et sous réserve des dispositions légales concernant la sauvegarde des intérêts légitimes du pays, de l'ordre public, de la moralité ainsi que de l'individu, l'Etat ne peut empêcher la recherche et la transmission des nouvelles pour la presse, la diffusion des nouvelles et opinions par la presse, ainsi que la réception de produits de presse.

³ Demeure réservée à la compétence législative de la Confédération l'application de ces principes aux particuliers.

On relève avec intérêt la nouveauté qui consiste à diriger les libertés constitutionnelles également contre les individus. A leur endroit, la liberté de presse ne serait pas immédiatement applicable, puisqu'elle nécessiterait des mesures législatives. Cette innovation, qui a été approuvée par le Département de justice et police, permettrait à la Confédération de prendre des mesures non seulement en matière de droit civil, comme l'autorise d'ailleurs déjà l'art. 64 Cst., mais aussi en droit public¹⁰⁶.

Dans l'alinéa 2, on sent un certain effort d'explicitation. L'énumération limitative des exceptions n'a cependant qu'une valeur réduite, vu l'ampleur des termes choisis. Elle n'avait pas rencontré d'unanimité, puisque l'un des experts proposait de parler plus généralement de la «réserve des dispositions légales contre les abus de la presse». Concernant la phase précédant la diffusion, elle est protégée dans son ensemble, ce qui est souligné par le terme de «transmission».

¹⁰⁴ La proposition tendant à consacrer «la liberté d'exprimer des opinions, de rechercher et de diffuser des informations et des produits de presse» fut rejetée par 8 voix contre 7, 3 voix seulement s'étant prononcées pour le biffage pur et simple. Le texte adopté ne fit que substituer aux mots «par la presse» ceux de «et de produits de presse».

¹⁰⁵ Cf. M. NEF, *Ausgewählte Kapitel aus dem schweizerischen Presserecht*, p. 32 s.

¹⁰⁶ J. KOELLIKER, *Liberté et statut de la presse moderne*, p. 125.

§ 5 L'interpellation Jaccottet

Dans son interpellation consacrée à la revision de l'art 55 Cst. et développée le 20 septembre 1971 au Conseil national¹⁰⁷, M. Georges JACCOTTET mit fortement l'accent sur la nouvelle notion qui tend de plus en plus à remplacer la notion de liberté de la presse, et dont, selon lui, il n'est plus possible de faire abstraction. Pour tenir compte des différences entre les moyens de communication de masse, il faudrait «inscrire la liberté de l'information à l'art. 55 de la Constitution, qui continuerait à régler essentiellement le statut de la presse écrite, et (...) préciser, dans le futur art. 36 *quater*, la manière de garantir aussi la liberté de l'information dans le domaine de la radio et de la télévision», et cela au-delà de la formule projetée de «liberté de la radio et de la télévision», jugée trop vague.

Ce qui importe plus que la solution choisie, d'après M. JACCOTTET, c'est que la presse puisse désormais profiter de ce nouveau droit dans toute son ampleur, qu'elle puisse entre autres rechercher librement informations et idées, «ce qui implique, pour les pouvoirs publics, le devoir correspondant de communiquer, dans les limites raisonnables, des informations relatives aux questions d'intérêt public (...)»¹⁰⁸. En même temps, la Constitution doit garantir à tout individu le droit de recevoir librement les informations dont il a besoin pour former sa propre opinion».

Enfin, en montrant l'importance pour la collectivité d'une presse suffisamment nombreuse et diversifiée, l'interpellateur conclut qu'il en découle pour l'Etat le devoir d'assurer l'existence et l'activité d'une telle presse dans son ensemble. L'inscription d'une garantie institutionnelle dans l'art. 55 donnerait une base constitutionnelle pour concéder aux journaux des diminutions de taxes postales ou d'impôts, pour protéger la presse contre la concurrence des feuilles d'avis gratuites, etc.

Assurément, c'est là un langage nouveau, qui est de bon augure au moment où les travaux de revision semblent entrer dans une phase de réanimation.

Chapitre 2: Autres travaux de revisions constitutionnelles

§ 1 L'introduction d'un article 36 *quater* sur la radio et la télévision

Parmi les documents dont disposaient les experts et fonctionnaires chargés d'élaborer un nouvel article constitutionnel sur la radio et la télévision figurait

¹⁰⁷ Bull. off. CN, 1971, 1020. Cf. aussi *supra*, p. 45 s.

¹⁰⁸ Cette formulation ne nous est pas inconnue. Cf. *supra*, p. 63.

un avis de droit de M. Hans HUBER¹⁰⁹. Ce texte contenait également quelques considérations sur la liberté de l'information¹¹⁰. Celle-ci, lisait-on, «est un complément de la liberté d'exprimer des opinions. Le droit traditionnel d'exprimer librement son opinion risquerait de n'être qu'un mot vide de sens si l'on ne garantissait l'existence de moyens propres à former librement l'opinion». Sans préciser avec exactitude les différents éléments de la liberté de l'information et leurs titulaires, M. HUBER la définissait comme «le droit constitutionnel d'informer librement et sans entraves chaque personne, en faisant usage des sources d'information disponibles et en se procurant librement les renseignements nécessaires», étant entendu que, par information, «il ne faut pas entendre seulement des nouvelles (communication de faits), mais aussi la transmission d'opinions, d'idées, de récits, de descriptions, de commentaires de nouvelles (p. ex. de commentaires de débats judiciaires), etc.». D'autre part, celui qui a pour tâche d'informer le public et de contribuer ainsi à la formation de l'opinion devant être lui-même convenablement informé, il doit jouir lui aussi de la liberté de l'information. Celle-ci «s'étend dès lors à toute la chaîne constituée par ceux qui donnent et par ceux qui reçoivent des informations».

Fallait-il alors mentionner la liberté de l'information dans l'art. 36 *quater*? Citant comme exemple de violation éventuelle de cette liberté le filtrage des nouvelles par une autorité étatique («l'interdiction d'écouter la radio ou de regarder la télévision n'entre pratiquement pas en ligne de compte en Suisse»), M. HUBER estimait finalement plus recommandable d'inscrire ce droit dans l'art. 55 Cst., du fait «que le domaine de la liberté de l'information est sensiblement plus vaste que celui de la radio et de la télévision, et que cette liberté, en tant que droit de portée générale, présente une plus grande importance pratique pour la presse».

Au cas où l'on désirerait cependant mentionner expressément la liberté d'information et d'opinion comme partie de la liberté des programmes, M. HUBER proposait une phrase ainsi libellée¹¹¹:

Le service des programmes doit être organisé et doit fonctionner selon le principe de la liberté des programmes, comprenant la liberté de l'information et la liberté d'opinion.

Ce cas, toutefois, ne s'est pas présenté. Durant les travaux préparatoires, la liberté de l'information ne s'est en effet pas vu témoigner un intérêt débordant.

¹⁰⁹ Avis de droit du 4 septembre 1967, donné au Département fédéral des transports et des communications et de l'énergie.

¹¹⁰ *Loc. cit.*, p. 45 ss.

¹¹¹ *Loc. cit.*, p. 75.

§ 2 La revision totale de la Constitution

« Comment doit-on concevoir la liberté d'opinion et d'information en liaison avec les moyens modernes d'information collective (film, radio, télévision)? Comment doit-on concevoir à l'avenir la liberté de la presse? » Ces deux phrases sont extraites du recueil de questions élaboré par le groupe de travail pour la préparation d'une revision totale de la Constitution, envoyé aux cantons, universités et partis en novembre 1967.

A lire les réponses qui ont été données, on n'a pas l'impression que la liberté de l'information a été jugée comme une notion limpide, pratique, indispensable, devant être garantie telle quelle. Plusieurs documents ont même préféré ne pas utiliser du tout cette notion, ne sachant visiblement pas qu'en faire. Ceux qui se sont donné la peine de définir la place de cette liberté à côté de la liberté d'opinion sont arrivés à des conclusions souvent dissemblables. Pour les uns, la liberté de l'information serait la liberté de former son opinion, et donc la condition de la liberté d'opinion¹¹²; pour d'autres, elle serait une liberté de s'informer aux sources accessibles à tous, et même un droit à l'information objective, face à la liberté d'expression¹¹³; pour d'autres encore, elle serait une composante de la liberté de se procurer des opinions, et permettrait la connaissance uniquement de faits¹¹⁴; d'autres enfin la considèrent comme un complément de la liberté d'opinion, impliquant le droit d'être renseigné et de renseigner librement chaque personne¹¹⁵.

Dans son rapport destiné au Département fédéral de justice et police¹¹⁶, le groupe de travail préconise qu'une nouvelle Constitution garantisse expressément la liberté d'opinion comme un droit de former, d'exprimer et de diffuser librement son opinion et de recevoir les opinions d'autrui, et ajoute dans le même article: « La liberté de l'information est garantie. » Cette phrase vaudrait également pour la presse – dont la liberté serait reconnue dans un article distinct – et pour le citoyen qui s'informe par la presse. Selon le groupe de travail, une formulation aussi lapidaire aurait l'avantage de mieux exprimer que la liberté de l'information comprend aussi bien la liberté de se laisser informer que celle d'informer. De plus, il appartiendrait à la pratique de décider si seul est protégé le recours aux sources accessibles à tous. Le groupe de travail n'exclut pas *a priori* un certain recoupement entre la liberté d'opinion et la liberté de

¹¹² RRTCst., I, p. 62.

¹¹³ RRTCst., IV, p. 115.

¹¹⁴ RRTCst., III, p. 395. En outre, on y lit un développement assez détaillé sur la liberté d'opinion et de presse, dû à l'Université de Bâle, et plus précisément aux professeurs K. EICHENBERGER et H. R. HAGEMANN.

¹¹⁵ RRTCst., I, p. 897.

¹¹⁶ A paraître (1972).

l'information, puisqu'il constate que la question de savoir ce qu'est une opinion doit être laissée comme jusqu'ici à la concrétisation et à l'interprétation, que celles-ci pourront décider si le terme n'englobe que les propres prises de position ou aussi la transmission de faits avec ou sans commentaire. Nous avons dit ce qu'il fallait penser d'un tel recoupement¹¹⁷.

Quoi qu'il en soit, et indépendamment des termes utilisés, on peut constater que plusieurs réponses souhaitent la reconnaissance d'implications de la liberté de l'information, telles que nous les découvrirons plus loin¹¹⁸. Nous ne sommes pas sûr que tous ces éléments méritent d'être fixés dans la Constitution. Il est cependant intéressant de voir que certaines idées font du chemin. Cela n'est au fond pas étonnant, puisqu'à la suite du développement subi par l'information, la conscience de son rôle s'est généralisée. Cette conscience doit conduire tout naturellement à s'interroger sur la façon d'assurer à l'information les conditions les plus aptes à son épanouissement.

Chapitre 3: La loi sur la procédure administrative

Lors de l'élaboration de la loi fédérale sur la procédure administrative, la liberté de l'information et singulièrement la liberté de rechercher des informations furent placées au centre des débats. Fallait-il ou non reconnaître au journaliste le droit de refuser de témoigner dans une procédure administrative, lorsqu'il est interrogé sur la source de ses informations? Dans son projet, le Conseil fédéral ne le prévoyait pas, et il semble, à lire son message, qu'il ne se soit même pas posé la question¹¹⁹. Et pourtant, cette question allait devenir, aux dires du rapporteur de la commission du Conseil national, la pièce de résistance du projet.

Cette commission s'entendit finalement, après un premier vote négatif, sur l'opportunité de prévoir un traitement spécial pour la presse. Elle soumit à la discussion plénière un projet d'article accordant à la presse le droit de garder le secret sur le contenu et la source de ses informations, «sauf s'il s'agit d'élucider les faits dans une procédure relative à la sûreté intérieure ou extérieure du pays». Cette disposition fut adoptée sans discussion par le Conseil national dans sa séance du 7 décembre 1966¹²⁰.

La commission du Conseil des Etats reconnut elle aussi la légitimité d'un secret professionnel journalistique, tout en apportant quelques précisions au cercle des bénéficiaires. Sur la nécessité de limites quand il s'agit d'une procé-

¹¹⁷ Cf. *supra*, p. 13.

¹¹⁸ Voir par exemple RRTCst., I, p. 97, 576; II, p. 86; III, p. 17, 575; IV, p. 114.

¹¹⁹ FF 1965 II 1416.

¹²⁰ Bull. off. CN, 1966, 625.

de dure relative à la sûreté de l'Etat, il n'y eut pas non plus de discussions. Où les divergences apparurent, c'est quand certains proposèrent de limiter le droit au secret professionnel également quand il y a des faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention contre une autorité. N'ayant pu se mettre d'accord sur une seule version, la commission soumit deux textes différents à la discussion. Le premier, celui de la minorité, formulait des réserves identiques à celles adoptées par le Conseil national. Le second, celui de la majorité, refusait aux journalistes le droit de taire leurs sources quand il s'agit « d'éclaircir des faits dans une procédure relative à la sûreté intérieure ou extérieure du pays ou, dans une autre procédure, des faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office contre une autorité ».

La controverse née au sein de la commission du Conseil des Etats portait sur l'ampleur du droit accordé à la presse, et non sur le principe. Les partisans de la version étroite du secret professionnel firent valoir que si la presse signale des anomalies qui nécessitent une intervention contre une autorité, il faut qu'elle collabore à l'éclaircissement des faits. C'est un des éléments essentiels de son rôle de surveillante. En effet, si ces anomalies devaient subsister parce qu'on n'en connaît pas les détails, la presse n'aurait fait que semer la méfiance entre le peuple et ses autorités, et rien pour écarter celle-ci. On peut difficilement considérer cela comme étant l'accomplissement d'une tâche publique.

Les adversaires de cette version étroite, eux, arguèrent du fait que deux exceptions finissent par infirmer la règle et par l'affaiblir. Il ne faut pas reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre, et cela précisément dans un domaine comme l'administration, où l'informateur est déjà constamment exposé au danger des limitations arbitraires et des entraves. Et quelles sont les affaires qui doivent rester secrètes selon l'art. 27 de la loi sur les fonctionnaires ? Il y a là une marge d'interprétation possible, qui incite le fonctionnaire à préférer que son nom ne soit pas divulgué, même quand il transmet des informations anodines. Concernant le fonctionnaire de bonne foi qui a constaté une situation anormale dans l'administration, il ne pourrait, si la version étroite était adoptée, s'adresser au journaliste sans craindre de perdre l'anonymat. Si pour éliminer le mal, le recours à la presse est la seule solution possible, et si ce fonctionnaire ne veut pas se faire connaître, – par timidité ou par crainte de prendre ses responsabilités –, il ne lui restera qu'à se taire. Serait-ce vraiment beaucoup plus conforme à l'intérêt du pays ?

Le 15 juin 1967, au vote, le Conseil des Etats décida, par 18 voix contre 16, de suivre la majorité de sa commission et de s'opposer ainsi au Conseil national¹²¹.

¹²¹ Bull. off. CE, 1967, 167.

Celui-ci cependant resta sur ses positions, à tel point même qu'il se prononça pour l'extension du bénéfice du secret professionnel aux personnes participant à la publication d'informations à la radio et à la télévision. Il refusait ainsi de se rallier à une solution qui aurait conduit les journalistes à ne plus pouvoir critiquer les irrégularités au sein de l'administration sans être exposé, en cas d'ouverture d'une enquête, à l'obligation de révéler leurs sources, obligation sanctionnée d'une amende d'ordre jusqu'à 500 francs. Le Conseil national faisait ainsi sienne l'opinion de sa commission, qui déclarait placer plus haut l'action non entravée de la presse comme organe de contrôle extra-parlementaire de l'administration que l'intérêt de l'administration d'empêcher et de punir les indiscretions relatives à des irrégularités commises en son sein. « Dans l'intérêt de la liberté de l'information », la commission se disait prête à admettre ces indiscretions, « au risque qu'une presse à sensation dénuée du sens de sa responsabilité abuse de cette liberté »¹²².

Le 17 septembre 1968, le Conseil des Etats décidait de supprimer les divergences qui l'opposaient à l'autre Chambre¹²³ et adoptait l'art. 16 al. 3, tel qu'il figure dans la loi du 20 décembre 1968¹²⁴:

Lorsqu'il ne s'agit pas d'élucider les faits dans une procédure relative à la sûreté intérieure ou extérieure du pays, les personnes suivantes qui participent à la publication d'informations peuvent refuser le témoignage sur le contenu et la source de leurs informations:

- a) les rédacteurs, collaborateurs, éditeurs et imprimeurs d'imprimés périodiques ainsi que leurs auxiliaires;
- b) les rédacteurs, collaborateurs et les responsables des programmes de la radio et de la télévision, ainsi que leurs auxiliaires.

Cette disposition, on peut le dire, rend effective une parcelle importante de la liberté de l'information. Les rapports entre la presse et l'administration centrale, entre les journalistes et le gouvernement et ses services, jouent un rôle tel que leur qualité est un critère prépondérant pour juger du degré de liberté en matière d'information. C'est pourquoi, l'art. 16 peut être considéré comme un pas décisif vers la reconnaissance complète de ce droit individuel. En affirmant qu'on pourrait éventuellement se passer d'une révision de l'art. 55 Cst. si l'on parvenait à régler de manière satisfaisante la question du refus de témoigner de la presse en procédure administrative, le porte-parole du Conseil fédéral avait reconnu l'ampleur et l'actualité de l'enjeu¹²⁵. Il s'était fait ainsi l'écho des milieux de la presse, qui ne se lassent pas de réclamer ce droit comme le corollaire indispensable d'une véritable liberté.

¹²² Bull. off. CN, 1968, 318.

¹²³ Bull. off. CE, 1968, 196.

¹²⁴ RO 1969, 757. Cf. A. GRISEL, *Droit administratif suisse*, p. 473.

¹²⁵ Bull. off. CE, 1967, 174, VON MOOS.

Troisième partie:

Le contenu de la liberté de l'information

En introduisant la liberté de l'information dans la loi fondamentale, le constituant reconnaît une liberté en trois parties, ou aussi, si l'on veut, trois libertés différentes ayant leur propre cercle de bénéficiaires. Pour l'Etat, il en découle un certain nombre d'engagements précis, que nous allons analyser séparément pour la liberté de la recherche (titre premier), de la diffusion (titre II) et de la réception des opinions et informations (titre III). Mais les particuliers ont eux aussi quelques obligations, comme nous le verrons au chapitre 4 de ces différents titres.

Titre premier:

La liberté de rechercher des opinions et informations

Chapitre premier: Notion

§ 1 Terminologie

1. «Rechercher.» Chercher une nouvelle, c'est s'efforcer de découvrir, de trouver des faits qui ne sont pas apparents pour tout le monde. Le terme de *rechercher* est plus approprié, car il exprime le caractère conscient, méthodique, insistant de l'activité du journaliste. C'est ce qu'ont compris les auteurs du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966, dont l'art. 19 est, sur ce point, préférable à la disposition correspondante de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹. *Rassembler* et *recueillir* sont des verbes peu recommandables eux aussi, car ils sont plus statiques et suggèrent moins l'effort et le dynamisme.

La phase de la recherche comprend tout le travail nécessaire pour réunir les éléments d'information qui permettent de rédiger le journal, en particulier le déplacement de journalistes, la transmission des nouvelles à la rédaction par n'importe quel moyen, le contact avec les personnes susceptibles de donner des informations. A partir du moment où la nouvelle a pénétré dans les bureaux du journal, on ne peut plus parler de recherche. La nouvelle entre dans la phase de la diffusion.

¹ Cf. *supra*, p. 51 ss.

Une nouvelle qui parvient spontanément au journal, sans que celui-ci l'ait demandée, tombe également sous la liberté de la recherche. Cela signifie entre autres qu'un rédacteur sera admis à taire le nom d'un informateur occasionnel, d'un lecteur².

2. «Opinions et informations.» Dans la doctrine et dans plusieurs projets de disposition sur la liberté de l'information³, on ne parle que de la recherche des informations, sans doute parce qu'on estime que les opinions ne peuvent être formulées que par la suite, une fois les informations rassemblées. Les journalistes vont à la recherche d'informations, qu'ils publieront telles quelles ou qui leur inspireront des commentaires.

Cette façon de voir les choses n'est guère justifiée. Si l'on admet la libre diffusion et pour les opinions et pour les informations, il n'y a aucune raison de refuser ce dualisme dans la phase de la recherche. On imagine mal que la transmission à la rédaction d'une idée ou d'une appréciation puisse être valablement entravée, motif pris qu'il ne s'agit pas d'une information. De même, le journaliste peut désirer obtenir le point de vue de telle ou telle personnalité, qu'il publiera sous forme d'interview ou qu'il incorporera dans un article. Si cette personnalité souhaite conserver l'anonymat, le journaliste doit être admis à taire son identité.

Si, dans certaines circonstances, la liberté de rechercher des informations implique un devoir de livrer des faits, elle n'oblige évidemment pas un fonctionnaire à donner par exemple son opinion sur un problème. La liberté d'opinion intervient, car elle contient aussi le droit de ne pas s'exprimer. Informations et opinions ne sont donc pas sur un pied d'égalité. Il n'en demeure pas moins que la recherche des opinions doit être protégée quand cela est possible.

§ 2 Les titulaires

1. Est titulaire toute personne qui exerce la fonction de journaliste, à quel que échelon que ce soit. Il n'est pas besoin d'être journaliste professionnel, d'être membre d'une association professionnelle ou d'être inscrit dans un registre. Il suffit de démontrer que la recherche de l'information ou de l'opinion est en relation avec une activité journalistique. Une personne non admise à une conférence de presse, motif pris qu'elle n'est pas inscrite au registre professionnel, pourrait se plaindre d'une violation de sa liberté de recherche, si elle peut faire état d'un intérêt légitime.

Une personne qui recherche des éléments pour une lettre de lecteur qu'elle se propose d'envoyer à un journal ne peut pas être considérée comme journa-

² Cf. *infra*, p. 99 ss.

³ Cf. *supra*, p. 82 et 85 s.

liste⁴. La lettre reste une simple réaction de lecteur, et sa publication dépend du bon vouloir de la rédaction. En revanche, si cette personne a été chargée par un journal de rédiger un article, elle doit être considérée comme exerçant une fonction de journaliste, même si sa collaboration n'est qu'occasionnelle.

2. Point n'est besoin de collaborer à un journal politique ou atteignant un certain niveau. Ce peut aussi être un journal s'adressant à un public restreint, ne traitant que de questions sportives, médicales, artistiques, juridiques, etc. Ainsi, par exemple, un professeur collaborant à une revue spécialisée jouit de ce droit, mais seulement dans le domaine précis de sa spécialité. La liberté peut donc être limitée à un secteur de l'information. Le professeur en question ne sera pas admis à invoquer le secret professionnel du journaliste dans le cas où il désirerait cacher le nom d'une personne qui lui a révélé des faits ne rentrant absolument pas dans le cadre de son activité de journaliste.

3. Jusqu'ici, il n'a été question que de presse périodique. Est-ce à dire que les livres, les brochures, les tracts, les journaux occasionnels ne bénéficient pas de ce droit? Nous sommes enclin à le penser⁵. Vue dans son ensemble, la presse non périodique a un rôle d'informatrice sensiblement moins important que la presse régulière. La liberté de la diffusion lui suffit, car elle n'a pas pour mission de refléter l'actualité. La vie d'une société libérale peut se concevoir, à la rigueur, avec des livres qui n'informent pas; elle ne peut l'être avec des journaux sans nouvelles.

On peut s'interroger sur la définition de la périodicité. En Allemagne, sont considérés comme périodiques les écrits paraissant de façon continue mais pas forcément régulière, pourvu que les intervalles ne dépassent pas six mois⁶. En Autriche, les intervalles doivent être de trois mois au plus⁷, alors que la loi suédoise sur la presse exige un minimum de quatre numéros séparés par année⁸. En France, la parution doit être pour le moins mensuelle, sauf pour les revues purement scientifiques, artistiques, techniques ou professionnelles⁹. En Suisse enfin, la loi fédérale sur le service des postes déclare les tarifs préférentiels applicables uniquement aux journaux et revues paraissant au moins une fois

⁴ Pour une opinion différente, cf. H. WINDSHEIMER, *Die « Information » als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG*, p. 164 s.: l'auteur n'est peut-être pas un journaliste, mais il participe ou du moins a l'intention de participer activement et publiquement au processus de communication. Or, selon M. WINDSHEIMER, c'est là justement le critère pour la reconnaissance sinon de la liberté de la recherche, du moins du droit à l'information. (Sur cette notion, cf. *infra*, p. 122 ss.)

⁵ LÖFFLER, *Presserecht*, II, p. 437, qualifie l'exclusion de la presse non périodique d'injustifiée, du moins en ce qui concerne le droit de refuser de témoigner.

⁶ § 7 al. 4 des lois des Länder sur la presse. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 148 ss.

⁷ § 2 al. 2 de la loi sur la presse de 1922.

⁸ Chap. 1, art. 7.

⁹ Art. 2 de l'ordonnance sur l'organisation de la presse française, du 26 août 1944.

par trimestre¹⁰, l'arrêté d'application de la loi vaudoise sur la presse, pour sa part, considérant comme périodique tout imprimé qui paraît au moins deux fois par an¹¹. On le voit, il n'y a guère d'unité entre les différentes conceptions, si ce n'est qu'une parution annuelle ne saurait suffire.

4. Les photographes de presse jouissent également de cette liberté, même si elle ne prend pas exactement les mêmes contours que celle des autres journalistes. Ainsi, l'interdiction de pénétrer dans une salle de tribunal n'a rien d'inadmissible quand elle est prononcée à l'encontre d'un photographe.

5. La titularité échappe à l'éditeur, à l'imprimeur, au personnel administratif du journal¹². Leur fonction ne se situe pas sur le plan de la recherche des informations. Deux réserves cependant s'imposent. Ces personnes peuvent invoquer la liberté de la recherche si elles ont une activité journalistique à temps partiel, si par exemple l'éditeur s'occupe d'une rubrique de politique nationale. D'autre part, si le droit du journaliste est illusoire sans un droit correspondant de l'éditeur, de l'imprimeur ou de leur personnel, on doit procéder à une extension. C'est le cas pour le secret professionnel du journaliste¹³.

6. On a affirmé que la liberté de se déplacer et de transmettre des informations au journal n'appartenait qu'aux nationaux, que les correspondants et rédacteurs étrangers ne pouvaient s'en prévaloir¹⁴. C'est oublier qu'une information complète et libre suppose à la fois des sources nationales et étrangères. Pas plus qu'il ne peut toujours se contenter de sa presse nationale, le lecteur ne peut se satisfaire des seuls comptes rendus que donnent les journalistes d'un pays étranger sur un événement qui se passe chez eux. Pour avoir une vue complète de la situation, il doit pouvoir déléguer un témoin qui lui soit proche. La pluralité des sources, sa nécessité pour le lecteur demandent que l'on reconnaisse une égalité de droits aux étrangers qui viennent enquêter dans le pays¹⁵. C'est la seule façon d'assurer la réciprocité. Ce point est d'ailleurs acquis en droit international¹⁶. D'autre part, le travail accompli par les correspondants étrangers intéresse aussi les nationaux, dans la mesure où ils tiennent à savoir ce que l'étranger pense de leur pays et de sa politique. En recourant à des journaux étrangers qui ont des correspondants à Berne, le citoyen suisse prend

¹⁰ Art. 20. RO 1967. 1533.

¹¹ Arrêté du 21 juin 1938.

¹² Avis contraire: LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 83 s., du moins pour le droit à l'information.

¹³ Le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a reconnu le droit de refuser le témoignage au comptable d'un illustré. Cf. BVerfGE 15, 233, et B. REBE, *Die Träger der Pressefreiheit nach dem Grundgesetz*, p. 49.

¹⁴ J. BOURQUIN, *Trois projets de nouvel article constitutionnel garantissant la liberté de la presse*, BEJ, 1951, p. 683.

¹⁵ Dans ce sens, pour le droit à l'information: W. LEISNER, *Öffentlichkeitsarbeit der Regierung im Rechtsstaat*, p. 125; LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 84; M. REHBINDER, *Presserecht*, p. 23.

¹⁶ Cf. *supra*, p. 51, 53, 55 («sans considération de frontières...»).

connaissance de jugements et d'articles qui sont beaucoup mieux fondés que s'il provenaient d'un lointain poste d'observation.

7. Ne doit-on réserver ce droit qu'au domaine des informations et opinions à but idéal, ou peut-on inclure également les réclames, les annonces? Le courtier en publicité jouit-il de la même liberté que le journaliste? Nous penchons pour une solution large. Le caractère informatif de la publicité est indéniable. Si, en plus, celle-ci cherche généralement à obtenir une sympathie que se traduise directement sur le plan financier, il en est de même de certains articles dits de relations publiques. La limite n'est donc de loin pas aussi claire qu'il y paraît¹⁷. En outre, la publicité est un poste primordial du budget de la plupart des grands périodiques. La qualité de leur contenu dépend directement de l'importance de cette source de revenus¹⁸. Si donc l'Etat pouvait intervenir dans la recherche des annonces, par exemple par la voie d'impôts – comme le lui permettrait la liberté du commerce et de l'industrie, à certaines conditions – la liberté de l'information en ressentirait nettement les contrecoups.

Si l'activité du courtier jouit de la liberté de recherche, cela ne signifie pas que ce personnage s'identifie en tout point au journaliste. Le courtier n'a pas droit à des annonces de la part des pouvoirs publics. Il ne dispose pas non plus du secret professionnel. L'art. 27 ch. 4 CPS, qui refuse tout secret quand le délit est constitué par une annonce, n'a rien de critiquable. La majorité des annonceurs désirent pouvoir être identifiés. Ceux qui disposent d'une information importante, mais qui souhaitent garder l'anonymat, trouveront suffisamment de journalistes prêts à la diffuser. Ces derniers étant au bénéfice du secret professionnel, le secret du courtier n'est pas un élément indispensable à la bonne information. Ce qui ne veut pas dire que le courtier ne devra pas, dans son propre intérêt, faire preuve d'une certaine discrétion en exerçant sa profession.

Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention

§ 1 En général

Les libertés individuelles se dirigent contre l'Etat, auquel on demande de ne pas s'ingérer dans une sphère d'activité déterminée. En l'occurrence, cette sphère recouvre tout le processus qui permet aux opinions ou nouvelles d'aboutir dans les bureaux de la rédaction. L'Etat doit s'abstenir de tout ce qui pourrait entraver la libre recherche, que ce soient des formalités excessives imposées aux correspondants étrangers, des conditions d'accès à la profession de repor-

¹⁷ Cf. *infra*, p. 140 s.

¹⁸ Cf. *infra*, p. 168.

ter, une exclusion d'une conférence de presse ou de débats publics, des taxes de télégrammes ou de téléscripteur prohibitives, la censure des télégrammes, etc.

L'art. 14 de la loi fédérale sur la correspondance télégraphique et téléphonique, du 14 octobre 1922, autorise la Direction générale des télégraphes à «interdire la transmission des télégrammes dont le contenu est injurieux, contraire aux lois du pays et aux bonnes mœurs ou dangereux pour la sécurité de l'Etat, la tranquillité et l'ordre public»¹⁹. Justifiant le refus de transmission d'un télégramme qu'un correspondant de Genève avait adressé à un journal belge, le Conseil fédéral fit valoir en 1927 qu'un télégramme ne constituait pas un produit de presse et qu'il ne pouvait dès lors pas être mis au bénéfice de la liberté de la presse²⁰. Cette argumentation ne tiendrait plus face à la liberté de l'information. On pourrait tout au plus dire que l'art. 14, qui ne s'applique pas exclusivement à la presse, est une loi générale, et qu'à ce titre il est conforme à cette liberté (voir l'alinéa suivant). Cependant, devant les sérieuses entraves qu'une application systématique de l'art. 14 créerait pour l'activité des journalistes, on serait en droit de demander à l'Etat qu'il fournisse des prestations positives, qu'il institue en l'espèce une immunité légale en faveur de la presse. L'art. 14 ne permet en effet rien d'autre que l'introduction d'une censure préventive, d'une mesure qui empêche la liberté de remplir sa fonction dans la démocratie.

Pour qu'une mesure soit jugée interventionniste et attentatoire à la libre recherche des opinions et informations, elle doit frapper uniquement la presse. Si donc une taxe postale ou une réglementation de police des étrangers ne vaut pas exclusivement pour les gens de presse, mais qu'elle s'applique généralement, on ne pourra pas reprocher à l'Etat une quelconque ingérence. Il se pourrait cependant que, sous la forme d'une loi générale, se cache en réalité une intervention dirigée avant tout contre la presse. Dans ce cas, on ne saurait naturellement se laisser arrêter par les apparences et légitimer, par un raisonnement formaliste, ce qui est en fait un détournement de pouvoir. La preuve risquant de ne pas être toujours facile, la notion de prestation positive peut alors, et en dernier ressort, rendre quelque service²¹.

Parmi les lois générales, il convient également de citer les dispositions civiles sur la protection des droits de la personnalité, ainsi que des dispositions pénales telles que celles qui répriment le vol, la contrainte, la corruption active.

Lors de l'interprétation et de l'application des lois limitatives, l'Etat et plus spécialement ses organes judiciaires doivent veiller à ne pas s'éloigner du principe constitutionnel, aussi bien quand le journaliste est défendeur que quand il

¹⁹ RS 7, 872.

²⁰ G. BLUM, *Les étrangers et la liberté de la presse*, p. 82 s.

²¹ Cf. *infra*, p. 108 ss.

est demandeur. Cette attitude est dictée par l'action réciproque (*Wechselwirkung*) qui existe entre la Constitution garantissant la liberté et les lois la restreignant, savoir que les limites d'une liberté fondamentale sont limitées à leur tour par la liberté²². Cette action traduit la prééminence des libertés fondamentales dans l'ordre juridique. En effet, si leur étendue pouvait être fixée péremptoirement et définitivement par la loi, ces libertés seraient reléguées au rang de simples directives adressées au législateur. Celui-ci aurait tout loisir d'en tenir compte ou au contraire de prendre des lois interventionnistes. Or les libertés fondamentales sont la base même de l'ordre juridique libéral. Elles ont une existence et une efficacité indépendantes des lois, ce qui doit se manifester en particulier lors de l'interprétation et de l'application de ces lois²³. Autrement dit, lorsque l'Etat applique une norme sans s'en référer aux libertés fondamentales qu'elle concerne, il se rend, suivant le cas, coupable d'une atteinte à la Constitution²⁴.

Signalons encore que certaines entraves frappent simultanément la liberté de la recherche et celle de la diffusion. Des impôts spéciaux, par exemple, peuvent à tel point grever le budget d'un journal qu'il faudra réduire les moyens de rechercher les nouvelles.

§ 2 La reconnaissance du secret rédactionnel

A. *Abstention ou prestation positive?*

La reconnaissance du secret professionnel du journaliste peut être regardée soit comme une prestation positive, soit comme une abstention. C'est une prestation positive si l'on admet que la collaboration à la justice est une obligation sociale, que chaque citoyen a le devoir civique d'éclairer la justice quand il est en mesure de le faire. En prévoyant une exception, en dispensant quelqu'un de l'obligation générale de témoigner, l'Etat intervient positivement en faveur du bénéficiaire. Il fournit une prestation. Si l'on part au contraire de l'idée que chaque être jouit de la liberté de parole garantie en toutes lettres ou implicitement dans la Constitution, le fait de respecter pleinement cette liberté est une abstention qui correspond à l'attitude que doit observer normalement l'Etat face aux libertés individuelles.

Ce second point de départ nous paraît mériter la préférence, car il tient mieux compte de la hiérarchie des normes juridiques. Les libertés individuelles sont véritablement fondamentales, ce qui se manifeste déjà par le fait qu'elles

²² Cf. *supra*, p. 78; J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, p. 636, no 1768; P. SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, p. 61, note 105.

²³ Voir aussi P. SALADIN, *op. cit.*, p. 61 s.

²⁴ Pour une approche différente du même problème, cf. *infra*, p. 129 ss.

existent indépendamment de leur inscription dans la Constitution. Dans l'Etat démocratique libéral, la liberté est toujours la règle.

Certes, la liberté de parole n'est pas absolue. Comme les autres libertés individuelles, elle n'est protégée que dans la mesure où son emploi ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ou aux intérêts supérieurs de l'Etat. Ses frontières sont marquées par les restrictions policières qui visent à sauvegarder l'ordre public. On conçoit donc bien qu'une parole ne jouisse plus de l'immunité lorsqu'elle est par exemple offensante pour autrui. En revanche, on pourrait s'attendre à ce que l'absence de parole, le silence, soient protégés dans tous les cas et sans restriction, car ils paraissent inoffensifs. Législateur et doctrine ont toutefois estimé qu'une absence d'activité pouvait aussi constituer un excès, qu'un usage conforme de la liberté exigeait de l'individu une prestation positive quand il est impossible d'assurer sans cela le bon fonctionnement de l'Etat. Ainsi, a-t-on dit, quiconque a la connaissance de faits pouvant faire avancer la justice est tenu de les livrer, s'il en est requis. Un comportement contraire menace l'ordre public, car il met en jeu la bonne justice. Celle-ci ne peut se baser que sur des faits, comme le constate l'adage *da mihi facta, dabo tibi jus*.

En donnant à l'obligation de témoigner la base légale qu'elle réclamait, le législateur a saisi l'occasion de renverser les rôles. Il a appelé l'obligation la règle, le droit au silence l'exception²⁵. Mais cette terminologie n'a d'incidence que sur la technique législative, en permettant une définition négative du cercle des personnes astreintes: sont tenus de témoigner tous ceux qui ne peuvent invoquer la justification légale d'un refus. La véritable nature de l'obligation de témoigner n'en est pas modifiée pour autant. La règle reste bien celle qui est répétée en faveur des médecins, des ecclésiastiques, etc., à savoir qu'il n'y a pas d'obligation de parler. Le droit au refus de témoigner n'est pas l'exception de l'exception, encore moins l'exception d'un principe. C'est un terrain qui a été épargné par l'exception²⁶. Les lois de procédure qui parlent de la *dispense* de l'obligation de témoigner devraient dire plus justement que certaines personnes *ne sont pas touchées* par cette obligation. En d'autres termes, si l'Etat renonce à soumettre une personne à cette obligation, il s'abstient d'intervenir.

B. Définition

Le secret rédactionnel ou secret professionnel du journaliste comprend deux éléments: c'est d'abord le droit du journaliste de taire l'identité de l'auteur d'un article paru dans son journal. Il permet aux journaux de publier tout ou partie de la matière rédactionnelle sans indication de nom d'auteur. Si un écrit

²⁵ R. VETTER, *Probleme des Zeugnisverweigerungsrechtes*, p. 26.

²⁶ VETTER, *op. cit.*, p. 27. Cf. aussi H. C. HAUSER, *Das Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren*, thèse, Bâle 1957, p. 7.

constitue une infraction et que le véritable auteur n'est pas découvert, le juge s'en prend à une personne subsidiairement responsable, afin de ne pas aboutir à l'impunité. Cette personne, en Suisse, est le rédacteur responsable, que tout journal ou périodique est tenu d'indiquer en vertu de l'art. 322 ch. 2 CPS²⁷. Si l'article ne contrevient pas à la loi, il peut arriver que les autorités s'intéressent néanmoins au nom de l'auteur, par exemple parce qu'elles suspectent celui-ci d'avoir commis une violation du secret de fonction, ou parce que l'article révèle l'existence d'un délit jusqu'alors insoupçonné, sans donner les précisions utiles à la répression. Un système de responsabilité subsidiaire n'étant guère concevable pour ces cas-là, le silence du journaliste peut conduire à l'impunité de ces délits. C'est la raison pour laquelle de nombreux législateurs ont hésité jusqu'ici à reconnaître le secret dans cette hypothèse²⁸.

Ils connaissent de semblables hésitations en ce qui concerne le second élément du secret rédactionnel, le droit du journaliste de taire la source et le contenu de ses propres informations. Si, en renseignant le journaliste, une personne s'est rendue coupable d'un délit ou si elle indique qu'il y a des abus dans l'administration ou qu'un délit a été commis, le silence peut rendre la répression tout aussi difficile que dans le cas précédent.

Dans ce contexte, on utilise parfois aussi le terme de droit à l'anonymat de la presse. Celle-ci n'étant pas un sujet de droit, il serait plus correct de parler d'une part du droit de l'auteur ou de l'informateur à l'anonymat, d'autre part du droit du journaliste de sauvegarder l'anonymat de l'auteur ou de l'informateur. Seul ce second droit a une importance pratique. Le droit de l'auteur ou de l'informateur se borne en effet à permettre qu'un article soit écrit sous pseudonyme ou sans indication de nom, ou qu'une information soit livrée sous le sceau du secret; mais il ne protège ses bénéficiaires qu'imparfaitement contre l'indiscrétion du journaliste²⁹, et pas du tout contre les éventuelles sanctions que leur vaut l'article³⁰ ou la divulgation de l'information et que la découverte de leur identité permet de leur appliquer.

²⁷ Quand il peut être flanqué d'un système de responsabilité subsidiaire, le secret rédactionnel n'est plus contesté de nos jours. Cf. pourtant PFENNINGER, *Zeugnisrecht, Zeugnispflicht und Zeugnisverweigerung im schweizerischen Strafverfahren*, RSJ, 1958, p. 235.

²⁸ Art. 27 ch. 1 CPS. § 45 al. 1 de la loi autrichienne sur la presse; § 52 al. 1 ch. 5 de la loi fédérale allemande de procédure pénale. Cf. pourtant les lois des Länder sur la presse. Sur leurs rapports avec la loi de procédure pénale: LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 435; REHBINDER, *op. cit.*, p. 60.

²⁹ Cf. J. BOURQUIN, *La liberté de la presse*, p. 411.

³⁰ Cf. pourtant l'art. 27 ch. 1, qui consacre le principe de la responsabilité exclusive de l'auteur, et le ch. 3 al. 3, qui précise que s'il est puni, le rédacteur responsable l'est «comme auteur de l'infraction». En d'autres termes, la condamnation du rédacteur responsable libère définitivement l'auteur.

C. *Rôle et importance*

On peut se demander s'il est vraiment primordial pour la presse d'être en mesure de jeter le voile sur l'origine de ses articles et de ses informations. N'institue-t-on pas une prime à la lâcheté et à la déloyauté en tolérant que des articles diffamatoires ou calomnieux soient écrits par des personnes confortablement cachées derrière un pseudonyme? Ne risque-t-on pas les pires désordres si l'on admet que des secrets de fonction soient violés impunément ou que la répression d'un délit soit empêchée par le silence de la presse qui avait pourtant révélé son existence? L'intérêt de la presse pèse-t-il assez lourd pour justifier pareilles irrégularités?

D'emblée, il faut remarquer que les cas où la question se pose en des termes aussi aigus sont d'une extrême rareté. Le nombre des délits contre l'honneur n'a pas augmenté en flèche depuis que la presse a été admise à publier des articles anonymes. Le fait que, dans les pays où le secret rédactionnel n'est pas complètement reconnu, les journalistes sont fort rarement invités à révéler leurs sources ne s'explique pas uniquement par la crainte des autorités d'engager une épreuve de force dont elles ne sortent pas grandies. Simplement, les cas où le refus de témoigner conduirait à l'impunité inadmissible d'un délit sont peu fréquents.

Si les journalistes considèrent le secret rédactionnel et en particulier le secret sur les sources comme un instrument de travail indispensable, c'est qu'il leur permet de jouir de la confiance de leurs informateurs. Nombreuses sont les personnes qui craignent à tort ou à raison que la divulgation légitime d'une nouvelle vraie les expose à des représailles; elles préfèrent se taire si elles ne sont pas absolument sûres que le journaliste ne citera pas leur nom. Il en va de même des personnalités politiques ou autres qui seraient disposées à révéler des faits ou à donner une opinion pouvant servir à une meilleure information du journaliste; dans le cas où elles désirent que ces faits ou cette opinion ne soient pas connus du public, elles s'abstiendront de toute confidence si elles ne peuvent compter sur la discrétion du journaliste.

La confiance est pour le journaliste ce que les moyens inquisitoriaux sont pour le juge. Elle a pour effet de délier les langues et de permettre à la vérité de se faire jour. Sans elle, on aboutirait à une information de surface qui ne se fonderait que sur les apparences et les communiqués officiels. C'est sur ce rapport de confiance entre journalistes et informateurs que repose la capacité de la presse de remplir sa fonction⁸¹. En y portant atteinte, l'obligation de témoigner rend du même coup illusoire la liberté de rechercher des informations.

⁸¹ Cf. aussi P. CORDEY, *Le secret professionnel du journaliste*, RPS, 1969, p. 158 s.

On a contesté que cette liberté implique une reconnaissance du secret rédactionnel, car, a-t-on dit, ce n'est pas la divulgation du nom de l'informateur qui viole la liberté, mais seulement les représailles éventuelles qui suivent, les désagréments possibles mais non obligatoires qui frapperont le journaliste. S'il est souvent appelé à citer ses sources, celui-ci devra peut-être compter à l'avenir avec plus de difficultés dans la recherche d'informations délicates. Mais la divulgation elle-même n'a pas d'effet sur la liberté, car elle intervient à un moment où la nouvelle a déjà été trouvée et même diffusée. En conclusion, le secret rédactionnel ne serait pas un droit déductible d'une liberté individuelle, mais une exigence tendant à faciliter la fonction de la presse³².

A cela, il convient de répondre deux choses: l'absence de secret rédactionnel ne se fait pas sentir uniquement au moment où le juge invite le journaliste à révéler ses sources; elle exerce une influence permanente sur tout le processus de la recherche, en rendant les informateurs prudents et réservés³³. Ensuite, le fait de dévoiler la provenance d'une nouvelle n'a peut-être plus d'influence sur la nouvelle en soi; mais elle entraînera des désagréments pour le journaliste, et ceci non pas éventuellement, mais immanquablement. La source livrée deviendra inutilisable à l'avenir, et les autres informateurs redoubleront de circonspection. Il n'est pas possible de dissocier l'obligation de témoigner des conséquences qui y sont attachées par définition. On ne voit donc vraiment pas comment concilier la liberté de rechercher des informations et une obligation qui revient à priver la presse du principal instrument de recherche.

Ainsi, en soumettant le journaliste au devoir de témoigner, l'Etat porte atteinte à deux libertés individuelles: la liberté de parole et la liberté de l'information. On peut se demander si les arguments avancés pour limiter la liberté de parole sont assez forts pour justifier également un rétrécissement de la liberté de l'information. Certes, le maintien d'une bonne justice est essentiel pour la vie sociale, et on ne doit pas sous-estimer le danger que peut impliquer un refus d'y collaborer. Cependant, il faut se souvenir que, quelles que soient les restrictions apportées aux libertés fondamentales, le principe de la proportionnalité doit être respecté. Ce principe ne signifie pas seulement que la gravité de l'atteinte doit être proportionnée à la menace que l'on se propose d'écartier. Si le but ne peut être atteint que par une limitation importante, il faut encore s'assurer que le prix à payer n'est pas trop cher³⁴. La protection de l'ordre public ne justifie pas tous les sacrifices et toutes les mutilations. Or, si une limitation partielle et occasionnelle de la liberté de parole paraît rester dans le cadre de

³² W. GUT, *Pressefreiheit und Zeugnisverweigerungsrecht der Presseleute*, RPS, 1969, p. 175 s.

³³ Th. FLEINER, *Demokratie und Informationsfreiheit*, RDS, 1970, 1, p. 390, note 37.

³⁴ Cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 635, no 1765.

l'admissible, on ne peut guère en dire autant de l'atteinte à la liberté de l'information, qui se voit restreinte de manière permanente dans un de ses principaux éléments. Et la liberté de la recherche n'est pas seule touchée. La liberté de la diffusion et le droit du lecteur de recevoir librement des informations perdent singulièrement de leur contenu si l'information dont on dispose est superficielle et incomplète.

Il faut encore se rappeler que les libertés fondamentales ne protègent pas uniquement l'individu et sa sphère d'autonomie, mais qu'elles ont aussi une dimension collective⁸⁵. En permettant à la personne de s'extérioriser, elles assurent le fonctionnement de la démocratie. Elles en sont l'élément vital⁸⁶. Cette forme d'Etat suppose en effet la participation de chaque citoyen, tant au niveau de la prise de décision et de l'exécution qu'à celui du contrôle. Cette participation, à son tour, n'est possible que si une complète liberté de parole, d'action et de mouvement est reconnue. Le caractère fonctionnel des libertés individuelles apparaît avec beaucoup de netteté dans les libertés d'association, de réunion, d'information. Sans elles, la discussion politique indispensable à la formation d'une volonté populaire authentique est impossible. Elections, votations, jeu parlementaire ne peuvent plus être que simulacres.

En limitant les libertés fondamentales, c'est le fonctionnement même de l'Etat démocratique qu'on risque de compromettre, donc l'ordre public. Dès lors, l'interrogation sur la proportionnalité des restrictions de police apparaît, en dernière analyse, elle aussi dictée par le souci de maintenir l'ordre public. Il ne s'agit nullement de sacrifier celui-ci aux libertés individuelles, mais plutôt de mettre en présence deux soucis d'ordre public et de voir lequel, par surcroît, tient le mieux compte des libertés.

D. *La situation en Suisse*

a. Le droit pénal

Le code pénal suisse reconnaît uniquement le droit du journaliste de sauvegarder l'anonymat de l'auteur⁸⁷. Et encore ce droit n'est-il consacré que de manière limitée. D'abord, il n'est donné que lorsqu'une infraction a été commise par la voie de la presse et consommée par la publication elle-même (art. 27 ch. 1). L'anonymat n'est pas assuré quand on est en présence d'un article irrépréhensible. Si les autorités ne recherchent l'auteur que pour lui demander des précisions sur ses sources ou sur le contenu de son article, le

⁸⁵ Cf. *infra*, p. 108 ss.

⁸⁶ Cf. Z. GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 245.

⁸⁷ On essaie parfois de déduire un droit plus large de l'art. 79 PPF et des dispositions cantonales analogues. («Le témoin peut refuser de donner des réponses qui l'exposeraient (...) à un grave déshonneur.»)

journaliste n'est pas autorisé à cacher son nom. Ensuite, ce droit n'est reconnu expressément qu'au rédacteur responsable du périodique. L'art. 27 cb. 3 al. 2 précise en effet que, pour découvrir le nom de l'auteur, aucune des mesures de coercition prévues par la loi de procédure ne pourra être employée contre le rédacteur; il n'est fait nulle mention des collaborateurs du rédacteur.

Cependant, disent certains auteurs, une interprétation un peu sensée devrait mettre à l'abri de l'enquête tout le personnel de la rédaction³⁸. On doit admettre aussi que l'art. 27 CPS s'applique aux articles qui n'ont pas encore été publiés³⁹, ainsi qu'aux auteurs formels, et aux personnes qui ont livré au journaliste une matière que celui-ci n'a plus qu'à transformer en texte⁴⁰.

Une des principales pierres d'achoppement qui surgit lors de l'élaboration de l'art. 27 résidait dans le fait qu'il s'agissait de rompre avec l'adage « pas de peine sans faute ». On essaya de masquer la difficulté en montrant que le rédacteur n'est pas innocent, que, sans lui, le délit n'aurait pas été commis; il lit tout et il est en mesure de savoir ce qui est permis. S'il prend sur lui la responsabilité pénale pour un article, il fait sienne l'atteinte à l'honneur d'autrui⁴¹. Pour HAFTER, en revanche, nul doute que le principe en question s'effondre⁴². Mais, dit-il, les raisons de s'éloigner des dogmes rigides du droit pénal sont si fortes que le législateur doit véritablement aboutir à une réglementation spéciale. Ces raisons doivent être cherchées non seulement dans le développement de la presse et dans la position qu'elle occupe au sein de la vie publique, mais plus profondément dans le principe de la liberté de presse. Si l'on se réfère à l'arrêt *Kaelin*, dit HAFTER, l'art. 55 Cst. veut protéger la presse contre les mesures qui l'entravent dans l'accomplissement de sa mission. Or si la presse doit servir la liberté d'expression, si, par sa critique, elle doit élucider les situations les plus diverses de la vie, si elle veut influencer la lutte politique avec succès, on ne peut exiger qu'elle garde la visière levée dans tous les cas. En conséquence, conclut HAFTER, on doit déduire directement du droit à la liberté d'expression et à la liberté de presse un droit à l'anonymat.

³⁸ HAUSER, *op. cit.*, p. 167 s.; H. SCHULTZ, *Das Problem einer Sonderstellung der Presse im Strafverfahren*, p. 22; GUT, *op. cit.*, p. 183. *Contra*: C. LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, p. 152; R. SIDLER, *Des Redaktionsgeheimnis im schweizerischen Strafprozess*, p. 52, qui estime cependant qu'une modification de la loi s'impose.

³⁹ Arrêt *König*, du 18 mars 1952, rendu par la Cour suprême bernoise, RSJB, 1952, p. 306; 1963, p. 227. HAUSER, *op. cit.*, p. 168, note 3; GUT, *op. cit.*, p. 184. *Contra*: SIDLER, *op. cit.*, p. 89, qui souhaite cependant un tel élargissement *de lege ferenda*.

⁴⁰ G. JACCOTTET, *La réforme du droit de la presse en Suisse*, RDS, 1948, p. 180 a; SCHULTZ, *op. cit.*, p. 23; GUT, *op. cit.*, p. 183.

⁴¹ Procès-verbal de la première commission d'experts, 1895, II, p. 103, ZÜRCHER. Bull. off. CE 1931, 256, WETTERSTERN.

⁴² E. HAFTER, *Umfang des Pressdelikts und strafrechtliche Sonderstellung der Presse*, RPS, 1927, p. 140 ss.

Le même raisonnement s'applique-t-il à la partie du secret rédactionnel non reconnue aujourd'hui? Le Tribunal fédéral s'y oppose⁴³ et défend une position proche de celle qu'il avait prise avant l'entrée en vigueur du code pénal suisse en refusant de déduire de l'art. 55 Cst. un droit de préserver l'anonymat de l'auteur d'un article délictueux⁴⁴. Il est suivi par la majeure partie de la doctrine⁴⁵. Cette question, qui rejoint celle de l'interprétation des libertés constitutionnelles, sera abordée en fin d'ouvrage, quand nous nous interrogerons sur la nécessité d'une révision de l'art. 55.

Dans l'ensemble, les cantons n'accordent pas au journaliste un droit plus large que celui qui figure à l'art. 27 CPS. Est-ce dû à une absence de compétence? Il se trouve en tout cas plusieurs auteurs pour prétendre que cette disposition règle la question de l'anonymat de façon exhaustive⁴⁶. On doit cependant distinguer.

Depuis 1942, tout ce qui concerne la responsabilité de la presse n'est plus du domaine cantonal. C'est du droit de fond, qui figure, comme il se doit, dans la partie générale du code pénal. En outre, pour des raisons d'efficacité, la Confédération soustrait en matière procédurale une parcelle à la souveraineté des cantons. L'art. 27 ch. 3 al. 2 CPS empiète sur le domaine cantonal. Il s'ensuit que les interdictions de moyens de pression dans la recherche des auteurs d'articles incriminés prévus par certains cantons n'ont plus aucune valeur pratique. Les cantons ne peuvent que redire ce que contient l'art. 27, car, si le droit cantonal diffère du droit fédéral, il doit être considéré comme nul en vertu de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution. Une disposition cantonale qui n'autoriserait le rédacteur à garder le secret qu'aussi longtemps qu'il n'en a pas été délié n'est pas valable⁴⁷. Il en va de même d'une disposition qui étendrait l'exclusion de moyens de pression aux non-périodiques⁴⁸.

En revanche, tout ce qui est en dehors de la question de la responsabilité reste du domaine des cantons. Leur compétence en matière de procédure demeure entière. Ainsi, l'obligation de témoigner ou non quand il n'y a pas d'infraction commise par la voie de la presse ne rentre pas dans le chapitre de

⁴³ ATF 83 IV 60, *Goldsmith*, du 7 mai 1957. Voir aussi l'arrêt *Ritler*, du 26 octobre 1967, rendu par la Cour suprême lucernoise.

⁴⁴ ATF 32 I 455, *Baumberger*, du 20 septembre 1906; 55 II 98, *Gigon*, du 1er mai 1929.

⁴⁵ P. SALADIN, *op. cit.*, p. 51, note 74. GUT, *op. cit.*, p. 174 ss. Pour cet auteur, ni la liberté de diffuser, ni la liberté de rechercher des informations n'impliquent le secret professionnel. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 405, estime que la mission de la presse ne fonde qu'imparfaitement ce secret. Selon lui, une justification véritable n'est possible que si l'on admet une notion élargie de la liberté de la presse, comportant la liberté de rechercher des informations.

⁴⁶ LUDWIG, *op. cit.*, p. 84 et 187 s.; SIDLER, *op. cit.*, p. 139 ss.

⁴⁷ Exemple: art. 141 ch. 6 CPP bernois.

⁴⁸ Exemple: art. 97 CPP de Bâle-Ville. M. LUDWIG, qui donne cet exemple (*op. cit.*, p. 185), ne dit pas que cet article est aussi contraire en ce qu'il accorde la protection également aux collaborateurs du rédacteur. Voir aussi l'art. 300 CPP zurichois.

la responsabilité de la presse. On doit donc admettre la compétence des cantons en l'espèce. Mais, nous l'avons déjà dit, les cantons n'ont pas fait usage de cette possibilité⁴⁹.

b. Le droit pénal militaire

Ni le code pénal militaire de 1927, plusieurs fois révisé, ni la loi de procédure de 1889 ne contiennent des règles spéciales concernant la presse. Un délit commis par la voie de la presse sera donc poursuivi de la même manière qu'un autre délit, quand c'est le droit pénal militaire qui est applicable.

Il ne s'agit pas d'un oubli de la part du législateur. En effet, en deuxième lecture, la commission d'experts avait repoussé expressément l'introduction dans le projet de code pénal militaire d'une disposition semblable à l'art. 27 CPS actuel. HAFTER avait émis l'opinion que le principe de la responsabilité subsidiaire ne se justifiait pas dans ce secteur juridique⁵⁰.

L'art. 333 CPS, qui déclare les dispositions générales du code pénal suisse applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales si celles-ci ne contiennent pas de dispositions en la matière, n'est d'aucun secours. En effet, l'art. 8 CPS exclut expressément une telle application subsidiaire aux personnes qui doivent être jugées d'après le droit pénal militaire⁵¹.

c. Le droit civil

Le secret rédactionnel est pour ainsi dire inconnu en droit privé. Les lois cantonales de procédure civile – à quelques exceptions près⁵² – et la loi fédérale de procédure civile n'en font pas mention⁵³. C'est pourquoi, la doctrine a réclamé à plusieurs reprises l'introduction *de lege ferenda* d'un système de responsabilité subsidiaire, fût-ce seulement pour que les garanties pénales ne soient pas contournées par la voie civile et rendues de ce fait illusoires⁵⁴.

⁴⁹ On peut tout au plus dire que les art. 21 CPP fribourgeois («Le témoin qui, sans de justes raisons et malgré avertissement, refuse de témoigner...») et 226 CPP vaudois («Nul témoin n'est tenu de révéler un secret dont il est dépositaire par état ou profession...») n'excluent pas *a priori* le journaliste.

⁵⁰ LUGWIG, *op. cit.*, p. 161 s.

⁵¹ Tout au plus peut-on admettre une application analogique de l'art. 27 ch. 5 CPS, selon lequel «l'auteur d'un compte rendu véridique des débats publics d'une autorité n'encourra aucune peine». Cf. Bull. off. CN, 1970, 414; CE, 1970, 250 (affaire «Florida»).

⁵² Cf. GUT, *op. cit.*, p. 179.

⁵³ On peut éventuellement réserver la formulation assez large de l'art. 42 al. 2. Le juge, lit-on, «peut dispenser le témoin de révéler d'autres secrets professionnels (...) lorsque (...) l'intérêt du témoin à garder le secret l'emporte sur l'intérêt d'une partie à le révéler».

⁵⁴ K. FLÜCKIGER, *Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Redaktors*, thèse, Berne 1938, p. 86 s.; M. FELDMANN, *Zur Reform des schweizerischen Presserechtes*, RDS, 1948, p. 116a et 122a; F. T. GUBLER-CORTI, *Zum Problem des Zeugnisverweigerungsrechtes der Journalisten*, p. 226; SIDLER, *op. cit.*, p. 108 ss et les auteurs cités.

Une pareille disposition existe d'ailleurs déjà dans la loi fédérale sur la concurrence déloyale de 1943. Selon l'art. 4, le rédacteur responsable ne peut être actionné à la place de l'auteur que si, entre autres, la communication du nom de l'auteur a été refusée. A la différence du droit pénal, il n'y a pas de responsabilité exclusive de l'auteur. Ainsi, quand celui-ci est connu et qu'il peut être actionné devant un tribunal suisse, le rédacteur n'est pas à l'abri pour autant, si une faute lui est imputable.

d. Le droit administratif

Mises à part quelques lois cantonales de procédure civile, seul le droit administratif fédéral reconnaît pleinement le secret rédactionnel⁵⁵. Pleinement, sauf quand il s'agit «d'élucider les faits dans une procédure relative à la sûreté intérieure ou extérieure du pays». Cette réserve est compréhensible. Elle part du principe que la liberté ne peut aller jusqu'à se supprimer elle-même. On la retrouve plus détaillée à l'art. 27 ch. 6 CPS, qui déclare le secret rédactionnel inapplicable en matière de haute trahison, d'atteinte à l'indépendance de la Confédération et de trahison diplomatique, en matière d'infractions consistant à soutenir des entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse, en matière d'espionnage, d'atteinte à l'ordre constitutionnel, de propagande subversive, de groupements illicites et d'atteinte à la sécurité militaire⁵⁶.

Chapitre 3: Seconde obligation de l'Etat: des prestations positives

§ 1 Justification

Les libertés individuelles protègent les personnes contre l'ingérence étatique. Elles ont donc une nature négative et ne donnent pas droit à des prestations positives de la part de l'Etat. La théorie classique est clairement fixée dans ce sens⁵⁷.

A y voir de plus près, le rôle des libertés individuelles ne s'épuise pas dans une garantie de l'autonomie privée. Elles ne se bornent pas à laisser l'individu s'établir à l'endroit qu'il préfère, choisir l'activité lucrative qui lui convient,

⁵⁵ Cf. *supra*, p. 90 ss.

⁵⁶ Pour une critique de cette disposition, cf. M. NEF, *Ausgewählte Kapitel aus dem schweizerischen Presserecht*, p. 109.

⁵⁷ Depuis quelques dizaines d'années, une nouvelle catégorie de droits fait son apparition, celle des droits sociaux, économiques et culturels, tels le droit au travail (cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 92, no 231), le droit au logement (FF 1970 II 1646), le droit à la formation (FF 1972 I 415 ss, 436; art. 27 Cst.), le droit à la santé, à la culture, aux loisirs. Nous en faisons abstraction ici. Ces droits confèrent à l'individu une créance positive que l'Etat ne peut honorer que par une intervention active et largement discrétionnaire quant aux choix des moyens. Cf. la position que M. H. HUBER défendait dans *Soziale Verfassungsrechte*, Recueil du centenaire de la Constitution fédérale, 1948, p. 149 ss.

professer les opinions qu'il affectionne. Elles ne sont pas uniquement reconnues en fonction de l'individu, pour procurer un avantage à celui qui les exerce. Les différentes libertés sont en effet aussi un élément essentiel pour la démocratie. Sans elles, cette forme d'Etat ne serait pas pensable. C'est vrai pour la liberté de l'information, mais aussi pour la liberté d'association, la liberté personnelle, la liberté économique⁵⁸.

C'est ce qu'avait déjà relevé WETTSTEIN, au début du siècle, mais seulement à propos de la liberté de presse et de la liberté d'association. L'opinion publique, disait-il, est un élément primordial de la vie de l'Etat moderne. Comme elle ne peut se manifester qu'imparfaitement par le parlement, un complément est nécessaire si l'Etat ne veut pas devenir étranger au peuple. C'est la liberté d'expression, qui est une partie constitutive de l'Etat. La liberté de la presse apparaît donc comme le droit du peuple, devenu historique et fixé dans la Constitution, d'exprimer sa pensée et son sentiment politique par un organe qui ne soit pas en même temps, comme le parlement, un organe de volonté de l'Etat. Il s'ensuit, disait cet auteur, une reconnaissance positive de la presse comme l'un des organes de l'opinion publique, sur lequel l'Etat doit s'appuyer et qu'on ne doit entraver d'aucune manière⁵⁹.

Cette thèse fit frémir le Tribunal fédéral, qui voyait déjà l'établissement d'un quatrième pouvoir, auquel il faudrait accorder tous les privilèges, en particulier l'immunité à l'égard des lois étatiques⁶⁰.

Comme nous l'avons vu, elle a ressurgi en Allemagne fédérale après l'adoption de la Loi fondamentale. Dans ce contexte, on a beaucoup utilisé les termes d'institution de la presse, de garantie institutionnelle, de fonction publique, de service public, de profession publique, etc. Plusieurs auteurs ont dénoncé les malentendus que ce vocabulaire peut engendrer. La presse, a-t-on dit, n'est pas une institution constitutionnelle au même titre que le parlement, le droit d'élection ou de votation. Elle n'est pas une manifestation de l'Etat, une partie de sa structure. Et pourtant, elle est tout comme ceux-ci une composante de l'Etat, un élément de la démocratie réglé dans la Constitution. La chose publi-

⁵⁸ GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 245. Cf. aussi R. BLOCH, *Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte* (- Le dualisme y est étudié en particulier pour la liberté d'opinion, la garantie de la propriété et la liberté du mariage.); K. WESPI, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, p. 44; J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, p. 184 s.; B. LANG, *Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit*, p. 69 ss et 76 ss. Dans l'arrêt 96 I 586, *Aleinick*, du 24 juin 1970, le Tribunal fédéral insiste lui aussi sur ce dualisme, mais seulement à propos de la liberté d'expression. - P. TOGGENBURGER, *Pressefreiheit und demokratische Willensbildung*, p. 80, tente, à partir de la même constatation, de justifier une limitation de la liberté.

⁵⁹ O. WETTSTEIN, *Über das Verhältnis zwischen Staat und Presse*, p. 18 s., 37 et 50.

⁶⁰ ATF 32 I 455, *Baumberger*, du 20 septembre 1906. Cf. aussi LUDWIG, *op. cit.*, p. 151, qui qualifie cette thèse de «très mystique».

que, dit M. SCHEUNER, n'est pas une autorité qui vient d'en-haut, un simple «appareil étatique», un «ensemble de services publics», une organisation de prévoyance, mais elle est formée par la collaboration vivante de tous les citoyens. Cela suppose la liberté. Celle-ci n'apparaît pas simplement comme une défense négative, comme une fuite dans une sphère soustraite à la responsabilité et libre des interventions de l'Etat. Elle est une participation vivante au tout, une cogestion et une coresponsabilité⁶¹. Cette caractéristique n'est d'ailleurs pas propre à la liberté de la presse⁶². Quant aux termes de fonction ou de service public de la presse, ce n'est qu'une image qu'il faut se garder de prendre au mot si l'on ne veut pas aboutir à un dirigisme étatique pour le moins périlleux⁶³. La fonction de la presse ou de la liberté de la presse n'est publique que parce qu'elle est en rapport avec la chose publique.

Pour la liberté de l'information, mais aussi pour les autres libertés individuelles reconnues dans la Constitution, on peut parler indifféremment de garantie institutionnelle ou de garantie fonctionnelle.

La garantie est fonctionnelle si l'on considère que la liberté a un rôle à remplir dans l'Etat, celui de donner aux citoyens les moyens de participer activement à l'élaboration de la volonté politique. Un de ces moyens, c'est l'indépendance économique à l'égard du pouvoir, qu'assurent la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie. Un autre, c'est la connaissance approfondie de l'activité étatique et de la réalité sociale, que permet la liberté de l'information. Un autre encore, c'est la possibilité d'exprimer toute sa pensée et d'écouter celle d'autrui, que permet la liberté d'opinion.

La garantie est institutionnelle, si l'on considère que ce rôle est vital pour la démocratie et qu'en constituant ainsi la condition *sine qua non* de cette forme d'Etat, les libertés individuelles en garantissent implicitement l'existence. La garantie est institutionnelle, si l'on considère qu'en donnant au citoyen les moyens de participation, les libertés individuelles reconnaissent l'existence de ces moyens, les institutionnalisent. La reconnaissance des libertés individuelles équivaut donc à une garantie de l'institution de la démocratie⁶⁴ ou, aussi, des éléments ou institutions indispensables à l'Etat démocratique et libéral⁶⁵,

⁶¹ U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, VVDSRL, 1965, p. 18.

⁶² A. SCHÜLE, *Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit*, p. 26, note 63.

⁶³ SCHÜLE, *op. cit.*, p. 24; R. SCHNUR, *Pressefreiheit*, VVDSRL, 1965, p. 114; SCHEUNER, *op. cit.*, p. 75 s. et 93. Pour LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 66 s., il ne faut pas confondre le terme de fonction publique avec celui de fonction officielle ou étatique. En parlant de fonction publique, on souligne simplement que la presse ne fait pas qu'exercer un commerce privé, qu'elle qu'elle n'est pas simplement vendeuse de papier imprimé, mais que son activité est avant tout d'intérêt public.

⁶⁴ BLOCH, *op. cit.*, p. 19 s.

⁶⁵ P. SALADIN, *op. cit.*, p. 295 et 298.

comme par exemple la presse, la propriété, les associations⁶⁶. Elles se rapprochent ainsi des dispositions constitutionnelles sur le gouvernement, sur la représentation parlementaire, sur le droit d'initiative et de référendum, tout en s'en séparant sur un point important. Les éléments ou institutions qu'elles fixent ne font en effet pas partie de la structure étatique, mais supposent justement l'indépendance face à l'appareil de l'Etat. Ce serait mal comprendre le caractère de cette garantie que de croire qu'elle renferme une invitation à l'Etat de réglementer son objet⁶⁷. Ce n'est pas la presse ou la propriété qui sont reconnues, mais la presse et la propriété *libres*.

Si donc les libertés individuelles contiennent, outre la reconnaissance de l'autonomie privée, un aspect fonctionnel ou institutionnel, leur nature exclusivement négative s'en trouve-t-elle modifiée ?

On doit le penser. En effet, quand l'Etat garantit la liberté de l'information, singulièrement la liberté pour le journaliste de rechercher sa matière, il a deux obligations. Il doit d'abord veiller à ce que l'individu puisse agir et se mouvoir en toute quiétude, sans être dérangé. L'Etat s'interdit donc toute intervention. Secondement, il doit s'assurer que cette liberté remplit sa fonction publique. Or, si par exemple l'Etat cache tout ou partie de ses activités, comme le lui permet la liberté comprise dans son étendue individualiste, on ne voit pas très bien comment la liberté de l'information va assumer sa fonction, comment elle peut procurer à l'individu les moyens de participer activement à l'élaboration de la volonté politique. Les informations ayant trait à l'Etat sont primordiales pour le citoyen. Elles déterminent son action et ses prises de position. Elles lui permettent de contrôler et de critiquer l'Etat et le sortent de l'obscurité où, autrement, il serait contraint de tâtonner⁶⁸. Ce sont elles qui justifient le plus la liberté en question.

Dès lors, si une liberté fondamentale ne peut pas ou ne peut plus remplir la fonction qui est la sienne dans la démocratie, on doit admettre qu'il existe une obligation pour l'Etat d'intervenir et de fournir des prestations positives⁶⁹. Il ne s'agit pas d'un « truc de prestidigitateur », d'un « exemple type de raisonnement juridique basé sur des notions »⁷⁰, à moins d'estimer que les droits indi-

⁶⁶ Cette terminologie n'est d'ailleurs pas tout à fait inconnue en Suisse. Voir ATF 88 I 255, *Dafflon*, du 14 novembre 1962 («... la propriété envisagée comme institution fondamentale de l'ordre juridique suisse.»); 90 I 37, *X.*, du 23 mars 1964 («(la liberté individuelle) est une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse.»)

⁶⁷ Cf. GUT, *op. cit.*, p. 174; FLEINER, *op. cit.*, p. 389; SCHNUR, *op. cit.*, p. 114 ss; E. SCHWARK, *Der Begriff der «Allgemeinen Gesetze» in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes*, p. 65.

⁶⁸ BLOCH, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁹ Ceci n'est pas sans rappeler les prestations positives auxquelles l'individu est astreint quand le bon fonctionnement de l'Etat le réclame (service militaire, impôts, obligation de témoigner en justice, d'être scrutateur ou pompier, etc.). Cf *supra*, p. 100.

⁷⁰ MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Grundgesetz*, Art. 5, p. 10.

viduels impliquent aussi la liberté pour l'Etat démocratique de tolérer leur dégradation ou leur inefficacité et, partant, d'assister passivement à sa propre décadence.

Autrement dit, et pour reprendre la terminologie de JELLINEK, les droits découlant de la liberté d'information se rattachent à deux statuts: au statut négatif, qui groupe les droits publics subjectifs permettant de s'opposer aux empiètements de l'Etat; au statut positif, qui comprend les droits publics subjectifs assurant des prestations de la part de l'Etat⁷¹.

Le professeur FLEINER arrive à une conclusion proche de la nôtre, mais sans passer par l'argumentation institutionnaliste, qu'il rejette comme inutile⁷², voire dangereuse. A vrai dire, sa conception des libertés individuelles rompt avec la notion classique pour s'apparenter aux droits sociaux. Il peut donc postuler sans difficulté une attitude étatique allant jusqu'à l'octroi de prestations positives⁷³. Pour notre part, nous voulons bien constater avec M. FLEINER que l'obligation d'abstention qui découle des garanties constitutionnelles a, de nos jours, tendance à s'élargir. Les auteurs sont en effet de plus en plus nombreux à estimer qu'en appliquant une loi contrairement à l'esprit de la liberté individuelle, l'Etat se rend coupable d'intervention. En revanche, la doctrine s'est refusée jusqu'ici à voir dans l'aspect individuel d'une liberté également une justification de prestations positives. Le caractère exclusivement négatif des libertés est jugé comme «une règle capitale, bien caractéristique du système»⁷⁴. D'où la nécessité, à notre sens, de souligner toutes les raisons d'être des libertés individuelles et de recourir à la notion de garantie institutionnelle ou fonctionnelle.

§ 2 Le devoir d'informer

A. Un devoir moral?

Dans sa politique d'information, l'Etat a le choix entre deux systèmes différents. Il peut décider qu'en principe, toute son activité se passera dans le secret, et qu'exceptionnellement, il renseignera le public sur certains faits. Mais il peut aussi se prononcer pour une transparence complète de son activité, en prévoyant quelques limites définies là où des intérêts supérieurs sont en jeu.

⁷¹ Cf. A. GRISSEL, *Droit administratif suisse*, p. 319.

⁷² Sur ce point précis de la nécessité, il ne se sépare pas irrémédiablement des défenseurs de la théorie institutionnaliste, qui ont souvent des opinions nuancées. Voir spécialement SCHEUNER, *op. cit.*, p. 202.

⁷³ *Op. cit.*, p. 388 ss, et 394. La liberté de l'information y est comprise comme la liberté du citoyen de s'informer aux sources accessibles à tous. M. FLEINER en déduit la liberté du journaliste de rechercher des informations, et pour l'Etat une obligation d'alimenter ces sources.

⁷⁴ AUBERT, *op. cit.*, p. 630, no 1750; voir aussi A. FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, p. 296 s.

Au principe du secret avec réserve de publicité s'oppose ainsi le principe de la publicité avec réserve de secret⁷⁵. Le premier est de loin le plus répandu. En Suisse, il est connu à tous les niveaux, sauf pour les délibérations des organes législatifs et les audiences judiciaires. Selon ce principe, les autorités ne sont pas tenues de renseigner le public. On reconnaît certes qu'elles ont le devoir moral de publier les informations les plus importantes, pour permettre au peuple de se prononcer en connaissance de cause, et aussi pour susciter une certaine confiance⁷⁶. Elles doivent, dit-on, considérer l'information comme une partie intégrante de leur activité et la déclarer comme telle⁷⁷. Mais aucune mesure juridique ne peut être prise à l'encontre de l'autorité qui aurait jugé de bonne politique de s'enfermer dans un mutisme complet. Quantité et choix des informations dépendent entièrement du bon vouloir des autorités.

Cette absence de sanction est gênante, plus que la différence entre les quantités d'informations assurées par tel ou tel système. En effet, si les autorités font preuve de libéralisme, le principe du secret n'est pas forcément moins favorable au journaliste que le principe de la publicité, qui est toujours accompagné de restrictions. Suivant comme celles-ci sont rédigées, leur étendue coïncidera exactement avec ce qui reste du principe du secret tel qu'il est compris par des autorités libérales⁷⁸.

Si l'on est forcé de déclarer le principe du secret incompatible avec le devoir d'informer, c'est plutôt parce qu'il empêche de tenir compte de la nature des obligations qui découlent pour l'Etat des libertés individuelles. Celles-ci ne sont jamais uniquement des obligations morales, même quand le contrôle de la constitutionnalité des lois est impossible⁷⁹. Cela vaut aussi pour les obligations dictées par l'aspect fonctionnel de la liberté.

B. Un devoir juridique

La liberté de l'information impose à l'Etat le devoir juridique de répondre favorablement à toutes les demandes de renseignement que lui adresse le journaliste. A ce devoir correspond un droit subjectif du journaliste à être informé. Si une autorité refuse de donner l'information sollicitée, ce droit est déductible en justice. Sont réservés les cas de justes motifs, qui ne peuvent

⁷⁵ Cf. W. BUSER, *Information und Amtsverschwiegenheit*, RSJB, 1967, p. 213 s.

⁷⁶ M. NEF, *Ausbau der Information aus dem Bundeshaus*, p. 9 s.

⁷⁷ M. NEF, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁸ C'est une des raisons pour laquelle l'opportunité d'un devoir juridique ne fait pas l'unanimité des milieux de presse, où, souvent, on fait aussi valoir que l'initiative personnelle et la compétition entre journalistes sont essentielles pour une bonne information. Cf. également LEISNER, *op. cit.*, p. 125 s.

⁷⁹ Cf. *supra*, p. 27.

cependant être ni l'invocation du principe du secret, ni une interprétation trop extensive des exceptions au droit à l'information⁸⁰.

Alors que le principe du secret ne permet que de sanctionner des violations du secret de fonction, le principe de la publicité – connu aux Etats-Unis, en Allemagne fédérale, en Finlande et dans les pays scandinaves⁸¹ – rend également possible les actions fondées sur un silence abusif. D'où son accord avec la nature du devoir d'informer.

La prétention du journaliste ne se dirige pas contre les fonctionnaires et les membres des autorités pris individuellement, mais contre l'autorité en tant que telle. Celle-ci peut s'organiser comme bon lui semble, par exemple en nommant un préposé à l'information pour chaque service ou département. Le secret de fonction prévu par la loi n'est donc pas incompatible avec le devoir d'informer.

Sont également soumis à cette obligation les services décentralisés de l'Etat, tels les établissements publics et les fondations publiques. Il en va de même des sociétés coopératives de droit public. La question est plus controversée quand l'Etat exerce une activité par le moyen d'entreprises soumises au droit privé, dont le capital appartient en partie à des particuliers. Ces entreprises, dites d'économie mixte, revêtent le plus souvent la forme de sociétés anonymes. Elles permettent à l'Etat d'agir avec la même liberté que les particuliers, en bénéficiant de leur concours et en limitant sa responsabilité. Si, maintenant, on obligeait ces entreprises à fournir tous les renseignements les concernant, leur position face aux concurrents serait quelque peu faussée en leur défaveur. Mais, d'un autre côté, il ne faut pas oublier que l'Etat y engage des fonds publics, dont le citoyen doit pouvoir contrôler la bonne utilisation. Une dispense n'encouragerait-elle pas les collectivités publiques à rechercher cette forme d'entreprise pour toutes les activités qu'elles désirent soustraire aux regards trop insistants⁸²? La question est d'autant plus à sa place que le contrôle du parlement est déjà pratiquement exclu⁸³. Il n'est dès lors pas très aisé de justifier l'immunité de cette parcelle-là de l'activité étatique.

Le principe de la publicité n'exige pas forcément une publicité immédiate. Celle-ci existe quand n'importe quel citoyen peut avoir un accès direct à une information. C'est le cas des débats parlementaires et autres séances publiques, des documents qui ont été publiés et qui sont distribués à quiconque en fait la

⁸⁰ Cf. *infra*, p. 120 ss.

⁸¹ Et aussi, en partie, dans les pays garantissant la publicité des débats parlementaires et judiciaires.

⁸² Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 87; H. U. JERSCHKE, *Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse*, p. 244.

⁸³ C'est d'ailleurs une des critiques que l'on fait valoir à l'encontre de ce système de collaboration entre collectivités publiques et particuliers. Cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 151.

demande ou des documents qui, sans être publiés, peuvent être librement consultés. Comme, d'une part, les autorités et leurs services ne peuvent rendre publiques toutes leurs activités sans risque de désorganisation, et que, d'autre part, le journaliste ne peut se contenter des informations accessibles à tous, on doit recourir à la notion de publicité médiatée⁸⁴. Cette publicité existe quand la connaissance des faits ne parvient au public que par l'intermédiaire du journaliste. Alors que rien n'oblige l'Etat à introduire la publicité immédiate⁸⁵, la publicité médiatée, elle, découle d'une liberté individuelle et constitue un minimum nécessaire.

Ces différences apparaissent bien dans le domaine juridictionnel. Le principe de la publicité immédiate qui y est reconnu part de l'idée que le déroulement correct d'une procédure est mieux assuré s'il se fait au grand jour. Le public exerce une fonction de contrôleur et contribue ainsi à la bonne administration de la justice. Si le législateur décide de se passer de cette collaboration, les particuliers ne peuvent s'y opposer, à moins que cela ne heurte une disposition de la Constitution déclarant que les audiences sont publiques. Le journaliste, en revanche, a un droit à faire valoir qui se déduit de la liberté d'information et que la loi n'a pas besoin de consacrer. Ainsi, par exemple, et contrairement aux autres citoyens, il pourrait valablement attaquer un refus d'accéder à la salle d'audience qui lui serait opposé dans les cantons où la publicité des débats est inconnue⁸⁶.

Quand la publicité immédiate est admise, on pourrait s'attendre à ce que le journaliste et le citoyen se trouvent sur un pied d'égalité et jouissent d'un droit identique, surtout si le principe figure dans la Constitution. Tel n'est cependant pas le cas. S'il y a forte affluence à l'audience et qu'il manque des places, le citoyen peut se voir refuser l'accès au prétoire, alors qu'il est exclu d'éconduire le journaliste pour des raisons d'ordre pratique. Comment cette préférence s'explique-t-elle?

Quand la Constitution déclare que «les audiences sont publiques»⁸⁷, elle accorde au citoyen un droit à l'information strictement limité à un certain

⁸⁴ En Suède, cette distinction est inutile, car la loi constitutionnelle sur la liberté de la presse, du 23 mars 1949, déclare que «tout ressortissant suédois aura libre accès aux documents officiels» (chap. 2, art. 1er). La généralité de la publicité immédiate est également instituée dans la loi américaine sur la liberté de l'information, du 4 juillet 1967, dans une loi finlandaise de 1951 et des lois danoise et norvégienne entrées en vigueur en 1971. Pour une comparaison entre les différentes réglementations, cf. B. WENNERGREN, *Civic Information - Administrative Publicity*, dans: *International Review of Administrative Sciences*, 1970, no 3. - En revanche, les lois des Länder sur la presse, plus modestes et peut-être plus réalistes, limitent ce droit aux représentants de la presse.

⁸⁵ Cf. pourtant E. KALT, *Das Prinzip der Öffentlichkeit staatlichen Handelns als Voraussetzung der demokratischen Willensbildung*, p. 100 ss; WINDSHEIMER, *op. cit.*, p. 53 s.

⁸⁶ Nidwald, Appenzel Rhodes-Intérieures. Cf. F. CLERC, *Réflexions sur la publicité des débats*, RPS, 1961, p. 236, note 10.

⁸⁷ Art. 60 de la Constitution neuchâtelaise.

domaine. La prestation positive que l'Etat est engagé à fournir ne sert pas à appuyer une liberté individuelle, mais à permettre le contrôle d'une institution. Si l'on estime celui-ci suffisamment assuré par une salle pléiote, le droit en question peut être limité. En revanche, le droit à l'information dont bénéficie le journaliste a pour raison d'être une liberté individuelle. Cette liberté a aussi une fonction à remplir, mais elle ne peut le faire que si elle garde ses caractéristiques intrinsèques, si elle reste générale et égale pour tous. Il serait imposable de procéder à un échantillonnage de journalistes dont la liberté demeurerait entière, et de dire que, la fonction de contrôle étant suffisamment garantie, il est légitime de limiter le droit des autres journalistes.

C. Le principe d'égalité

Ces réflexions, qui s'appliquent par analogie aux délibérations des organes législatifs, nous conduisent au principe d'égalité que doivent observer les autorités dans leurs rapports avec la presse. Elles pourraient en effet être tentées de privilégier les journaux qui leur sont favorables, en livrant des informations qu'elles avaient refusées à d'autres ou en leur envoyant avec quelques heures d'avance des informations destinées à toute la presse. Pareils procédés sont contraires à une règle de conduite élémentaire de l'Etat, qui est d'ailleurs rappelée dans les Constitutions libérales⁸⁸.

L'autorité ne viole pas le principe d'égalité, si elle ne communique certains renseignements qu'à celui qui les a demandés spécialement. Le droit à l'information ne peut donc pas conduire à une regrettable uniformité⁸⁹, comme on prétend parfois⁹⁰. L'émulation entre journalistes demeure, puisque l'information n'est pas toujours distribuée automatiquement à chacun. Le journaliste qui fait preuve d'initiative et qui pose des questions judicieuses continue à être mieux informé.

En revanche, les renseignements que l'autorité décide de livrer spontanément doivent parvenir en même temps à tous les journalistes qui ont fait savoir une fois pour toutes qu'ils désiraient recevoir les communiqués et avis officiels⁹¹. Il en va de même des invitations aux conférences de presse. Il n'est pas loisible aux autorités de sélectionner les journalistes conviés à ces conférences, en excluant par exemple les représentants des petits journaux, des journaux peu sérieux ou les journalistes n'étant pas membres de telle ou telle association professionnelle. Tout au plus admettra-t-on un choix motivé par le sujet traité.

⁸⁸ Art. 4 Cst., art. 3 GG, 14e amendement de la Constitution des Etats-Unis, etc.

⁸⁹ Cf. WINDSHEIMER, *op. cit.*, p. 174 s.

⁹⁰ Cf. *supra*, p. 113, note 78.

⁹¹ Des multiples conséquences qui ressortent du principe d'égalité, celle-ci est la seule à avoir été retenue expressément par les lois allemandes sur la presse (§ 4 al. 4). Cf. *supra*, p. 80, et LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 94 ss.

Un détournement d'avion n'est pas censé intéresser un journal sportif ou de mode.

Le principe d'égalité s'applique exclusivement aux communications de faits, de sorte qu'un magistrat reste libre de choisir le journal auquel il confiera ses idées sous forme d'article ou d'interview⁹². On admettra aussi une différence de traitement à l'égard d'un journaliste ayant violé une promesse expresse donnée à l'autorité, qui lui avait demandé de surseoir pour quelques jours à la publication d'une nouvelle⁹³. A l'avenir, le journaliste en question peut se voir opposer un refus s'il s'agit d'informations provisoirement confidentielles, telle une documentation distribuée quelques jours avant une conférence de presse.

Que penser d'une disposition disant que des tribunes spéciales seront réservées dans la salle du parlement aux journalistes munis d'une autorisation délivrée par l'union des journalistes accrédités dans la capitale, et que les imprimés destinés à être publiés, les rapports écrits des commissions et autres documents leur seront distribués en même temps qu'aux députés⁹⁴. Cela ne nous semble pas contraire au principe d'égalité, à condition toutefois d'observer certains points. Pour accorder une autorisation, le critère doit être la régularité avec laquelle le journaliste assure la chronique parlementaire, et non son adhésion à une association professionnelle ou les opinions qu'il défend, ni non plus le fait qu'il se déclare prêt à accueillir gratuitement dans ses colonnes de courtes rectifications venant du président du parlement ou d'un orateur⁹⁵. L'Etat, en l'occurrence le parlement ou son bureau, doit se réserver le dernier mot et statuer sur les différends pouvant se produire quant à la délivrance ou au retrait de l'autorisation. Enfin, les journalistes de passage doivent avoir accès à d'autres tribunes, par exemple à celles du public s'il y a publicité immédiate, et recevoir sur leur demande les mêmes documents que leurs confrères.

⁹² Cf. WINDSHEIMER, *op. cit.*, p. 144 s.

⁹³ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 96.

⁹⁴ Art. 31 du règlement du Conseil national, du 2 octobre 1962, RO 1962, 1367.
Art. 31 du règlement du Conseil des Etats, du 27 septembre 1962, RO 1962, 1384.

⁹⁵ C'est à cette condition seulement que le président du Grand Conseil de Bâle-Ville donne suite à une demande d'accès aux places réservées (§ 11 al. 3 de la loi sur l'organisation du Grand Conseil, du 28 avril 1938). Une disposition analogue existe dans les cantons de Bâle-Campagne (§ 12 al. 2 du règlement pour le Grand Conseil, du 16 septembre 1929), Thurgovie (§ 19 du règlement pour le Grand Conseil, du 11 octobre 1947) et Zurich (§ 9 du règlement sur l'organisation du Grand Conseil, du 26 juin 1933). Ce dernier canton a également inséré un tel paragraphe dans le règlement du Synode, du 12 mai 1959 (§ 18). Assurément, l'introduction d'un droit de réponse rentre dans les compétences des cantons. Mais, à supposer que la liberté de l'information soit pleinement reconnue en Suisse, ceux-ci ne seraient pas habilités à instituer ce droit d'une manière aussi indirecte et à en faire une condition à l'exercice d'une liberté individuelle, à plus forte raison s'il s'agit d'un simple règlement non soumis à l'approbation même tacite du peuple.

D. Les voies de droit

Le journaliste qui se voit refuser une information dispose, pour sa riposte, de deux moyens. Il peut recourir contre la décision en question et demander l'exécution de la prestation. Si ce refus crée un dommage, il peut aussi intenter une action en dommages-intérêts.

a. Action en exécution

Quand l'administration décide de transmettre au journaliste le renseignement qu'il avait sollicité, elle accomplit un acte administratif. Il en va de même d'un refus, qui constitue une décision négative. Sur le plan fédéral, et à supposer que la Constitution reconnaisse pleinement la liberté de l'information⁹⁶, le journaliste pourrait formuler un recours de droit administratif pour violation du droit fédéral (art. 104 *lit. a* OJF)⁹⁷ s'il s'agit d'une décision⁹⁸ prise en premier ressort ou sur recours par un département ou la Chancellerie fédérale (art. 98 *lit. b* OJF) ou d'une décision d'un établissement ou d'une entreprise autonome de la Confédération. Si la décision émane du Conseil fédéral, elle n'est pas susceptible de recours.

La question est plus délicate quand une information est en jeu dont est dépositaire le parlement, puisqu'en règle générale, celui-ci n'a pas à se prononcer sur des demandes que lui adressent directement des particuliers. L'affaire se complique encore, quand il s'agit d'un renseignement détenu par une des deux Chambres seulement. Aucune procédure n'est prévue pour ces cas-là. Mais la pratique pourrait, semble-t-il, se fixer dans le sens suivant:

S'il s'intéresse aux travaux d'une commission qui ont eu lieu à huis clos, le journaliste pourra s'adresser au président ou à un porte-parole désigné. En cas de refus, il recourra à la Chambre dont dépend la commission, l'Assemblée fédérale statuant en dernier ressort, sous une forme soustraite au référendum et au recours de droit public: l'arrêté simple. Si le journaliste est plus particulièrement attiré par le contenu d'une séance que l'une des deux Chambres a tenue à huis clos, il se mettra en rapport avec le président ou un porte-parole désigné, l'instance supérieure étant l'Assemblée fédérale. Si une commission occasionnelle a cessé d'exister, la première décision sur la divulgation de ses procès-verbaux appartient au bureau de la Chambre concernée⁹⁹.

⁹⁶ Tant que ce n'est pas le cas, il n'existe évidemment aucune possibilité de recours, car les actes qui ne touchent les droits de personne ne peuvent être considérés comme des actes administratifs. Cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 192, qui exclut précisément des actes administratifs les renseignements, et ceci à juste titre, en l'état actuel du droit.

⁹⁷ Si elle n'a pas été codifiée par le législateur, la règle qui est enfreinte ressort alors implicitement d'une liberté dont on sait qu'elle est immédiatement applicable. Cf. en outre FLEINER, *op. cit.*, p. 394.

⁹⁸ Cf. la définition de l'art. 5 de la loi sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968.

⁹⁹ BUSER, *op. cit.*, p. 229.

Sur le plan juridictionnel fédéral, le refus du juge d'instruction de renseigner la presse peut être porté devant la chambre d'accusation du Tribunal fédéral (art. 214 et 216 PPF). En revanche, on ne voit pas très bien par quels moyens on pourrait attaquer un refus opposé par une des cours ou des chambres du Tribunal fédéral. Le contrôle du parlement sur la justice fédérale prévu à l'art. 85 ch. 11 Cst. se résume pratiquement en une prise de connaissance du rapport de gestion annuel déposé par le Tribunal fédéral.

Les procédures cantonales diffèrent par trop d'un canton à l'autre pour que nous puissions nous y arrêter ici. En matière administrative, une dizaine de cantons soumettent les différends à un tribunal administratif général, alors qu'ailleurs, c'est le plus souvent le Conseil d'Etat qui statue en dernier ressort. Quoi qu'il en soit, si, en dernière instance cantonale, le refus de renseigner le journaliste est maintenu, cette décision peut être portée devant le Tribunal fédéral par un recours de droit public. Cette voie est ouverte, puisque le recourant ne s'en prend pas à une absence d'acte, mais à la non-application d'une règle générale qui ressort de la liberté de l'information.

b. Action en indemnité

Les procédures que nous venons de décrire étant assez longues, l'information risque de perdre tout intérêt au moment du jugement¹⁰⁹. S'il obtient gain de cause et que le retard de l'information lui fait subir un dommage, le journaliste peut intenter une action en indemnité contre l'autorité qui avait refusé de le renseigner.

Sur le plan fédéral, l'action est réglée par la loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958. Elle doit être dirigée contre la Confédération, qui répond de l'activité de toute personne investie d'une fonction publique. L'art. 12 disposant que, dans un procès en responsabilité, le lésé ne peut se prévaloir de l'illégalité de décisions qui ont force de chose jugée, l'action en dommages-intérêts n'est donc donnée que si la décision a été annulée par l'autorité de recours. La demande doit être adressée au Département fédéral des finances et des douanes dans l'année qui suit le jour où le lésé a eu connaissance du dommage. En cas de contestation, la cause peut être portée devant le Tribunal fédéral par une

¹⁰⁹ Cf. LEISNER, *op. cit.*, p. 124. Cet auteur va jusqu'à dire que le juge ne pourra jamais rendre sa décision assez tôt pour que le droit à l'information puisse s'imposer normalement, même dans l'hypothèse d'une procédure accélérée. Il en conclut que le choix libre et définitif des informations qui seront révélées reste finalement l'apanage des autorités, et que, dès lors, les résultats pratiques qui découlent de l'existence ou de l'inexistence du droit en question diffèrent peu. C'est oublier qu'un jugement administratif peut être accompagné d'une réprimande ou d'autres sanctions, dont le fonctionnaire se souviendra lors d'une prochaine requête, sans parler de la valeur exemplative d'une telle décision pour toute l'administration. D'autre part, il y a la possibilité d'agir en dommages-intérêts.

action de droit administratif. Le lésé est aussi admis à agir directement auprès du Tribunal fédéral, sans passer par l'administration¹⁰¹.

E. Les limites

a. Exemples de codifications

Le principe de la publicité ne peut être absolu. Certes, l'Etat démocratique doit être une maison de verre. Mais, pour être habitable et simplement durable, cette maison nécessite quelques poutres et une ou deux cloisons pour le moins diaphanes.

Celui qui veut établir une liste d'exceptions au droit à l'information se rend vite compte de la difficulté d'une casuistique détaillée. Les sortes d'informations et les situations étant à ce point nombreuses, force est de recourir à quelques formules générales. L'inconvénient, c'est que l'on ouvre ainsi la porte aux interprétations restrictives que les autorités seront tentées de faire immanquablement. Mais un droit, même amoindri par des restrictions trop vagues, reste préférable à une prétention morale. Toute interprétation étant sujette à recours une jurisprudence peut s'établir et une discussion publique s'engager. En outre, il semble plus difficile d'ignorer le droit que la morale.

Trois exemples témoigneront des différentes manières de rédiger les exceptions au droit à l'information.

1. *Suède*. «Dans l'intérêt du libre-échange des opinions et d'une information complète», la loi constitutionnelle sur la presse du 23 mars 1949 accorde à tout ressortissant suédois un libre accès aux documents officiels. L'art. 1er du chapitre 2 poursuit:

Ce droit ne sera soumis qu'aux restrictions qu'imposent soit la sûreté du royaume et ses relations avec les puissances étrangères, soit les mesures officielles d'inspection, de contrôle ou de surveillance, soit la prévention et la répression du crime, soit la protection des intérêts économiques légitimes de l'Etat, des communes et de l'individu, soit enfin le respect de l'inviolabilité de la vie privée, de la sûreté individuelle, de la décence et des bonnes mœurs.

La loi d'exécution qui, en vertu du même paragraphe, devait préciser ces différents points, n'a jamais vu le jour. En revanche, une ancienne loi sur la limitation de l'accès aux documents officiels, du 28 mai 1937, a été maintenue en vigueur et contient une casuistique assez détaillée¹⁰². Soit elle renvoie à des

¹⁰¹ Pour les systèmes de responsabilité en vigueur dans les cantons, cf. GRISEL, *op. cit.*, p. 440 ss, spécialement 447 ss.

¹⁰² Pour la réglementation du droit à l'information en Suède, cf. J. MAHRER, *Die Öffentlichkeit amtlicher Akten in Schweden*, RDS, 1969, I, p. 317 ss; N. HERLITZ, *Publicity of Official Documents in Sweden*, dans: *Public Law*, 1958, p. 50 ss; G. PETREN, *Die Aktenöffentlichkeit in Schweden*, dans: *Verwaltungsarchiv*, 1958, p. 323 ss; K. HOLMGREN, *La publicité des actes officiels en droit suédois*, dans: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1968, p. 1019 ss; B. WENNERGREN, *op. cit.*

lois spéciales, comme par exemple pour le casier judiciaire ou les registres de l'assistance publique; soit elle déclare certains documents susceptibles d'être retenus, en autorisant le roi ou les autorités à prendre les ordonnances limitatives qu'ils jugeront utiles. Mais, la plupart du temps, la loi limite elle-même l'accès aux documents et établit les délais durant lesquels elle entend faire courir la protection¹⁰³.

Ainsi, les documents concernant les secrets d'affaires, la situation dans les entreprises, la situation fiscale des particuliers, sont soustraits à la publicité pendant vingt ans. Les documents concernant des contrats que les pouvoirs publics s'approprient à conclure et les plans d'urbanisme restent secrets jusqu'au moment de la conclusion, respectivement de la mise à l'enquête, à moins d'une permission spéciale de l'autorité¹⁰⁴. Une telle permission est également nécessaire pour les essais et recherches en matière technique ou de sciences naturelles effectués aux frais de la collectivité publique, qui, sinon, demeurent cachés pendant vingt ans. Les documents en rapport avec le traitement des alcooliques, la protection de la jeunesse, les assurances sociales, le service de santé, les expertises médicales pour les tribunaux, le contrôle des étrangers, sont protégés pendant soixante-dix ans, pour autant qu'ils révèlent des affaires personnelles de l'individu¹⁰⁵. Ce même délai vaut pour les documents relatifs à l'internement des délinquants ou vagabonds, relatifs aussi aux activités de la police, de la douane et du ministère public en matière de prévention et de répression du crime, si l'on peut craindre raisonnablement que la publicité entrave ces activités ou soit préjudiciable à la sécurité du pays ou de l'individu, et si le document n'a pas déjà été produit devant un tribunal. Pour les documents en rapport avec la sécurité de l'Etat et les relations extérieures, tels les procès-verbaux du gouvernement concernant les affaires étrangères ou la défense nationale, les procès-verbaux des séances du parlement tenues à huis clos durant lesquelles le roi a fait une importante déclaration de politique intérieure ou extérieure, la protection court durant cinquante ans.

Dans certaines circonstances, le roi et les tribunaux sont admis à ordonner la production anticipée de documents. D'autre part, quand le secret est institué dans l'intérêt des particuliers, une divulgation avant le temps est possible, mais seulement avec l'accord de l'individu en question, et même sans cet accord, s'il

¹⁰³ Sauf pour le secret postal, qui est permanent.

¹⁰⁴ Ce délai peut être prolongé, par exemple de deux à cinq ans pour les documents renfermant les termes d'un contrat.

¹⁰⁵ Cette protection ne vaut que pour les documents énumérés limitativement. Ainsi, comme la loi n'en fait pas mention, les documents concernant les qualifications et la conduite des fonctionnaires ne sont pas secrets. La politique des autorités en matière de personnel (recrutement, promotion, traitements, mesures disciplinaires, etc.) est sujette au contrôle du public. Cf. HERLITZ, *op. cit.*, p. 62; MAHRER, *op. cit.*, p. 333 s.

est démontré qu'il existe un juste intérêt à la révélation et que celle-ci ne compromettra en rien la situation de l'individu.

2. *Etats-Unis*. Ce n'est pas un hasard si la loi fédérale américaine sur la liberté de l'information porte la date du jour anniversaire de la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis du 4 juillet 1776. On a voulu souligner que les conceptions libérales qui ont présidé à l'élaboration de cette loi étaient déjà contenues dans les origines de l'Union, que la liberté, en particulier celle d'exprimer son opinion, comprend le droit d'être informé des activités étatiques¹⁰⁶.

Ce droit était déjà reconnu dans la loi sur la procédure administrative du 11 juillet 1946, mais seulement aux citoyens directement intéressés qui pouvaient faire valoir des raisons «légitimes et valables». Et encore ce droit existait-il seulement pour autant qu'il ne s'agissait pas d'affaires confidentielles pour de bonnes raisons («*confidential for good cause found*») ou devant rester secrètes dans l'intérêt public («*secret in the public interest*»). Inutile d'insister sur l'extrême élasticité de ces notions.

Dans la loi du 4 juillet 1967, ces restrictions n'existent plus. Tout citoyen a droit d'obtenir les informations qu'il désire et d'accéder aux documents officiels, quel que soit son intérêt. Une procédure rapide est prévue pour la sanction de ce droit. Les exceptions sont énumérées limitativement par la section 552, sous-section b¹⁰⁷. Il n'y a pas de droit en ce qui concerne:

1. les faits qu'un ordre de l'Exécutif exige expressément de tenir secrets dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique extérieure;
2. les faits relatifs uniquement aux règles internes concernant le personnel et aux pratiques d'une autorité;
3. les faits que la loi exempte expressément de la divulgation¹⁰⁸;
4. les secrets d'affaires et les informations commerciales ou financières obtenus d'une personne et qui sont juridiquement protégés ou confidentiels¹⁰⁹;
5. les mémorandums ou lettres, internes ou échangés entre autorités, et qui ne seraient pas disponibles en vertu de la loi pour une partie autre qu'une autorité qui est en procès avec cette autorité;
6. les dossiers personnels, médicaux et autres documents similaires dont la divulgation constituerait une pénétration clairement injustifiable dans la sphère privée de l'individu;
7. les dossiers de recherches constitués pour l'application de la loi, excepté le contenu disponible pour une partie autre qu'une autorité en vertu de la loi;
8. Les faits contenus dans ou relatifs à un examen, une opération ou un rapport de situation préparé par, sur l'ordre de ou pour l'usage d'une autorité responsable de la direction ou de la surveillance d'institutions financières;
9. les informations et données géologiques ou géophysiques, y compris les cartes concernant les puits.

¹⁰⁶ E. GEHRHARDT, *Akteneinsicht für jedermann, Neuregelung des Informationsanspruches in den USA*, dans: *Der Journalist*, 1967, 11, p.16.

¹⁰⁷ Pour un commentaire de ces exceptions, voir M. REHBINDER, *Die Informationspflicht der Behörden im Recht der Vereinigten Staaten*, p. 34 ss.

¹⁰⁸ Il existe aujourd'hui une centaine de dispositions particulières votées par le Congrès. REHBINDER, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁹ En anglais, il existe plusieurs manières de comprendre cette phrase. Cf. REHBINDER, *op. cit.*, p. 36 ss. Selon l'interprétation dominante dans la pratique, toutes les informations juridiquement protégées ou confidentielles peuvent rester secrètes, et non seulement celles qui

Cette loi ne règle que les rapports entre les citoyens et les autorités fédérales, à l'exclusion du Congrès et des tribunaux. Elle trouve son pendant dans plusieurs Etats de l'Union.

3. *Allemagne fédérale.* Le droit d'obtenir des renseignements n'appartient qu'aux représentants de la presse. Les lois des Länder sur la presse ne précisent pas contre quelles autorités il est dirigé. Mais on peut admettre qu'il s'agit de toutes les autorités sises dans le territoire du Land¹¹⁰. Seule, la loi de Brême limite expressément le devoir d'informer aux autorités du Land et des communes. Pour savoir si à Brême les autorités fédérales y sont néanmoins astreintes, il faut résoudre la question de son fondement légal¹¹¹.

Les limites du devoir d'informer sont fixées de la manière suivante¹¹²:

Les renseignements peuvent être refusés dans la mesure où

1. ils empêcheraient, rendraient plus difficile, retarderaient ou mettraient en péril le déroulement normal d'une procédure pendante, ou bien
2. s'opposeraient aux dispositions concernant le secret¹¹³, ou bien
3. lésaient un intérêt public prépondérant ou un intérêt privé digne de protection, ou bien
4. dépasseraient par leur étendue la mesure raisonnable.

Une cinquième exception figure dans l'énoncé même du devoir d'informer: «Les autorités sont tenues de fournir aux représentants de la presse les renseignements leur permettant de remplir leur fonction publique.» Il n'est pas fait mention de tous les renseignements, ce qui exclut ceux qui ne sont d'aucune utilité pour la formation de l'opinion publique. Tout en insistant sur la conception large qu'il sied d'avoir de la fonction de la presse, M. LÖFFLER cite comme demandes auxquelles il n'y a pas lieu de donner suite celles qui sont motivées par un désir de sensation pure ou de vengeance privée¹¹⁴.

ont un caractère commercial ou financier. Les ch. 8 et 9 ci-dessous sont ainsi superflus (REHBINDER, *op. cit.*, p. 43 s.). Quant aux termes de «juridiquement protégé» (*privileged*), ils renvoient aux règles sur le secret professionnel. La nature confidentielle, pour sa part, peut aussi résulter d'un accord préalable, d'une promesse de ne rien dire, ce qui va évidemment un peu loin (REHBINDER, p. 39).

¹¹⁰ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 86, pour qui ce droit à l'information fait partie non du droit d'organisation administrative, mais du droit matériel de la presse. Or partout où les Länder ont des compétences en vertu de la Loi fondamentale, leur législation s'applique à toutes les personnes et organisations situées sur leur territoire.

¹¹¹ Cf. *supra*, p. 80, note 86.

¹¹² § 4 de la loi sur la presse du Schleswig-Holstein, du 19 juin 1964. Cf. aussi les lois de Bade-Wurtemberg, Brême, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie, Rhénanie-Palatinat, Sarre.

¹¹³ Cette restriction ressort déjà de l'art. 5 al. 2 GG, selon lequel la liberté trouve ses limites «dans les prescriptions des lois générales». Elle vise entre autres les dispositions sur le secret professionnel ou de fonction, le secret de fabrication ou le secret commercial, le secret du vote, le secret des délibérations au sein du parlement ou de ses commissions. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 88 s. et 91.

¹¹⁴ *Op. cit.*, II, p. 88.

b. Les limites motivées par l'intérêt de l'individu

Les particuliers sont souvent amenés à livrer à l'Etat des indications personnelles les concernant, et qui leur porteraient préjudice si elles étaient publiées. Tel est le cas d'un dossier relatif à une action en divorce, d'un dossier pénal ou médical, de documents constituant une demande d'emploi, d'une inspection révélant des secrets commerciaux. Pour exercer ses fonctions, l'Etat pénètre ainsi dans la sphère privée de l'individu. Mais, comme il s'est engagé d'autre part à faire respecter les droits de la personnalité, en édictant à leur sujet des dispositions de droit civil et pénal, il ne peut consentir à l'élargissement de la brèche.

Quand il est en possession d'indications dignes d'être protégées, l'Etat doit donc s'abstenir de toute divulgation à des tiers. Néanmoins, si la collectivité a un intérêt véritable à être renseignée, le devoir d'informer peut naître et l'emporter sur la discrétion imposée par les intérêts personnels¹¹⁵. On pèsera les intérêts en présence pour déterminer lequel est supérieur.

Il n'est pas certain que la situation patrimoniale de l'individu mérite les mêmes égards. Là où le législateur impose la publicité du registre des impôts, les désagréments ne paraissent pas être considérables¹¹⁶. Toutefois, la question reste controversée. En Allemagne, il ne fait pas de doute que la presse n'a pas à être renseignée sur le revenu et la fortune des citoyens.

Les documents des archives peuvent également demeurer secrets si des intérêts privés sont en jeu. Selon l'art. 7 du règlement pour les archives fédérales, du 15 juillet 1966, cet empêchement cesse au bout de cinquante ans¹¹⁷.

L'intérêt de l'individu joue un rôle particulier dans la juridiction péonale. Ainsi, les affaires concernant les mineurs peuvent se tenir à huis clos. Il en est de même des causes ayant trait à une violation du secret professionnel ou d'un secret de fabrication, ou si une enquête sur les antécédents du prévenu ou une expertise psychiatrique pourrait nuire à l'individu ou mettre en cause des tiers¹¹⁸. En revanche, dans les autres cas, et si les parties sont majeures, l'intérêt du public à suivre le déroulement de la justice l'emporte sur celui de l'individu.

¹¹⁵ ATF 91 I 456, *Bossi*, du 15 octobre 1965.

¹¹⁶ Exemple: l'art. 153 al. 2 de la loi bernoise sur les impôts, du 29 octobre 1944. Cf., pour la situation en Suède, *MAHRER*, *op. cit.*, p. 335.

¹¹⁷ RO 1966, 942. En disposant que l'autorisation d'accéder aux documents de moins de cinquante ans ne peut être accordée qu'à des fins scientifiques, l'art. 8 n'est pas compatible avec la liberté de l'information.

¹¹⁸ Cf. *CLERC*, *op. cit.*, p. 244, et les art. 17 al. 2 OJF et 24 al. 2 PPF.

c. Les limites motivées par l'intérêt public

La moralité publique. Cette restriction du devoir d'informer sera le plus souvent invoquée dans un procès pénal pour prononcer le huis-clos des débats. Elle ne vise pas uniquement les délits contre les mœurs¹¹⁹.

Les intérêts supérieurs de l'Etat. La sécurité extérieure du pays et les bonnes relations avec l'étranger sont impensables sans une certaine discrétion. Le secret imposé autour de la défense nationale – armement, défense économique, service des renseignements – est légitimé par l'obligation qui est faite à chaque Etat de veiller à sa conservation.

L'efficacité de l'activité étatique. L'individu a intérêt au bon fonctionnement de l'administration et de la justice. Or celles-ci risqueraient de tourner à vide et de déployer leurs efforts en vain si elles ne pouvaient cacher, provisoirement du moins, certains faits et décisions. La discrétion est indispensable pour les mesures de politique monétaire ou douanière, les mesures de sûreté prises par la police pour prévenir un délit, les enquêtes pénales ou administratives, les négociations délicates dont l'issue reste incertaine. La liste n'est qu'exemplative. Les lois allemandes sur la presse ont cherché à englober ces cas dans une formule générale. C'est ainsi qu'elles permettent aux autorités de refuser les renseignements qui entraveraient «le déroulement normal d'une procédure pendante». La loi hessoise est plus précise et distingue d'un côté les procédures pénales ou disciplinaires, de l'autre les «mesures qui sont dans l'intérêt public et qui seraient empêchées, rendues plus difficiles, retardées ou mises en péril par une discussion publique prématurée»¹²⁰.

Le vieux réflexe qui fait considérer toute activité secrète comme sujette à caution ne doit pas empêcher de tenir compte des impératifs de l'efficacité. Cela ne signifie pas pour autant que les autorités pourront étendre le domaine du secret à volonté en prétextant un risque pour la rapidité et le succès de leur activité. Elles sont en effet tenues par le principe de la proportionnalité, dont on peut souligner trois conséquences :

1. Si le danger est nul ou minime, le renseignement ne peut être refusé. Cela paraît élémentaire, mais les autorités ont elles aussi un réflexe difficile à surmonter. Elles ont tendance à grossir les risques de la publicité. Les avant-projets de lois que le Conseil fédéral envoie aux cantons, aux partis et aux associations en fournissent un exemple. Longtemps, on avait estimé qu'ils devaient rester secrets. Or, peu après la dernière guerre, à la suite des indiscretions qui se répétaient sans cesse et qu'on pouvait difficilement réprimer, on décida de remettre ces textes aux journalistes en même temps qu'on les soumettait à la critique des cantons. Aucun intérêt public n'a été lésé, constate

¹¹⁹ Cf. CLERC, *op. cit.*, p. 243.

¹²⁰ § 3 al. 1 ch. 3 de la loi du 20 novembre 1958.

M. BUSER, et il est même apparu avantageux d'engager la discussion publique sur les projets importants à ce stade-là déjà¹²¹. Il en est de même des avis de droit sollicités par l'administration. Naguère considérés comme strictement secrets, ils sont aujourd'hui régulièrement publiés, sous réserve des cas où seraient lésés les intérêts supérieurs de l'Etat ou de l'individu.

Au contraire, les réponses données par les cantons, les partis et les associations lors de la procédure de consultation ne sont encore accessibles qu'aux seules commissions parlementaires. C'est, nous semble-t-il, un bel exemple d'incompatibilité avec le principe de la proportionnalité. On voit en effet difficilement en quoi la future loi serait compromise par la publicité des documents en cause. Plusieurs auteurs en viennent d'ailleurs à souhaiter une plus grande transparence en la matière. Si ces documents étaient connus de la presse et discutés publiquement, dit le professeur BÄUMLIN, cela aurait d'abord l'avantage de décharger le gouvernement, l'administration et le parlement dans les fonctions respectives qu'ils assument lors de chaque élaboration de loi. Mais on pourrait aussi espérer une meilleure autodiscipline des groupes d'intérêts, qui verraient leurs prises de position soumises au contrôle et à la critique de l'opinion publique¹²².

Quand ils s'exercent sur les phases initiales de l'activité étatique, le contrôle et la critique ne portent pas forcément atteinte à l'efficacité. La discussion publique peut faire apparaître de nouvelles solutions auxquelles l'administration n'avait pas pensé. Elle fournira des indications sur les désirs et les tendances qui existent dans le peuple. L'administration sera peut-être amenée à modifier un projet ou à compléter ses recherches, mais son efficacité n'en sera pas amoindrie pour autant, puisque son travail correspondra aux tendances populaires et aura plus de chances de succès par la suite. De plus, l'information qui vient assez tôt suscite la confiance, ce qui facilite également l'activité de l'Etat¹²³.

Tout ce qui a trait à l'instruction pénales mérite-t-il la discrétion? La révélation du nom du prévenu ou de certaines opérations de l'enquête compromet-elle vraiment la procédure? Il ne le semble pas. Néanmoins, la phase précédant les débats doit rester secrète, car elle bénéficie d'une autre limite au devoir d'informer: celle que motive l'intérêt de l'individu. Comme la notoriété d'une procédure porte un grave préjudice aux intérêts personnels de celui qui en fait l'objet, et que ce préjudice pourrait se révéler injustifié par la suite si l'enquête aboutissait à un non-lieu ou à ne retenir que des faits d'importance mineure, l'autorité

¹²¹ Cf. BUSER, *op. cit.*, p. 226.

¹²² Cf. R. BÄUMLIN, *Die Kontrolle des Parlaments über Regierung und Verwaltung*, RDS, 1966, II, p. 278. Voir aussi AUBERT, *op. cit.*, p. 541, no 1516, note 1; BUSER, *op. cit.*, p. 227. Ces avis rejoignent la solution suédoise. Cf. MAHRER, *op. cit.*, p. 332.

¹²³ M. NEF, *Ausbau der Information aus dem Bundeshaus*, p. 15 et 25.

chargée de la poursuite n'est pas admise à révéler au public le contenu de dénonciations pénales ou d'actes de l'instruction, sauf si celui-ci a un intérêt évident à connaître certains faits¹²⁴. C'est le cas quand il s'agit de crimes graves qui inquiètent la population.

La situation ne change qu'au moment de l'établissement de l'acte d'accusation. Et encore une certaine retenue est-elle admissible jusqu'à l'ouverture des débats et même au-delà. L'intérêt du prévenu à une justice impartiale est tel qu'il faut éviter les pressions que pourraient subir juges et jurés, témoins et experts¹²⁵. C'est pourquoi les lois allemandes sur la presse frappent d'emprisonnement jusqu'à un an ou d'une amende jusqu'à dix mille marks celui qui a contrevenu à l'interdiction de publier «les actes d'accusation et autres documents officiels d'une procédure pénale ou d'imposition d'une amende administrative avant qu'ils aient été discutés au cours de débats publics ou que la procédure ait été close»¹²⁶. En Suisse, seule la loi vaudoise sur la presse interdit «de publier des pièces d'un procès pénal avant qu'il en ait été donné connaissance aux débats»¹²⁷.

2. Si le danger ne porte que sur une partie d'un document, l'autre doit être révélée, pour peu que la demande en soit faite. Le huis-clos ne peut être prononcé pour l'ensemble d'une séance, si une partie seulement mérite le secret. Cependant, l'habitude a été prise d'exclure toute publicité, médiate ou immédiate, pour les délibérations des organes exécutifs¹²⁸, des commissions parlementaires et de certains tribunaux¹²⁹. Si l'on peut estimer que les gouvernements, particulièrement à l'échelon de l'Etat central, ont à l'ordre du jour de leurs séances nombre de sujets qui justifient le huis-clos, et qu'il ne serait guère pratique d'interrompre à tout bout de champ les discussions pour ouvrir la salle ou au contraire la faire évacuer, on éprouve en revanche plus d'hésitation au sujet des commissions parlementaires. Toutes ne discutent pas d'affaires militaires ou de politique extérieure. On voit difficilement ce que la présence de journalistes aux séances d'une commission chargée d'examiner un projet

¹²⁴ ATF *Bossi*, précité. Cela vaut à plus forte raison pour l'autorité qui a porté une dénonciation.

¹²⁵ Cf. CLERC, *op. cit.*, p. 251 s.

¹²⁶ § 5 et 21 de la loi hambourgeoise, du 29 janvier 1965.

¹²⁷ Art. 6 de la loi du 14 décembre 1937.

¹²⁸ Il convient de signaler les intéressantes exceptions de Bâle-Campagne (§ 32 de la Constitution) et de Soleure (art. 39 al. 2 de la Constitution), où les séances du Conseil exécutif sont publiques.

¹²⁹ En particulier les tribunaux pénaux. Les délibérations et votations du Tribunal fédéral ont lieu en séance publique, sauf pour les sections pénales, la chambre des poursuites et des faillites, la chambre de droit administratif dans les affaires disciplinaires. En matière d'impôts, seules les parties et leurs mandataires peuvent assister aux délibérations et votations. Art. 17 OJF.

de loi sur la pêche ou sur la revision du code civil pourrait avoir d'intolérable. Une publicité pour le moins médiate nous paraît s'imposer.

Quant aux délibérations des juges, le secret est indispensable pour garantir une décision indépendante et juste. Contrairement à la politique, la justice est peut-être l'art de l'impossible. Elle exige de ceux qui la rendent la concrétisation d'un idéal, celui de l'équité absolue. Pour avoir une chance, sinon d'y parvenir, du moins d'en approcher le plus possible, il s'agit de se libérer de toutes les influences, de repousser toutes les pressions, fût-ce celles de la volonté populaire. Un contrôle de l'extérieur au moment où la décision est en gestation aurait de toutes autres conséquences que celles de favoriser ce détachement-là. Le secret sur les questions, interventions, réflexions des juges lors de leurs délibérations est donc dicté par l'intérêt de l'individu à un jugement équitable, comme l'est celui qui frappe les pièces d'un procès avant qu'elles aient été discutées à l'audience.

A la suite d'une séance tenue à huis clos, le journaliste est en droit de réclamer des informations sur toutes les parties qui ne justifient pas de secret. Souvent, il aura l'occasion de le faire lors d'une conférence de presse. Il peut aussi demander la remise du procès-verbal, dont on aura pris soin d'enlever les passages secrets. A l'issue des délibérations du tribunal, on peut estimer suffisante, en règle générale, l'information telle qu'elle ressort du jugement motivé.

3. Si le danger n'existe plus, les renseignements doivent être donnés, même s'ils révèlent certains faits désagréables pour l'autorité.

d. Autres limites

Le droit subjectif à l'information n'est couvert que dans la mesure où le bénéficiaire n'en abuse pas. L'autorité peut opposer un refus, si elle parvient à montrer que le requérant n'utilisera pas l'information dans le cadre de son activité de journaliste ou qu'il n'y a aucun intérêt. Les lois allemandes vont plus loin, en demandant que le renseignement en question soit de nature à permettre aux représentants de la presse d'accomplir leur fonction publique¹³⁰.

Si la demande nécessite de trop longues recherches ou qu'elle occasionne d'autres difficultés majeures, l'autorité peut refuser d'y satisfaire. Cette limite ne peut être invoquée qu'exceptionnellement. En particulier, il ne suffit pas que la demande oblige l'autorité à se renseigner auprès d'un autre service. Alors qu'en Suède, «l'obligation de mettre sur place un document à la disposition du public cesse lorsqu'elle entraînerait des difficultés considérables»¹³¹, cette limite a été accueillie avec beaucoup de réserve en Allemagne. Seuls cinq des

¹³⁰ Cf. *supra*, p. 123.

¹³¹ Chap. 2, art. 8 de la loi sur la presse.

onze Länder disposent que les renseignements peuvent être refusés s'ils dépassent par leur étendue «la mesure raisonnable»¹³².

§ 3 Autres prestations

L'Etat, avons-nous vu, a l'obligation de veiller à ce que les libertés individuelles remplissent leur fonction publique. Un beau jour, il constatera peut-être que la presse limite ses propres moyens de recherche de l'information, réduit le nombre de ses correspondants et envoyés spéciaux et s'en remet de plus en plus aux services des agences ou des confrères. Plusieurs raisons à cela : ou bien les tarifs postaux pour les télégrammes, téléphones et télécriteurs sont trop élevés pour l'utilisation régulière qu'en fait la presse; ou bien son budget est trop alourdi par les impôts que l'Etat prélève pourtant en vertu de lois égales pour tous; ou enfin, le phénomène est dû à l'évolution générale de l'économie, trop défavorable aux journaux. Quelle devra être la réaction de l'Etat? La garantie fonctionnelle lui impose-t-elle d'appliquer un traitement de faveur, en allant même jusqu'à subventionner la recherche des informations? Nous renvoyons ces questions au titre suivant¹³³.

Chapitre 4: Les obligations des particuliers

§ 1 En général

Dire que les particuliers sont sujets passifs des libertés individuelles, c'est susciter une première réaction d'étonnement. En effet, selon la théorie classique, ces libertés se dirigent exclusivement contre l'Etat. C'est contre sa toute-puissance que l'individu veut se protéger. D'ailleurs, si l'on demandait aux particuliers de respecter mutuellement leur liberté du commerce et de l'industrie, leur droit à l'égalité, leur liberté d'opinion, cela reviendrait à supprimer toute autonomie. La concurrence, les préférences personnelles, les réactions suscitées par une opinion seraient autant de manifestations prohibées. Une transposition directe des libertés individuelles aux rapports entre particuliers, un recours de droit public dirigé contre une atteinte privée paraissent donc bien exclus.

Cependant, nous avons vu que les libertés fondamentales ne sont pas un programme, de simples directives à l'intention du législateur, qui perdrait

¹³² Cf. *supra*, p. 123. Certains auteurs mettent en doute la constitutionnalité de cette disposition. Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 93; HAMANN-LENZ, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 190.

¹³³ Cf. *infra*, p. 176 ss.

leur valeur une fois précisées par la loi. Elles ont une existence et une efficacité indépendantes de la loi. Elles dominent l'ordre juridique dans son entier, de manière permanente. Pratiquement, cette supériorité ne se manifeste pas seulement lors du contrôle de la constitutionnalité d'une loi, mais aussi lors de l'application et de l'interprétation d'une disposition légale. Ce point est d'ailleurs le seul qui importe pour les lois fédérales, dont la constitutionnalité, comme on sait, ne peut être examinée. Quand le juge s'interroge par exemple sur la portée de l'art. 28 CCS, sur ce qu'est une atteinte illicite aux intérêts personnels, il doit se référer aux conceptions contenues dans les libertés fondamentales, aux règles qui ressortent explicitement ou par le biais d'une concrétisation. De la sorte, les libertés fondamentales s'appliquent tout de même aux rapports entre particuliers, mais indirectement, en influant sur l'interprétation des dispositions qui règlent ces rapports.

On rejoint ce que la doctrine allemande appelle la *indirekte Drittwirkung*. Pour autant que le contenu normatif des libertés fondamentales parvienne à se concrétiser dans les relations horizontales à travers les dispositions de droit privé susceptibles d'interprétation, le postulat de la *Drittwirkung* converge avec le principe d'une interprétation des lois conforme à la Constitution¹³⁴. Ces deux notions s'identifient, même si en fait elles se sont développées indépendamment l'une de l'autre¹³⁵. En général, le terme de *Drittwirkung* n'est utilisé que pour le droit privé.

Pour justifier l'application des libertés individuelles aux rapports horizontaux, on insiste souvent sur le pouvoir sans cesse grandissant de certains particuliers, sur la formation de concentrations économiques, sur la puissance des associations professionnelles. Ces phénomènes, dûs au libéralisme, au progrès technique et au besoin de sécurité¹³⁶, ne font que s'accroître, dit-on. L'individu entre ainsi dans de nouveaux rapports de subordination, dont l'intensité n'a rien à envier à ceux formés par l'Etat. Il se crée une nouvelle féodalité, qu'il était impossible de prévoir au moment où l'on s'est mis à garantir les libertés individuelles. Le seul danger alors connu venait de l'Etat. Il s'agit donc aujourd'hui de se détacher des conceptions étroites héritées de l'histoire et d'utiliser les libertés individuelles contre ces nouvelles sources de dangers¹³⁷.

Ce raisonnement ne manque pas de séduction. Toutefois, si on le poursuit jusqu'au bout, on doit exclure l'application des libertés aux relations entre des particuliers de force égale, par exemple quand un journaliste est confronté non

¹³⁴ J. P. MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, p. 179.

¹³⁵ J. P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 178.

¹³⁶ K. WESPI, *Die Drittwirkung der Freiheitsrechte*, p. 4 s.

¹³⁷ H. HUBER, *Grundrechte*, p. 199.

pas à un trust, mais à un simple particulier qui lui interdit l'accès d'une manifestation¹³⁸. C'est pourquoi, il nous paraît préférable de dire que, quand l'Etat empêche une liberté d'exercer pleinement ses effets – en lui déniait toute influence lors de l'application des lois existantes, ou, ce qui revient au même, en la laissant sans défense face aux attaques provenant de tiers –, il la neutralise dans une de ses composantes, la prive d'une partie de son efficacité, donc viole l'obligation d'abstention. Et les conséquences s'en font sentir d'autant plus nettement de nos jours où le juge a de plus en plus affaire à des tentatives de dominer autrui exercées par des groupes économiques.

La tendance d'appliquer les droits fondamentaux aux relations entre particuliers se manifeste clairement en droit international. Dans son préambule, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est proclamée comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples, «afin que tous les individus et tous les organes de la société (...) s'efforcent (...) de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer (...) la reconnaissance et l'application universelles et effectives». Pour sa part, le Pacte des droits civils et politiques de 1966 est signé par des Etats qui, également selon le préambule, ont pris en considération «que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte»¹³⁹. Ces textes consacrent bel et bien la *Drittwirkung*. L'Etat qui les introduit dans son ordre juridique doit veiller à ce que les droits qui y sont énoncés aient prise sur les relations sociales et les modèrent¹⁴⁰. Une semblable obligation, d'ailleurs, existe aussi d'après la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴¹.

La nécessité d'une transposition des libertés individuelles aux rapports entre particuliers peut également être déduite de l'aspect fonctionnel de ces libertés¹⁴². En restreignant la liberté d'autrui, le particulier compromet le fonctionnement des institutions de la démocratie. L'Etat ne peut rester inactif, sous peine d'être accusé de porter indirectement atteinte à l'institution qu'il a garantie. La mesure la plus appropriée est l'application par ses tribunaux civils des libertés individuelles aux relations horizontales. On rejoint ainsi les obligations qui sont dictées à l'Etat par la garantie individuelle¹⁴³.

¹³⁸ Cf. WESPI, *op. cit.*, p. 63.

¹³⁹ Cf. *supra*, p. 49 ss.

¹⁴⁰ A. KOHL, *Der Menschenrechtskatalog der Völkergemeinschaft*, Vienne 1968, p. 35 s.

¹⁴¹ Il s'agit plus précisément des art. 1, 13 et 25. Cf. KOHL, *op. cit.*, p. 36, note 92. Voir aussi la requête no 4125/69, Recueil des décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, 1971, 37, p. 49 s.

¹⁴² Cf. SCHEUNER, *op. cit.*, p. 58; P. SALADIN, *op. cit.*, p. 309 s.

¹⁴³ Savoir si, pour juger l'illicéité d'une atteinte aux intérêts personnels, on doit aussi tenir compte de l'atteinte portée par le particulier à l'institution garantie par l'Etat, est une autre question. Pour une réponse négative, cf. WESPI, *op. cit.*, p. 65 et 68 s. Selon cet auteur, les intérêts publics ne doivent pas devenir le critère de l'illicéité privée.

§ 2 L'abstention

L'individu doit s'abstenir d'entraver le journaliste dans la recherche des informations. En particulier, il ne doit pas l'empêcher d'accéder aux manifestations publiques gratuites, tels une démonstration, une exposition, un rassemblement politique. On peut aussi songer au lieu d'un accident ou d'une catastrophe, dans la mesure où la vie privée des victimes ou de leurs proches ne se trouve pas menacée.

Les voies de droit qui sanctionnent cette obligation sont celles prévues par les dispositions des lois civiles sur la protection de la personnalité (art. 28 CCS). Si une faute s'ajoute à l'illicéité, l'art. 49 CO ouvre l'action en dommages-intérêts. Il existe en outre des possibilités d'action sur le plan pénal, par exemple en cas de contrainte ou de séquestration (art. 181 et 182 CPS), délits qui sont poursuivis d'office.

L'individu n'est cependant pas obligé de laisser libre cours à toutes les initiatives des gens de presse. Des reporters qui auraient pénétré sans autorisation dans une chambre d'hôpital pour photographier un enfant sur son lit de douleur¹⁴⁴ ne peuvent en aucun cas exciper de leur liberté de recherche. Les lois civiles et pénales ne protègent pas que les journalistes. Mais, encore une fois, quand le juge applique ces dispositions, il doit se référer au contenu de la liberté de l'information.

§ 3 Des prestations positives

A. Un exemple de jurisprudence

L'accès à une manifestation payante est-il assuré de la même manière? La question a fait l'objet de l'arrêt *Seelig*, rendu par le Tribunal fédéral le 2 février 1954¹⁴⁵. Le chroniqueur cinématographique d'un journal zurichois était l'auteur d'une critique qui eut le malheur de déplaire au directeur de la salle où était projeté le film. Cela lui valut la surprise de recevoir une lettre lui conseillant d'éviter à l'avenir la salle en question, dont l'entrée lui serait interdite même sur présentation d'un billet payé. Effectivement, la caissière de l'établissement refusa de lui délivrer des billets, sur quoi le journaliste engagea une action en justice. Débouté par les instances cantonales, il recourut au Tribunal fédéral, en invoquant notamment la liberté de l'information, en particulier le droit du journaliste de rechercher des informations.

Dans ses considérants, le Tribunal fédéral constate premièrement que le principe de la liberté de la presse inscrit à l'art. 55 Cst. vise exclusivement les rapports de droit entre le citoyen et l'Etat. Les dispositions du droit privé déter-

¹⁴⁴ Cf. un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 12 juillet 1966. *Jurisprudence Dalloz*, 1967, p. 181.

¹⁴⁵ ATF 80 II 26.

minent seules la responsabilité civile de l'individu qui porte atteinte aux droits personnels d'autrui. Cependant, dit le Tribunal fédéral, il existe une liberté de la presse garantie par le droit privé. Pour savoir si celle-ci rend une atteinte licite, il faut s'inspirer des principes tirés de l'art. 55 Cst. «Il s'agit donc de savoir si cette disposition confère une liberté d'information dans le sens prétendu par le demandeur, c'est-à-dire le libre accès aux sources d'information, dont découlerait en droit privé une prétention correspondante.»

Or que voit-on? Les libertés constitutionnelles garantissent au citoyen le droit d'exercer une activité libre, non entravée par l'Etat. Mais celui-ci n'est pas tenu de fournir une prestation positive, comme le rappelle une jurisprudence constante¹⁴⁶. Ce principe, disent les juges de Lausanne, découle de la nature même des libertés individuelles. La révision de l'art. 55 Cst. proposée par le Conseil fédéral n'y change rien. Car même si, comme le dit le message, la liberté de chercher et de transmettre des informations est contenue dans le droit de diffuser librement des informations, cela ne signifie pas encore que l'Etat soit obligé de déployer une activité positive pour fournir à la presse les informations qu'elle désire. «En revisant l'art. 55 Cst., on n'envisage pas d'aménager la liberté de la presse en mettant un devoir d'information à la charge de l'Etat.» Et le Tribunal fédéral de conclure qu'on ne peut déduire par analogie un tel devoir pour un particulier et obliger par exemple un directeur de cinéma à conclure, contre son gré, un contrat de spectacle.

B. Le devoir d'informer

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne refuse pas de prendre en considération un éventuel élargissement de la notion classique de la liberté de la presse. Mais, comme il ne parvient pas à se détacher du caractère négatif des libertés individuelles, il évite de poser une question fondamentale. A quoi sert-il en effet de reconnaître la liberté de rechercher des nouvelles, si l'Etat et les particuliers sont admis à cacher toutes les informations qui les concernent? On peut supposer que le constituant n'a pas voulu garantir des libertés illusoires. Or c'est bien d'une telle liberté qu'il s'agirait si la presse ne pouvait plus rendre compte des activités étatiques ou des manifestations publiques organisées par des particuliers¹⁴⁷. Cette liberté ne pourrait plus remplir la fonction qui est la sienne dans l'Etat démocratique.

¹⁴⁶ Le Tribunal fédéral rappelle les arrêts 73 I 216 et 76 I 297.

¹⁴⁷ Cet arrêt a donné lieu à d'autres critiques. Cf. P. JAEGGI, *Bemerkungen zum Fall Seelig*, RSJ, 1954, p. 353. Selon cet auteur, le fait de se produire en public a pour corollaire une obligation de tolérer la critique. Invoquer la liberté des contrats pour refuser l'accès à un journaliste est un abus de droit, à moins qu'on ait pu s'attendre à une critique manifestement sans fondement, ce qui serait un cas de légitime défense. Cf. aussi J.-F. AUBERT, dans: *Recueil Sirey*, 1955, II, 4e partie, p. 1 ss; WESPI, *op. cit.*, p. 64; J.P. MÜLLER, *op. cit.*, p. 155; P. SALADIN, *op. cit.*, p. 86, 304 et 416.

L'Etat, avons-nous vu, n'a pas pour seule obligation d'assurer au bénéficiaire de la liberté individuelle une complète indépendance de mouvement. Il doit aussi veiller à ce que la liberté remplisse sa fonction publique. Cette seconde obligation peut entre autres l'amener à fournir des prestations positives. Mais elle doit aussi lui interdire de prendre des lois qui tolèrent que d'autres que lui entravent cette fonction, car les atteintes d'autrui devraient alors être considérées en fait comme ses propres atteintes. En d'autres termes, s'il appert que les particuliers détiennent des informations sans lesquelles la presse ne peut remplir sa fonction, le devoir de renseigner qui vaut dans les relations verticales doit être transposé aux relations horizontales. L'Etat, en appliquant la loi civile, doit mettre à la charge des particuliers un devoir de fournir une prestation positive.

C. Les limites

Evidemment, l'obligation du particulier doit être accompagnée de restrictions. Le droit à l'intimité, à la vie privée, est trop important pour être exposé aux atteintes d'un devoir d'information illimité. Ces restrictions sont les mêmes que celles qui existent pour les faits et gestes des particuliers dont la presse est autorisée à parler. Comme on admet que ni les faits de la vie intime, ni ceux de la vie privée ne sont matière à discussion, le particulier n'a donc pas non plus l'obligation juridique de les dévoiler. Il en va de même des faits de la vie semi-publique, des agissements que le public peut reconnaître, mais où la personne reste anonyme¹⁴⁸. Seuls les faits destinés au public sont accessibles à la presse. Une représentation théâtrale ou cinématographique, un récital de poésie ou de chanson, un concert, une conférence, un discours politique, une exposition, un match – autant de manifestations dont les journaux non seulement peuvent rendre compte, mais auxquelles ils ont aussi un droit d'accès. N'est pas considérée comme publique une manifestation réservée exclusivement à un cercle d'amis, aux membres d'une association, aux actionnaires d'une société anonyme.

Jurisprudence¹⁴⁹ et doctrine¹⁵⁰ conviennent en général d'élargir le cercle des faits susceptibles d'être discutés dans la presse, en y incluant ceux de la vie privée, du moins quand ils intéressent le public de façon générale. C'est le cas des faits qui concernent des personnes occupant une place en vue dans la société, tels les hommes politiques, certains fonctionnaires, artistes, savants, sportifs.

¹⁴⁸ P. JÄGGI, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, RDS, 1960, p. 244 a ss.

¹⁴⁹ ATF 38 I 84; 52 I 263; 60 II 406; 71 II 191.

¹⁵⁰ J.-M. GROSSEN, *La protection de la personnalité en droit privé*, RDS, 1960, p. 85 a ss; JÄGGI, *op. cit.*, p. 246 a; R. SCHUMACHER, *Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse*, p. 138.

Les faits relatés doivent être en rapport avec la cause de la célébrité. Existe-t-il dès lors un droit correspondant pour les gens de presse d'obtenir de ces personnes les renseignements qui intéressent le public? On doit l'exclure, car ce serait aboutir à une inquisition peu supportable.

L'individu, on le voit, a un devoir plus restreint que l'Etat. Cela ne tient pas seulement au fait qu'il dispose de moins d'informations capables d'intéresser la collectivité. Il est aussi protégé par le droit de la personnalité, qui lui appartient en vertu du droit naturel et qui est reconnu par l'Etat. Cette protection fait ainsi échec à une complète transparence de la vie individuelle. L'Etat, lui, ne jouit pas du même droit, car il est subordonné à l'existence et à la volonté des individus. Son activité est celle que les citoyens veulent bien qu'il ait. Il n'a donc pas de personnalité indépendante, même si par souci d'efficacité, on lui accorde la personnalité juridique. Il se distingue aussi des autres personnes morales, en ce sens que son fondement est constitué par un «contrat social», auquel est lié l'ensemble des citoyens. L'Etat est une chose publique; il ne peut avoir de vie privée.

En d'autres termes, c'est parce qu'elle entre en opposition avec d'autres droits tout aussi dignes de protection que la liberté du journaliste se voit rétrécie dans ses effets: droit de la personnalité ou aussi, si l'on veut, liberté personnelle. Celle-ci imprégnant les rapports entre particuliers de la même manière que la liberté de l'information, on assiste donc, dans le champ de droit privé, à un conflit entre deux libertés constitutionnelles qui se heurtent.

Titre II: La liberté de diffuser des opinions et informations

Chapitre premier: Notion

§ 1 Terminologie

1. «Diffuser». Diffuser une nouvelle ou une opinion, c'est la répandre dans toutes les directions, la propager. Il s'agit d'une action de déconcentration, d'élargissement. Le lien qui existe entre le journaliste et l'opinion ou l'information se dépersonnalise, perd son exclusivité. Il se crée une multitude de liens semblables, où le journaliste est remplacé par un lecteur.

La phase de la diffusion comprend tout le chemin qu'emprunte l'imprimé jusqu'au lecteur. Le transport, la vente, la distribution dans les boîtes aux lettres en sont les principales étapes. Mais elle englobe aussi l'activité préparatoire, à l'exclusion de la recherche des opinions et informations. Rédaction, composition, mise en pages, correction, impression font donc aussi partie de la diffusion.

Cette phase recouvre exactement la notion classique de la liberté de la presse. Aussi nous bornerons-nous dans le présent titre à placer certains accents, en renvoyant pour le reste aux ouvrages généraux qui traitent de cette liberté.

Les art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et 19 du Pacte des droits civils et politiques utilisent le terme de *répandre*, l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme celui de *communiquer*¹⁵¹.

2. «Opinions et informations.» Comme la liberté de la recherche, la liberté de la diffusion porte sur les opinions et les informations. Ces termes indiquent que les faits bruts, objectifs, vrais, ne sont pas les seuls à bénéficier d'une protection. Pareille exclusivité n'existe pas non plus en faveur des idées, des prises de position, des suggestions ou critiques. C'est parce qu'ils indiquent bien l'ampleur du contenu protégé que ces deux termes sont pratiques.

D'un pur point de vue logique, on peut toutefois se demander s'ils ne constituent pas une inutile répétition. Toute opinion n'est-elle pas une information? La manière de penser et de juger d'un journaliste ou d'un politique est un fait, parfois un événement. En en prenant connaissance, le lecteur s'informe de quelque chose qui a eu lieu. L'expression d'une pensée est aussi une action. Inversement, toute information peut être considérée comme une opinion. Dans l'ampleur donnée à l'information, dans les titres et l'emplacement choisis, dans la manière de transcrire l'événement, rentre une importante dose de subjectivité¹⁵².

Vouloir établir une séparation nette entre l'information et l'opinion nous semble être une entreprise oiseuse et vouée à l'échec. Elle est pourtant tentée en Allemagne pour expliquer l'opposition entre la liberté d'opinion et la liberté de presse contenue dans l'art. 5 GG¹⁵³.

§ 2 Les titulaires

1. Le cercle des titulaires de la liberté de diffusion est plus large que pour la liberté de la recherche. Il comprend non seulement l'auteur, mais aussi l'éditeur, l'imprimeur, le distributeur professionnel ou occasionnel d'un produit de presse périodique ou non – toutes les personnes physiques ou morales qui contribuent à la diffusion et qui constituent un maillon indispensable dans la chaîne reliant l'auteur au lecteur.

2. Certaines de ces personnes n'ont pas d'influence sur le contenu de l'imprimé. Elles exercent une activité avant tout commerciale, qui, normalement,

¹⁵¹ Cf. *supra* p. 51, 53 et 59.

¹⁵² Cf. H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, p. 264. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 22 s.

¹⁵³ Cf. WINDHEIMER, *op. cit.*, p. 89 ss, 97. Cet auteur montre de manière assez percutante l'erreur que commet la doctrine dominante quand elle prétend que la transmission d'informations n'est pas couverte par la liberté d'opinion.

devrait rentrer dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie. Cependant, pour que la liberté de la diffusion soit vraiment efficace, on admet en général que l'imprimeur, le libraire, le vendeur, le dépositaire, peuvent valablement opposer ce droit aux mesures qui entravent leur travail et qui sont motivées par le contenu du produit de presse¹⁵⁴. En revanche, le côté technique d'une imprimerie ou d'une librairie ne se distingue guère de l'exploitation d'une quelconque entreprise de production ou de vente, et il ne se justifie pas de leur appliquer un traitement différent. Les règlements de police sur la durée du travail, sur les mesures de protection et d'hygiène leur sont donc applicables. Il en va de même des mesures de politique économique prises dans le but d'assurer l'existence d'un secteur menacé. La clause de besoin pour l'ouverture d'une imprimerie ou d'une librairie, le contrôle des prix pourraient probablement être utilisés, mais dans une mesure extrêmement limitée, et pour autant que la liberté de la diffusion ne soit pas atteinte directement¹⁵⁵.

Quant à l'auteur, il est entièrement couvert par la liberté de la diffusion. Celui qui se contente d'adapter le contenu de ses écrits à l'envie de distraction et de sensation du public, se comporte peut-être comme n'importe quel fabricant qui observe le marché et règle sa production d'après la demande. Mais on ne saurait en déduire qu'il bénéficie uniquement de la liberté du commerce et de l'industrie, et qu'en cas de crise économique, il doit accepter des mesures restrictives prises par exemple en vertu de l'art. 31 *bis* al. 3 Cst.¹⁵⁶.

3. Les photographes de presse sont aussi titulaires. La protection de la personnalité d'autrui leur impose toutefois quelques restrictions, dues aux particularités de l'information photographiée. Ainsi, la photo d'une personne qui se produit en public n'est pas forcément publiable, si elle fixe par exemple une expression ou un geste qui lui est trop défavorable¹⁵⁷.

4. Sont titulaires les étrangers établis, domiciliés ou de passage dans le pays, qu'ils collaborent à un journal indigène¹⁵⁸ ou étranger. Les personnes qui se

¹⁵⁴ W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung*, p. 516; H. MARTI, *Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln*, Berne 1950, p. 41; U.P. FREY, *Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten*, p. 109 s.; B. LANG, *Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit*, p. 40.

¹⁵⁵ Cf. BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 516 s.; MARTI, *op. cit.*, p. 41; FREY, *op. cit.*, p. 110 s.; LANG, *op. cit.*, p. 63.

¹⁵⁶ Cette séparation entre la presse idéaliste et commerciale que préconise M. FREY (*op. cit.*, p. 112; cf. aussi LANG, *op. cit.*, p. 98) n'est pas contenue dans la définition de la liberté de la diffusion. D'autre part, elle renferme certains germes peu rassurants. Cf. *infra*, p. 141 ss.

¹⁵⁷ Cf. H. RAUSCH, *Das Persönlichkeitsrecht und der Schutz des Einzelnen vor verletzenden Pressebildern*, p. 51 ss, et 68 ss (cas d'application).

¹⁵⁸ BOURQUIN, *op. cit.*, p. 164, se demande si un étranger doit bénéficier de tous les privilèges accordés aux journalistes suisses et si une certaine liberté de traiter les questions politiques ne doit pas être réservée aux nationaux. La liberté de la diffusion s'étant affranchie de la contrainte des frontières, pareilles considérations ne sont plus admissibles de nos jours, pas plus que ne le serait une interdiction d'importation prononcée à l'égard d'un journal étranger, simplement parce qu'il traite de questions politiques intérieures.

trouvent à l'étranger, mais qui travaillent pour un journal du pays ou pour un journal étranger distribué dans le pays jouissent également de cette liberté, quelle que soit leur nationalité, pour peu qu'elles aient à faire valoir une prétention relevant de la compétence d'un tribunal du pays. Les personnes morales de nationalité étrangère sont assimilables aux personnes physiques.

En Allemagne fédérale, l'art. 19 al. 3 GG déclare les droits fondamentaux applicables aux personnes morales nationales, dans la mesure où leur nature le comporte. Le Tribunal constitutionnel en a déduit que les personnes morales étrangères ne pouvaient pas être titulaires de droits fondamentaux¹⁵⁹. Il s'agit là d'une importante restriction de la liberté de presse, qui, de surcroît, est contraire à l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, signée par l'Allemagne, selon lequel toute personne a droit à la liberté de communiquer des informations ou des idées, «sans considération de frontières». Pour le reste, les étrangers bénéficient des mêmes droits que les nationaux, qu'ils se trouvent ou non dans le pays¹⁶⁰.

5. Les produits de presse étrangers sont donc eux aussi au bénéfice de la liberté de diffusion¹⁶¹. Ceci est souvent contesté¹⁶², mais à tort. L'information et la confrontation des idées ne doivent pas être arrêtées par les frontières. Leur universalité est en effet une garantie pour le bon fonctionnement de l'Etat libéral. Cela, les auteurs qui contestent l'extension de la liberté de diffusion aux publications étrangères le reconnaissent volontiers. Seulement, ils estiment que ce ne sont pas le journaliste ou l'éditeur étranger qui doivent porter plainte contre des frontières trop hermétiques ou des réglementations trop rigoureuses, mais que c'est au lecteur qui se trouve dans le pays à agir¹⁶³. Cette opinion ne nous paraît pas entièrement soutenable. En faisant pénétrer des écrits dans un pays qui n'est pas le sien, l'éditeur se soumet à l'ordre juridique qui y est établi. De la même manière, un particulier qui achète un immeuble à l'étranger ou qui y place une partie de ses biens se soumet aux lois du pays, en accepte les obligations, mais aussi les droits, telle que la garantie de la propriété. Ce qui compte, ce n'est pas le domicile de l'intéressé, mais le lieu de situation de la chose ou le lieu de l'action.

¹⁵⁹ BVerfGE 21, 208.

¹⁶⁰ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 119.

¹⁶¹ Dans ce sens: LUDWIG, *op. cit.*, p. 125; LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 119; REBE, *op. cit.*, p. 73 s. Sans prendre position: G. BLUM, *Les étrangers et la liberté de la presse*, p. 68 et 74 s.

¹⁶² Cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 165; M. NEF, *Ausgewählte Kapitel*, p. 38. Voir aussi BOURQUIN, procès-verbal de la commission du CN, I, p. 39. Selon cet auteur, si l'art. 55 Cst. interdisait formellement toute mesure préventive, cela n'empêcherait pas le Conseil fédéral de prendre de telles mesures à l'égard de la presse étrangère sur la base de l'art. 102 ch. 10 Cst., car, toujours d'après M. BOURQUIN, ce qui vient de l'étranger n'est pas soumis à l'ordre juridique suisse.

¹⁶³ Cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 355.

Certes, la législation nationale peut limiter certains droits des étrangers. Mais une loi expresse est toujours nécessaire. Un avis de doctrine ou de jurisprudence selon lequel l'application d'une liberté individuelle aux étrangers serait «exagérée» ne suffit pas¹⁶⁴. La question qui se pose est donc la suivante: est-il justifié de prendre une loi limitant les droits des étrangers qui se proposent de distribuer un produit de presse dans le pays? La réponse ne fait pas de doute pour celui qui a saisi l'anachronisme des frontières dans le domaine de l'information.

C'est pourquoi, à notre sens, et pour autant qu'ils soient soumis à la législation nationale, aucune discrimination n'est admissible à l'égard des journaux étrangers. Comme ils traversent la frontière, on peut cependant admettre un certain contrôle à la douane. Les principes qui doivent prévaloir lors de ce contrôle sont les mêmes que ceux qu'on applique à la presse indigène pour justifier une saisie. Si les écrits sont illicites, s'ils tombent par exemple sous le coup de l'art. 204 CPS (publications obscènes), ils peuvent être saisis, à condition que cette mesure soit suivie d'une action judiciaire. L'art. 34 al. 4 de la loi sur les douanes de 1926, qui permet de «séquestrer (...) les publications et objets immoraux découverts à l'occasion de la vérification», est donc conforme à la liberté de l'information¹⁶⁵. En revanche, l'art. 55 du règlement d'exécution l'est beaucoup moins, quand il prévoit que c'est le ministère public de la Confédération qui statue sur le maintien du séquestre, et non une autorité judiciaire¹⁶⁶.

La propagande subversive peut-elle être retenue à la frontière? Si elle est illicite, – par exemple si elle prône le renversement par la violence des autorités en place, si elle outrage un Etat étranger ou une institution interétatique, si elle constitue une provocation au crime –, la question est résolue dans le sens indiqué plus haut. Dans le cas où elle menace simplement de troubler l'ordre public, on rejoint le fameux arrêt du *Kämpfer*. Si l'on estime admissible une suspension ou une mesure analogue dans certains cas exceptionnels, quand l'ordre et la sécurité publics sont menacés de manière sérieuse, directe et évidente, alors rien ne s'oppose à interdire l'importation d'une propagande dangereuse. Il faut cependant se méfier des interprétations trop larges du pouvoir général de police. C'est pourquoi il serait souhaitable, en Suisse, que les mesures restrictives se fondent sur une loi soumise au référendum facultatif et qu'elles puissent faire l'objet d'un recours judiciaire. Or l'arrêté du Conseil fédéral du 29 décembre 1948 sur la propagande subversive ne remplit aucune de ces deux conditions et n'a pour légitimité que l'art. 102 Cst.¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Par exemple BOURQUIN, *op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁵ RS 6, 469.

¹⁶⁶ RS 6, 517.

¹⁶⁷ RO 1948, 1271.

La propagande retenue peut-elle être confisquée¹⁶⁸ ou doit-elle être rendue à son expéditeur? Si elle n'a pas de caractère illicite, on doit pencher pour le second de ces termes¹⁶⁹. En effet, il est suffisant de prohiber la diffusion pour atteindre le but que l'on se propose, pour écarter les menaces qu'un écrit fait planer sur l'ordre et la sécurité publics. La question se pose différemment si une interdiction judiciaire de diffuser un écrit déterminé n'a pas été respectée. Ces considérations s'appliquent d'ailleurs également aux journaux du pays.

Parfois, on cite encore un autre cas de restriction à l'importation. Si un Etat a interdit la diffusion sur son territoire des journaux d'un autre pays, ce dernier devrait être admis, dit-on, à prendre des mesures de rétorsion et à interdire à son tour les journaux qui proviennent de l'Etat en question¹⁷⁰. Cette opinion n'a qu'un défaut, c'est d'être absolument inconciliable avec la liberté de l'information, qui est un droit trop essentiel pour être relégué à un rôle de monnaie d'échange et de moyen de pression politique. Ce n'est pas seulement la liberté des journaux étrangers qui se voit ainsi amoindrie — journaux qui ne sont pas forcément pour quelque chose dans la politique protectionniste de leur Etat —, mais on porte également atteinte aux droits du lecteur. Or seule l'existence d'une infraction ou d'une menace évidente pour l'ordre public peut justifier la limitation de ces droits-là.

6. Tout produit de presse jouit de la liberté de diffusion, sans distinction selon le degré d'idéalisme et d'utilité de son contenu. Ce principe de globalité, qui, pour la libre recherche des informations, était limité aux périodiques¹⁷¹, s'étend ici également à la presse non périodique. Deux conséquences découlent de ce principe (voir aussi chiffre 7 ci-dessous).

Première conséquence: la partie publicitaire est entièrement protégée par la liberté de la diffusion. Les annonces et réclames étant aussi des opinions ou des informations, il n'y a pas lieu de leur appliquer une liberté différente¹⁷². D'ailleurs, aucun critère satisfaisant ne pourrait être trouvé pour les séparer de la partie rédactionnelle. En particulier, le critère du but égoïste n'a que peu de valeur. Certains articles visent également à enrichir leur auteur, à lui assurer une sympathie qui se traduise sur le plan financier. Que l'on pense aux repor-

¹⁶⁸ Comme le prévoit l'arrêté de 1948.

¹⁶⁹ Cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 737, no 2103. — On doit ainsi adresser un reproche de plus à l'arrêté précité.

¹⁷⁰ Cf. LUDWIG, *op. cit.*, p. 125.

¹⁷¹ Cf. *supra*, p. 94 ss.

¹⁷² Cette opinion s'est imposée en Allemagne. Cf. SCHEUNER, *op. cit.*, p. 16 s., 65 s. et 68; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, p. 174; HAMANN-LENZ, *op. cit.*, p. 187; LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 89 s.; RIDDER, *op. cit.*, p. 270; JERSCHKE, *op. cit.*, p. 186 s.; REBE, *op. cit.*, p. 40 s. et les auteurs cités; BVerfGE 21, 278 s. En Suisse, le Tribunal fédéral, suivi par une grande partie de la doctrine, estime que les annonces et réclames jouissent d'une autre liberté, celle du commerce et de l'industrie. Cf. *supra*, p. 39.

tages sur une station de montagne, sur une nouvelle automobile, sur un pays qui s'apprête à lancer un emprunt, ou à certains textes précédant une votation ou élection. Ces articles sont souvent tout aussi peu désintéressés qu'une réclame. Ils tendent à influencer favorablement le comportement du lecteur à l'égard de l'auteur ou de son mandant.

D'autre part, les annonces et réclames ont aussi des effets sur un plan idéaliste, même si ce n'est pas ce que recherche l'annonceur. Elles permettent à l'individu de s'informer sur la situation du marché, sur les possibilités de contenter ses désirs¹⁷³, sur de nouveaux procédés, etc. Elles lui fournissent les éléments d'information qui lui sont nécessaires en sa qualité de sujet économique et qui lui permettront d'utiliser la liberté que l'Etat lui confère en ce domaine. En permettant la réalisation du système qui est à la base de la constitution économique matérielle, les annonces et réclames remplissent une fonction éminemment utile à la collectivité¹⁷⁴.

Un autre argument, et non le moindre, qui parle en faveur d'une protection globale, est celui de la dépendance dans laquelle se trouve la matière rédactionnelle par rapport à la publicité. Celle-ci constitue en effet la principale assise financière de la presse. Si on rangeait les annonces dans la liberté du commerce et de l'industrie, on pourrait leur appliquer des restrictions certes licites au regard de cette liberté, mais ayant des répercussions fâcheuses sur la liberté de la diffusion. On pourrait par exemple instituer un impôt sur la publicité¹⁷⁵. Dans l'intérêt de la presse, il convient donc de mettre tous ses éléments vitaux sous un même toit¹⁷⁶.

7. Seconde conséquence du principe de la globalité: la partie rédactionnelle est elle aussi protégée dans son ensemble. Il n'est pas fait de distinction suivant la qualité d'un journal ou d'un livre, suivant leur utilité pour la démocratie, leur intérêt éducatif ou informatif.

Il est vrai que, si la liberté de l'information fait l'objet de tant d'attention, ce n'est pas seulement par égard pour celui qui s'exprime dans la presse. Au-delà de sa dimension individuelle, cette liberté permet à l'individu d'acquérir les éléments nécessaires à une connaissance approfondie de l'activité étatique et de la réalité sociale, de connaître et de juger les opinions d'autrui, pour participer ensuite activement à l'élaboration de la volonté politique. La presse a ainsi une

¹⁷³ BVerfGE 21, 279. Il s'agissait d'une interdiction faite par l'office du travail à un journal de Constance de publier cinq offres d'emploi de Suisses cherchant en Allemagne des couturiers, des menuisiers, etc., motivée par le fait qu'il y avait pénurie de ces professions en Allemagne. La disposition permettant de telles interdictions a été jugée par le Tribunal constitutionnel contraire à la liberté de la presse.

¹⁷⁴ P.-V. SALADIN, *Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken*, p. 121.

¹⁷⁵ Cf. BEJ, 1971, p. 113 ss (Suède).

¹⁷⁶ Cf. REBB, *op. cit.*, p. 41 et les auteurs cités; SCHEUNER, *op. cit.*, p. 16; SCHÜLE, *op. cit.*, p. 23.

fonction publique, qu'elle remplit lorsque, « dans les affaires d'intérêt public, elle recherche et diffuse des informations, prend position, formule des critiques ou contribue d'une manière ou d'une autre à la formation de l'opinion »¹⁷⁷. Plus précisément encore, elle assume cette fonction lorsqu'elle « renseigne le lecteur sur des faits intéressant la collectivité, l'informe sur les éléments d'ordre politique, économique, scientifique, littéraire ou artistique de tous genres, et provoque un échange d'opinions sur des questions d'intérêt général, influence dans une direction quelconque la solution pratique d'un problème préoccupant le public, demande des éclaircissements concernant l'administration étatique et en particulier l'utilisation des deniers publics, révèle des abus éventuels dans l'Etat, etc. »¹⁷⁸. Logiquement, les publications qui ne rentrent pas dans le cadre de cette fonction devraient être exclues de la protection garantie par la liberté de la diffusion¹⁷⁹. La presse à sensation, qui ne sert qu'à enrichir ses commanditaires, pourrait rentrer dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie, comme n'importe quelle entreprise économique.

Cette façon de faire, toutefois, soulèverait d'importantes objections. Il est en effet difficile de tracer une limite nette entre la presse utile et inutile, entre les journaux servant à la collectivité et ceux qui ont pour but unique la distraction du lecteur. L'entreprise est d'autant plus périlleuse que la frontière passe au milieu de chaque publication. Même les journaux dits sérieux contiennent des rubriques qui le sont moins et dont l'utilité pour la formation politique est douteuse. Le juge qu'on chargerait de trancher de cas en cas se trouverait non seulement en face d'une tâche ingrate¹⁸⁰, mais il pourrait être tenté de limiter le domaine de l'utilité¹⁸¹. Or l'interprétation de ce terme doit rester très large, sinon des œuvres d'apparence anodine pourraient se voir éliminées, tel un récit de fiction dont la valeur politique ou culturelle ne ressort pas d'emblée. Dans l'hypothèse la plus grave, le juge pourrait même aller jusqu'à exclure les publications qui lui sont peu sympathiques par une construction juridique prouvant leur inutilité. Quant aux journaux et articles qui font appel aux plus bas instincts et qui n'ont pour point de mire que le profit, ce n'est certes pas de

¹⁷⁷ § 3 des lois sur la presse de Basse-Saxe, Bade-Wurtemberg, Rhénanie-Palatinat, Rhénanie du Nord-Westphalie, Sarre.

¹⁷⁸ ATF 37 I 377, *Kälin*, du 13 juillet 1911. Cette énumération a été complétée dans les arrêts 39 I 364, 49 I 261 (soutien ou critique des candidats aux élections), 50 I 204, 64 I 180 (surveillance de l'administration de la justice), 42 I 91, 52 I 265 (révélation des abus).

¹⁷⁹ Dans ce sens: VON MANGOLDT-KLEIN, *Das Bonner Grundgesetz*, p. 245; FREY, *op. cit.*, p. 114; DÜRIG, *VVDSRL*, 1965, p. 196 s., 168; K. HUNKELER, *Jugendschutz in öffentlich-rechtlicher Sicht*, thèse. Fribourg 1961, p. 98 s.; F. SCHNEIDER, *Presse- und Meinungsfreiheit nach dem Grundgesetz*, p. 141 s. Cf. aussi LANG, *op. cit.*, p. 98.

¹⁸⁰ Cf. P. SALADIN, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸¹ Cf. aussi E. FORSTHOFF, *Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen*, p. 19 s.

gâté de cœur qu'on leur assure la liberté de la diffusion. Simplement, ils constituent le prix qu'on doit payer pour la liberté et la démocratie¹⁸².

Si la presse est protégée dans son ensemble, cela ne signifie pas qu'elle le soit d'une manière uniforme. Par exemple, il est loisible d'établir des différences entre la presse périodique et la presse non périodique. Dans les relations entre particuliers, le juge peut accorder plus de droits aux articles d'information qu'aux annonces, aux articles utiles à la collectivité qu'à ceux qui n'ont en vue que la distraction¹⁸³. En accordant des prestations positives, l'Etat peut favoriser les journaux payants par rapport aux journaux gratuits, les faibles par rapport aux forts. La liberté de la diffusion n'est pas un droit monolithique qui devrait ignorer les différences de situation. C'est une liberté large et différenciée.

Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention

§ 1 En général

Toute liberté individuelle demande à l'Etat de ne pas intervenir dans une sphère d'activité déterminée. En l'espèce, la parcelle soustraite à l'influence étatique recouvre l'ensemble du travail nécessaire à la confection et à la distribution d'un produit de presse, sauf la recherche des opinions et informations. Les entraves à la création ou à l'exploitation d'une entreprise de presse, les directives concernant le contenu d'une publication ou la façon d'exercer le métier de journaliste, les limites fixées au transport et à la vente sont autant de mesures prohibées.

Toute liberté individuelle, cependant, trouve ses limites dans les lois générales. Parmi celles-ci, il en est qui visent à prévenir les abus, telles les règles sur le colportage, ou le cautionnement préventif auquel le droit pénal permet de condamner celui dont on peut craindre qu'il réitérera une infraction, singulièrement une atteinte à l'honneur. Il en est d'autres qui répriment les abus, telles les dispositions civiles sur la protection des droits de la personnalité ou les dispositions du code pénal.

Ces lois doivent être interprétées conformément à la liberté individuelle. Comme nous l'avons relevé ailleurs¹⁸⁴, il existe en effet une action réciproque entre la Constitution qui garantit la liberté et les lois qui la restreignent. Cette

¹⁸² RIDDER, *op. cit.*, p. 175. Voir en outre SCHNUR, *op. cit.*, p. 105, note 10; REBE, *op. cit.*, p. 41 s. Pour A. SANTINI, *L'aide de l'Etat à la presse*, p. 75, si la liberté de la diffusion commande que soient tolérées les publications qui la déshonorent, c'est sous peine de ne plus exister elle-même. Cf. enfin un arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis, *New York Times v. Sullivan*, 372 U.S. 271 (1964).

¹⁸³ Cf. SCHÜLE, *op. cit.*, p. 23; *id.* VVDSRL, 1965, p. 167; SCHEUNER, *op. cit.*, p. 68, note 200, p. 171.

¹⁸⁴ Cf. *supra*, p. 98 s.

action résulte de la supériorité qui est celle des libertés individuelles dans l'ordre juridique.

• § 2 Les mesures préventives

A. Une interdiction absolue ?

Si les mesures préventives sont regardées avec une méfiance particulière, c'est qu'elles ont de tout temps fait partie de l'arsenal utilisé par les régimes autoritaires dans leur lutte contre la libre expression. Aussi chercha-t-on souvent à les interdire globalement. En 1848, lors de l'élaboration de la Constitution fédérale, on renonça à introduire une telle interdiction dans l'art. 55, le terme ayant paru trop vaste. En revanche, quelques constitutions cantonales contiennent aujourd'hui le principe que l'exercice du droit de la liberté de presse ne peut être «entravé par aucune mesure préventive, ni par aucun cautionnement», que «la censure ou toute autre mesure préventive est dans tous les cas interdite»¹⁸⁵.

Dans son projet de 1951, la Commission mixte de politique en matière de presse avait prévu un alinéa 3 précisant que «toute forme de censure, ainsi que les mesures préventives, sont interdites». Cette formulation ne rencontra que très peu d'écho, tant auprès du Conseil fédéral que de la commission du Conseil national. A cet égard, il est intéressant de connaître les arguments développés par les parlementaires et les solutions qui furent envisagées. La discussion, retracée ici dans ses grandes lignes, fit apparaître la problématique de manière assez claire, nous semble-t-il.

Tout d'abord, dit-on, il est exclu d'interdire toutes les mesures préventives, car il y a des situations où la simple répression ne suffit pas. Face aux écrits pornographiques ou dangereux pour son existence, l'Etat doit pouvoir réagir avant que le délit ne prenne de trop grandes proportions. Il en est de même pour les journaux dont le contenu incendiaire menace l'ordre et la tranquillité, ou qui outragent un Etat étranger. Seulement, il faut éviter que les gouvernements cantonaux ou le Conseil fédéral fassent un trop large usage de leur pouvoir général de police. La meilleure solution, c'est même d'éviter que de telles mesures puissent être prises sur la base de ce pouvoir. On proposa donc d'ajouter à l'alinéa 3 une phrase disant que les mesures qui ne reposent pas sur des lois ou arrêtés pour lesquels la votation populaire est prescrite ou peut être demandée sont invalides.

Concrètement, cela signifie que, mises à part les périodes où il jouit des pleins pouvoirs, le Conseil fédéral ne pourrait plus prendre de mesures préventives

¹⁸⁵ Art. 7 de la Constitution vaudoise; art. 77 al. 3 de la Constitution bernoise. Art. 12 de la Constitution thurgovienne.

de son propre chef, sans base légale. L'application de l'art. 102 ch. 9 et 10 Cst. ne serait plus donnée pour limiter la liberté de la presse, et un nouvel arrêté semblable à celui du 26 mars 1934 deviendrait impossible. En temps de paix, fit-on valoir, les dispositions du code pénal et des lois de procédure sont suffisamment complètes pour lutter contre les abus, surtout depuis 1950, où la protection de l'Etat a été améliorée¹⁸⁶. Certes, il y a des temps intermédiaires, des périodes troublées, où le Conseil fédéral ne dispose pas de pleins pouvoirs. Mais, dans ces périodes-là, l'urgence n'est jamais telle qu'il serait impossible d'élaborer une loi en bonne et due forme.

Pour empêcher que les lois prises annulent ce résultat par des formulations trop vastes, par exemple en reproduisant telle quelle la clause générale de police contenue dans la Constitution, il fut proposé d'aménager une seconde sécurité, dont serait chargé le juge, et qui serait ainsi libellée: «Les mesures administratives dirigées contre l'abus de la liberté de la presse peuvent être déferées au juge par ceux auxquelles elles s'appliquent.»

De ces propositions, acceptées toutes deux lors de la séance du 5 novembre 1951, seule la seconde résista à un nouvel exameo. La première, elle, suscita quelques hésitations qui aboutirent à un renversement de majorité. On craignait qu'en refusant au gouvernement l'usage de son pouvoir général de police, on restreigne par trop sa liberté d'intervention dans les cas d'urgence. On fit valoir que la liberté de la presse ne justifiait pas une exception au principe qui veut que le gouvernement puisse en toute circonstance prendre toutes les mesures propres à assurer l'ordre et la tranquillité à l'intérieur, la sûreté à l'extérieur du pays. L'auteur de l'infortunée proposition fit cependant remarquer qu'aucun exemple ne pouvait être donné où la clause de police avait été absolument indispensable pour intervenir, qu'il aurait jusqu'ici toujours été possible de prendre une loi soumise au référendum ou d'appliquer une norme existante. Même en 1938, dans le cas des journaux frontistes, plusieurs mois s'écoulèrent avant que le Conseil fédéral se décide à les interdire sur la base de son pouvoir de police. On aurait eu tout le loisir d'édicter une loi normale¹⁸⁷.

B. Une interdiction partielle

Toute mesure prise par l'Etat avant la diffusion d'un écrit en vue de prévenir les abus ne saurait être interdite. Faut-il en déduire que l'Etat peut recourir à n'importe quelle mesure, pourvu qu'elle trouve sa base dans une loi régulièrement adoptée et qu'elle puisse être déferée au juge?

Pour répondre, il convient de s'arrêter un instant à une distinction opérée par la doctrine. Celle-ci oppose les mesures préventives licites à celles qui ne le sont

¹⁸⁶ En particulier les art. 266 *bis* et 275 *bis* CPS.

¹⁸⁷ Procès-verbal, II, p. 14 ss, Harald HUBER.

pas. Parmi les mesures licites, elle cite volontiers la saisie provisoire, les restrictions à l'importation, l'exclusion du transport par la poste des écrits délictueux, le dépôt légal, la mention obligatoire du nom de l'éditeur, du rédacteur ou de l'imprimeur. Ces mesures ne donnent pas lieu à de grandes discussions, pourvu que certaines conditions soient remplies. Ainsi, pour la saisie provisoire, on exige en général qu'elle soit immédiatement suivie d'une procédure judiciaire¹⁸⁸. En outre, il paraît juste d'allouer un dédommagement aux victimes d'une saisie qui s'est révélée injustifiée. Cette possibilité n'a pas pour seul avantage d'assurer le respect de l'équité. Elle exerce un effet dissuasif sur l'autorité qui aurait tendance à ordonner trop facilement la saisie, ou qui aurait même décidé d'affaiblir financièrement telle publication par une succession de saisies¹⁸⁹.

Quant aux mesures illicites, ce sont la censure, l'autorisation préalable pour la parution, le cautionnement administratif, le silence de rigueur, le serment, les instructions et les mises en garde, le droit de timbre¹⁹⁰ et autres mesures fiscales spéciales, les conditions d'admission à la profession de journaliste, l'obligation de faire partie d'une association professionnelle ou d'être inscrit dans un registre, la suspension et l'interdiction. Ces interventions sont considérées comme absolument incompatibles avec la liberté de la diffusion.

Cette distinction a le mérite de montrer la différence de gravité qui existe entre les diverses mesures. Certaines d'entre elles s'attaquent à tel point à la substance de la liberté qu'il faut les rejeter, non seulement quand elles reposent sur le pouvoir général de police, mais aussi quand elles ont été acceptées par le parlement ou par le peuple et qu'une possibilité de recours judiciaire est donnée. La loi fondamentale allemande exprime clairement un principe que connaissent implicitement tous les Etats libéraux, à savoir qu'«en aucun cas il ne peut être porté atteinte au contenu essentiel d'un droit fondamental» (art. 19 al. 2 GG). Les juridictions constitutionnelles sont chargées de faire respecter cette règle. En Suisse, où le Tribunal fédéral ne peut intervenir que contre les atteintes provenant des lois cantonales, il faut être encore beaucoup plus circonspect quand on décide de prendre des mesures préventives. On ne saurait en particulier admettre toutes les interventions de l'Etat fédéral qui reposent sur une loi, car l'atteinte, alors, devient définitive. Il faut donc s'en tenir avec une rigueur d'autant plus grande à la distinction faite plus haut, et proclamer sans hésitation que certaines mesures sont absolument illicites.

¹⁸⁸ ATF 62 I 218, *Gross*, du 20 juin 1936. Cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 738, no 2104.

¹⁸⁹ Voir les § 17 des lois allemandes sur la presse. Cette disposition est considérée comme une des innovations les plus intéressantes contenues dans ces lois. Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 327. Voir aussi les § 39 a - h de la loi autrichienne sur la presse de 1922, dans sa version du 8 juin 1966.

¹⁹⁰ Cf. *supra*, p. 33, également note 65.

Il est vrai que chacun n'a pas la même conception de ce qui est compatible ou non avec la liberté de la diffusion. Dans les discussions de la commission du Conseil national, on n'avait pas seulement en vue la saisie provisoire, mais aussi la suspension d'un journal. Il est possible qu'exceptionnellement ce moyen-là puisse être nécessaire à l'Etat dans ses efforts de maintenir l'ordre public et qu'il faille ainsi s'abstenir de le condamner de façon absolue. Cependant, deux conditions, en tout cas, doivent être remplies, qui valent d'ailleurs aussi pour les mesures licites : toute mesure préventive doit reposer sur une loi suffisamment précise adoptée par le peuple, et doit pouvoir être déférée au juge. Sur le plan fédéral, il y a intérêt à limiter ces lois dans la mesure la plus stricte, par exemple en indiquant le titre du journal ou la catégorie de journaux visée. Car, encore une fois, et selon l'art. 113 Cst., une loi fédérale en vigueur doit être appliquée quoi qu'il en coûte. Quant aux autres mesures illicites, elles nous paraissent absolument injustifiables, si l'on fait abstraction du temps de guerre.

Si, dans le domaine des mesures préventives, il convient d'aménager une place spéciale en faveur du juge, et cela aussi bien quand ces mesures s'appliquent à la presse étrangère qu'à celle du pays, c'est pour éviter certaines tentations que l'administration ne manquerait pas d'avoir si elle n'était soumise qu'à son propre contrôle. En faisant intervenir un pouvoir non politique, on n'a certes pas la garantie que la liberté restera épargnée de toute atteinte injustifiée. Les juges peuvent aussi avoir des conceptions étriquées¹⁸¹. Mais, comme leur tâche n'est pas de maintenir l'ordre, on peut attendre d'eux une vue plus objective et libérée de toute passion¹⁸².

C. Un exemple de jurisprudence

Recourir au juge, c'est mettre une chance de plus du côté de la liberté.

Ce principe a été illustré de façon éclatante par l'affaire du rapport secret du Pentagone sur l'origine de l'engagement américain au Vietnam, révélé en juin 1971 par deux grands quotidiens d'outre-Atlantique. Le 30 juin, par six

¹⁸¹ C'est cette constatation qui a amené FELDMANN à se distancer de la position qu'il avait prise en 1948 devant la Société suisse des juristes (RDS, 1948, p. 119 a s.), où il avait recommandé l'adoption d'un art. 55 ch. 4 Cst., disant que « la saisie ou l'interdiction d'une publication ne peut être ordonnée qu'à titre provisoire et à la condition qu'une action judiciaire soit ouverte simultanément ; le juge décide du maintien de cette mesure ». Cf. procès-verbal de la commission du CN, I, p. 51.

¹⁸² Dans quatre Länder allemands, seul le juge est autorisé à prononcer une saisie provisoire (Berlin, Hambourg, Hesse, Rhénanie-Palatinat) ; quatre autres admettent cette même exclusivité, mais seulement pour la saisie des quotidiens (Bavière, Brême, Basse-Saxe, Rhénanie du Nord-Westphalie), alors que les trois derniers rangent cette mesure dans les compétences du ministère public ou de la police (Bade-Wurtemberg, Sarre, Schleswig-Holstein). Dans tous les Länder, c'est au juge qu'il appartient de statuer définitivement sur le maintien ou non d'une saisie. Cf. LÖFFLER *op. cit.*, II, p. 286 s., 341.

voix contre trois, la Cour suprême décida de lever l'interdiction faite à ces journaux de continuer la publication des documents en question. Fait remarquable, chaque juge fut amené à rédiger séparément sa propre opinion¹⁹³. La jurisprudence qui se dégage de cet arrêt s'en trouve de la sorte assez difficile à saisir. On peut cependant dire que la décision de la Cour suprême a été fortement inspirée par une interprétation large du 1er amendement de la Constitution, selon lequel «le Congrès ne pourra faire aucune loi (...) restreignant la liberté de la parole ou de la presse (...)». «Aux yeux des fondateurs de l'Union, la presse devait servir les gouvernés, et non les gouvernants,» remarque un juge. Dans les domaines où la politique de l'Exécutif ne rencontre pas de contrepoids, telles les affaires internationales ou de la défense, lit-on à une autre place, l'unique frein se trouve dans les citoyens éclairés, dans une opinion publique informée et critique. «Or, sans une presse informée et libre, il ne peut y avoir de peuple éclairé.» Dès lors, on ne s'étonne pas de l'appréciation personnelle de la situation de fait à laquelle il fut procédé, appréciation n'admettant pas sans autre l'affirmation du gouvernement selon laquelle la publication des documents porterait un préjudice grave aux intérêts de la nation.

Un autre élément qui a conduit à la décision précitée réside dans l'absence de base légale qui caractérisa l'intervention gouvernementale. Certes, aux yeux de la plupart des juges, la censure préalable n'est pas interdite de façon absolue. Il peut exister quelques cas exceptionnels permettant de s'écarter des garanties du 1er amendement¹⁹⁴. Certains juges se sont toutefois demandé sérieusement s'il suffit à l'administration d'invoquer un pouvoir implicite du président en sa qualité de chef de la diplomatie ou de commandant suprême des forces armées – comme elle l'a fait en l'occurrence –, ou si une intervention ne doit pas obligatoirement se fonder sur une loi du Congrès.

Parmi les opinions des juges minoritaires, on relève l'avis du *Chief Justice* BURGER, selon lequel les journaux en cause ont violé un devoir élémentaire en ne remettant pas à la police des documents dérobés par un tiers, devoir qui «incombe aux chauffeurs de taxis, aux juges et au *New York Times*». Si l'on développe cet argument, serait-on autorisé à prétendre que les garanties constitutionnelles en matière de mesures préventives cessent d'être acquises à celui qui, en dehors de toute publication, a commis une infraction en rapport avec l'information qu'il désire publier? Le juge peut-il prendre n'importe quelle mesure contre un journal dont il sait qu'il possède des documents volés avec l'intention de les publier?

¹⁹³ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

¹⁹⁴ Cf. par exemple *Schenck v. United States*, 249 U.S. 52 (1919); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 716 (1931) (cas de guerre).

Il faut se souvenir tout d'abord que la liberté de la diffusion ne dispense pas la presse de l'observation des lois générales. Si donc elle contrevient à une disposition légale, il n'y a aucune raison de ne pas procéder aux ripostes prévues, qui sont en l'occurrence la confiscation des documents et la poursuite du journal pour vol ou pour recel, de la même manière que s'il détenait un stock de montres ou de bijoux volés la veille. Si maintenant le journal, en dépit de la confiscation, a le projet d'entreprendre la publication des documents – parce qu'il les a mémorisés ou qu'il en a fait une copie –, se trouve-t-on dans la même situation que quand un journal a obtenu des informations par une voie légitime, mais que leur diffusion va constituer un abus? Les règles qui valent pour les mesures préventives en général s'appliquent-elles ici? Nous sommes portés à le croire, même si ces nouvelles sont imprégnées d'une odeur pas entièrement sympathique. Si l'on voulait établir une gradation de la protection suivant le cheminement utilisé par telle ou telle nouvelle, suivant qu'elle a été volée, obtenue d'un voleur, extorquée par chantage ou par un marchandage louche, il s'ensuivrait une assez grande insécurité. L'Etat pourrait décider que le journal, pour obtenir telle nouvelle, a «selon toute vraisemblance» commis un délit, qu'il y a «sûrement» eu vol, recel, ou corruption active. Ainsi, les garanties offertes par la liberté de la diffusion pourraient être facilement éludées.

§ 3 L'influence sur le contenu

La liberté de la diffusion permet à quiconque de publier les opinions et les informations qui lui conviennent. Cela signifie d'abord que l'Etat ne doit empêcher la publication d'aucune ligne et d'aucun mot, mais aussi qu'il n'a pas le droit de dicter aux individus ce qu'ils doivent écrire, qu'il n'a pas le pouvoir d'imposer la publication de telle opinion ou de telle information, même en s'engageant à verser une contrepartie financière. Pour les périodiques, il existe cependant deux exceptions: le droit de réponse et l'obligation de vérité.

A. *Le droit de réponse*

a. En faveur des autorités

Aménager un droit de réponse, c'est donner à celui qui a été mis en cause dans la presse le droit de corriger ce qui a été dit à son sujet, d'ajouter une précision ou un quelconque commentaire, cela dans un numéro suivant, gratuitement, au même endroit et en mêmes caractères. L'Etat étant l'objet des plus nombreuses appréciations, il est naturel qu'il se soit demandé s'il n'y aurait pas là un moyen pour lui de faire face aux critiques et aux oppositions manifestées dans la presse.

C'est ainsi qu'en France, un décret du 17 février 1852 prévoyait en faveur du gouvernement un droit de requérir l'insertion gratuite de tous les commu-

niqués et rectifications qu'il jugeait utile de rédiger. Ce pouvoir fut si largement utilisé¹⁹⁵ que, lors de l'élaboration de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, les parlementaires furent incités à le limiter avec beaucoup de précision.

En Allemagne, une ordonnance d'urgence du 17 juillet 1931 introduisit à la charge des rédacteurs responsables un devoir de publier entièrement et sans commentaires les déclarations du gouvernement, si celui-ci en faisait la demande. Personne, il est vrai, ne prétendit jamais que cette ordonnance était conforme à la liberté de la presse. Elle se basait sur une disposition de la constitution de Weimar autorisant le président du Reich à prendre les mesures exceptionnelles requises par le maintien de l'ordre et de la tranquillité, fût-ce en violation des droits fondamentaux.

On sent bien qu'un droit de réponse large et absolu réduirait sensiblement la liberté des journaux, qui devraient soit renoncer à critiquer des autorités, soit consacrer contre leur gré de nombreuses colonnes à une matière ne correspondant pas à leurs convictions. Suivant la régularité avec laquelle les autorités useraient de leur droit, il pourrait en résulter pour les entreprises de presse une charge financière extrêmement lourde.

D'un autre côté, il faut bien convenir qu'on ne peut pas refuser à une autorité de se justifier quand elle a été gravement mise en cause, quand ses activités sont présentées sous un éclairage partiel, trompeur, quand des faits importants ont été omis ou dénaturés. Il sied donc de trouver une voie médiane, où l'on demande en particulier à l'Etat et à ses organes de tolérer les opinions émises à leur sujet. Il en va autrement s'il est porté une atteinte directe et personnelle à un magistrat ou à un fonctionnaire. Ces personnes ayant également droit à l'honneur, elles doivent bénéficier de la même protection que n'importe quel particulier.

Ainsi, en France, les dépositaires de l'autorité publique ont pour seul droit celui de faire des rectifications concernant des actes de fonction inexactly rapportés, donc des faits (art. 12 de la loi sur la presse), alors que les particuliers peuvent également répondre à des jugements et appréciations (art. 13)¹⁹⁶. La rectification, dont la longueur peut aller jusqu'au double du texte visé, doit être insérée en tête du plus prochain numéro, c'est-à-dire en première page, même si l'information litigieuse avait paru à un autre endroit. Cette exigence paraît quelque peu exagérée.

En Allemagne, les lois des Länder connaissent un droit de réponse tant pour les particuliers que pour les autorités, mais, afin de ne pas trop favoriser ces dernières, elles ont procédé à un nivellement par le bas et permettent uniquement les réponses qui concernent des allégations de faits (§ 11 des lois sur la presse).

¹⁹⁵ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *Traité du droit de la presse*, p. 41 s.

¹⁹⁶ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 41 ss.

C'est également aux faits que la Convention relative au droit international de rectification limite la réponse des Etats. Cette convention, ouverte aux signatures en 1953 sur décision de l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁹⁷, est entrée en vigueur en 1962¹⁹⁸. Elle donne le droit à l'Etat qui prétend fautive ou déformée une dépêche d'information susceptible de nuire à ses relations avec d'autres Etats, à son prestige ou à sa dignité nationale, de soumettre sa propre version des faits, sans commentaires ni expression d'opinions, aux Etats contractants sur le territoire desquels la dépêche a été publiée ou diffusée. Ceux-ci ont l'obligation de transmettre dans les cinq jours cette mise au point aux correspondants et aux entreprises d'information exerçant leur activité sur le territoire national. En revanche, l'entreprise fautive ne peut pas être contrainte à rectifier son erreur. Au cas où un Etat ne s'acquitte pas de son obligation, il appartient au secrétaire général des Nations Unies de donner la publicité appropriée à la mise au point et à la dépêche concernées (art. 2 à 4 de la Convention).

En Suisse, le droit de réponse des autorités n'est pas inconnu. A Zurich¹⁹⁹ et à Bâle-Campagne²⁰⁰, la presse est tenue de publier les rectifications que les tribunaux ont décidées à l'unanimité et qui concernent les comptes rendus judiciaires. A Schaffhouse, ce droit appartient à toute autorité qui a été lésée dans son honneur²⁰¹, alors que, dans les cantons de Bâle-Ville, Bâle-Campagne²⁰², Turgovie et Zurich, l'obtention de places réservées dans la salle du parlement est liée à l'obligation des journalistes de publier gratuitement les rectifications qui pourraient être faites par le président ou les orateurs²⁰³. La loi vaudoise sur la presse précise que le droit reconnu à celui qui a été nommé de manière inexacte, offensante ou malveillante appartient aussi aux corps constitués, représentés par leurs organes (art. 15). Enfin, au Tessin²⁰⁴ et aux Grisons²⁰⁵, les dispositions sont suffisamment larges pour s'appliquer égale-

¹⁹⁷ Décision du 16 décembre 1952 (résolution 630 [VII]); ouverture aux signatures le 31 mars 1953, à la fin de la session.

¹⁹⁸ Cf. *supra*, p. 49 s.

¹⁹⁹ § 147 a de la loi sur l'organisation judiciaire, du 29 janvier 1911.

²⁰⁰ § 35 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 30 octobre 1941.

²⁰¹ § 2 de la loi sur la presse du 15 décembre 1837.

²⁰² Bâle-Campagne, à vrai dire, ne mentionne pas expressément l'obtention de places réservées. L'art. 12 al. 2 du règlement pour le Grand Conseil, du 16 septembre 1929, prévoit plus généralement que tout représentant de la presse qui rend compte des délibérations du Grand Conseil est tenu, sur demande d'un orateur ou de la chancellerie, de rectifier gratuitement les indications erronées.

²⁰³ Cf. *supra*, p. 117, note 95. Une disposition analogue existe à Zurich pour les délibérations du Synode.

²⁰⁴ Art. 20 de la loi sur la presse de 1834. «... chiunque è provocato in fogli periodici (...) con allegazioni di fatti personali o che lo riguarda per ragione di parentela, d'ufficio o di ministero, ha diritto alla risposta...»

²⁰⁵ § 12 de la loi sur les abus de la liberté de la presse de 1839. On y lit que l'éditeur est tenu de publier une rectification de faits qui ont été indiqués dans son journal, si cette rectification est envoyée par «celui que ces faits concernent directement ou indirectement».

ment aux autorités. Certaines de ces réglementations, pour autant qu'elles instituent un droit de répondre à des jugements et appréciations, ne correspondent guère à la voie médiane indiquée plus haut.

b. En faveur des particuliers

Si l'on accorde le droit de réponse aux autorités, il n'y a évidemment aucune raison de le refuser aux particuliers. Avant d'aller plus avant, il est bon de s'interroger sur la justification de ce qui semble bien être une entorse au principe de la libre diffusion. La personne, à l'honneur de laquelle la presse a porté atteinte ou dont d'autres intérêts se trouvent lésés par une nouvelle inexacte, peut évidemment intenter une action judiciaire. Mais la procédure étant longue, le jugement interviendra trop tard pour enrayer le mal. De plus, il n'ira pas forcément à la connaissance des lecteurs. C'est pourquoi il faut une procédure simple, rapide et peu coûteuse, qui protège suffisamment la personnalité de l'individu, tout en sauvegardant les intérêts de la presse. Le droit de réponse paraît remplir ces conditions. Il rétablit l'équilibre des forces entre la puissance sans cesse grandissante des moyens de communication de masse et l'individu. Celui-ci n'est plus livré sans défense à toutes les attaques, mais peut riposter à armes égales.

Une autre justification, qui vaut avant tout pour le droit de réponse au sens étroit, le droit de rectification, réside dans la signification profonde de la liberté de l'information, qui est garantie dans l'espoir que la vérité se fera jour, que chaque individu pourra juger en connaissance de cause. Si un journal n'obtempère pas à l'obligation morale qu'il a de servir la vérité, si, de sa propre initiative, il n'admet pas de corriger l'erreur de son information ou de donner une autre version des faits, il y a lieu de faire intervenir une obligation juridique, afin que la liberté en question serve véritablement la collectivité²⁰⁶. Certes, nous avons vu que la garantie institutionnelle de la liberté de l'information ne donnait pas la compétence à l'Etat de réglementer la presse, que celle-ci ne pouvait remplir sa fonction que dans la liberté. Il s'agit donc ici d'une exception, facilement justifiable, car elle est en accord avec les principes déontologiques qui ont cours dans la plus grande partie de la presse.

En Suisse, où le droit de réponse des particuliers n'est connu que dans les cantons de Vaud, Schaffhouse, des Grisons et du Tessin²⁰⁷, certains auteurs ne

²⁰⁶ Cf. aussi J. P. MÜLLER, *Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschatz*, RDS, 1967, p. 141 s.

²⁰⁷ Et aussi à Berne, si l'on considère un arrêt rendu en 1945 par la Cour suprême de ce canton, RSJB, 1960, p. 474 ss, spécialement 478 s. — Voir en outre l'intéressant avis du professeur JAEGGI, pour qui le droit de rectification découle directement de l'art. 28 al. 1 CCS et n'a en conséquence pas besoin d'être consacré par des règles spéciales, cantonales ou fédérales; RDS, 1960, p. 255 a ss. Cf. aussi RSJB, 1960, p. 474; H. MERZ, *Der zivilrechtliche*

cachent pas leur hostilité à l'égard de ce qu'ils estiment être pour le journaliste une peine, ou du moins une humiliation, qui intervient avant qu'un tribunal se soit prononcé sur son bien-fondé²⁰⁸. Il ne faut pas, disent ces auteurs, soustraire à la connaissance exclusive des juges une matière de cette importance, sinon la presse se trouve victime d'une inégalité de traitement. En empruntant les voies judiciaires habituelles, le lésé obtient toujours satisfaction, par des dommages-intérêts, éventuellement par la publication du jugement. Cette publication sera peut-être tardive, mais «ce qui se perd en rapidité se compense par l'autorité d'une chose jugée»²⁰⁹. La doctrine dominante ne se rallie pas à ces vues²¹⁰, frappée qu'elle est par l'importance extrême du facteur temps dans la réparation des atteintes commises par voie de presse. Elle estime avec raison que ni l'argent, ni la publication du jugement ne sont à même d'effacer complètement les effets d'une atteinte laissée sans réponse durant des semaines.

Le droit de réponse, tel qu'il est compris par les différents législateurs, n'a pas toujours la même étendue. C'est en France qu'il est consacré de la manière la plus large. C'est là aussi qu'il est apparu pour la première fois, dans une loi du 25 mars 1822²¹¹. Toute personne nommée ou désignée dans un journal ou écrit périodique peut rédiger une réponse, qui devra paraître dans les trois jours dès sa réception, à la même place et en mêmes caractères que l'article qui l'a provoquée (art. 13 de la loi sur la presse). Ce droit est général et absolu. Il est donné même si l'article ne contient aucune inexactitude ou imputation malveillante. Il ne constitue nullement la sanction d'une faute dont se serait

Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzungen durch die Druckerpresse, RSJ, 1971, p. 92; F. RIKLIN, *Das Gegendarstellungsrecht bei Radio und Fernsehen*, RDS, 1968, I, p. 207 s., 184 ss.

²⁰⁸ BOURQUIN, *op. cit.*, p. 434.

²⁰⁹ BOURQUIN, *op. cit.*, p. 434. Pour avancer un peu la rectification, le juge pourrait éventuellement l'ordonner comme mesure provisionnelle, le journaliste étant libre de se soumettre ou non. Cf. RIKLIN, *op. cit.*, p. 186 et 208. Dans le sens de M. BOURQUIN, voir encore Hermann HUBER, *Zum Begriff der Pressefreiheit nach schweizerischem Recht*, p. 38 s. et R. SCHERRER, *Die Begrenzung der Pressefreiheit durch das Strafrecht*, p. 18, pour qui ce droit est inconstitutionnel. Selon SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 220 ss, il l'est même doublement, en ce sens qu'il s'oppose non seulement à l'art. 55 Cst., mais aussi à l'art. 64 al. 2 Cst., qui donne à la Confédération la compétence exclusive de légiférer en matière de droit civil, car la réponse n'apparaît pas comme une peine pénale, mais plutôt comme une réparation civile (cf. à ce sujet JACCOTTET, *op. cit.*, p. 234 a s.; relevant également le conflit avec l'art. 64 al. 2 Cst.: RIKLIN, *op. cit.*, p. 210 s.). En revanche, ces auteurs admettent volontiers qu'il existe une obligation non écrite de rectifier et de mettre un terme à une atteinte injustifiée. En prononçant sa sentence, le juge tiendra compte de la manière dont le journaliste s'en est acquitté. En droit pénal, l'art. 173 ch. 4 CPS le prévoit d'ailleurs expressément. Cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 435 s.; SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 223 ss.

²¹⁰ Voir les nombreux auteurs cités par SCHUMACHER, *op. cit.*, p. 220, note 9; GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 374; J. HERZOG, *Die staatsrechtlichen Grundlagen der Schweizer Presse*, p. 94; J.P. MÜLLER, RDS, 1967, p. 140; AUBERT, *op. cit.*, p. 740, no 2114; LUDWIG, *op. cit.*, p. 133 et 180; JACCOTTET, *op. cit.*, p. 232 a ss; JAEGGI, *op. cit.*, p. 255 a ss; MERZ, *op. cit.*, p. 92; RIKLIN, *op. cit.*, p. 207 s., 184 ss. Voir aussi ATF 33 I 303, 38 I 498.

²¹¹ Voir également la réglementation italienne (loi du 8 février 1948) et belge (loi du 23 juin 1961).

rendu coupable l'auteur de la mise en cause. Celui qui l'exerce est seul juge de l'utilité, de la teneur et de la forme de la réponse. Celle-ci ne peut être refusée sous prétexte de défaut d'intérêt ou de préjudice²¹², mais on exige tout de même qu'il y ait eu une véritable mise en cause, que la personne ait été nommée dans des conditions qui appellent une réponse²¹³.

Le droit de réponse contenu dans la loi vaudoise sur la presse est un peu plus restreint. Il n'appartient qu'à la personne qui a été nommée ou désignée d'une manière inexacte, offensante ou malveillante. L'auteur de la réponse est seul juge de sa forme, de son contenu, de son opportunité et de son utilité. La réponse ne peut dépasser le double de l'écrit qui l'a provoquée. Sur ce point, la loi vaudoise est plus généreuse que la réglementation française²¹⁴.

La version la plus étroite du droit de réponse permet à la personne qui est touchée par une allégation de faits de corriger les inexactitudes. C'est ce qu'on appelle couramment le droit de rectification (*Berichtigungsrecht, right of correction*)²¹⁵. En Suisse, il a cours aux Grisons, alors que la loi vaudoise sur la presse, tout comme celle de Schaffhouse, ne s'en séparent que parce qu'elles reconnaissent en plus une possibilité de répondre aux jugements et aux allégations exactes s'ils sont malveillants ou offensants. N'exigeant pas non plus la fausseté des allégations de faits, la loi tessinoise s'en distance elle aussi. Enfin, comme on sait, le droit de rectification est accordé en France aux dépositaires de l'autorité publique et, dans certains cantons suisses, aux tribunaux ou aux membres du parlement²¹⁶.

En Allemagne, le droit de réponse n'existe également qu'en cas d'allégations de faits. Cependant, il n'est pas nécessaire que ces assertions soient inexactes, ni que la réponse soit conforme à la vérité. Le droit appartient à quiconque remplit certaines conditions formelles. Il ne s'agit donc pas à strictement parler

²¹² Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 56 s.

²¹³ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 59, qui citent comme exemples de réponses abusives celles que donneraient pour expliquer leur défaite un candidat battu aux élections, un sportif ayant perdu un match ou un avocat dont le client a été condamné, alors que le journal s'est borné à citer leur nom sans commentaires avec le nombre de voix obtenu et le nom du parti politique, avec le résultat du match, ou à la fin de la décision judiciaire en même temps que le nom des magistrats ayant participé à l'affaire.

²¹⁴ Voir la loi du 29 septembre 1919, qui modifie l'art. 13 de la loi sur la presse de 1881. La réponse peut égaler la longueur de la mise en cause, avec un maximum de 200 lignes qui ne saurait être dépassé, même si la personne s'offre à payer le surplus. L'auteur de la réponse a, dans tous les cas, droit à 50 lignes. (Art. 20 al. 4 de la loi vaudoise: 15 lignes). Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 67.

²¹⁵ M. JACCOTTEY a une notion plus large du droit de rectification, qui existe, d'après lui, pour tout jugement ou allégation de faits, pourvu que la personne mise en cause ait un intérêt à répondre (*op. cit.*, p. 232 a s.). Cependant, si l'on s'en tient à une définition stricte du mot rectification, ce droit doit être compris comme donnant la possibilité de redresser les erreurs qui se sont glissées dans la publication de faits. On ne rectifie pas l'opinion ou le jugement d'un tiers. On peut tout au plus y répondre.

²¹⁶ Cf. *supra*, p. 149 ss.

d'une rectification, mais d'une possibilité offerte à la personne de faire valoir sa propre façon de regarder les choses²¹⁷. Elle doit correspondre à un intérêt légitime de la personne, dont on n'exige cependant pas qu'elle soit immédiatement touchée par la publication. Une mise en cause médiate suffit. En revanche, la réponse doit se limiter aux faits, et ne peut porter ni sur la partie publicitaire, ni sur no compte rendu véridique des débats publics d'une autorité²¹⁸.

L'intérêt paraît indispensable pour justifier le droit de réponse. Il est vrai que la notion d'intérêt doit rester large, si l'on ne veut pas priver peu à peu de soo efficacité ce moyen de protéger la personnalité. Il ne faut pas, d'autre part, que la réponse ait un contenu répréhensible, qu'elle porte atteinte à l'honneur ou à la considération du journaliste, qu'elle mette en cause de manière offensive un tiers étranger au débat, qu'elle ait trait à un tout autre objet que celui qui la motive, ni non plus que sa longueur soit disproportionnée. Sous ces réserves, le droit de réponse sous ses formes les plus diverses peut fort bieo s'accorder avec la liberté de la diffusion.

B. *L'obligation de vérité*

a. Un devoir de vigilance

S'il paraît malheureusement difficile de cantonner la presse dans des sujets d'uo certain niveau éducatif et intellectuel, si l'on ne peut pas imposer aux journalistes un raisonnement, une curiosité et une manière d'écrire décente, on est tenté d'exiger pour le moins une chose: la vérité. Rien n'est plus contraire à l'intérêt du lecteur et de la collectivité qu'une information erronée, grossièrement tendancieuse et incomplète.

Deux difficultés, cependant, surgissent. L'une tient à la définition même de la vérité. Qu'est-ce que la vérité? Existe-t-elle? Toute information n'est-elle pas faussée? En effet, il est difficile de rapporter un fait brut, en excluant toute influence personnelle, telle que celle qui provient de l'imagination ou de la manière de comprendre l'événement. En outre, l'information est le plus souvent résumée, et il y a nécessairement des lacunes, qui portent toutes atteinte à la vérité, à des degrés certes différents. Même en adoptant la conception d'une vérité relative, il serait malaisé de distinguer entre les lacuoes admissibles et celles qui ne le sont pas.

²¹⁷ Les lois actuelles ont remplacé le terme de *Berichtigungspflicht* contenu dans l'ancienne loi impériale de 1874 par celui de *Gegendarstellung*, certainement plus juste. Elles se rapprochent aussi beaucoup du droit de réponse français, du moins en ce qui concerne les allégations de faits.

²¹⁸ En France, le droit de réponse existe dans ces deux dernières hypothèses. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 58 s. et 61. Cela est cependant contesté en ce qui concerne les débats parlementaires. Cf. R. PINTO, *La liberté d'opinion et d'information*, p. 169; G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, p. 270.

L'autre difficulté tient à la rapidité qui préside à la transmission des nouvelles. Cette rapidité, qui est une condition essentielle de la bonne information, est également un sérieux handicap pour celle-ci. Elle empêche toute investigation véritable. Les quelques heures dont dispose le journaliste excluent l'enquête approfondie qu'on pourrait souhaiter avant la publication de chaque information. Elles suffisent à peine à un contrôle sommaire des informations les plus sujettes à caution. De plus, les moyens de recherche dont dispose la presse sont sensiblement plus réduits que ceux de la justice.

Ces considérations ont amené les législateurs allemands à ne pas suivre l'exemple de la loi bavaroise sur la presse de 1949, qui, en son § 3, déclare que la presse sert l'idée démocratique et qu'en remplissant cette mission, elle a le devoir de faire des comptes rendus conformes à la vérité. Ils ont préféré une formulation plus souple, où n'apparaît qu'un devoir de vigilance. «La presse doit, avant de diffuser toute nouvelle, vérifier sa véracité, son contenu et son origine, avec le soin requis par les circonstances.» Il n'est pas exigé d'elle qu'elle publie la vérité objective, ni qu'elle engage des moyens d'investigation considérables. Il suffit que la vérification ait lieu avec le soin qui est habituellement celui des journalistes consciencieux. Cette obligation ne connaît pas de sanction spéciale. Elle constitue une *lex imperfecta*²¹⁹. Il faut néanmoins rappeler les dispositions civiles et pénales qui interviennent quand les droits de tiers sont lésés. Si le journaliste a fait preuve d'un manque de soin, ces dispositions s'appliquent pleinement, et il est exclu d'invoquer la protection spéciale de la liberté de la presse, ni la clause de la sauvegarde d'intérêts légitimes. La violation du devoir de vigilance peut donc tout de même s'accompagner d'effets.

Un devoir semblable existe en Suisse, du moins implicitement. Selon le droit pénal, l'auteur d'une diffamation n'encourt aucune peine s'il prouve qu'il avait des raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vraies les allégations qu'il a articulées ou propagées (art. 173 ch. 2 CPS). S'il a publié la nouvelle telle quelle, sans procéder à la vérification qui s'imposait, il ne peut se prévaloir de la mission particulière de la presse. En droit civil, le Tribunal fédéral refuse de considérer comme licite une affirmation fautive faite de bonne foi. La manière dont le journaliste a contrôlé ou non la véracité de ses dires influe cependant sur la fixation des dommages-intérêts et de l'indemnité pour tort moral²²⁰.

b. La protection de droit privé du lecteur

Quand on s'inquiète des victimes de fausses nouvelles, et de la réparation qui leur est due, on ne pense le plus souvent qu'aux personnes qui font l'objet de la nouvelle, qui se trouvent compromises ou malmenées. Or ces personnes ne

²¹⁹ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 126.

²²⁰ ATF 91 II 406, Weber, du 14 décembre 1965. Cf. *supra*, p. 30.

sont pas directement touchées par la fausseté même, mais plutôt par ses conséquences. Le préjudice qu'elles subissent s'analyse comme un changement d'attitude qu'opéreront à leur égard les tiers qui auront pris connaissance de l'information. En revanche, elles ne sont pas induites en erreur, puisqu'elles savent combien l'allégation est sans fondement.

On ne saurait en dire autant du lecteur, qui, lui, est véritablement trompé. Cet aspect a trop souvent été négligé jusqu'ici, et on ne s'est pas préoccupé des moyens de riposte qu'il convenait de donner au lésé en l'occurrence. Ces moyens peuvent être de deux sortes et participer soit du droit des obligations contractuelles, soit du droit des personnes.

1. *L'action en inexécution de contrat.* Le lecteur qui achète un journal d'information le fait à la condition tacite que les faits qui y sont rapportés correspondent à la réalité. Tout au plus est-il conscient des risques d'erreurs involontaires et en prend-il son parti. Mais il ne désire ni n'envisage les erreurs intentionnelles ou celles qui sont le fruit d'une négligence caractérisée. Si le contrat n'est pas respecté sur ce point, il y a donc inexécution partielle, et le lecteur devrait pouvoir actionner le journaliste ou l'éditeur en dommages-intérêts²²¹, ou demander une somme d'argent à titre de réparation morale²²². L'information incomplète peut être considérée en effet comme une atteinte aux intérêts personnels du lecteur²²³.

2. *Les actions visant la protection des droits de la personnalité.* Le lecteur aussi jouit des droits de la personnalité. Parmi les biens qui doivent rester hors d'atteinte, il y a la vie, la santé, l'honneur, mais aussi la pensée. Celle-ci doit pouvoir se former librement, sans contrainte extérieure. Mais à cet impératif se heurte un autre droit de la personnalité, celui qu'a chaque individu de s'exprimer, de répandre ses convictions et ses connaissances comme bon lui semble. Il y a donc opposition entre deux droits différents. Auquel doit-on la plus grande protection? A vrai dire, la question ne mérite pas de longs développements, car on admet généralement que la liberté de s'exprimer n'inclut pas le droit de répandre de fausses informations. Cet avis doit cependant être nuancé, si l'on ne veut pas aboutir à une obligation juridique de vérité, dont nous avons déjà dit l'inopportunité. Seules ne sont pas couvertes les informations dont le journaliste connaissait pertinemment l'inexactitude ou qu'il n'avait pas de raisons sérieuses de tenir de bonne foi pour vraies.

²²¹ Art. 97 CO. Il est vrai que la preuve d'un dommage matériel sera souvent impossible. Cf. H. GIGER, *Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz als privatrechtliches Problem*, RDS, 1970, p. 48 s.

²²² Art. 99 et 49 CO.

²²³ Cf. J. KOELLIKER, *Liberté et statut de la presse moderne*, p. 92 et 98. Cet auteur cite encore les actions de garantie en raison des défauts de la chose (art. 205 CO: action réhibitoire, action en réduction de prix), tout en admettant qu'il ne serait pas très sensé d'y avoir recours en raison de la faible valeur litigieuse (p. 91).

Nous ne pouvons donc entièrement nous rallier au professeur GIGER, quand il dit que toute information fautive viole le droit de la personne à la libre formation de son opinion et qu'elle autorise ainsi ses destinataires à prendre les mesures adéquates. Et nous avons encore plus de peine à le suivre, quand il déclare que la forme de l'inexactitude ne joue pas de rôle, que ce peut aussi bien être un mensonge grossier qu'une tromperie par le silence²²⁴, une déformation de faits ou une politique de demi-vérités²²⁵. Il faut, pensons-nous, poser des conditions strictes à l'inexactitude et exiger qu'il s'agisse d'affirmations de faits manifestement contraires à la réalité objective.

Quant aux erreurs d'appréciation et d'opinion, M. GIGER les exclut avec raison. En revanche, il assimile aux fausses nouvelles les jugements exprimés de manière tendancieuse, polémique ou haineuse, et qui donnent une image déformée de la réalité²²⁶. Si la jurisprudence s'engageait dans cette voie, elle se verrait rapidement confrontée à de sérieuses difficultés d'appréciation, et il y aurait lieu de craindre une multiplication des causes, du moins si l'on considère qu'aucun journal ne peut prétendre à l'objectivité constante et parfaite.

En résumé, on doit poser le principe que le lecteur dupé par une fausse nouvelle est également une personne lésée dans ses droits personnels, et qu'il peut prétendre à la protection appropriée. Il peut réclamer des dommages-intérêts ou une indemnité pour tort moral. Le préjudice risquant le plus souvent d'être difficilement chiffrable, l'action en interdiction du trouble futur présente un intérêt plus certain, puisqu'elle aboutit à menacer le journal d'une sanction s'il réitère ses informations erronées. L'ordre du juge ne sera pas de s'en tenir scrupuleusement à la vérité, mais plutôt de respecter le devoir de vigilance qui incombe au journaliste. C'est sans trop d'hésitations que les tribunaux devraient donner suite à de telles actions. Le lecteur qui agit de cette manière n'est ni un plaideur maniaque, ni un querelleur. Il se pose en défenseur des intérêts de tous.

Une précision encore. Contrairement aux actions pécuniaires de l'art. 28 al. 2 CCS, l'action en interdiction du trouble futur n'exige pas de faute. Il suffit que l'acte soit illicite. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une fausse nouvelle répandue de bonne foi reste illicite²²⁷. Si l'on adopte ce point de vue, n'importe quelle fausse nouvelle pourrait, à l'avenir, être sanctionnée. Ce serait évidemment exagéré. Aussi, une modification de jurisprudence nous paraît-elle s'imposer, dans le sens que seule la légèreté de la diffusion fonderait l'illicéité et pourrait légitimer l'ouverture d'une action en interdiction

²²⁴ Dans ce sens également: KÖLLIKER, *op. cit.*, p. 97.

²²⁵ GIGER, *op. cit.*, p. 51.

²²⁶ *Op. cit.*, p. 51 s.

²²⁷ Cf. *supra*, p. 30.

du trouble futur et l'application des sanctions qu'entraîne le non-respect de l'interdiction²²⁸.

c. Le délit de fausses nouvelles

Il ne paraît pas judicieux d'aller plus loin dans l'aménagement de l'obligation de vérité et d'instituer un délit de fausses nouvelles, même si on le limite aux nouvelles dont le journaliste connaissait l'inexactitude ou qu'il n'avait pas pris le soin de vérifier. On peut éventuellement mettre à part le cas où une information inexacte a été répandue avec une mauvaise foi évidente et où elle cause effectivement un trouble sérieux à l'ordre public²²⁹, encore que le droit de rectification et la concurrence qui existe entre les différents organes de presse, entre la radio et la télévision, devraient rendre superflue une disposition en la matière²³⁰. S'il faut éviter la répression pénale des fausses nouvelles, sauf naturellement dans l'hypothèse où les droits de tiers sont lésés²³¹, c'est d'une part que le droit privé offre des moyens d'action suffisants, surtout si l'on ajoute au droit de rectification une possibilité pour le lecteur de se défendre par des voies civiles. D'autre part, le caractère du droit pénal n'est pas adapté à la faute envisagée ici. Le risque que l'Etat profite de ce délit pour imposer indirectement sa propre vérité ne se justifie donc pas²³².

²²⁸ Autre cas d'illicéité: celui du journaliste qui refuse de corriger une nouvelle fausse répandue en accord avec le devoir de vigilance. Cf. *supra*, p. 31.

²²⁹ Cf. par exemple l'art. 8 de la loi bernoise sur l'introduction du code pénal suisse, du 6 octobre 1940. L'alinéa 2, cependant, punit la négligence, quelle qu'elle soit. Le § 31 al. 2 de la loi schwytoise correspondante, du 21 juillet 1941, punit celui qui diffuse de fausses nouvelles, mais seulement s'il n'avait pas de raisons suffisantes de les tenir pour vraies. En revanche, il n'est pas demandé que la nouvelle ait véritablement troublé la confiance publique. Il suffit qu'elle ait été propre à le faire. Cette disposition a malgré tout été jugée en accord avec le droit fédéral par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 71 IV 106, *Lüdemann*, du 27 avril 1945. Le tribunal, il est vrai, ne l'a pas examinée sous l'angle de la conformité avec l'art. 55 Cst.

²³⁰ On peut également admettre une disposition telle que l'art. 266 *bis* CPS, qui punit celui qui a lancé ou propagé des informations inexactes ou tendancieuses dans le but de provoquer ou de soutenir des entreprises ou menées de l'étranger contre la sécurité du pays. On ne peut attendre pour intervenir que la sécurité extérieure soit effectivement compromise par les nouvelles de ce genre. D'autre part, le libellé de cette disposition ne permet pas tous les élargissements.

²³¹ Tout lecteur qui est abusé par une fausse nouvelle voit lui aussi ses droits lésés, comme nous l'avons vu précédemment. Nous en faisons cependant abstraction ici et ne réservons que les droits habituellement protégés, tels le droit à l'honneur de la personne qui fait l'objet de la diffamation ou de la calomnie, le droit au patrimoine de celui pour qui la fausse nouvelle constitue un acte de concurrence déloyale, le droit du lecteur à son patrimoine si la fausse nouvelle est l'élément d'une escroquerie, etc.

²³² Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, II, p. 129. Voir aussi JACCOTTET, *op. cit.*, p. 187 a, qui signale les dangers qu'une poursuite d'office ferait courir au gouvernement d'un Etat neutre. Pour une sévère répression pénale: KOELLIKER, *op. cit.*, p. 111 s. et 119, qui estime qu'il n'existe pas de fausses nouvelles sans importance aucune et que, dès lors, on n'exemptera jamais le coupable de toute peine. Pour cet auteur, certains silences doivent être assimilés aux fausses nouvelles et être punis en conséquence.

A cet égard, la réglementation française n'apparaît pas comme un exemple à suivre absolument. L'art. 27 de la loi sur la presse punit la publication de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers, si elle a été faite de mauvaise foi et si elle est de nature à troubler la paix publique, à ébranler la discipline ou le moral des armées, ou à entraver l'effort de guerre de la Nation²³³. Il n'est pas demandé que des troubles se soient effectivement produits. Leur simple éventualité suffit²³⁴. On a créé ainsi, dit le professeur BURDEAU, un délit «dont l'élasticité permet les poursuites arbitraires et ressuscite le délit d'opinion»²³⁵.

Le droit français connaît encore des dispositions punissant la publication intentionnelle de faits faux opérant la hausse ou la baisse du prix de marchandises ou de papiers²³⁶, punissant également le fait d'avoir sciemment répandu des allégations mensongères de nature à ébranler la confiance dans la solidité de la monnaie ou dans la valeur des fonds publics de toute nature²³⁷. Enfin, un décret de 1964 sanctionne les fausses nouvelles aptes à détourner des suffrages ou à déterminer des abstentions en période électorale.

§ 4 L'exigence de la transparence financière

A. Un principe: l'anonymat du bailleur de fonds

La liberté de la diffusion implique pour l'individu le droit de ne pas révéler les raisons profondes qui le poussent à participer à l'édition d'un produit de

²³³ Il n'est pas nécessaire de se trouver en état de guerre. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 360. Les peines sont l'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et (ou) une amende de 300 à 300 000 francs pour les fausses nouvelles de nature à troubler l'ordre public, l'emprisonnement de 1 à 5 ans et une amende de 3000 à 900 000 francs quand c'est l'armée ou l'effort de guerre qui est en jeu. La suspension du journal est possible pour une durée de 3 mois au plus. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 364.

²³⁴ A l'origine, l'art. 27 exigeait un trouble effectif de la paix publique. Les poursuites étaient très rares. Cet article fut modifié par un décret-loi du 30 octobre 1935 et une ordonnance du 6 mai 1944.

²³⁵ *Op. cit.*, p. 265. Cf. aussi C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, p. 475; PINTO, *op. cit.*, p. 103. — Quant à la mauvaise foi, elle n'est pas présumée, et il appartient au ministère public d'en apporter la preuve. Mais la preuve d'une intention ne pouvant que très rarement être administrée de manière directe, on sera tenté de faire une large part à l'interprétation. A vrai dire, la jurisprudence est restée jusqu'ici assez restrictive. Il a été ainsi jugé qu'une simple négligence à contrôler la nouvelle qu'on publie n'est pas suffisante pour constituer la mauvaise foi nécessaire à une poursuite pénale. C. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 362 et les arrêts cités à la note 28.

²³⁶ Art. 419 et 420 du code pénal.

²³⁷ Loi du 18 août 1936 sur la répression des atteintes au crédit de la nation. Cf. BURDEAU, *op. cit.*, p. 266. Cette loi réprime aussi le fait d'avoir incité le public à des retraits de fonds de caisses publiques, à la vente d'effets publics, ou d'avoir détourné de l'achat ou de la souscription de ceux-ci. Le délit existe même si la vérité a été respectée et si les provocations n'ont pas été suivies d'effets. Pratiquement, note M. BURDEAU, cela revient à l'interdiction de renseigner les porteurs de fonds sur la tendance économique et financière. On a vu ainsi des journaux condamnés pour avoir présenté la dévaluation comme inévitable, alors qu'elle eut lieu effectivement.

presse. La simple mention de son nom comme éditeur ou comme bailleur de fonds peut, suivant les cas, être tellement explicite que ces raisons n'échapperont plus à personne. Il convient donc de ne pas rendre pareille mention obligatoire et de reconnaître l'anonymat du bailleur de fonds, sous une double réserve. D'abord le droit pénal peut exiger que tout imprimé indique le nom de l'éditeur, afin de ne pas être dénué s'il y a lieu à répression. Ce nom peut être celui d'une personne morale, derrière laquelle certaines personnes physiques pourront rester cachées. Ensuite, cet anonymat est donné seulement pour autant que le bailleur de fonds n'ait pas commis d'infraction. Ce droit a ainsi un caractère relatif, qui le distingue du droit à l'anonymat de l'auteur ou de l'informateur²³⁸.

B. *Les exceptions motivées par la crainte des influences étrangères*

On peut se demander s'il n'existe pas d'autres raisons pour s'écarter du principe ci-dessus. Si les bailleurs de fonds sont souvent intéressés à l'anonymat, c'est qu'il leur permet de mieux influencer le lecteur. Certes, la liberté de la diffusion n'interdit pas aux journalistes et aux éditeurs de chercher à accroître leur audience. Ceux-ci n'ont à fournir de comptes ni sur leurs moyens, ni sur leurs buts. Le désir de faire partager ses idées au plus grand nombre et d'avoir ainsi prise sur les événements est même une des raisons d'être de cette liberté. Cependant, le libéralisme n'est plus admissible s'il sert à couvrir une activité préjudiciable à la collectivité, telle une propagande étrangère, l'opinion publique, croyant avoir affaire à des journaux du pays, n'opposerait pas la circonspection de rigueur. Les éléments étrangers qui se seraient infiltrés auraient beau jeu de l'amener à faire siennes des vues contraires à l'intérêt national. L'anonymat ne devant pas servir de paravent aux menaces contre l'indépendance du pays, il est donc normal qu'il cède le pas dans cette hypothèse.

En Suisse, un arrêté du 30 décembre 1941, pris par le Conseil fédéral en vertu de ses pleins pouvoirs, prohibait toute création de nouveaux journaux ou périodiques politiques, ainsi que la modification des entreprises existantes. Il en allait de même pour les agences de presse. Des exceptions pouvaient être consenties lorsque, d'une part, le nouvel organe répondait à un besoin public et ne compromettait en aucune façon les intérêts du pays, et que, d'autre part, la provenance suisse des fonds engagés dans l'entreprise était prouvée, de même le fait que la rédaction et la direction étaient entre des mains suisses²³⁹. Ce régime a été assoupli dès le retour de la paix et a pris fin en 1952²⁴⁰. Jusqu'alors, il demeurait interdit aux étrangers de créer de nouveaux journaux, périodiques

²³⁸ Cf. *supra*, p. 100 ss.

²³⁹ RO 1941, 1591.

²⁴⁰ ACF du 31 juillet 1945 (RO 1945, 552). ACF du 8 mars 1946 (RS I, 85), prorogé par les ACF du 8 décembre 1947 (RS I, 86), du 5 décembre 1949 (RO 1949, 1754) et du 27 novembre 1951 (RO 1951, 1137).

ou agences de presse, de reprendre ou de développer de manière essentielle de telles entreprises, d'y participer financièrement, ainsi que de collaborer à leur direction ou à leurs services de rédaction.

Les voix qui, durant l'après-guerre, s'élevèrent pour qu'on accorde à la Confédération la compétence de contrôler les entreprises de presse, le firent dans un souci principal de défense contre les influences étrangères²⁴¹. En 1948 la question fut abordée devant la Société suisse des juristes²⁴². Dans un projet d'article constitutionnel rédigé quelques temps après son exposé, FELDMANN entendait donner à la Confédération le droit d'édicter des dispositions «pour établir un contrôle des ressources financières des entreprises de presse, afin de protéger l'opinion publique contre les menées étrangères portant atteinte à la sécurité de la Suisse»²⁴³. Il ne rejoignait pas entièrement M. JACCOTET, rapporteur de langue française, qui, lui, voyait encore une autre utilité à ce contrôle, celle de lutter contre les trusts. Ce postulat n'a finalement pas été retenu dans le projet que la Commission mixte de politique en matière de presse soumit au Département fédéral de justice et police en septembre 1951. Jugeant que la position conférée aux étrangers dans la presse suisse peut être appréciée de différentes manières suivant la situation politique internationale, la Commission dit sa préférence de voir s'établir une réglementation sur un plan légal plutôt que constitutionnel²⁴⁴. Aussi, le projet gouvernemental et le message du 19 octobre 1951 passent-ils la question sous silence²⁴⁵.

C'est également dans le but de prévenir les influences étrangères que l'ordonnance du 26 août 1944 sur l'organisation de la presse française pose certaines règles concernant la transparence des entreprises de presse²⁴⁶. La nationalité française est exigée de tous les propriétaires, associés, actionnaires, commanditaires, bailleurs de fonds et autres participants à la vie financière d'une publication, exception faite pour les publications paraissant sur le territoire français et publiées par des étrangers ou des sociétés étrangères, pour autant que la réciprocité soit accordée aux Français par les pays dont ces personnes ou sociétés sont ressortissantes. Le recours à des prête-noms est sévèrement puni. Afin de permettre les contrôles, le capital d'une entreprise constituée en société anonyme doit être composé d'actions nominatives qui, pour être transférées, néces-

²⁴¹ Procès-verbal de la commission du CN, I, p. 9 ss.

²⁴² RDS 1948, p. 121 a s. et 192 a ss. Cf. *supra*, p. 45.

²⁴³ Cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 547.

²⁴⁴ BEJ, 1951, p. 516.

²⁴⁵ Cf. *supra*, p. 83. — La Suisse n'aurait pas été le seul pays à insérer une telle disposition dans sa loi fondamentale. Ainsi, l'art. 21 de la Constitution italienne de 1947, consacré à la liberté d'opinion et de presse, prévoit en son alinéa 5 que «la loi peut décider, par des normes de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique seront rendus publics». Cependant, aucune loi n'a été édictée dans ce sens jusqu'à ce jour.

²⁴⁶ Voir les art. 3 à 6, 13, 18 et 19.

sitent l'agrément du conseil d'administration. Lorsqu'il s'agit d'une société, un numéro de la publication doit indiquer tous les trois mois la liste complète des actionnaires ou porteurs de parts, avec leurs adresses et qualités. S'il y a plus de cent associés, la liste publiée ne comportera que le nom des cent associés ayant les plus gros intérêts dans l'entreprise, la liste des autres associés devant être remise au ministère chargé de l'information, où elle peut être consultée par le public sur demande. A vrai dire, ces dispositions ne sont que très partiellement appliquées, sans que cela entraîne les sanctions pénales prévues²⁴⁷.

Il est évident que les personnes désirant se soumettre tel ou tel organe de presse peuvent également le faire par le moyen de dons et d'autres avantages. Un contrôle efficace doit donc comprendre ces ressources-là. L'ordonnance de 1944 prévoit que chaque périodique publiera annuellement dans ses colonnes son compte d'exploitation et son bilan. Le fait pour le propriétaire de recevoir directement ou indirectement des fonds ou avantages d'un gouvernement étranger peut entraîner une peine allant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, sauf s'il s'agit de fonds destinés à la publicité. Mais ces dispositions ne sont pas appliquées, pas plus que n'ont été pris les décrets prévus par l'ordonnance pour fixer les conditions d'une vérification permanente de la comptabilité de chaque publication²⁴⁸.

C. *Les exceptions motivées par la crainte des trusts*

Il n'y a pas que les étrangers qui puissent être tentés de se servir de la couverture offerte par l'anonymat pour se livrer à des menées peu profitables à la collectivité. Les tendances à la concentration sont suffisamment précises dans la presse pour que l'on imagine combien l'anonymat peut faciliter les tentatives de certaines personnes d'accroître leur pouvoir économique et leur influence. Le lecteur qui n'est pas averti des rapports de propriété considère les différents journaux de sa région comme ayant une personnalité distincte. S'ils défendent les mêmes opinions sans que l'on sache que celles-ci sont dictées en fait par un seul et même personnage, le lecteur se laissera plus facilement convaincre et omettra de recourir à des sources véritablement indépendantes.

Mais la publicité des dessous financiers n'est pas seulement une protection pour le lecteur. En décourageant certaines transactions, elle peut contribuer à freiner le mouvement de concentration qui, en matière de presse, n'est pas sans receler de sérieux dangers pour la démocratie.

²⁴⁷ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 513; COLLIARD, *op. cit.*, p. 444.

²⁴⁸ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 514 s.; COLLIARD, *op. cit.*, p. 444 s.

D. *Compatibilité avec la liberté de la diffusion*

Une limitation du droit à l'anonymat du bailleur de fonds au-delà des exigences normales de la répression ne paraît pas contraire à la liberté de la diffusion²⁴⁹. Comme nous venons de le voir, il est des cas où d'importants intérêts du lecteur et de la collectivité sont en jeu, indépendamment de toute commission d'infraction. En les négligeant, on ne ferait pas forcément preuve de fidélité aux principes libéraux. Quand l'Etat garantit une liberté individuelle, il lui est permis d'apporter certains correctifs, surtout s'ils n'attentent pas au contenu essentiel du droit visé. Or l'anonymat dont il s'agit ici n'est pas un instrument indispensable à l'exercice de la liberté de diffusion. Il ne fonde pas l'équilibre financier de la presse. La situation n'est pas telle que plus personne ne financera un journal s'il sait que son nom doit être dévoilé. Quelques pertes peuvent être enregistrées, mais elles ne sont pas de nature à empêcher le fonctionnement de la presse dans son ensemble.

Il va de soi que certaines règles doivent être observées dans l'établissement des limites, celles de la légalité et de la proportionnalité. Ainsi, par exemple, l'abandon de tout anonymat et l'instauration d'une transparence financière absolue ne peuvent être admis que s'ils sont requis par l'importance des inconvénients ressentis par les lecteurs ou la collectivité. S'il n'existe aucun danger d'infiltration étrangère systématique, il n'est pas justifié de soumettre les journaux à des contrôles visant à déterminer l'origine nationale ou non de leurs ressources. Enfin, il n'y a pas non plus lieu d'obliger les périodiques à publier régulièrement dans leurs colonnes le nom de tous les propriétaires, associés, actionnaires, porteurs de parts, etc., si un contrôle plus discret s'avère tout aussi efficace dans la lutte contre la concentration²⁵⁰.

Autre est la question de savoir si l'indication des noms des bailleurs de fonds est vraiment efficace pour protéger le lecteur. Sur ce point, la législation allemande fait montre de passablement de réticence. Seules les lois sur la presse de Bavière²⁵¹ et de Hesse²⁵² imposent aux éditeurs de journaux et de revues

²⁴⁹ Dans ce sens également: LUDWIG, *op. cit.*, p. 134.

²⁵⁰ On peut songer non pas à la consultation du registre du commerce (qui, souvent, s'avère insuffisante pour reconnaître les véritables propriétaires), mais à des enquêtes telles que celles menées en 1969 par la Commission des cartels et consacrée au mouvement de concentration dans la presse suisse. Dans ses conclusions, la Commission recommande d'ailleurs de procéder à des enquêtes périodiques sur les rapports de propriété, «afin qu'il soit possible en tout temps d'établir s'il existe des entreprises dominant le marché, au sens de l'art. 3 de la loi sur les cartels, et si la position de ces entreprises, eu égard aux particularités de la presse et de ses marchés, pourrait avoir des effets nuisibles d'ordre économique ou social». PCC, 1969, p. 304 s., 310.

²⁵¹ § 8 al. 3. Une ordonnance d'exécution de 1950 donne les détails. Ainsi, par exemple, doivent être mentionnées les personnes dont la participation au capital de l'entreprise dépasse 5 pour cent pour la société à responsabilité limitée, 25 pour cent pour la société anonyme.

— La loi bavaroise sur la presse date de 1949.

²⁵² § 5 al. 2. Cette loi date de 1949 et 1958.

de publier une fois par trimestre dans leurs périodiques les rapports de propriété et de participation. La loi hessoise se contente d'une publication annuelle pour tous les non-quotidiens. Les faits publiés ne peuvent entraîner une interdiction de paraître ou un ordre de modifier la structure financière de l'entreprise. Ils servent simplement à renseigner le lecteur, à lui donner les moyens de reconnaître qui, le cas échéant, est en mesure d'exercer par son pouvoir économique une influence sur la position du journal ou de la revue. Les lois plus récentes ont toutes renoncé à de pareilles dispositions. Les Länder qui les connaissaient naguère ne les ont pas reprises dans leur nouvelle législation²⁵³.

M. LÖFFLER regrette cette situation²⁵⁴. Il estime qu'il s'agit là d'une lacune des législations modernes, qui ont ainsi éludé un problème pourtant déjà très actuel à l'époque de leur confection, celui de la concentration de la presse²⁵⁵. Pour cet auteur, il aurait fallu développer les dispositions contenues dans les anciennes lois et affronter de la sorte les menaces que ce mouvement fait planer sur la liberté de la presse. La commission chargée par le gouvernement fédéral d'examiner les menaces contre l'existence économique des entreprises de presse a elle aussi insisté sur l'intérêt de telles dispositions. Dans son rapport final du 14 juin 1968, elle va jusqu'à proposer aux Länder une révision dans le sens de la législation bavaroise²⁵⁶. Il conviendrait en outre, selon elle, de compléter les règles concernant la divulgation des rapports de propriété par une obligation de mentionner les autres organes de presse qui appartiennent aux propriétaires du journal en question. Enfin, il faudrait que les journaux qui empruntent régulièrement d'importantes parties à d'autres périodiques publient les noms de l'éditeur et du rédacteur responsable de ces parties.²⁵⁷

§ 5 Les lois anti-trust

On peut distinguer deux sortes de concentration en matière de presse. Il y a *concentration naturelle* quand des journaux faibles dont la situation est déficitaire ou va le devenir à court terme sont amenés à se rapprocher d'autres journaux en vue d'une mise en commun partielle ou totale des services rédactionnels, administratifs ou techniques. L'espacement de la parution ou la dis-

²⁵³ Brême, Hambourg, Bade-Wurtemberg, Rhénanie du Nord-Westphalie, Schleswig-Holstein.

²⁵⁴ *Op. cit.*, II, p. 10.

²⁵⁵ Même opinion: U. SCHWARZ, *Presserecht für unsere Zeit - Die deutsche Gesetzgebung als Beispiel*, p. 98 ss.

²⁵⁶ *Bundestag-Drucksache V/3122*, p. 47.

²⁵⁷ Cette obligation est déjà contenue dans la plupart des lois (§ 8 al. 3). Les lois du Bade-Wurtemberg et de la Rhénanie du Nord-Westphalie vont même plus loin, puisqu'elles obligent les journaux qui, à part leur titre et une chronique locale, reçoivent la totalité de leur matière d'un autre journal, à indiquer également le titre de ce journal.

partition pure et simple en sont également une forme. Il y a *concentration forcée* quand des journaux dont la situation n'est pas spécialement précaire sont rachetés par une entreprise de presse qui cherche à consolider sa position sur le marché. La distinction n'est pas toujours aisée dans la réalité, car l'appréciation des impératifs économiques est abandonnée pour une bonne part à la subjectivité.

Ces phénomènes sont tous les deux assez peu rassurants. A ses débuts, la concentration naturelle a certes des effets bénéfiques pour la presse. La rationalisation est un précieux facteur de consolidation. Mais, passé un certain stade, elle constitue un même danger que la concentration forcée. Ce danger se situe moins sur un plan économique que psychique. Les éditeurs monopoleurs ne pourraient élever leurs abonnements et le prix des annonces comme bon leur semble. Vu l'existence d'autres moyens d'information et de publicité, tels la télévision, la radio, les prospectus, la demande resterait très dépendante du prix, donc très élastique. En revanche, un monopole en matière de presse peut avoir une influence considérable sur les individus et, par leur biais, sur la vie du pays. En ne reflétant qu'imparfaitement les différentes tendances de l'opinion publique, il encourage l'uniformisation des idées et l'appauvrissement du dialogue politique. Pour peu que le propriétaire double sa qualité d'homme d'affaires de celle d'idéologue ou de politique, on voit de quel pouvoir il disposerait.

Face à un développement qui empêche les libertés de remplir leur fonction, l'Etat ne peut rester inactif. Il ne saurait cependant prendre des lois interdisant la concentration naturelle, et particulièrement la collaboration entre journaux ou les fusions. Si cette concentration n'a pas encore atteint un degré critique, il ne ferait qu'empêcher les mesures de réorganisation nécessaires et affaiblirait ainsi la presse. Si, au contraire, la concentration naturelle a pris des proportions alarmantes, les interdictions étatiques auraient pour effet la disparition des journaux déficitaires et n'apporterait aucune solution au problème. En l'occurrence, l'Etat ne dispose que d'une réponse valable, celle des prestations positives d'encouragement à la presse, sauf si la cause de l'affaiblissement est la concurrence provenant d'une feuille d'annonces gratuite. Dans ce cas, il pourra s'en prendre directement à cette feuille, en appliquant sa législation cartellaire ou sur la concurrence déloyale.

La question se pose différemment pour la concentration forcée. Les lois qui seraient édictées pour l'empêcher limiteraient certes la liberté individuelle de certains éditeurs, mais le résultat resterait finalement bénéfique pour la liberté prise non seulement dans son aspect fonctionnel, mais aussi individuel. Les monopoles empêchent en effet de nombreux individus d'exercer leurs droits fondamentaux et rendent ainsi illusoire les garanties constitutionnelles.

En Suisse, la loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, du 20 décembre 1962²⁵⁸, repose sur une exception expresse à la liberté du commerce et de l'industrie, qu'on trouve à l'art. 31 *bis* al. 3 *lit. d* Cst. La loi prévoit que la Commission des cartels peut faire des recommandations et que des actions peuvent être intentées contre des cartels ou groupements analogues qui entraînent des effets nuisibles d'ordre économique ou social. Un éditeur auquel on reprocherait sa domination, sur la base de ces dispositions, ne serait pas fondé à invoquer la protection de la liberté de la presse et à dire que son activité à lui ne rentre pas dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie. La liberté de la diffusion contient en effet implicitement la même exception que celle qui justifie la loi sur les cartels. Pour lutter contre la concentration en matière de presse, il n'est pas nécessaire d'accorder à l'Etat une compétence spéciale²⁵⁹. Aucune liberté ne saurait aller jusqu'à couvrir les manifestations qui reviennent à la supprimer. En garantissant une liberté individuelle, l'Etat s'engage à la respecter dans ses différents aspects, même s'il lui faut, pour cela, prendre une loi particulière.

C'est à juste titre que la Commission des cartels, dans son enquête précitée²⁶⁰, déclare compatibles avec la liberté de la presse les mesures étatiques dans le domaine de la concurrence. Mais la raison invoquée n'est pas la bonne. Quoi qu'en pense la Commission, ces mesures porteraient réellement atteinte à la liberté de la presse «en tant que partie de la liberté d'opinion et, partant, en tant que droit individuel». Empêcher un éditeur de communiquer ses opinions à qui bon lui semble et d'accroître son audience constitue bel et bien une diminution de la liberté individuelle. Seule une conception large des obligations étatiques en matière de droits fondamentaux peut ici justifier une intervention qui a lieu indépendamment d'une autre base constitutionnelle²⁶¹. Si l'on admet qu'en garantissant une liberté individuelle, l'Etat n'a pas simplement renoncé à toute ingérence, mais qu'il s'est également engagé à veiller au maintien d'une liberté efficace, capable de remplir la fonction qui est la sienne dans la démocratie, alors les mesures tendant à renforcer l'existence de marchés

²⁵⁸ RS 251.

²⁵⁹ Cf. SCHEUNER, *op. cit.*, p. 77; RRTCst., IV, p. 186 (réponses de la Société pour l'Etat fondé sur le droit, signées par les professeurs H. MARTI et R. BÄUMLIN). – Avis contraire: JACCOTTET, *op. cit.*, p. 194 a s. Dans le projet d'article 55 Cst. qu'il soumit à la Société suisse des juristes, cet auteur entendait donner à la Confédération le pouvoir d'édicter «des dispositions légales(...) pour interdire la constitution de trusts de journaux». Dans ce sens également, LANG, *op. cit.*, p. 86.

²⁶⁰ Cf. *supra*, p. 164, note 250.

²⁶¹ Cf. SCHEUNER, *op. cit.*, p. 57, 70, 76 s. et 202.

viables pour les journaux et les revues apparaissent conformes à la liberté de la diffusion. Plus: elles en sont un élément constitutif²⁶².

§ 6 L'utilisation des ressources de la publicité

A. En général

Depuis qu'en 1836, Emile de Girardin reconnut dans la publicité commerciale le moyen d'abaisser le prix des journaux et qu'il fonda ainsi la presse moderne²⁶³, les annonces et réclames n'ont cessé de prendre une place toujours plus grande dans les recettes des journaux. Le rapport approximatif entre le produit des ventes et celui des annonces est estimé aujourd'hui à un contre trois²⁶⁴. Les rares journaux qui ont délibérément renoncé à la publicité n'ont pu le faire qu'en élevant leur prix de vente ou en recourant à des subsides. On compte en effet que les prix usuels payés par le lecteur suffisent à peine à couvrir les frais de papier et de port.

Le recours aux recettes de la publicité n'apparaît pas comme dicté par une recherche de facilité ou l'appât du gain. Un prix de vente réaliste, adapté au coût de production réel, est impensable sans une réduction importante des différentes manifestations de la presse. Rares sont les journaux qui subsisteraient, le lecteur n'étant pas disposé à payer des prix trop élevés, surtout qu'avec la radio et la télévision, il possède d'autres sources d'informations, dont le moindre avantage n'est pas l'accès peu onéreux. L'apparition de nouveaux moyens de communication de masse, alliée à une sensible augmentation des frais de production, a donc fait de la publicité un élément essentiel de la liberté de diffusion. Celui qui entend faire usage de ce droit fondamental, qui désire s'exprimer en éditant un journal et atteindre un grand nombre de personnes, n'en a pratiquement pas la possibilité sans le concours des annonceurs. Il en va de même du journaliste. Seuls des organes financés par la publicité lui permettent d'exercer son activité.

L'Etat qui garantit la liberté de la presse doit-il tenir compte de cette évolution? Certes, à l'origine, il s'est d'abord engagé à s'abstenir de tous contrôles préalables. Mais les libertés individuelles ne sont pas statiques. Elles s'adaptent

²⁶² Cf. BVerfGE 20, 176 (*Spiegel*). La reconnaissance de l'institution de la presse libre contenue dans l'art. 5 GG, dit le Tribunal constitutionnel, a plusieurs conséquences. L'une d'entre elles est l'obligation de l'Etat de parer aux dangers qui, pour la presse libre, pourraient naître d'une formation de monopoles d'opinion. Voir aussi LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 100 ss.

²⁶³ Cf. Ch. LEDRÉ, *Histoire de la presse*, p. 216; KÖLLIKER, *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁴ PCC, 1969, p. 276 et 311.

aux exigences nouvelles. S'il apparaît que la liberté est menacée par d'autres agissements étatiques que la censure, le cautionnement ou l'autorisation préalable, on ne peut pas les considérer comme légitimes, en arguant que le constituant n'avait pas songé à les interdire. L'interprétation historique est très insuffisante en matière de droits fondamentaux.

La question, en tout cas, est superflue quand on ne parle pas de liberté de la presse, mais de liberté de la diffusion, comme nous le faisons dans ce titre. Celle-ci est la composante d'un droit individuel ambitieux et complet, d'un droit qui n'a pas de passé et qui n'est pas classique, d'un droit qui veut être efficace en toutes circonstances, quels que soient les développements économiques ou techniques: la liberté de l'information.

Parmi les agissements étatiques sujets à caution depuis que la publicité a pris cette importance, il en est un qui procède de l'ignorance d'une caractéristique importante de la publicité commerciale. Les ressources que celle-ci offre ne sont en effet pas inépuisables. Elles n'augmentent pas proportionnellement au nombre de supports. Plus il y a de concurrents, plus la part qui revient à chacun diminue. Un nouveau concurrent représentera un danger d'autant plus grand pour les autres s'il a d'intéressantes surfaces publicitaires à offrir aux annonceurs, par exemple le hall d'une gare, les vitrines d'un sous-terrain public, l'enceinte d'une patinoire, les guichets d'un office de poste. Dans la mesure où cette publicité régie par les pouvoirs publics existe déjà, on hésitera à la condamner catégoriquement. Elle date pour une partie d'une époque où la publicité jouait un moins grand rôle dans l'existence des journaux. On pouvait alors considérer à juste titre que, pour autant que les installations publiques se prêtent à l'affichage, l'Etat avait à saisir cette occasion d'arrondir ses revenus. Ce raisonnement n'a aujourd'hui plus la même force. Que cette publicité n'ait pas pour support un moyen de communication de masse ne change rien au danger qu'elle représente pour les journaux, surtout si l'on devait assister à l'avenir à son développement systématique.

Au vu de la dépendance qui est celle des journaux par rapport aux ressources publicitaires, on peut dire, en résumé, que les conditions sont actuellement réunies pour que la publicité régie par l'Etat constitue assez rapidement, par son ampleur, une véritable atteinte à la liberté de diffusion de l'individu. Mais ce droit est aussi vulnérable dans son élément fonctionnel, tant il est vrai que pour rester diverse et active, et continuer de remplir son rôle, la presse ne peut voir s'effriter ce qui représente sa principale assise.

Il existe d'autres arguments contre l'utilisation des ressources de la publicité par une collectivité publique, comme tente de le montrer l'étude de deux cas particuliers: la publicité dans les publications officielles; la publicité à la radio et à la télévision.

B. La publicité dans les publications officielles

Par publications officielles, nous n'entendons pas ici les journaux d'opinion ou d'information qu'un Etat aurait l'idée d'exploiter. S'il est un domaine où les pouvoirs publics doivent s'abstenir de concurrencer les particuliers, c'est bien celui de la presse. Toute concurrence est une entrave à la liberté. Certes, on admet que les activités étatiques parallèles à celles des particuliers ou qui s'y substituent sont compatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie, quand elles sont justifiées par l'intérêt public, quand l'initiative privée ne satisferait pas convenablement les besoins légitimes du public. Mais ici, outre le fait qu'il serait difficile d'établir l'insuffisance des journaux privés, une autre liberté est en cause, qui ne souffre aucune restriction au profit de l'Etat motivée par des considérations d'efficacité²⁶⁵. Quant aux tentatives de propagande qui, presque inmanquablement, viendraient se greffer sur une pareille entreprise, il n'est pas besoin d'insister sur ce qu'elles ont de contraire à l'idée que l'on se fait du comportement d'un Etat libéral²⁶⁶.

En revanche, il est loisible à l'Etat d'éditer un journal ou un bulletin officiel où figurent les décisions de l'Exécutif, les mises au concours, les mises à ban, les avis d'enquête, les avis de tir, les sommations, les publications de jugements, les soumissions, etc. Il peut également publier des annuaires téléphoniques, des horaires de chemin de fer, des revues spécialisées à l'attention des membres de l'armée ou des fonctionnaires. Ces publications sont admissibles, pour autant qu'elles soient indispensables au bon déroulement d'une autre activité étatique. Il s'agit donc là d'une exception au principe qui veut que l'Etat s'abstienne de toute activité en matière de presse.

Toutefois, ces publications ne sauraient être financées par la publicité. Il existe deux arguments à cela, suivant que l'on considère les annonces comme bénéficiant de la liberté de la presse²⁶⁷ ou de la liberté du commerce et de l'industrie²⁶⁸.

Dans le premier cas, on constate que l'Etat exerce une activité d'information parallèle à celle des individus. En les concurrençant, il diminue leur liberté de

²⁶⁵ Cf. pourtant l'alinéa suivant et, pour la radio et la télévision, *supra*, p. 36 s.

²⁶⁶ En Allemagne, on a proposé que l'Etat crée, le jour où la presse aurait atteint un degré de concentration alarmant, des contrepoids et exploite lui-même des journaux, sous une forme analogue à celle utilisée en matière de radio et de télévision. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 70 s.; W. KUNERT, *Pressekonzentration und Verfassungsrecht*, p. 171 ss. La réalisation d'une telle idée nécessiterait une limitation expresse de la liberté de la presse, celle-ci ne tolérant pas de concurrence étatique. Or il est permis de s'interroger sur le sens et l'efficacité d'une liberté ainsi amendée, surtout qu'il existe suffisamment de moyens pour éviter l'uniformisation excessive. C'est précisément à cause de ces moyens que la garantie fonctionnelle ne peut servir de justification, comme elle le fait pour la radio et la télévision (cf. *supra*, p. 36 s.).

²⁶⁷ Comme nous le faisons. Cf. *supra*, p. 140 s.

²⁶⁸ Sans compter les réserves que l'on doit faire quand on apprend les motifs réels qui poussent de nombreuses personnes à insérer des annonces dans de tels organes. Il s'agit souvent de ne pas indisposer l'autorité par un refus et de ne pas perdre une sympathie dont dépend la marche des affaires. Voir aussi LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 545.

presse. Que les informations diffusées aient une nature plutôt égoïste et que ce soient les particuliers qui en définissent le libellé n'enlève rien au fait que l'Etat met sur pied, ce faisant, une presse qualitativement identique à la presse étatisée. Or, avons-nous vu, cela est tout au plus acceptable quand l'efficacité d'une autre activité étatique l'exige. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. La diffusion de messages publicitaires privés facilite uniquement l'activité des particuliers.

Dans le second cas, l'Etat réduit la liberté individuelle du commerce et de l'industrie. Cela n'est admissible que lorsque l'initiative privée n'est pas en mesure de remplir normalement les besoins du public. L'activité commerciale de l'Etat n'est légitime que si ce n'est pas la recherche de recettes qui figure au premier plan, mais le souci de fournir aux citoyens de manière avantageuse des prestations vitales pour eux. Ce n'est manifestement pas le cas en l'occurrence. En exploitant une partie publicitaire, l'Etat vise bel et bien à se procurer des recettes supplémentaires, et non à suppléer une carence de l'initiative privée. Les journaux privés reflétant la situation du marché avec suffisamment de nuance, le public – ou les militaires ou fonctionnaires quand la publication ne s'adresse qu'à eux – peut en effet fort bien se passer des informations publicitaires produites par l'Etat, sans en ressentir le moindre inconvénient.

C. La publicité à la radio et à la télévision

Les émissions radiodiffusées et télévisées ne peuvent pas être considérées comme un tout. Celles qui contiennent de la publicité ne sont pas entièrement dépourvues d'une certaine valeur informative, mais le fait qu'elles cherchent à augmenter la vente d'un produit ou d'un service leur donne un caractère généralement plus égoïste que le reste du programme. Elles ne sont pas marquées par la même recherche d'objectivité que les autres émissions d'information. Le reflet donné de la réalité est partiel, puisqu'il dépend uniquement de considérations financières. Seules les entreprises qui consentent un sacrifice en argent sont admises à s'adresser au public.

Les émissions de publicité représentent également un divertissement et un amusement. Mais, au contraire de la plupart des autres émissions de ce genre, elles cherchent à convaincre et à influencer le comportement futur. Elles ont pour but une limitation de l'autonomie de la volonté.

Enfin, dans l'idée des auditeurs et spectateurs, elles doivent être gratuites. Jamais ils ne reconnaîtraient en elles une prestation en leur faveur, au paiement de laquelle la taxe que chacun verse pour les programmes devrait contribuer²⁶⁹. Il y a unanimité pour dire que celui qui fait de la réclame doit aussi la payer.

²⁶⁹ H. HUBER, avis de droit du 5 février 1955, donné à la Commission mixte de politique en matière de presse, p. 16.

Si la Constitution autorise l'Etat à construire et à exploiter lui-même des émetteurs de radio et de télévision, cela ne signifie pas encore qu'il ait réellement la compétence d'introduire la publicité sur les ondes²⁷⁰. En lui conférant des droits en matière de communications de masse, on a voulu qu'il s'occupe d'un service public déterminé, dans l'idée que ce service serait mieux assuré que par les particuliers. Mais rien n'est moins sûr qu'on ait aussi voulu lui donner carte blanche pour exercer de simples activités commerciales et qu'on ait ainsi dérogé à la liberté du commerce et de l'industrie.

La diffusion de la publicité sur les ondes est-elle une simple activité commerciale? On doit le penser. Certes, il n'est pas interdit à l'Etat d'entreprendre une telle activité, mais à condition qu'elle puisse être tenue pour un service en faveur du public, que ce ne soit pas la recherche de ressources financières qui figure au premier plan, mais le souci de fournir à chacun, et aux meilleures conditions, les prestations dont il a absolument besoin. Tel n'est visiblement pas le cas en l'espèce, puisque l'Etat désire simplement un moyen de compenser ses charges²⁷¹.

Cette activité est une intervention spécialement sensible dans la liberté du commerce et de l'industrie. Non seulement elle concurrence les autres supports de publicité, comme le cinéma, les journaux, les affiches, mais elle constitue en plus un domaine réservé, entièrement soustrait à l'initiative privée, puisque les particuliers ne sont pas admis à exploiter la publicité radiodiffusée ou télévisée. Il s'agit donc d'un monopole, plus exactement d'un monopole fiscal, qui ne sert qu'à enrichir la collectivité publique²⁷².

Or tout monopole est incompatible avec la liberté du commerce et de l'industrie, s'il ne repose pas sur une dérogation constitutionnelle expresse. En Suisse, les monopoles fédéraux doivent en plus être énumérés en vertu de l'art. 3 Cst., selon lequel la Confédération dispose des seules compétences qui lui sont déléguées. Cela vaut à plus forte raison pour les monopoles fiscaux, qui sont regardés avec une juste méfiance²⁷³. Ainsi, il est interdit aux cantons d'en ajouter de nouveaux à ceux qu'ils possédaient avant 1874 et qu'ils ont été

²⁷⁰ Il faut distinguer le cas où l'Etat se borne à régler le côté technique de la radio et de la télévision et où il n'a pas le pouvoir d'obliger les concessionnaires à concevoir leurs programmes comme remplissant un service public. Les sociétés émettrices peuvent alors pourvoir à leur financement comme bon leur semble. Avant l'introduction de l'art. 36 *quater* Cst., la SSR devait être considérée comme libre de recourir aux ressources de la publicité. Cf. H. MÜLLER, *Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen*, p. 40. Si elle ne l'a pas été en fait, c'est que le Conseil fédéral s'était arrogé des droits qu'il ne possédait pas et avait introduit dans la concession des prescriptions relatives au financement.

²⁷¹ H. HUBER, *op. cit.*, p. 19. Cf. aussi W. LEISNER, *Werbefernsehen und öffentliches Recht*, p. 121 et les auteurs allemands cités par H. MÜLLER, *op. cit.*, p. 42, note 25. F. RIKUN, *Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht*, p. 114.

²⁷² H. HUBER, *op. cit.*, p. 19 s.

²⁷³ Cf. AUBERT, *op. cit.*, p. 695, nos 1951 et 1954.

autorisés à conserver. La revision de la Constitution fédérale ne connaissant pas de limites matérielles, il est possible d'introduire n'importe quel monopole fiscal au profit de la Confédération, même s'il devait avoir des effets nuisibles. Seulement, l'exigence d'une revision en bonne et due forme ne peut pas être contournée. L'interprétation des monopoles déjà existants, comme celui en matière de radio et de télévision, est insuffisante, vu la différence de nature entre un monopole justifié par l'intérêt public et un monopole fiscal.

La question ne se pose pas en d'autres termes, quand l'organisme qui se charge des émissions est soumis au droit privé. On doit le considérer comme jouissant d'une délégation de remplir un service public et comme étant rattaché à la branche administrative qui s'occupe de satisfaire les besoins de l'existence (*daseinsvorsorgende Verwaltung*)²⁷⁴. Ce que l'Etat ne peut accomplir à défaut d'une base juridique, il ne peut le déléguer par voie de concession à une personne constituée en vertu du droit privé, mais soumise partiellement ou totalement au droit public pour l'accomplissement de ses fonctions²⁷⁵. Cette subordination au droit public apparaît clairement dans la concession octroyée à la Société suisse de radiodiffusion (SSR)²⁷⁶. Ainsi, le Conseil fédéral nomme le président, sept membres et trois suppléants du comité central, la moitié des membres de la commission des programmes de télévision et de la commission des programmes des ondes courtes, et d'autres personnes encore. La nomination du directeur général est soumise à son assentiment. Il peut exiger que, pour des motifs impérieux, des mesures disciplinaires soient prises à l'égard des employés de la SSR. Il impose certains principes relatifs aux programmes et se réserve le droit de désigner les sources auxquelles il y a lieu de puiser les informations à diffuser. Etc.

Que la publicité soit régie par une société privée constituée indépendamment du concessionnaire, comme c'est le cas en Suisse pour la télévision²⁷⁷, ne change rien non plus à la situation. Sinon, le concessionnaire pourrait s'adonner sans limites à toutes les activités qui lui plaisent, pourvu qu'il les cache sous une forme de droit privé²⁷⁸.

Enfin, il nous paraît utile de revenir sur un argument qui a déjà été développé plus haut²⁷⁹. En recourant à la publicité, l'Etat provoque une diminution de

²⁷⁴ H. MÜLLER, *op. cit.*, p. 34.

²⁷⁵ H. HUBER, *op. cit.*, p. 23.

²⁷⁶ FF 1964 II 1195.

²⁷⁷ Le capital de la Société anonyme pour la publicité à la télévision (SAP) appartient pour 40 pour cent à la SSR, pour 40 pour cent aux éditeurs de journaux, le restant étant partagé entre le Vorort de l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union syndicale suisse, l'Union suisse des paysans et l'Association de la presse suisse. La SSR reste chargée de l'exécution technique. Elle décide en dernier ressort de la diffusion ou non des séquences publicitaires.

²⁷⁸ H. MÜLLER, *op. cit.*, p. 39.

²⁷⁹ Cf. *supra*, p. 169.

la part qui échoirait normalement aux journaux. Cette perte n'a certes pas la mesure exacte des bénéfiques retirés par l'Etat. La publicité qui se dirige vers la radio et la télévision ne serait pas entièrement allée à la presse. Les moyens audio-visuels ont des qualités que la presse écrite ne possède pas et qui incitent les annonceurs à des dépenses supplémentaires. Ces derniers peuvent également renoncer à d'autres efforts publicitaires et économiser ailleurs que sur les annonces de presse pour financer leurs campagnes sur les ondes. Il n'en reste pas moins que cette publicité régie par l'Etat est une concurrence, et que celle-ci s'exerce dans un domaine essentiel pour l'existence de la presse²⁸⁰.

Il est vrai que, tout comme la presse, la radio et la télévision ont une fonction importante à remplir dans l'Etat moderne. Elles aussi doivent avoir les moyens financiers suffisants pour informer les citoyens et leur apporter les éléments nécessaires à la formation de leur opinion. Mais si l'Etat a choisi de réglementer l'activité de ces moyens de communication de masse – et il a de bonnes raisons de le faire –, il ne saurait invoquer pour lui la liberté de l'information et les bénéfiques qu'elle procure aux particuliers. Il doit trouver une manière de financement appropriée, qui ne soit pas une atteinte aux libertés fondamentales. En principe, les dépenses de l'Etat doivent être couvertes par les impôts et par les contributions provenant des usagers.

Pour conclure, nous citerons un avis qui, de prime abord, ne manque pas d'intérêt. Certains auteurs ont fait valoir que l'admissibilité d'une activité administrative ne doit pas être jugée sur la prestation fournie, mais qu'il faut considérer l'ensemble des tâches attribuées à l'institution dont émane cette activité²⁸¹. Selon eux, la question de savoir jusqu'à quel point il est permis à l'Etat d'agir dans un but lucratif n'est pas à sa place en l'occurrence. Il convient bien plutôt de s'interroger sur l'étendue de la sphère qui est impartie à l'orga-

²⁸⁰ Cf. M. STEINMANN, *Das Werbefernsehen im Konkurrenzkampf der Werbemittel und Werbeträger*, p. 187 ss (deux enquêtes); p. 161 s. et 177 ss. Admettant que certains périodiques sont plus touchés que d'autres: PCC, 1969, p. 279; F.H. FLECK, *Aktuelle Presseprobleme in wirtschaftlicher Sicht*, p. 79. – M. STEINMANN, *Radiowerbung in der Schweiz?*, p. 167 ss, estime qu'une introduction de la publicité à la radio suisse ferait perdre aux quotidiens de moins de 40000 exemplaires entre 5 et 9,3 millions de francs en tout par année. Cf. aussi G. DOMEYER, *Radio et publicité*, p. 203, qui ne cache pas son hostilité à une telle introduction. – Dans son rapport du 28 septembre 1967, la commission allemande chargée d'étudier l'égalité de concurrence des moyens de communication de masse exprime l'avis que les rapports de concurrence qui existent sur le marché de la réclame entre la presse et la télévision sont assez lâches, et que les problèmes économiques de la presse ne s'expliquent pas par la publicité à la télévision. *Bundestag-Drucksache V/2120*, p. 182 s. – En revanche, aux Pays-Bas, il fut décidé, lors de l'introduction de la publicité sur les ondes, de rétrocéder à la presse une partie des bénéfiques. De 1967 à 1969, la presse toucha ainsi 73 millions de florins, soit le 40 pour cent des bénéfiques. Quoique diminuée par la suite et complétée par d'autres mesures en faveur de la presse, cette rétrocession a été maintenue. Cf. le rapport de la commission interdépartementale chargée d'étudier les tendances à la concentration dans la presse, du 19 mai 1970, p. 16 ss, et le rapport de la commission ROOY, déposé le 30 mars 1972.

²⁸¹ Cf. H. MÜLLER, *op. cit.*, p. 43; H.P. IJSEN, *Zur Legalität des Werbefernsehens*, NJW, 1963, p. 2052. *Contra*: LEISNER, *op. cit.*, p. 64 ss.

nisme chargé d'émettre des programmes de radio et de télévision. Peut-on dire que la diffusion de publicité sort manifestement de son cahier des charges? Et ces auteurs de répondre par la négative, en montrant toutes les analogies qu'il y a entre les émissions «idéalistes» et les séquences de publicité²⁸².

Pour notre compte, nous pensons que si l'on choisissait ce point de départ, le résultat ne changerait pas pour autant. La publicité sur les ondes devrait être condamnée avec la même détermination. L'activité de l'Etat en matière de radio et de télévision est une exception au principe selon lequel les collectivités publiques s'abstiennent de concurrencer les particuliers dans la diffusion des opinions et des informations. Si l'on a introduit cette exception, c'est qu'il y avait impossibilité technique de laisser les ondes à la libre disposition des particuliers et qu'un monopole privé aurait représenté un sérieux danger pour la collectivité. Comme on ne voulait pas interdire l'usage de ces nouveaux moyens de communication sociale, mais que l'on pensait au contraire que, judicieusement utilisés, ils pourraient rendre les mêmes services que la presse, on eut recours à l'Etat. Ce qu'on lui demandait, c'était de faire bénéficier les citoyens des mêmes avantages que procure la liberté de la presse. Ce sont ces avantages, ceux pour lesquels l'Etat a jugé nécessaire de garantir cette liberté, qui ont motivé la délégation de compétences.

C'est dire si, dès le début, l'activité de l'Etat connut des limites très précises auxquelles les développements récents n'ont pas apporté de changement²⁸³. Ainsi, l'Etat n'a le droit ni de répandre des informations constamment incomplètes et tendancieuses, ni de favoriser grossièrement un groupement d'intérêt ou une région, ni de flatter systématiquement les plus bas instincts des auditeurs ou spectateurs, ni de susciter la discorde et les affrontements de la population. Ces agissements ne seraient pas contraires à la liberté de la presse. Mais, comme ce n'est pas pour eux qu'on a reconnu cette liberté, l'Etat doit se les interdire, puisqu'il n'est admis qu'à produire les avantages qui ont justifié la garantie constitutionnelle en question²⁸⁴. Quoique couverte par la liberté de la presse, mais n'en étant pas une des raisons d'être, la publicité ne rentre donc pas non plus dans la sphère d'activité de l'Etat.

²⁸² Cf. H. MÜLLER, *op. cit.*, p. 44 s.

²⁸³ Cf. H. HUBER, avis de droit du 4 septembre 1967, donné au Département fédéral des transports et communications et de l'énergie, p. 55 ss.

²⁸⁴ Cf. art. 13 de la concession accordée à la SSR, contenant les principes qui doivent être respectés par les programmes. FF 1964 II 1195.

§ 1 Justification

L'information est devenue un élément important dans la vie de tout citoyen. Au fur et à mesure de son développement, elle a paru toujours plus indispensable à ceux qui en bénéficiaient, pour prendre place aujourd'hui parmi les biens de première nécessité. Nous avons vu que, si l'initiative privée n'est pas à même de satisfaire correctement la demande de ces biens-là, l'Etat peut et doit intervenir. Les mesures visant à permettre une diffusion d'informations à bon compte s'inscrivent donc dans le cadre des activités étatiques qui assurent un service public, à la différence près que l'Etat ne peut aller jusqu'à éditer lui-même des organes de presse. Le service en question a en effet la particularité de ne fonctionner que s'il est entièrement laissé aux mains des particuliers. Si l'Etat se soucie que les citoyens disposent d'une information de qualité et de prix abordable, il n'a qu'une possibilité: c'est de fournir des prestations positives aux particuliers qui s'occupent de la diffusion.

Dans l'Etat fédéral qui ne jouit que des compétences qui lui sont expressément attribuées, il n'est pas suffisant de prouver les lacunes de l'initiative privée. Il faut encore que l'activité puisse se fonder sur une disposition constitutionnelle disant par exemple que «la Confédération peut (...) prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions» (art. 31 bis al. 2 Cst.), que «la Confédération a le droit, en dérogeant, s'il le faut, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'édicter des dispositions pour sauvegarder d'importantes branches économiques ou professions menacées dans leur existence» (art. 31 bis al. 3 lit. a), qu'elle peut «encourager la production cinématographique suisse et les activités culturelles déployées dans le domaine du cinéma» (art. 27 ter al. 1 lit. a), que «les postes et les télégraphes sont du domaine fédéral» (art. 36 al. 1), etc. La reconnaissance de la liberté de l'information est également une base valable. Mais elle constitue aussi une justification autonome des prestations positives, indépendante de l'obligation toute générale qu'a l'Etat de suppléer aux carences de l'initiative privée.

Ce dernier point est l'objet de controverses. La doctrine suisse, dans son ensemble, estime que les libertés individuelles, et singulièrement la liberté de la presse, ont une nature exclusivement négative. Dans les conclusions de son enquête, la Commission des cartels n'a pas pris une position différente²⁸⁵. Les auteurs omettent cependant un fait essentiel, c'est que la liberté de la diffusion n'a pas été garantie uniquement en faveur de l'individu. Elle a, comme d'autres

²⁸⁵ PCC, 1969, p. 303.

libertés individuelles, une fonction importante à remplir dans la démocratie. Cet aspect fonctionnel ou institutionnel est d'ailleurs soigneusement mis en évidence par la doctrine et la jurisprudence allemandes.

S'il est exact que la liberté de la presse est un des fondements de l'Etat libéral et que son inscription dans la Constitution ne peut être vue exclusivement comme un acte de générosité envers les particuliers, cela doit se traduire alors par un engagement étatique plus poussé. L'Etat étant responsable de son bon fonctionnement et de sa conservation, il ne peut pas rester indifférent au sort de ce qui le constitue. Une attitude de laisser faire, telle que la prescrivent les libertés fondamentales dans leur aspect individualiste, ne suffit pas forcément en regard de l'aspect fonctionnel. L'évolution économique générale pourrait devenir tellement défavorable à la presse, que celle-ci ne serait plus en mesure de faire pleinement usage de sa liberté et, partant, d'accomplir ses tâches spécifiques. Un des moteurs de l'Etat se verrait ainsi désenclanché par l'augmentation des taxes postales, du coût du papier, du coût de la main-d'œuvre ou des investissements. La liberté qui subsisterait dans son aspect individuel perdrait toute raison d'être autre qu'historique. C'est pourquoi, l'Etat doit veiller au maintien d'une liberté efficace. Suivant le cas, il pourra être amené à limiter exceptionnellement la liberté de la diffusion²⁸⁶, mais aussi à fournir des prestations positives sous forme d'allègements financiers ou de subventions²⁸⁷.

Dans l'octroi des prestations positives, il n'est pas interdit de faire des distinctions suivant le tirage, la périodicité, l'origine, la situation financière des différents journaux²⁸⁸. En revanche, la qualité ou la tendance politique ne sauraient être utilisés comme critères²⁸⁹. Si la presse du cœur et du crime faisait l'objet de discriminations, il y aurait lieu de craindre que l'Etat en vienne un

²⁸⁶ Cf. *supra*, p. 127 et 167; *infra*, p. 193 s. et 198.

²⁸⁷ Il a été proposé de compléter l'art. 55 Cst. par un alinéa 2 ainsi formulé: «La Confédération prend des mesures appropriées pour faciliter et assurer l'accomplissement de la mission de la presse par une presse quotidienne et locale de structure diverse, contribuant à la formation de l'opinion et procurant des informations». L'auteur de ce projet, le secrétaire de l'Association suisse des éditeurs de journaux, a ainsi opté pour un octroi de compétences explicite, tel qu'il existe pour la liberté du commerce et de l'industrie. BEJ, 1969, p. 564. Ce choix peut se justifier politiquement; il ne s'impose pas, d'un point de vue purement juridique. (Cf. aussi *infra*, p. 211 s.) Il convient également de se distancer de l'avis de la Commission des cartels, selon lequel l'octroi d'une aide financière directe à la presse se heurterait au manque de dispositions constitutionnelles en la matière. PCC, 1969, p. 304 et 306. Pour les autres mesures d'aide, la Commission admet tout au plus comme base l'art. 31 bis al. 2 et 3 *lit. a* Cst. Cf. aussi une motion SCHÜRMAN, du 24 février 1972. Bull. off. CN, 1972. — L'idée que l'Etat est responsable du sort de la presse fait, en Suisse, toujours plus de chemin. Voir, à part la motion précitée, les postulats CHEVALLAZ et SCHLEGEL, et une interpellation GIANELLA. Bull. off. CN, 1972.

²⁸⁸ Ces distinctions peuvent même devenir une obligation. Cf. *infra*, p. 198. Voir aussi KUNERT, *op. cit.*, p. 111 ss.

²⁸⁹ Ni non plus le degré d'utilité pour le lecteur. Cf. *infra*, p. 180. — Outre qu'elle ne correspond pas à grand chose, une distinction entre journaux d'opinion et d'information (voir postulat SCHLEGEL, précité) ne serait pas admissible.

jour à refuser son aide, pour des raisons de morale, à un journal politiquement opposé²⁹⁰. Le risque d'abus étant trop réel, on ne doit pas tenir compte du contenu en l'espèce.

§ 2 Enumération

A. *Les allègements financiers*

Par leur statut de contribuables et par l'utilisation qu'elles font de certains services publics, les entreprises de presse sont amenées à verser des sommes d'argent à l'Etat. Ces charges peuvent devenir très lourdes, si l'entreprise, par exemple, est obligée de faire un usage intense d'un certain service. Logiquement, l'aide de l'Etat doit se traduire en premier lieu par une modération de ses exigences envers la presse. Avant de donner, il s'agit de prendre moins, ou de ne pas prendre du tout.

a. Allègement des tarifs postaux

Ces tarifs concernent les communications téléphoniques, les télégrammes, les phototélégrammes, l'utilisation des télécrypteurs et des télécompositeurs, le transport et la distribution des journaux.

En Suisse, les réductions sur les taxes de transport et de distribution sont connues de longue date. En 1971, on estimait que les tarifs en vigueur pour les publications périodiques ne couvraient que le 26 pour cent des frais réels et que le déficit pour les postes équivalait à 115,9 millions de francs. Afin de réduire quelque peu ce chiffre, le Conseil fédéral a jugé bon, dans un message du 6 décembre 1971, de proposer une nouvelle échelle. Mais l'opportunité de cette mesure n'a pas paru évidente à ceux qui étaient attentifs à la situation de la presse²⁹¹.

Il est loisible de faire certaines différences entre les publications. Ainsi, le projet de nouvel art. 20 de la loi fédérale sur le service des postes²⁹² exclut du cercle des bénéficiaires les journaux et périodiques imprimés et publiés à l'étranger, ou expédiés sans égard à l'ordre des numéros à des personnes avec lesquelles il n'existe aucun rapport de droit, les publications déposées en moins de 100 exemplaires du même tirage, ou paraissant moins d'une fois par trimestre, ou pesant isolément plus de 1000 grammes, ou ayant pour objectif essentiel de faire connaître l'activité commerciale de l'éditeur et les produits ou services qu'il offre²⁹³, ou constituant principalement des annonces d'affaires

²⁹⁰ SANTINI, *op. cit.*, p. 75.

²⁹¹ Bull. off. CE et CN, 1972. Cf. en outre FF 1972 I 464 ss, et Annuaire statistique PTT 1971.

²⁹² FF 1972 I 485 s.

²⁹³ Par exemple les catalogues, journaux d'entreprises, bulletins émanant de guildes du livre ou du disque, revues spécialisées ou récréatives publiées à des fins commerciales par des maisons de commerce. Cf. l'énumération donnée par le Conseil fédéral, FF 1972 I 479.

ou des réclames, ou qui comprennent une partie rédactionnelle représentant moins d'un quart du tout²⁹⁴.

Les journaux et périodiques faisant partie de ces deux dernières catégories peuvent néanmoins profiter de la taxe de faveur, majorée de 100 pour cent au plus, pourvu qu'ils paraissent une fois par mois et que leur partie rédactionnelle représente au moins un huitième du tout.

Quant aux autres publications, elles sont soumises à la taxe des imprimés ordinaires.

L'introduction de taxes «politiques», calculées en tenant compte de la fréquence de l'usage et des possibilités financières de la presse, peut s'avérer nécessaire également en ce qui concerne les télécriteurs et les télécomposeurs. C'est le cas sans nul doute quand on constate que de nombreux petits journaux suisses sont obligés, vu l'absence d'un tarif préférentiel, de renoncer aux services du télécriteur et de se contenter des bulletins d'agences envoyés par la poste²⁹⁵. D'autre part, les gains en temps et en argent que procure la télécomposition et son système de bandes perforées sont vite anéantis suivant l'importance des taxes perçues pour la location des lignes. Afin que l'utilisation rationnelle de ce nouveau procédé technique ne soit pas illusoire, une adaptation peut donc s'imposer là aussi²⁹⁶.

b. Allègement des impôts

Il peut porter sur les droits de douane (machines, papier, encre, etc.), les impôts directs frappant le bénéfice et le capital, l'impôt sur le chiffre d'affaires.

En Suisse, la livraison et l'acquisition de tous les journaux et revues sont exonérées de l'impôt sur le chiffre d'affaires²⁹⁷. C'est également le cas des livres, plus précisément des imprimés présentant un contenu religieux, littéraire, artistique, récréatif, éducatif, instructif ou scientifique, de seize pages au moins, et n'ayant pas un caractère de réclame²⁹⁸. Si les matières premières, tel le papier et l'encre, ne sont pas soumises à l'impôt²⁹⁹, il n'en va pas de même de l'échange de clichés, de flans, de bandes perforées, de films offset, de bandes magnétiques, de compositions, qui sont considérées comme des instruments. Les éditeurs de

²⁹⁴ Ces trois dernières exclusions ne sont admissibles que si on les fonde non sur le contenu, mais sur le mode de financement de la publication, et aussi sur la situation de la presse en général. Cf. *infra*, p. 198.

²⁹⁵ Requête adressée par l'Association suisse des éditeurs de journaux (ASEJ) au Conseil fédéral, du 23 avril 1969, p. 8.

²⁹⁶ Requête de l'ASEJ, précitée, p. 7 s.

²⁹⁷ Art. 14 al. 1 *lit. b* de l'ACF du 29 juillet 1941, instituant un impôt sur le chiffre d'affaires. RS 641.20.

²⁹⁸ Voir l'ordonnance du Département fédéral des finances et des douanes, du 15 juillet 1958. RS 641.234.

²⁹⁹ Art. 14 al. 1 *lit. a* et 15 al. 3 de l'ACF de 1941.

journaux ont demandé la suppression de cette anomalie, estimant que les effets nuisibles qui en découlent pour la presse ne font que s'accroître avec le développement de la technique et de la rationalisation³⁰⁰.

Selon le Tribunal fédéral³⁰¹, l'exonération de l'impôt sur le chiffre d'affaires est justifiée par l'usage courant qui est fait de certains biens. Ceux-ci sont énumérés dans une liste exhaustive, qu'il faut interpréter strictement. Les termes utilisés doivent être entendus dans le sens que leur attribue en général la population du pays. Ainsi, on ne parlera de journaux et de revues que s'il s'agit de produits de presse périodiques servant l'intérêt des lecteurs à une information courante sur des choses dignes d'être connues ou au divertissement. Or, dit le Tribunal fédéral, l'usage ne considère pas comme journaux ou revues des imprimés périodiques distribués gratuitement et qui servent exclusivement ou principalement à faire de la réclame en faveur de l'éditeur ou d'un groupe d'entreprises pour lesquelles il agit, telle une revue dont les articles et annonces invitent le lecteur à acheter des produits accompagnés de bons échangeables contre des images³⁰². Ces imprimés ne répondent pas à un besoin courant du lecteur. L'exonération doit donc leur être refusée.

En revanche, toujours selon le Tribunal fédéral, les feuilles que le lecteur achète surtout et même exclusivement pour les annonces qu'il y trouve sont franches d'impôts. Peu importe que leur partie rédactionnelle soit minime ou inexistante. L'essentiel, c'est qu'elles satisfassent, comme les journaux en général, le besoin d'information du lecteur, qui est un besoin premier. Dans certains cas, poursuit le Tribunal, «la franchise pourra même être accordée à des feuilles exclusivement financées par les annonces provenant de tiers et qui sont distribuées gratuitement, du moins lorsque l'entreprise a pour but de fournir périodiquement au public des renseignements tels que ceux que l'on trouve d'habitude dans la partie publicitaire des journaux d'information»³⁰³.

Nous avons vu qu'il n'était pas interdit à l'Etat de procéder à certaines distinctions lorsqu'il accorde des prestations positives. Toutefois, avons-nous noté, ces distinctions ne doivent pas porter sur le contenu du journal³⁰⁴. Aucune discrimination ne saurait être faite suivant la qualité, la tendance politique, le degré d'utilité pour le lecteur. En regard de l'obligation qu'à l'Etat de fournir des prestations positives en vertu de la liberté de diffusion, l'argumentation utilisée par les juges de Lausanne pour justifier l'imposition d'un périodique servant à la publicité de l'éditeur n'est donc pas correcte. Seul pourrait être

³⁰⁰ Requête de l'ASEJ, précitée, p. 5 s.

³⁰¹ ATF 83 I 199, *Chemigraphisches Institut*, du 14 juin 1957.

³⁰² Le présent arrêt avait à décider de l'assujettissement de la revue *Sliva*.

³⁰³ ATF 83 I 199, précité.

³⁰⁴ Cf. *supra*, p. 177.

invoqué le financement particulier du journal ou de la revue. Si l'on admet que l'exemption fiscale dont nous parlons ici a été instituée à bien plaisir, sans que l'Etat y ait été contraint, le raisonnement du Tribunal fédéral est alors, évidemment, au-dessus de tout reproche.

En tout état de cause, s'il fallait vraiment choisir entre l'exonération des feuilles faisant de la réclame pour l'éditeur et celle des feuilles d'annonces gratuites, c'est pour la première qu'il faudrait se décider. Cela apparaît très nettement depuis le développement du phénomène des feuilles d'annonces, dont nous aurons à dire quelques mots par la suite³⁰⁵.

En France, pour qu'un périodique soit exempté de la taxe sur la valeur ajoutée et de la taxe sur les prestations de services, il doit avoir un caractère d'intérêt général quant à la diffusion de la pensée³⁰⁶, paraître régulièrement au moins une fois par mois³⁰⁷, avoir au plus les deux tiers de sa surface consacrée à des réclames ou annonces, n'être assimilable malgré l'apparence ni aux feuilles d'annonces, ni aux prospectus, ni aux publications ayant pour objet principal la diffusion d'horaires, de programmes ou de modèles, ni aux organes de documentation administrative, de défense syndicale ou de propagande pour des groupements, ni aux publications dont le prix est compris dans une cotisation à une association quelconque³⁰⁸. Quant aux annonces, elles sont soumises à la taxe normale³⁰⁹.

Un système intéressant, institué au lendemain de la Deuxième Guerre en vue de favoriser l'équipement de la presse en matériel moderne, mérite encore d'être signalé. Les entreprises exploitant un journal ou une revue consacrée pour une large part à l'information politique pouvaient affecter leurs bénéfices à un compte destiné au renouvellement des installations et franc d'impôts. Ce système a été prorogé à plusieurs reprises. Depuis quelques années, on cherche à l'éliminer progressivement³¹⁰.

³⁰⁵ Cf. *infra*, p. 196 ss.

³⁰⁶ La loi ajoute: instruction, éducation, information, récréation du public. La notion d'intérêt reste vague et mal définie, en partie à dessein, dit M. SANTINI, pour mieux appréhender une matière fluide par essence. *Op. cit.*, p. 45 s., où l'on trouve des décisions de jurisprudence.

³⁰⁷ Il a été admis, à titre exceptionnel et provisoire, que l'exonération pouvait également être accordée aux revues qui paraissent au moins une fois tous les trois mois. SANTINI, *op. cit.*, p. 42; BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 634.

³⁰⁸ Si ces conditions sont remplies, l'exonération porte sur les abonnements, la vente au numéro, la vente des déchets d'imprimerie et une partie des frais de production et de livraison. Code général des impôts, annexe 3, art. 70 et 71.

³⁰⁹ 23 pour cent. Voir en outre: *Journal officiel des Communautés européennes*, no C 2, 1971, p. 4.

³¹⁰ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 631 s.; *Cahiers de la presse française*, 1970 no 75, p. 19. L'art. 39 bis du Code général des impôts a été modifié par l'art. 7 de la loi de Finances pour 1968, dans le sens qu'après des restrictions grandissantes, toute déduction devait finalement disparaître avec l'exercice 1970. Mais les échéances ont été repoussées par les lois de Finances ultérieures.

Un dégrèvement semblable a justement été préconisé en Allemagne par la commission chargée d'examiner les menaces contre l'existence économique des entreprises de presse. Dans ses conclusions³¹¹, elle proposait la création de réserves d'investissement exonérées d'impôts, auxquelles les maisons d'édition ayant un tirage inférieur à 100 000 exemplaires seraient admises à verser au plus 300 000 marks par année. Ces réserves ne pourraient servir qu'à couvrir les pertes ou à financer des investissements de rationalisation ou de développement. Les réserves n'ayant pas été utilisées cinq ans après leur constitution devraient être dissoutes et imposées après coup³¹².

B. *Les subventions*

Il ne s'agit plus ici pour l'Etat de renoncer partiellement ou totalement à ses prétentions, mais de favoriser la presse par l'octroi de moyens financiers. Les prestations en question ne peuvent pas être accordées sans bourse délier. Elles peuvent cependant prendre des formes plus ou moins directes.

En matière de presse, le terme de subvention évoque le spectre des interventions occultes de gouvernements plus préoccupés de récompenser ou d'encourager la bienveillance de certains journaux que de soutenir la presse en général. Estimant d'autre part que les possibilités de critiquer l'Etat seraient amoindries sinon en droit du moins en fait le jour où ils toucheraient des subsides, nombreux sont les gens de presse qui condamnent sans recours ce moyen d'aide³¹³.

Si la nature de cette aide ne nous paraît pas différer foncièrement des autres moyens cités plus haut, si d'autre part la crainte d'une perte d'indépendance est un peu exagérée, on conviendra toutefois que des subventions ne doivent être allouées qu'en cas de nécessité, quand la situation précaire des journaux ne peut être améliorée autrement.

a. *Facilités en matière de crédits*

L'amortissement et les taux d'intérêt représentent une charge importante pour toutes les entreprises qui ne sont pas en mesure de financer elles-mêmes le renouvellement de leurs installations. Les petites et moyennes entreprises,

³¹¹ Rapport final, du 14 juin 1968, précité, p. 43.

³¹² Cf. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 70 ss, qui met en doute la constitutionnalité de ce système, comme d'ailleurs de la plupart des mesures proposées par la commission. Cette opinion, contenue dans un avis de droit donné au grand éditeur Axel Springer, ne tient pas compte de la nature exacte des libertés fondamentales et grossit fortement les risques provenant d'une interprétation étatique.

³¹³ Cf. requête de l'ASEJ, précitée, p. 2: «Nous devons déclarer ici avec la dernière insistance que la presse suisse ne sera jamais prête, dans aucune circonstance, à recevoir des subventions directes de la Confédération ou des cantons. Une presse subventionnée par l'Etat ne peut plus être libre; elle ne peut plus répondre à sa mission.»

que l'évolution technique ne favorise pas, sont souvent empêchés de procéder aux adaptations nécessaires. L'aide de l'Etat peut se manifester de différentes manières: par la prise en charge d'une partie des intérêts grevant les emprunts contractés dans le secteur privé; par le cautionnement de ces emprunts; par l'ouverture de crédits; par la participation à un institut d'économie mixte s'occupant d'accorder des crédits avantageux à la presse, etc.³¹⁴.

b. Subventionnement du papier

Cette forme d'aide existe en France. Il semble cependant qu'elle soit plutôt destinée à permettre aux fabricants de papier du pays de tenir les cours mondiaux et à décourager l'importation³¹⁵.

c. Aide à l'exportation

Ce système se retrouve également en France. A vrai dire, c'est moins une aide à la presse qui est en vue que la diffusion de la pensée française dans le monde. Cette diffusion ayant un intérêt aussi bien politique que culturel, on a institué un fonds destiné à compenser partiellement le déficit occasionné par les ventes de journaux et de livres bors du pays³¹⁶.

d. Insertion d'annonces

En contribuant à remplir la partie publicitaire des journaux, l'Etat consolide leur assise financière. La Commission des cartels, après avoir constaté que les pouvoirs publics participent à la publication de feuilles d'avis officielles distribuées dans tous les ménages, non seulement recommande «instamment aux cantons et aux communes de ne pas étendre cette activité et de tenter plutôt de la réduire»; mais elle estime en outre que les pouvoirs publics devraient «tenir

³¹⁴ En Suède, un arrêté du 5 septembre 1969 institue un fonds de crédit destiné à couvrir les frais d'investissement des journaux qui ne peuvent, sans difficultés, obtenir des crédits sur le marché public. Nets d'intérêt pour les trois (exceptionnellement cinq) premières années, les emprunts, qui peuvent s'étaler sur vingt ans, sont ensuite soumis à un taux d'intérêt réduit. — La commission mandatée par le gouvernement danois d'étudier la situation de la presse quotidienne a proposé, dans son rapport final publié le 29 septembre 1969, la création d'un institut d'aide à la presse sous caution d'Etat, dont les capitaux seraient fournis par l'ensemble de la presse. Afin d'assurer la viabilité de cet institut, le gouvernement devrait, dorénavant, faire publier les numéros gagnants de la loterie nationale dans tous les journaux. L'argent ainsi versé à la presse serait mis à disposition de l'institut et faciliterait l'octroi d'emprunts d'investissement bon marché. *Bulletin de la Fédération internationale des éditeurs de journaux*, 1970, no 83, p. 9 ss.

³¹⁵ Cf. SANTINI, *op. cit.*, p. 28 ss. Cette aide est complétée par l'exonération fiscale (TVA) des ventes de papier et de produits destinés à la fabrication des papiers. — En revanche, les crédits alloués en Norvège pour l'abaissement du prix du papier visent bel et bien à soutenir la presse. BEJ, 1969, p. 586. Voir aussi BEJ, 1972, p. 59 (Italie).

³¹⁶ Le Fonds culturel ne repose pas sur un texte réglementaire. Il est alimenté pour chaque exercice budgétaire par un décret de répartition des crédits. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 648 s. — En Italie, le soutien à l'exportation a été institué par une loi du 21 décembre 1955, modifiée en 1969. Un projet de loi d'aide à la presse, de 1971, prévoit de l'augmenter.

compte de la presse régionale et locale pour leurs publications officielles et payer le tarif des annonces»³¹⁷. Le degré suivant serait que l'Etat insère des annonces qui ne correspondent pas à un besoin absolu de sa part³¹⁸.

e. Allocations régulières

C'est la forme d'aide la plus directe vue jusqu'ici. Elle est connue en Suède pour les journaux de partis, à vrai dire par le biais de l'aide apportée aux partis politiques depuis 1965. Les sommes nécessaires, réparties selon le nombre de sièges au parlement, sont adoptées chaque année lors de la discussion du budget. Elles figurent dans la rubrique du Département de justice. Aux yeux du gouvernement, il s'agit bien là d'une mesure aidant également la presse³¹⁹.

C. Autres prestations

Parmi les autres prestations, on peut citer: la création d'un institut chargé de conseiller la presse sur le plan économique et technique, et d'étudier ses problèmes³²⁰; l'encouragement à la formation professionnelle; la fourniture d'un choix de journaux aux écoles, casernes, hôpitaux et autres institutions³²¹; l'usage dans les écoles de journaux comme auxiliaires pédagogiques; la garantie de liaisons ferroviaires favorables, du moins sur les grands axes; la distribution postale des journaux tous les jours ouvrables. La distribution du samedi doit être maintenue ou réintroduite, car elle est nécessaire à la presse pour soutenir la concurrence des autres moyens de communication de masse.

§ 3 Les voies de droit

Quand l'Etat ne respectant pas son devoir d'abstention, censure un journal ou l'interdit, cet agissement peut être porté devant la juridiction chargée de faire respecter la Constitution. Qu'en est-il quand l'Etat, faisant la sourde oreille aux requêtes justifiées de la presse, refuse d'abaisser les taxes postales ou d'ouvrir des crédits à bon compte? Cette attitude peu conforme à la liberté individuelle peut-elle également être jugée par un tribunal?

On voit tout de suite les difficultés de preuve qui ne manqueraient pas de surgir. Le choix et la mesure des prestations dépendent de considérations politiques et économiques, dans lesquelles l'appréciation subjective joue un rôle

³¹⁷ PCC, 1969, p. 306. Cf. aussi la requête de l'ASEJ, précitée, p. 10.

³¹⁸ Commission danoise de la presse, *loc. cit.*, p. 9 ss; BEJ, 1969, p. 586 (Norvège).

³¹⁹ Cf. les motifs accompagnant la Proposition no 174 du 5 novembre 1965, p. 4 s. - Le projet italien de 1971, précité, prévoit des allocations selon des critères empêchant tout arbitraire: un tiers des sommes réparti entre tous les éditeurs de façon égale, un autre d'après le nombre de journalistes employés, un autre d'après la consommation de papier.

³²⁰ Rapport final de la commission allemande sur la presse, précité, p. 44.

³²¹ Commission danoise de la presse, *loc. cit.*, p. 10.

déterminant. Alors qu'on peut dire avec certitude que la liberté de l'information implique un droit du journaliste à l'information, il n'est pas possible d'être aussi catégorique en ce qui concerne les prestations financières. La réponse que l'on donne est tributaire de la situation économique de la presse et des perspectives d'avenir. Néanmoins, nous pensons qu'une action doit être accordée. L'obligation en question a un caractère juridique, et doit par conséquent pouvoir être sanctionnée.

En Suisse, il faut distinguer suivant l'existence ou non d'un texte légal. Si une loi cantonale sur les impôts omet de tenir particulièrement compte de la presse, elle peut être attaquée devant le Tribunal fédéral pour violation des droits constitutionnels. En revanche, un refus de la Confédération d'alléger les taxes postales, les droits de douane, l'impôt sur le chiffre d'affaires ou l'impôt fédéral direct ne saurait être contesté, et cela en vertu de l'art. 84 al. 1 OJF. Demeurent naturellement réservées les voies de recours offertes en cas de fausse application de la loi.

S'il n'y a pas de loi instituant par exemple un régime de crédits ou de subventionnement du papier, on se trouve dans un cas analogue à celui du droit à l'information³²². Une décision du gouvernement fédéral de ne pas octroyer de subventions à la presse ne pourrait donner lieu à aucun recours, si l'on s'en tient à l'art. 98 OJF. Une décision semblable d'un Conseil d'Etat ne jouirait pas de la même immunité. Heurtant une règle de droit fédéral, elle ouvrirait un recours de droit public, du moins si elle se voyait confirmée en dernière instance cantonale.

Ces voies de droit, évidemment, ne sont d'un secours que si l'on parvient à démontrer les inconvénients de la passivité étatique, ce qui ne sera pas toujours facile, nous l'avons dit. Ainsi, par exemple, pour que la loi fiscale d'un canton ait des chances d'être censurée par le Tribunal fédéral, il faut que le régime prévu constitue un handicap sérieux à l'activité des journaux, que sa non-application à la presse apparaisse comme un des moyens d'aide les plus indiqués dans une situation concrète.

Chapitre 7: Les obligations des particuliers

§ 1 En général

La liberté de l'information n'existe pas! Le droit de diffuser librement des informations et des opinions n'est qu'une illusion! C'est du moins une opinion qu'on entend assez fréquemment, tant dans le public que parmi les gens de

³²² Cf. *supra*, p. 118 s.

presse. Elle n'est pas un reproche adressé à l'Etat, mais exprime plutôt la conviction que les individus ont suffisamment de pouvoir pour empêcher certaines opinions et révélations. La liberté, dit-on, peut figurer en toutes lettres dans la loi fondamentale du pays. Cela n'empêchera pas pour autant les lecteurs de résilier leur abonnement, les personnes informées de boycotter un journaliste, les annonceurs de renoncer à d'autres insertions, s'ils lisent dans le journal une opinion ou une information qui leur déplaît. Les pressions qui subsistent et se multiplient sont bien la négation de la liberté.

A cela, la doctrine classique répond qu'il ne faut pas faire grief aux libertés individuelles de choses qu'elles n'ont jamais eu la prétention d'empêcher. Les libertés individuelles ne doivent pas être confondues avec la notion absolue de liberté qui a cours dans le langage habituel. Elles se bornent à défendre l'individu contre les interventions des pouvoirs publics, à le soustraire à la toute-puissance de l'Etat. Elles valent uniquement dans les relations verticales. C'est au droit privé et au droit pénal qu'il incombe de protéger l'individu contre les entreprises de ses semblables, indépendamment des garanties figurant dans la Constitution.

Toutefois, de nos jours, on reconnaît de plus en plus qu'il n'y a pas de cloisonnement étanche entre les libertés fondamentales et les lois réglant les rapports entre particuliers. Dominant l'ordre juridique dans son entier, les libertés doivent montrer leur supériorité non seulement lors du contrôle de la constitutionnalité d'une loi, mais aussi lors de l'interprétation d'une disposition légale³²³. D'autre part, une inactivité de l'Etat face aux agissements privés qui menacent les libertés individuelles pourrait passer pour une atteinte indirecte de sa part. Cette responsabilité se manifeste d'autant plus clairement si l'on admet que l'Etat a également garanti la liberté dans son aspect fonctionnel. Si les particuliers empêchent la liberté de remplir son rôle, la non-intervention de l'Etat équivaut à une atteinte à l'institution qu'il a lui-même reconnue³²⁴. Afin de se mettre à l'abri de tout reproche, l'Etat doit donc veiller à l'application des libertés individuelles aux relations horizontales et, si son appareil législatif est incomplet, en combler les lacunes³²⁵.

Mais il ne faut pas idéaliser les effets qui seront ceux des libertés fondamentales ainsi comprises. On ne peut pas appliquer la même sévérité aux particuliers qu'à l'Etat. Le droit ne peut sanctionner toutes les atteintes qui se commet-

³²³ Cf. *supra*, p. 129 s.

³²⁴ Cf. *supra*, p. 131.

³²⁵ Le principe de la *Drittwirkung*, curieusement, figurait déjà dans la constitution de Weimar de 1918, du moins pour la liberté de la presse. Après avoir donné le droit à chaque Allemand d'exprimer librement son opinion par la parole, l'écrit, l'imprimé, l'image ou de toute autre manière, l'art. 118 al. 1 poursuivait: «Aucun rapport de travail ou d'emploi ne doit l'entraver dans ce droit, et personne ne doit le désavantager quand il fait usage de ce droit.»

tent dans les relations horizontales. D'abord, on ne pourrait pas le développer suffisamment pour qu'il saisisse toutes les subtilités. Et à supposer qu'on y parvienne, ce serait sur le compte de l'autonomie personnelle. Trop affiné, le filtre menacerait la sphère de mouvement de chaque individu.

§ 2 L'abstention

L'individu doit s'abstenir d'entraver les gens de presse dans la diffusion des opinions et des informations. La phase protégée doit être comprise dans un sens large³²⁶. Plusieurs lois entrent en ligne de compte pour sanctionner cette obligation. Après les avoir énumérées, nous verrons plus spécialement comment elles s'appliquent à une des menaces les plus actuelles: les feuilles d'annonces gratuites.

A. Les lois applicables

a. La loi pénale

Dans les cas les plus graves, c'est elle qu'on fera intervenir. Contrainte, séquestre, vol – autant d'infractions qu'on poursuivra par cette voie.

En Suisse, il a été proposé de compléter les dispositions sur la contrainte par un article frappant d'emprisonnement ou d'amende celui qui, en menaçant le collaborateur d'une entreprise de presse d'un dommage sérieux, notamment de la perte d'un gain sur lequel il peut normalement compter, l'aurait obligé sans droit à publier, à ne pas publier ou à modifier un texte³²⁷. L'idée est intéressante. Elle permettrait de réprimer les menaces de rompre un contrat de travail ou de publicité.

La concurrence déloyale et les atteintes au droit d'auteur peuvent elles aussi être réprimées pénalement. Elles font en général l'objet de lois spéciales³²⁸.

b. Les dispositions de droit civil sur la protection de la personnalité

1. Les atteintes à la liberté de l'information ont aussi lieu indépendamment de toutes menaces. Il arrive que des annonceurs, indisposés par un article, renoncent du jour au lendemain à leur publicité dans le journal «coupable», en guise de représailles. Ce peut être le cas d'un magasin du secteur des arts ménagers après un article de mise en garde sur la vente à tempérament; d'une fabrique de cigarettes à la suite d'un reportage dénonçant les méfaits du tabac; d'un grand magasin coupable d'avoir pris certaines libertés avec les règlements

³²⁶ Cf. *supra*, p. 135.

³²⁷ Cf. KOELLIKER, *op. cit.*, p. 118 s.

³²⁸ Cf. *infra*, p. 193 ss.

de police des constructions et mécontent de l'importance que le journal accorde à l'affaire; de propriétaires de salles obscures qui entendent protester contre des critiques cinématographiques trop négatives; etc. La gravité de l'atteinte dépend évidemment de l'importance de l'annonceur. Un journal possédant une clientèle peu diversifiée sera plus vulnérable.

Quoi qu'il en soit, le droit sur la protection de la personnalité ne doit pas rester inefficace dans ces cas-là. Le journal boycotté doit pouvoir intenter une action en cessation du trouble, une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme à titre de réparation morale. C'est à dessein que l'art. 28 CCS a été rédigé de manière aussi large. On a voulu englober les atteintes les plus diverses. Si cette disposition est interprétée conformément à la Constitution, il n'est pas possible de nier l'illicéité de comportement en question. Le journaliste qui est empêché de renseigner les lecteurs sur des sujets d'intérêt général voit ses droits personnels, sa liberté d'expression, lésés. Il en va bien sûr autrement si le journaliste a pour but premier celui de nuire à un annonceur.

Certes, la preuve de l'illicéité n'est pas toujours facile à apporter, l'annonceur pouvant arguer qu'il ne fait que prendre des mesures de rationalisation qui s'imposaient de toute manière. Il est cependant des cas où le caractère de rétorsion ne fait aucun doute. Le juge qui refuserait alors d'ordonner la cessation du trouble agirait contrairement aux impératifs de la liberté de diffusion.

Quant à une simple menace de «couper les vivres», elle peut également constituer une atteinte illicite aux intérêts personnels et déclencher les actions prévues, surtout si elle provient d'un grand annonceur.

2. L'art. 28 CCS peut s'appliquer à d'autres atteintes, comme celles portées par une grande entreprise à des concurrents plus faibles dont elle désire la disparition. Le simple rachat d'un journal ou d'une revue devrait également être vu comme une violation des droits de la personnalité des autres éditeurs, du moins s'il n'est pas motivé par des raisons économiques impérieuses et que l'on se trouve en période de concentration dangereuse³²⁹.

Une chaîne de kiosques qui refuserait de vendre un journal pourtant apprécié du public commettrait la même atteinte.

3. Une circulaire, dans laquelle un éditeur inviterait les propriétaires de kiosques et autres dépositaires à ne plus vendre un journal d'une certaine tendance politique ou d'un contenu discutable, serait elle aussi condamnable. En 1961, peu après l'érection du mur séparant les deux zones de Berlin, un grand éditeur allemand, mécontent de voir l'hebdomadaire *Blinkfuer* continuer la publication des programmes de la radio et de la télévision est-allemandes,

³²⁹ Cf. aussi *infra*, p. 198 s.

demanda aux dépositaires de cesser la diffusion de tous les journaux faisant une place à ces programmes.

La Cour suprême de Hambourg condamna cette intervention, estimant que la lutte des opinions ne devait avoir lieu qu'avec des moyens se situant sur le plan de la pensée³³⁰. Ce jugement ne fut pas confirmé par l'instance de révision. Le Tribunal fédéral allemand, en effet, fit valoir qu'un appel au boycottage qui s'inspire de convictions idéales n'est pas contraire à la loi, que l'éditeur en question avait un intérêt digne de protection à ce que son désir idéal s'impose efficacement³³¹. Mais on n'en resta pas là. Le *Blinkfuer* ayant engagé un recours de droit public, le Tribunal constitutionnel eut lui aussi l'occasion de se prononcer³³². Dans une décision de 1969, il cassa le jugement du Tribunal fédéral, et ceci pour des motifs qu'il n'est pas inintéressant de connaître :

Il est exact que l'appel au boycottage est protégé par la liberté d'opinion, s'il est engagé comme moyen de la lutte intellectuelle des opinions dans une question intéressant considérablement le public, s'il n'a donc pas pour fondement une controverse à caractère privé, mais le souci des intérêts politiques, économiques, sociaux ou culturels de la collectivité. Cependant, les moyens utilisés pour conférer du poids à cet appel doivent être conformes à la Constitution et ne pas fausser la liberté d'opinion. Ce n'est pas le cas s'ils quittent le domaine des idées, si l'appelant ne recourt pas à la seule force persuasive de ses explications ou de son raisonnement, mais qu'il use en plus de moyens qui enlèvent à l'appelé la possibilité de se déterminer en toute liberté et indépendamment de pressions économiques³³³. Dans le cas présent, l'appelant occupait une position assez forte sur le marché pour que sa menace de représailles impressionne les dépositaires. S'il avait, au lieu de cela, invité dans ses propres journaux le public à boycotter les périodiques publiant les programmes de la zone orientale, son attitude n'aurait pas été critiquable, puisqu'il n'aurait alors exercé aucune pression autre que morale.

L'appel à boycotter le *Blinkfuer*, poursuit le Tribunal constitutionnel, est également contraire à la liberté de la presse, puisqu'il visait à empêcher par des moyens avant tout économiques la diffusion de certaines nouvelles. Or, pour protéger l'institution de la presse libre, l'indépendance des organes de presse doit être assurée face aux interventions des groupements économiques en matière de conception et de diffusion de produits de presse et qui sont exercées avec

³³⁰ NJW, 1962, p. 917.

³³¹ NJW, 1964, p. 29.

³³² BVerfGE 25, 256.

³³³ Si l'appel à boycotter le metteur en scène et ancien nazi Veit Harlan a été déclaré licite par le Tribunal constitutionnel (BVerfGE 7, 208, *Lüth*), c'est que M. Lüth ne possédait précisément aucun moyen de contrainte et s'adressait uniquement au sens de la responsabilité de ses interlocuteurs, qui étaient ensuite entièrement libres de le suivre ou non.

des moyens inappropriés³⁸⁴. Le but de la liberté de la presse, qui est de faciliter et de garantir la formation d'une opinion publique libre, exige une protection de la presse contre les tentatives d'exclure la concurrence des opinions par des moyens de pression économiques.

4. Les particuliers ne sont pas non plus admis à faire pression sur un journal en refusant de lui livrer le matériel nécessaire à sa fabrication. En 1952, une vive controverse s'engagea dans certains journaux suisses au sujet des livraisons de papier à la presse communiste. Agacées par le ton et les mensonges sans cesse renouvelés d'organes tels que la *Voix ouvrière* et *Vorwärts*, plusieurs personnes invitèrent les papetiers du pays à renoncer désormais à cette clientèle. Si le gouvernement reste passif, disaient-elles, rien n'oblige les particuliers à adopter une même attitude, d'autant plus que la liberté de la presse ne peut pas être violée par eux³⁸⁵. Tant les associations des fabricants de papier et des éditeurs de journaux que la Commission mixte de politique en matière de presse s'érigèrent contre cette proposition, faisant valoir que la froide suppression de la liberté de la presse par le retrait du papier est une mesure typique des Etats dictatoriaux, indigne d'une démocratie. La question de savoir si un parti et la presse qui lui est inféodée dépasse les limites admissibles doit être tranchée par le gouvernement. Si l'industrie du papier voulait procéder de son propre gré à un boycottage, elle se ferait le juge de ce qui peut ou non être imprimé. Le précédent, fit-on remarquer, pourrait alors avoir des suites incalculables³⁸⁶.

5. Qu'en est-il des manifestations de grève? Nul ne contestera qu'un débrayage du personnel d'imprimerie entrave sérieusement la liberté de la diffusion. Dans les pays où la grève est un moyen courant pour appuyer des revendications sociales, la question de son admissibilité peut cependant être discutée. Selon le professeur RIDDER, il n'y a pas là de collision entre droits fondamentaux, entre un droit de faire grève³⁸⁷ et la liberté de la presse. Les pertes qui, pour l'éditeur, résultent d'une grève, constituent simplement une augmentation des frais de production³⁸⁸.

M. LÖFFLER, pour sa part, est plus restrictif, du moins quand c'est la presse quotidienne qui se trouve victime. Il fait valoir la vulnérabilité économique de ces entreprises, qui vivent de l'actualité. Il insiste également sur le rôle de la presse dans l'Etat, qui ne peut être entièrement assumé par les autres moyens de communication de masse. On doit donc peser les intérêts en présence. Si un

³⁸⁴ Voir aussi BVerfGE 20, 175 s. (*Spiegel*).

³⁸⁵ *Solothurner Zeitung* des 2, 5, 12, 14, 16 et 20 août 1952.

³⁸⁶ *Solothurner Zeitung* des 7 et 8 août 1952.

³⁸⁷ Pour son fondement juridique en Allemagne, cf. LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 446.

³⁸⁸ RIDDER, VVDSRL, 1965, p. 172. Cf. aussi SCHNUR, *op. cit.*, p. 151, pour qui une interdiction légale de faire grève serait contraire à la loi fondamentale, tant que la presse n'a pas été étatisée.

secteur important de la presse régionale ou nationale est immobilisé, la grève est illicite, comme d'ailleurs toute grève qui touche des entreprises vitales pour la société, qui est disproportionnée ou précipite une entreprise dans la ruine³³⁹.

Quant aux grèves qui ne tendent pas au relèvement des prestations ou qui n'y tendent qu'en apparence, et qui ont pour seul but d'empêcher la parution du journal, afin d'affaiblir sa position ou pour protester contre un article ou une certaine tendance, elles doivent être condamnées sans hésitation. Il en va de même d'une grève qui tenterait de faire pression non pas sur l'éditeur ou les syndicats patronaux, mais sur le gouvernement ou le parlement³⁴⁰.

6. Une atteinte aux droits personnels peut également se concevoir par le biais d'un registre professionnel institué par une association de journalistes. Si le but d'un tel registre est de promouvoir la considération du public pour la profession et qu'on refuse d'y inscrire les personnes qui ne consacrent pas la majeure partie de leur temps au journalisme, on reste encore dans le cadre des attributions qui sont généralement celles des groupements professionnels, à savoir la défense des membres et de leurs intérêts. De même si l'on exige l'accomplissement d'un stage de formation et la justification d'une qualification minimale. En revanche, si les exigences devaient être sans rapport étroit avec la profession ou porter sur les convictions personnelles, il y aurait violation de la liberté de diffusion. On ne saurait s'excuser en arguant que l'individu n'est pas obligé d'être inscrit dans ce registre pour collaborer à un journal, qu'il a d'autres possibilités d'écrire et de jouir de son droit. L'argument pourrait tout au plus porter dans le cas où seuls des désavantages minimes résulteraient d'une non-inscription. Ce n'est manifestement pas le cas si l'individu doit renoncer au bénéfice d'une convention collective liant la majorité des éditeurs à une association de journalistes représentative, et s'il ne peut recevoir une carte dont la valeur est largement reconnue.

L'atteinte est encore plus évidente dans le cas où les associations professionnelles seraient convenues d'une règle selon laquelle les éditeurs ne pourraient plus engager à l'avenir comme rédacteurs à plein temps que des personnes inscrites au registre professionnel. Ainsi, la «clause préférentielle» de la convention collective de travail conclue entre l'Union romande de journaux et l'Association de la presse suisse³⁴¹, l'art. 2, déclare que «seuls les journalistes inscrits en temps que membres actifs au Registre professionnel paritaire (...) peuvent exercer les fonctions de rédacteur à plein temps au sein de la rédaction d'un journal membre de l'URJ», de même que les stagiaires et les étrangers. Des dérogations peuvent être accordées «en cas de nécessité». Apparemment,

³³⁹ *Op. cit.*, I, p. 448 et 98 s.

³⁴⁰ Cf. LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 448.

³⁴¹ Cf. *infra*, p. 224.

cette disposition n'a pas été rédigée dans l'esprit d'un corporatisme étroit. Elle permet, d'une part, d'assurer la position matérielle du rédacteur, puisque l'inscription au registre professionnel est une condition pour bénéficier de la convention collective de travail. En imposant à l'éditeur des rédacteurs inscrits au registre on l'empêche de contourner la convention et de faire de la sous-enchère. D'autre part, cette règle assure à l'exigence d'une formation professionnelle un certain sérieux. Comme la fréquentation de cours et un stage sont nécessaires pour l'inscription au registre, on est sûr que le journaliste désireux de trouver une place ne s'y soustraira pas.

Il n'en reste pas moins que cet art. 2, comme toutes les dispositions qui pourraient lui ressembler, est incompatible avec la liberté de la diffusion. Dans le cas peut-être théorique où un rédacteur refuserait d'accomplir les formalités nécessaires à l'inscription au registre professionnel ou n'y serait pas admis pour une raison douteuse, il verrait sa carrière compromise, l'URJ groupant pratiquement tous les journaux de Suisse française. Il devrait alors, pensons-nous, être admis à tenter une action sur la base de l'art. 28 CCS, et obtenir l'application de la clause en question. Une réserve, cependant: si la liberté de la diffusion devait se trouver menacée dans son aspect fonctionnel et que la clause apparaisse comme un moyen adéquat de remédier à une situation précaire, elle pourrait être maintenue. Nous avons en effet déjà vu qu'il n'était pas exclu de limiter la liberté de diffusion de certaines personnes, si c'est nécessaire pour sauvegarder la liberté fonctionnelle³⁴². Comme exemple, on pourrait donner le cas sans doute rare où la dégradation des relations de travail ou la qualité insuffisante des journalistes seraient la cause essentielle de la disparition de plusieurs journaux.

7. Si les éditeurs d'une région conviennent entre eux de n'engager un journaliste qui a quitté son ancien employeur que s'il l'a fait avec l'assentiment de ce dernier, cet accord peut lui aussi être attaqué en justice. Rien de blâmable, en revanche, s'ils s'interdisent simplement tout débauchage.

c. La loi sur les cartels

Les accords cartellaires, les entreprises de presse isolées ou liées entre elles par des participations financières qui occupent une position prépondérante sur le marché peuvent empêcher un éditeur de poursuivre son activité ou rendre celle-ci extrêmement malaisée.

La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues, du 20 décembre 1962, prévoit d'une part l'illicéité et la répression civile de certaines mesures destinées à écarter les tiers de la concurrence. D'autre part, le Département fédéral de

³⁴² Cf. *supra*, p. 177.

l'économie publique peut charger la Commission des cartels d'enquêtes spéciales en vue d'établir si certains cartels ou autres organisations analogues ont des effets nuisibles d'ordre économique ou social; puis, s'il le juge utile pour sauvegarder l'intérêt public, il peut intenter action devant le Tribunal fédéral contre un cartel ou une entreprise trop puissante qui empêche la concurrence ou l'entrave notablement dans une branche économique ou une profession, d'une manière incompatible avec l'intérêt général.

Cette loi peut également rendre quelque service dans le cas où c'est le secteur de la distribution qui serait marqué par une limitation de concurrence. Dans une enquête publiée en 1971, la Commission des cartels avait à s'occuper de la situation créée par quatre agences de journaux qui s'étaient partagé le marché suisse en autant de zones, chaque agence jouissant pratiquement du monopole de la distribution dans sa propre zone, ceci d'entente avec les éditeurs de journaux³⁴³. La Commission jugea que cet accord pouvait donner lieu à des abus, que les agences étaient à même de profiter de leur position de force lors de la fixation des conditions de livraison ou en défavorisant les kiosques n'appartenant pas à l'agence par une livraison plus tardive, qu'elles pouvaient même refuser de fournir des journaux. Elle préconisa donc que la division en zones soit supprimée, que les propriétaires de kiosques indépendants puissent s'approvisionner auprès de l'agence de leur choix ou même créer leurs propres organisations grossistes³⁴⁴.

d. La loi sur la concurrence déloyale

La liberté étant égale pour tous, il se crée nécessairement des rapports de concurrence entre les particuliers. Cette concurrence légitime peut être faussée par l'utilisation de procédés plus ou moins honnêtes. Dans ce cas, l'Etat doit abandonner sa neutralité, afin de rétablir l'égalité des chances et de conserver à la compétition une certaine dignité. En Suisse, il y est aidé par la loi fédérale sur la concurrence déloyale, du 30 septembre 1943³⁴⁵.

En matière de presse, la concurrence déloyale peut prendre plusieurs formes. Afin d'attirer les annonceurs, un journal peut indiquer un tirage ou un nombre de lecteurs³⁴⁶ plus élevé que celui qu'il possède en réalité. Il peut donner d'autres indications erronées, sur son lieu de parution par exemple, et se vanter à tort d'être le journal le plus ancien, le plus lu, le plus important d'une région ou d'un secteur d'intérêt. Il peut utiliser la composition imprimée d'un autre

³⁴³ PCC, 1971, p. 187 ss.

³⁴⁴ Pour l'hypothèse où c'est une entreprise étrangère qui restreint la concurrence, par la conclusion d'un accord d'exclusivité avec quelques agences suisses, cf. ATF 93 II 192, *Librairie Hachette*, du 21 mars 1967.

³⁴⁵ RS 241.

³⁴⁶ BEJ, 1970, p. 212.

journal en la reproduisant par un procédé photo-mécanique, et s'éviter ainsi l'opération assez coûteuse qu'est la composition³⁴⁷.

La concurrence déloyale est également imaginable dans les relations entre deux ou plusieurs distributeurs. Dans un arrêt du 21 avril 1964, le Tribunal de police de Genève avait à juger le comportement d'une agence de journaux qui a le monopole en Suisse romande des journaux et revues distribués par deux grandes messageries françaises. Voulant échapper aux conditions peu favorables qui leur étaient imposées, des détaillants genevois se groupèrent en une coopérative et allèrent s'approvisionner chez des détaillants français. Mais l'agence, faisant appel à un détective privé et usant de ses bonnes relations avec les messageries, parvint à mettre un terme à ces achats, ce que le Tribunal de police condamna comme un acte de concurrence déloyale, sur la base de l'art. 13 *lit. g* de la loi de 1943 (divulgarion de secrets commerciaux appris d'une manière contraire à la bonne foi)³⁴⁸.

e. La loi sur le droit d'auteur

La liberté de la diffusion implique aussi le droit de ne pas répandre ses écrits, de ne pas être contraint par autrui d'élargir l'écho d'un article ou d'un reportage. L'exploitation illicite du travail du journaliste, la reproduction d'une œuvre sans autorisation n'est donc pas seulement une atteinte aux droits patrimoniaux et au droit moral de l'auteur³⁴⁹. Elle heurte également son droit à la libre diffusion.

Sur le plan international, des efforts sont entrepris pour améliorer encore la protection du droit d'auteur. Signée le 14 octobre 1967, la Convention de Stockholm³⁵⁰, revisant la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, déclare que les auteurs de telles œuvres jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction (art. 9 al. 1). Quelques exceptions sont prévues. Ainsi, les citations sont licites, «à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et de recueils périodiques sous forme de revues de presse» (art. 10 al. 1). Les nouvelles du jour et les faits divers qui ont le caractère de simples informations de presse ne sont pas protégées (art. 2 al. 8). Les articles des journalistes rapportant des nouvelles, en

³⁴⁷ BEJ, 1971, p. 70 ss.

³⁴⁸ Arrêt (non publié), p. 18 s. Cf. aussi *Domaine public*, 1970, no 128. Le ministère public et la chambre d'accusation avaient tout d'abord décidé de classer l'affaire. Mais le Tribunal fédéral, auquel cette décision fut déférée, ordonna le 3 décembre 1963 que le procès fût instruit.

³⁴⁹ Le droit moral (*Urheberpersönlichkeitsrecht*) confère à l'auteur la faculté d'empêcher la publication, la modification ou la déformation de l'œuvre, ainsi que la publication sans mention de son nom.

³⁵⁰ Cf. M. NEF, *Der Schutz des Zeitungsinhaltes*, p. 1 ss; E. ULMER, *Die Stockholmer Konferenz für geistiges Eigentum*, NJW, 1968, p. 1009 ss.

revanche, le sont, dans la mesure où ils ont la nature d'œuvres littéraires ou artistiques³⁵¹.

Une autre exception apportée au droit exclusif de l'auteur figure à l'art. 10 *bis al.* 1. On y lit que les législations nationales ont la faculté de permettre la reproduction par la presse «des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques», dans le cas où cette reproduction n'est pas expressément réservée. Une exception semblable, contenue dans l'ancienne version, avait été combattue par la Fédération internationale des journalistes, motif pris que dans de nombreux pays, le *copyright* et d'autres expressions analogues sont rarement utilisées. Aussi le programme de la conférence de Stockholm proposait-il la suppression pure et simple de cet article. Finalement, on ne s'entendit que sur l'abandon du caractère obligatoire de la disposition, laissant aux Etats la seule faculté de permettre la reproduction en question s'ils le désirent³⁵². Naturellement, une éventuelle autorisation n'est valable que sur le territoire de l'Etat qui la donne. L'exception n'a donc plus une étendue internationale.

Pour M. MAX NEF, les associations de journalistes devraient intervenir auprès des instances législatives de leur pays, afin qu'elles renoncent à maintenir cette restriction du droit exclusif de l'auteur³⁵³. D'abord, dit-il, la réserve du *copyright* est peu usitée dans de nombreux pays, alors qu'elle devrait justement figurer sous chaque article que l'on entend protéger. On connaît aussi des cas où l'auteur veut mentionner la réserve, mais où elle est omise par la rédaction ou par l'éditeur, intentionnellement ou non, ce qui a pour effet de supprimer la protection contrairement à la volonté de l'ayant-droit. Ensuite, on ne voit pas pourquoi la protection serait moindre uniquement pour les articles de caractère économique, politique ou religieux. Et M. NEF de conclure que la possibilité de reproduire des articles entiers sans qu'une protection suffisante des intérêts de l'auteur soit assurée ne paraît ni fondée sur les faits, ni même nécessaire. Les dispositions de la Convention qui concernent le droit de citation, en effet, suffisent³⁵⁴.

La Convention de Stockholm nécessitera une adaptation de la législation des Etats membres de l'Union de Berne. En Suisse, il s'agit de la loi fédérale concernant le droit d'auteur sur les œuvres littéraires et artistiques, du 7 décembre 1922, dont la révision complète est en cours³⁵⁵. Les art. 42 à 61 de la loi

³⁵¹ Cf. M. NEF, *op. cit.*, p. 6.

³⁵² Cf. M. NEF, *op. cit.*, p. 8 s. et 22, note 8; ULMER, *op. cit.*, p. 1012.

³⁵³ *Op. cit.*, p. 9.

³⁵⁴ L'avant-projet de nouvelle loi fédérale sur le droit d'auteur, de 1971, prévoit de maintenir cette restriction, malgré l'emploi peu fréquent qui est fait en Suisse des indications réservant expressément la reproduction.

³⁵⁵ RS 231.1.

actuelle mettent sur pied un régime de sanctions civiles et pénales. Les poursuites pénales n'ont lieu que sur plainte, et les peines – des amendes de 5000 francs au plus – sont prononcées uniquement s'il y a eu intention.

B. *Les feuilles d'annonces gratuites*

a. Notion

Sont considérées comme feuilles d'annonces ou feuilles d'avis gratuites tous les périodiques distribués indépendamment d'une contre-prestation de la part des lecteurs, et dont le financement est entièrement ou en majeure partie assuré par la publicité provenant d'annonceurs distincts de l'éditeur. Les périodiques pour lesquels il existe un prix d'abonnement symbolique, nettement inférieur aux normes habituelles, entrent également dans cette catégorie. Les feuilles d'annonces peuvent aussi contenir une partie rédactionnelle, plus ou moins importante.

Il résulte de la définition ci-dessus que les prospectus, journaux d'entreprises, bulletins de sociétés, etc. ne sont pas des feuilles d'annonces gratuites, puisqu'il leur manque soit la périodicité, soit l'absence de contre-prestation. Ne sont pas non plus de telles feuilles les hebdomadaires édités par des coopératives de consommateurs et distribués à tous leurs membres. La raison n'est pas l'existence d'une contre-prestation (– la part sociale versée par chaque coopérateur apparaît tellement dérisoire en comparaison de la durée de l'abonnement, qui est pratiquement à vie); elle doit être cherchée dans le fait que le financement n'est pas assuré par la publicité provenant d'annonceurs distincts de l'éditeur. Les journaux qui ont pour but de faire de la réclame pour les idées ou les produits de l'éditeur ne doivent pas être rangés dans la catégorie qui nous occupe ici. Tous les journaux gratuits ne sont donc pas des feuilles d'annonces gratuites au sens où nous l'entendons.

Enfin, il existe des périodiques mixtes qui, quoique payants, font régulièrement une distribution étendue d'un numéro gratuit.

b. Nécessité d'une répression

Le phénomène n'est pas récent³⁵⁶. Mais il a tendance à s'accroître³⁵⁷, d'où les inquiétudes qu'il suscite dans les milieux de la presse. Comme elles sont distribuées dans tous les ménages, ces feuilles atteignent des tirages importants, qui attirent les annonceurs, même si le nombre de lecteurs par numéro est en

³⁵⁶ En Suisse, il a été dénombré en 1969 137 indicateurs gratuits (feuilles officielles et d'annonces) avec un tirage hebdomadaire de 3 570 361 exemplaires. Il existait 38 autres feuilles dont les tarifs d'abonnement se situent au-dessous des prix indicatifs minimums fixés par les associations professionnelles. PCC, 1969, p. 281 s.

³⁵⁷ BEJ, 1969, p. 551 ss.

moyenne inférieur à celui que connaissent les journaux payants. Le marché des annonces n'étant pas extensible, il en résulte un manque à gagner pour les autres journaux, dont les frais rédactionnels sont généralement beaucoup plus élevés. La publicité étant le principal pilier économique des journaux d'information, ceux-ci se voient affaiblis. Ils sont guettés par un engrenage fatal, qui veut qu'une diminution du produit de la publicité entraîne une diminution de la qualité, puis du nombre des lecteurs, puis une nouvelle diminution de la publicité, et ainsi de suite jusqu'à la disparition.

On rétorquera que, puisque la publicité est à même de financer entièrement des organes de presse, rien n'empêche les journaux d'information à se transformer tous en feuilles gratuites. Mais cette adaptation, concevable en théorie, conduirait à une situation intolérable. On assisterait à une bataille entre journaux, détruisant toute stabilité et aussi tout souci d'une bonne information, puisque le tirage ne dépendrait plus de la qualité des articles, mais de la bonne organisation du service de distribution. On aboutirait à une autodestruction de la presse, dont personne, finalement, ne tirerait profit. Il n'en reste pas moins que nombreux sont les éditeurs qui, pour répondre à la concurrence des feuilles d'annonces gratuites, sont tentés de transformer leur journal ou ont déjà franchi le pas.

Que les journaux payants réagissent ou non, la liberté de l'information se trouve finalement lésée, soit par l'accélération du processus de la concentration, soit par l'engagement d'une lutte sans merci. En demeurant passif, l'Etat viole l'obligation qu'il a de veiller au maintien de l'efficacité des libertés garanties. Une répression s'impose donc.

c. Répression et liberté de diffusion

Pour justifier l'intervention de l'Etat, on a fait valoir que les journaux gratuits ne bénéficiaient pas de la liberté de diffusion, et que toutes les mesures restrictives pouvaient dès lors s'appliquer. Ce raisonnement n'est pas correct, si l'on se réfère au principe de la globalité, selon lequel tout produit de presse périodique est entièrement soumis à la liberté en question, sans considérations relatives au caractère idéaliste ou à la qualité³⁵⁸. On ne saurait arguer du fait qu'un journal contient seulement des annonces ou que sa modeste partie rédactionnelle ne contribue guère à la formation de l'opinion publique pour lui dénier tout rattachement à la liberté de la diffusion³⁵⁹.

Cela ne veut pas dire pour autant que les feuilles d'annonces doivent bénéficier d'une complète immunité.

³⁵⁸ Cf. *supra*, p. 140 ss.

³⁵⁹ BGHZ 51, 236, *Stuttgarter Wochenblatt*, du 18 décembre 1968.

Certes, la liberté de la diffusion implique le droit de répandre ses opinions et informations le plus largement possible, de convaincre et de renseigner le cercle de personnes le plus étendu, de conquérir la préférence du plus grand nombre, quitte à supplanter quelqu'un d'autre. Il n'y a pas de liberté sans concurrence. Mais il serait faux de s'en tenir là. D'une part, il serait curieux que les libertés individuelles aillent jusqu'à couvrir les agissements de particuliers qui reviennent en fait à les supprimer. D'autre part, l'Etat n'a pas garanti la liberté de la diffusion uniquement en faveur de l'individu. Il l'a aussi reconnue pour qu'elle assume une fonction dans la démocratie; il l'a instituée comme un des éléments constitutifs de cette forme d'Etat. Il est donc responsable de l'efficacité de cette liberté, qui ne peut être assurée qu'avec une presse diversifiée et financièrement saine. Si la liberté fonctionnelle se trouve compromise, l'Etat a l'obligation d'intervenir et de freiner le développement des entreprises dangereuses³⁶⁰.

d. Mesures applicables

Deux groupes de mesures entrent en ligne de compte³⁶¹: l'action de l'Etat peut s'exercer d'abord par sa politique de distribution des prestations positives; et ensuite, par l'application des lois existantes, qu'on prendra soin d'interpréter conformément à la Constitution.

1. Si l'Etat fournit à la presse des prestations positives, c'est, avons-nous vu, en vertu de l'obligation qu'il a de veiller au maintien d'une liberté forte. Or, en soutenant indifféremment tous les journaux, il est possible qu'il contrevienne à son obligation et participe aux entreprises qui mettent en péril la liberté de la diffusion, notamment quand parmi les bénéficiaires se trouvent des feuilles dont le tirage élevé est dû à la gratuité de leur distribution. En d'autres mots, le respect de la liberté de diffusion peut, suivant les cas, contraindre l'Etat à *ne pas fournir* de prestations positives. Il faut naturellement que le phénomène de la gratuité soit devenu un véritable danger.

Pratiquement, les feuilles d'annonces ne devraient pas être exonérées de l'impôt sur le chiffre d'affaires³⁶², ni des droits de douane si elles ont été éditées à l'étranger. En matière postale, les taxes privilégiées ne devraient pas non plus leur être appliquées, etc.

2. La première disposition légale existante qu'il s'agit d'appliquer conformément à la Constitution concerne la *protection civile de la personnalité*. Elle nous paraît en effet pouvoir être utilement invoquée quand, par son ampleur,

³⁶⁰ BGHZ 19, 398, *Freiburger Wochenbericht*, du 27 janvier 1956; LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 100 s.

³⁶¹ Et même trois, si un Etat juge vraiment nécessaire d'édicter des lois spéciales.

³⁶² Cf. ATF 83 I 199, *Chemigraphisches Institut*, du 14 juin 1957, et *supra*, p. 180 s.

il est évident qu'une feuille d'annonces met en danger un journal local ou régional. Il est établi que, pour connaître et définir les droits personnels dignes de protection, on doit recourir aux droits fondamentaux contenus dans la Constitution. Ceux-ci influent sur l'étendue de ceux-là. On peut donc dire, dans le cas présent, qu'en enlevant à un éditeur les ressources qui lui sont indispensables et en le contraignant ainsi à la réduction ou à la cessation de ses activités, le propriétaire d'une feuille d'annonces porte atteinte au droit personnel de l'éditeur de s'exprimer librement, de reproduire librement ses idées par un moyen mécanique et de les diffuser.

Il est vrai que ce droit personnel n'est pas aussi absolu qu'un droit constitutionnel et n'interdit pas la concurrence en général, puisque, sinon, on serait dans l'impossibilité même d'en user, toute diffusion d'un produit de presse entrant nécessairement en concours avec d'autres diffusions. Cependant, on doit tenir la concurrence pour illicite dès qu'elle dépasse un certain niveau. Cette règle ressort d'une concrétisation de la liberté de diffusion garantie dans la Constitution, de la concrétisation qui, on le sait, doit intervenir toutes les fois qu'on applique une loi. Le droit à la libre diffusion, comme d'autres libertés individuelles, étant essentiel tant pour l'individu que pour l'Etat, il ne se concilie pas avec des agissements licites en soi, mais qui reviennent en fait à enlever à l'individu les bénéfices que ce droit lui promettait. Doivent donc en particulier être considérées comme illicites la concurrence provenant d'un trust en cas de concentration avancée, et les feuilles d'annonces gratuites, s'il est établi qu'elles hâtent un processus de concentration entré dans une phase dangereuse ou qu'elles vont provoquer une instabilité néfaste à la qualité de l'information.

La preuve qu'il y a véritablement atteinte ne doit pas être rendue trop difficile. Il n'est pas nécessaire que le plaignant se voie contraint de suspendre la parution de son journal. Une diminution ou simplement une stagnation du tirage³⁶³ ou des recettes de publicité à la suite du lancement de la feuille d'annonces doit être jugée suffisante, s'il existe un lien de causalité.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral allemand en matière de feuilles gratuites, l'action en cessation du trouble peut intervenir sans que l'effet nuisible apparaisse déjà clairement, mais simplement quand il est nécessaire d'agir préventivement contre un danger vraiment menaçant. De plus, dit le Tribunal, on doit examiner s'il existe un danger sérieux que cette mesure, à savoir la distribution gratuite d'un journal, soit également appliquée par d'autres concurrents et conduise alors à une entrave de la concurrence, nuisible pour la collectivité³⁶⁴.

³⁶³ BGHZ 51, 236, précité.

³⁶⁴ BGHZ 19, 392 et 51, 236, précités.

Ce recours à la liberté individuelle pour interpréter une disposition de droit privé rappelle celui qui a lieu dans le domaine des atteintes à l'honneur, à deux différences près: d'abord, quand il y a eu diffamation, c'est la licéité d'une atteinte en soi illicite qu'il s'agit de démontrer; ensuite, pour les feuilles gratuites, il y a opposition entre deux droits identiques.

3. Une autre loi utilisable dans la lutte contre les feuilles gratuites est celle qui régit les *cartels et groupements analogues*. Dans son enquête consacrée au mouvement de concentration dans la presse suisse, la Commission des cartels voit une double possibilité d'application: d'une part, on pourrait faire valoir que l'éditeur qui augmente son tirage artificiellement prend une mesure qui vise à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver notablement dans l'exercice de celle-ci (art. 4 LC), auquel cas s'offriraient les actions de droit civil prévues par l'art. 6 LC³⁶⁵. D'autre part, si une feuille gratuite parvenait à occuper une position dominante sur le marché des annonces et qu'on devait admettre que cette position ébranle la base économique de la presse périodique, il existerait un état de chose nuisible sur le plan économique et social. La Commission pourrait le constater lors d'une enquête spéciale et recommander à l'entreprise visée de renoncer à certaines mesures (art. 20). Quant au Département fédéral de l'économie publique, il pourrait faire suivre cette enquête spéciale d'une action administrative devant le Tribunal fédéral (art. 22)³⁶⁶.

Une telle enquête, dit la Commission des cartels, se serait imposée si le projet d'envoyer à tous les ménages de Suisse romande un illustré presque gratuit et tirant à 460000 exemplaires avait été réalisé³⁶⁷. Mais la Commission a raison d'insister sur le fait que des feuilles distribuées sur une échelle plus réduite peuvent provoquer des inconvénients identiques dans leur secteur de diffusion, et qu'il faut apprécier ces inconvénients avec autant de sévérité que s'il s'agissait d'une feuille nationale³⁶⁸.

La loi de 1962 n'a qu'un inconvénient: elle est rédigée d'une manière large et laisse au juge une importante marge d'appréciation, sans compter que le pouvoir politique n'a pas l'obligation d'intenter une action administrative. Suivant l'interprétation que l'on donne aux différentes dispositions, il est tout à fait possible de ne jamais les utiliser contre les feuilles gratuites ou de les faire intervenir tardivement, à un moment où la structure de la presse est irrémédiablement compromise. C'est pourquoi, il faut insister ici aussi sur la nécessité d'une interprétation influencée par la liberté constitutionnelle de la presse. Concrétisée, cette liberté est à même d'indiquer quand la concurrence est illi-

³⁶⁵ PCC, 1969, p. 310.

³⁶⁶ PCC, 1969, p. 309.

³⁶⁷ PCC, 1969, p. 308. Selon les estimations, la presse quotidienne aurait alors perdu 10 à 15 pour cent des annonces.

³⁶⁸ PCC, 1969, p. 308.

cite, quand une entreprise de presse a des effets nuisibles d'ordre économique ou social, à condition bien sûr de se détacher des conceptions étroites du siècle dernier et de la considérer comme un des trois éléments de l'exigeante liberté de l'information.

4. Enfin, il faut se demander si la législation sur la *concurrence déloyale* n'est pas elle aussi apte à endiguer le phénomène qui nous occupe.

Dans le commerce, il n'y a pas de situation acquise une fois pour toutes. Nul n'a droit au maintien de sa clientèle. Les concurrents peuvent consolider leur position par la rationalisation de leur entreprise, par l'emploi de la réclame, par une utilisation accrue de capital, ou aussi par l'offre de biens ou de services plus perfectionnés, plus attrayants, et dont le prix est calculé au plus bas.

Il en va de même en matière de presse. En vue de ses rapports avec les annonceurs, tout journal est admis à rechercher une augmentation de compétitivité, en baissant ses tarifs d'insertion, mais aussi en étendant le cercle de ses lecteurs, en améliorant la densité de sa couverture locale ou régionale. A cet égard, il importe peu qu'il y parvienne par l'abaissement de son niveau intellectuel ou par une publicité poussée. Même la diffusion gratuite est un moyen licite, si l'on regarde uniquement la relation entre l'annonceur et l'éditeur.

Mais cette vue partielle doit justement être complétée par l'examen de la relation entre l'éditeur et le lecteur. Si, en théorie, un journal peut se passer d'annonceurs, il ne le peut pas des lecteurs. La conquête de leur faveur est une conséquence automatique de l'exercice de la liberté de diffusion, alors que la recherche d'annonceurs n'en est qu'une conséquence possible, devenue fréquente il est vrai, mais intervenant toujours en second lieu. Pour attirer des lecteurs, l'éditeur jouit également des moyens les plus variés, pourvu qu'il ne recoure pas à la tromperie³⁶⁹ ou au dénigrement d'un concurrent. Un moyen, cependant, doit lui rester interdit: celui de la gratuité. La concurrence loyale permet de se battre sur le terrain de la qualité et du prix. Mais il faut que le prix reste en relation avec la valeur de l'objet, sinon le jeu se trouve faussé.

Certes, on peut admettre que des fabricants distribuent des échantillons destinés à faire connaître leurs produits, qu'un journal soit envoyé à l'essai durant quelques jours. Mais la gratuité devient illicite dès qu'elle cesse d'être limitée en ampleur et en durée³⁷⁰. La jurisprudence allemande, d'ailleurs, est

³⁶⁹ N'est pas une tromperie l'utilisation du mot «journal» par une feuille d'annonces gratuite qui contient une partie rédactionnelle comparable à celle des journaux payants. Il en va de même pour les feuilles composées uniquement de réclame, du moins si l'on adopte une notion large de la liberté de presse.

³⁷⁰ Est-ce à dire qu'il faille tout de même taxer d'illicite la gratuité des organes édités par les coopératives de consommateurs qui, comme nous l'avons vu, ne correspondent pas à la définition des feuilles d'annonces? Nous ne le pensons pas, dans la mesure où ces journaux ne trouvent pas leur raison d'être en eux-mêmes, mais sont seulement des auxiliaires servant à la publicité des sociétés éditrices et financées par elles.

clairement fixée dans ce sens³⁷¹. En Suisse, on a dit que ce n'était pas un exemple à suivre, que les excès se corrigeaient d'eux-mêmes, aucune entreprise ne pouvant à la longue faire cadeau de ses produits³⁷². Mais les feuilles d'annonces gratuites sont là pour infliger un sérieux démenti à cette opinion. Il existe des entreprises capables de procéder à des distributions gratuites prolongées et même permanentes. Loin de se corriger, les excès mettent alors en péril tout un secteur de production. Et c'est justement ce que doit empêcher la réglementation en matière de concurrence. Celle-ci a pour tâche de protéger les droits de la personnalité mais aussi l'intérêt de la collectivité à une concurrence libre et loyale, qui est la base de la constitution économique libérale³⁷³. Il faut préciser que cette réglementation, à l'instar de la loi sur les cartels, n'est pas incompatible avec la liberté de la diffusion³⁷⁴.

Les journaux gratuits ne contenant que de la réclame sont-ils aussi coupables de concurrence déloyale? Nous sommes portés à le penser, car leur contenu a également une certaine valeur. Les renseignements qu'ils donnent au sujet du marché de l'emploi, des logements, des manifestations publiques, etc. méritent une rétribution, naturellement dans une plus faible mesure que les éditoriaux, les reportages, les chroniques politiques ou sportives. Le degré de concurrence est donc moindre.

Comme on le voit, ce n'est pas le fait que les feuilles gratuites drainent vers elles une grande partie de la publicité et de la substance financière nécessaire aux journaux payants qui constitue la concurrence déloyale, mais la manière d'acquérir des lecteurs et de s'assurer leur fidélité. En abaissant le prix de vente, elles parviennent à se glisser facilement dans toutes les boîtes aux lettres. Le grand tirage qui est ainsi obtenu a pour les concurrents minorisés les conséquences que l'on sait, et qui se traduisent par une baisse ou une stagnation du nombre de lecteurs et des recettes provenant de la publicité. Ces conséquences sont suffisamment graves pour que, sans hésitation, on donne suite aux actions en cessation de trouble intentées par des intéressés.

C'est également ce qu'a jugé le Tribunal fédéral allemand dans un arrêt de 1968, du moins quand la concurrence provient d'une feuille qui, aux yeux du public, est comparable à un journal d'information³⁷⁵. Il s'agissait d'un hebdomadaire de 240000 exemplaires, distribués dans tous les ménages de l'agglomération et contenant une chronique locale assez détaillée occupant le quart

³⁷¹ BGHZ 51, 236, *Stuttgarter Wochenblatt*, et les nombreuses décisions citées.

³⁷² B. VON BÜREN, *Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb*, Zurich 1957, p. 38.

³⁷³ VON BÜREN, *op. cit.*, p. 6.

³⁷⁴ Cf. *supra*, p. 167.

³⁷⁵ BGHZ 51, 236, *Stuttgarter Wochenblatt*, précité. Cette jurisprudence a été inaugurée par BGHZ 19, 398, *Freiburger Wochenbericht*, précité.

de la surface imprimée. Le Tribunal s'est essentiellement arrêté sur l'ampleur et la durée de la gratuité, ajoutant qu'elle ne serait pas illicite si elle comblait une lacune du marché. Mais, manifestement, le journal en question ne parvient pas uniquement aux personnes qui ne sont pas disposées à acquérir des quotidiens payants. Il entre donc en concurrence avec ces derniers. Or, si la gratuité, compte tenu du danger d'imitation, entrave la concurrence des autres journaux dans une mesure non négligeable, elle doit être condamnée³⁷⁶. Le reproche de déloyauté ressort ici d'une appréciation globale du moyen utilisé, des effets qui y sont attachés, mais aussi – et le Tribunal insiste sur ce point – des intérêts considérables de la collectivité à l'existence d'une presse efficace.

§ 3 Des prestations positives

En étudiant la liberté de la recherche, nous avons vu qu'il existait, dans certaines circonstances, une obligation pour le particulier de fournir des prestations positives³⁷⁷. Ici, la situation est plus simple. L'individu n'a aucun devoir au-delà de la stricte observance d'une attitude de non-ingérence. Il n'est pas obligé de soutenir la diffusion d'un journal en s'y abonnant ou en y insérant de la publicité. En regard de l'autonomie personnelle, cela semble au fond aller de soi.

L'individu n'est même pas obligé de mettre sa boîte aux lettres à disposition des journaux qu'il ne désire pas recevoir. Il importe peu que cela entrave en fait la diffusion de certaines publications. Le droit de s'abstenir, de rester passif, a la préséance sur le droit des gens de presse, car son exercice absolu n'entraîne ici aucun inconvénient pour la collectivité³⁷⁸.

Si on parvenait à intervenir juridiquement contre des journaux qui, de manière répétée et au mépris d'un désir contraire manifesté expressément, s'infiltreraient dans les boîtes aux lettres, on voit alors quel nouveau moyen de lutte s'offrirait contre les feuilles d'annonces gratuites. Mais une telle intervention est-elle possible³⁷⁹? Il faut distinguer suivant que les publications sont distribuées par des particuliers ou par la poste.

³⁷⁶ Dans une décision ultérieure rendue en 1971, l'entrave à la concurrence n'a pas été jugée suffisante. La feuille en question n'a donc finalement pas été condamnée.

³⁷⁷ Cf. *supra*, p. 133 s.

³⁷⁸ Cette absence d'inconvénient n'existe pas forcément en matière de liberté de la recherche des informations. D'où la différence de solution. – Dans un arrêt de 1970, la Cour suprême des Etats-Unis avait à juger la constitutionnalité d'une loi fédérale autorisant les individus à demander aux postes de cesser l'envoi de certains imprimés. Les recourants estimaient que cette loi violait le droit à la libre communication. La Cour leur donna tort, car « a mailer's right to communicate must stop at the mailbox of an unrecipients addressee ». *Rowan v. U.S. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728 (1970).

³⁷⁹ Voir sur ce problème: E. WOLF, *Zum Selbstbestimmungsrecht des Destinatärs von Gratisblättern*, RSJ, 1970, p. 97 ss.; H. PETER, *Gratisanzeiger als Gefahr?*, dans: *Neue Zürcher Zeitung* du 23 octobre 1968, no 654.

Les dispositions qui définissent la régle des postes de plus près admettent que des entreprises spécialisées s'occupent de la distribution d'imprimés ou d'échantillons, si leur expéditeur ne désire ni les remettre à la poste, ni les diffuser lui-même³⁸⁰. Comme il n'existe pas de loi particulière organisant ce service privé, il faut recourir au droit commun. Or celui-ci consacre le principe de la liberté personnelle et de l'autonomie de la volonté. Il met plusieurs moyens de défense à disposition de l'individu qui est empêché de se déterminer librement. Certes, une violation du désir exprès, manifesté par le propriétaire de la boîte aux lettres, de ne pas recevoir de journaux gratuits ne devrait pas être déductible en justice si elle a été seulement occasionnelle. L'adage *de minimis non curat praetor* garde de nos jours toute sa validité. En revanche, une violation répétée, continue, ne doit pas être négligée. Un geste en soi insignifiant peut perdre son caractère originel, s'il est trop souvent accompli.

Parmi les dispositions applicables en l'espèce, on citera en premier lieu celles qui concernent la protection de la personnalité³⁸¹. L'art. 28 CCS devrait pouvoir être invoqué avec succès, car l'intérêt à ne pas être submergé de journaux inutiles est légitime³⁸², surtout que ces journaux obligent celui qui les reçoit à des travaux de débarras et compromettent parfois la bonne arrivée du courrier habituel. Entrent également en ligne de compte l'action négatoire de l'art. 641 CCS offerte au propriétaire gêné dans son droit, et l'action en raison du trouble à la possession de l'art. 928 CCS. Enfin, comme l'abonnement gratuit à un journal a une valeur tangible et même élevée si l'on considère que sa durée est souvent illimitée, les dispositions sur le contrat de donation ne sont pas inutiles. Elles rappellent la nature d'acte juridique bilatéral des contrats et donc la nécessité d'un accord des manifestations réciproques de volonté de deux personnes³⁸³. Si cet accord fait défaut, le contrat n'est pas valable, et le donateur n'a pas à imposer sa prestation. L'acceptation d'une des parties ne saurait être forcée³⁸⁴.

Quand les publications sont distribuées par la poste, il y a peu de chances qu'un journal parvienne de manière continue à une personne qui aurait clairement exprimé le désir de ne pas le recevoir. Ce pourrait tout au plus être le cas si la législation postale était conçue au mépris de la liberté personnelle. En Suisse, l'art. 151 de l'ordonnance sur les postes, du 1er septembre 1967, stipule

³⁸⁰ Art. 1 et 2 de la loi sur le service des postes, du 2 octobre 1924, RS 7, 752. Art. 2 de l'ordonnance sur les postes, du 1er septembre 1967, RO 1967, 1447.

³⁸¹ Cf. aussi *infra*, p. 213.

³⁸² Cf. WOLF, *op. cit.*, p. 98, note 6.

³⁸³ Art. 1er, 239, 241 et 244 CO.

³⁸⁴ Malgré l'existence de ces moyens de droit, M. WOLF estime que les cantons et la Confédération devraient édicter des prescriptions de police et prévoir des sanctions, car les procès restent désagréables et entraînent des risques, surtout quand on ne peut pas encore se fonder sur une jurisprudence. *Op. cit.*, p. 98 s.

que le destinataire doit, quand un envoi lui est présenté ou annoncé, déclarer s'il l'accepte ou le refuse, étant entendu qu'il ne s'agit pas uniquement des envois adressés personnellement³⁸⁵. L'autonomie de la volonté du destinataire semble ainsi sauvegardée.

Pourtant, la prescription de détail 582, édictée par le Département des transports et communications et de l'énergie³⁸⁶, prévoit expressément ce qu'on aurait de toute manière pu déduire de l'art. 151, à savoir qu'une déclaration écrite refusant des envois déterminés peut aussi être donnée d'avance. Mais, et c'est là le point important, elle ajoute aussitôt que les échantillons de marchandises et imprimés sans adresse ne peuvent faire l'objet d'une telle déclaration. Le droit au refus que possède le propriétaire de boîte aux lettres devient ainsi en grande partie illusoire. On se trouve dans la situation paradoxale où un droit voulu par le Conseil fédéral en accord avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique est supprimé dans le cas le plus important en pratique, et ceci par les finesses d'une ordonnance de département³⁸⁷.

Cette situation insatisfaisante devrait être modifiée, car les soucis de rationalisation qui en sont vraisemblablement à la base ne sont pas suffisants pour justifier une limitation aussi générale de la liberté du destinataire³⁸⁸. La disproportion, par exemple, apparaît clairement quand la poste charge une entreprise privée de distribuer à sa place des échantillons ou des imprimés sans adresse destinés à tous les ménages. Etant soumises au droit postal, ces entreprises devraient donc ne pas tenir compte des inscriptions figurant sur les boîtes aux lettres et exprimant le désir de ne pas recevoir des journaux gratuits. Or cela paraît d'autant plus surprenant que l'obligation de respecter la volonté du destinataire n'entraverait en rien le bon fonctionnement de la distribution. Ces entreprises ont en effet un service relativement peu compliqué.

Titre III: La liberté de recevoir des opinions et informations

Chapitre premier: Notion

§ I Terminologie

Recevoir une nouvelle ou une opinion, c'est être mis en sa possession après qu'elle a été envoyée. La liberté ne porte que sur les nouvelles ou opinions qui

³⁸⁵ Cf. WOLF, *op. cit.*, p. 99, note 10.

³⁸⁶ Prescriptions de détail du 6 septembre 1967 relatives à l'ordonnance sur les postes de 1967.

³⁸⁷ WOLF, *op. cit.*, p. 99.

³⁸⁸ Dans ce sens également, WOLF, *op. cit.*, p. 99 et 100, note 11.

ont été multicopiées par un moyen technique et qui ont pour destinataire l'individu en tant que tel. Les émissions radio de la police, les documents internes de l'administration, les dossiers judiciaires n'étant pas adressés à l'individu, l'Etat peut l'empêcher de les recevoir.

C'est cette liberté-là que les Allemands désignent par le terme de liberté de l'information³⁸⁹. Leur conception est donc beaucoup plus étroite que celle que nous avons adoptée dans cette étude. La définition qu'en donne l'art. 5 GG est ainsi libellée: «Chacun a le droit de s'instruire sans entraves aux sources accessibles à tous.» On rencontre donc là aussi l'idée que seules fondent la liberté en question les informations destinées au public, à l'individu en tant que membre de la collectivité. A noter que l'art. 5 GG n'exige pas la publication et l'envoi de l'information, et admet par conséquent d'autres sources que celles des moyens de communication de masse³⁹⁰. En pratique, toutefois, la différence entre la liberté de recevoir des informations telle que nous la comprenons ici et le droit de s'instruire sans entraves aux sources accessibles à tous devrait sans doute être minime.

Tant l'art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que l'art. 19 du Pacte des droits civils et politiques utilisent le terme de *recevoir*³⁹¹.

§ 2 Les titulaires

Est titulaire toute personne qui se voit adresser des opinions et des informations, donc pratiquement chaque individu conscient, pourvu qu'il ait un lien avec l'ordre juridique du pays. Aucune différence ne saurait être faite entre étrangers et nationaux, entre étrangers établis ou en séjour.

La titularité est donc beaucoup plus étendue que pour les autres composantes de la liberté de l'information. Cela n'a rien d'étonnant, puisque celui qui informe autrui par la presse exerce une profession, alors que celui qui s'informe par la presse satisfait un de ses besoins vitaux. Ainsi, les cercles de bénéficiaires afférant à chaque composante de la liberté de l'information ressemblent à trois cercles concentriques, dont le plus petit serait celui de la liberté de recherche, le plus vaste celui de la liberté de réception.

Par rapport à la liberté que nous examinons ici, la liberté du journaliste de rechercher ses informations fait figure de *lex specialis*. S'il est empêché de recevoir un produit de presse nécessaire à son travail, le journaliste invoquera la liberté qui lui appartient en propre.

³⁸⁹ Voir par exemple MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 32.

³⁹⁰ Cf. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 36.

³⁹¹ Cf. *supra*, p. 51, 53 et 59.

Le recourant n'a pas à prouver que des liens particulièrement serrés l'unissent au journal ou à la revue visés. Il ne doit pas être forcément un abonné de vieille date. Il lui suffit de rendre vraisemblable son intention de se procurer un numéro du journal qui a été entravé dans sa diffusion. Est même protégée la réception d'un journal qui lui est adressé personnellement sans qu'il en ait fait la demande³⁹². La protection est donc indépendante d'un effort ou d'une manifestation de volonté de la part du lecteur.

Chapitre 2: Première obligation de l'Etat: l'abstention

§ 1 En général

La phase qui se trouve prémunie contre les interventions étatiques va de l'instant où le produit de presse quitte l'imprimerie pour être mis à la disposition du public, jusqu'à la prise de connaissance par l'individu. La protection intervient donc seulement à partir de l'envoi. Saisies, interdictions d'importer, exclusion du transport par la poste, institution de taxes postales ou d'impôts sur la vente plus élevés pour la presse que pour les autres produits, ou qui ne frappent qu'elle³⁹³ – autant d'agissements contre lesquels le lecteur peut valablement recourir en faisant valoir une violation de sa liberté de réception³⁹⁴. Ces agissements, sauf les impôts et les taxes exagérées, pouvant se justifier exceptionnellement, le juge, pour décider de leur admissibilité, utilisera les mêmes principes que ceux qui valent pour la liberté de la diffusion³⁹⁵.

L'attitude de l'Etat et de ses organes peut aussi être condamnable si elle a pour effet de retarder le moment de la prise de connaissance, de ralentir le transport par des contrôles, des formalités compliquées³⁹⁶, une saisie temporaire, ou simplement un «hasard» quelque peu provoqué.

§ 2 L'abonnement obligatoire

La liberté de faire comprend tout naturellement celle de s'abstenir. Si l'Etat n'a pas le droit d'empêcher l'individu de se procurer des produits de presse, il

³⁹² BVerfGE 27, 83, du 3 octobre 1969; 27, 98, du 14 octobre 1969.

³⁹³ Par exemple le droit de timbre; cf. BOURQUIN, *op. cit.*, p. 366 s. Le droit de timbre est aussi contraire à la liberté de la diffusion; cf. *supra*, p. 146.

³⁹⁴ Il peut également recourir contre des taxes et impôts licites, qui seraient une charge trop lourde pour la presse. Cf. *infra*, p. 212.

³⁹⁵ Cf. *supra*, p. 146 s.

³⁹⁶ BVerfGE 27, 88. Il s'agissait de formalités douanières à l'égard d'un journal est-allemand.

ne peut pas non plus, à plus forte raison, l'obliger à recevoir tel ou tel journal déterminé. Une exception peut être faite pour les feuilles ou les journaux officiels, dans la mesure où ils sont conformes au principe de la liberté de presse et où ils ne peuvent rendre les services qui ont motivé leur création qu'en étant connus du public.

En liant par exemple l'octroi d'une patente de restaurateur à l'obligation de s'abonner au journal officiel, l'Etat assure à ses communications et avis une publicité adéquate, puisque les établissements publics sont un point de rencontre sociale important³⁹⁷. La restriction apportée à la liberté des restaurateurs (liberté économique et de l'information) s'accorde avec le principe de la proportionnalité, et on ne peut pas soutenir qu'il y a inégalité de traitement. L'extension de cette obligation aux médecins, dentistes, pharmaciens, vétérinaires, serait en revanche critiquable. Elle aurait vraisemblablement pour but une augmentation des recettes provenant des abonnements, car la publicité obtenue sans cela peut être considérée comme suffisante.

Dans un arrêt déjà ancien, le Tribunal fédéral avait justement à se prononcer sur une pareille extension³⁹⁸. Jugeant qu'il est parfaitement admissible que les aubergistes et les débitants de boissons soient contraints de s'abonner à la Feuille officielle du canton «parce que c'est là un moyen sûr d'atteindre un grand public et d'obtenir une diffusion suffisante des avis officiels», le Tribunal fédéral avoue ne pas voir quels motifs sérieux il peut y avoir de décréter l'abonnement obligatoire pour les médecins. L'Etat n'a pas à se préoccuper tout particulièrement comment les médecins se tiennent au courant des avis officiels, pourvu qu'ils s'y conforment comme les autres citoyens. Il s'agit donc d'une mesure purement fiscale qui, frappant arbitrairement une catégorie seulement de citoyens, est contraire au principe d'égalité de l'art. 4 Cst. Si on considère le coût de l'abonnement comme un émoulement administratif, l'obligation cantonale se heurte en outre à la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 et 33 Cst.), car la taxe, de par sa périodicité, est en effet trop élevée. Aujourd'hui, un recourant pourrait également invoquer la liberté de l'information, pour peu qu'elle soit incluse dans la loi fondamentale.

En refusant d'assister l'individu qui tente de se défaire des journaux gratuits dont il est submergé, l'Etat se rend indirectement coupable d'une atteinte à la liberté de la réception. D'où la nécessité de tenir compte de cette liberté lors de l'application des lois aux rapports entre particuliers.

³⁹⁷ Art. 4 de la loi neuchâteloise sur la Feuille officielle, du 28 octobre 1925, modifié par l'art. 85 de la loi sur les établissements publics, du 2 juillet 1962. Recueil des lois cantonales, X, 1316.

³⁹⁸ ATF 52 I 69, *Société médicale neuchâteloise*, du 7 mai 1926.

§ 3 Les mesures antérieures à l'envoi

Comme la liberté garantie ne débute qu'au moment où le produit de presse est envoyé, l'individu ne peut pas s'opposer aux mesures étatiques qui interviennent antérieurement, telle la censure préalable, une interdiction de paraître, l'introduction d'un régime de cautionnement, etc. Le recoupement avec la liberté de la diffusion n'est que partiel. Devrait-il être complet? Devrait-il également exister avec la liberté de la recherche? Il est indéniable qu'un refus de renseigner le journaliste ou la censure d'un article touche également le lecteur. Celui-ci peut voir la qualité de son information se réduire sensiblement. Faut-il dès lors considérer que les agissements en question violent deux libertés individuelles, celle du lecteur et celle de l'homme de presse?

Dans son commentaire de l'art. 5 GG, le professeur HERZOG déclare que l'accès général d'une source d'information ne dépend pas d'une réglementation juridique, mais uniquement de ses qualités de fait³⁹⁹. Selon lui, il est logique de donner au lecteur un droit à ce que l'accès de fait ne soit pas malgré tout manipulé juridiquement par une obstruction complète de la source provoquée par l'Etat. L'octroi d'un tel droit est d'autant plus important que les titulaires de la liberté de diffusion sont parfois enclins à renoncer à porter plainte, pour ne pas mettre inutilement à l'épreuve leurs relations avec les organes de l'Etat. Le citoyen qui, dans le domaine de l'information, ne se voit de toute manière plus soumis qu'à des super-puissances, peut ainsi, du moins partiellement, assurer la qualité de ses informations. L'importance de ce résultat pour le principe démocratique est manifeste, conclut cet auteur⁴⁰⁰.

En Suisse également, il a été proposé d'étendre les droits du lecteur, mais indépendamment d'une introduction de la liberté de recevoir des informations⁴⁰¹. La légitimation active de la liberté de presse, a-t-on dit, devrait appartenir non seulement à l'éditeur et au journaliste, mais à tout lecteur. Pour justifier ce qui est en réalité l'institution d'une action populaire, on a fait valoir que l'individu peut avoir un intérêt personnel à ce que l'intérêt social ou public soit respecté, qu'il doit donc être admis à intenter un recours de droit public dans l'intérêt général, ce dernier étant lésé en cas d'entrave à la liberté de la presse⁴⁰².

En l'espèce, il ne s'agirait pas d'introduire une action populaire, puisque le lecteur fonderait son recours sur une liberté qui lui appartient en propre. Mais la liberté de la réception peut-elle vraiment aller aussi loin? Nous ne le pensons

³⁹⁹ MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 36.

⁴⁰⁰ *Op. cit.*, p. 38 s.

⁴⁰¹ KOELLIKER, *op. cit.*, p. 79 ss.

⁴⁰² KOELLIKER, *op. cit.*, p. 76 et 80.

pas. La réception, avons-nous vu, n'est possible qu'à partir du moment où la chose a été envoyée. Il faudrait donc opter pour une autre définition et garantir par exemple la liberté *d'être informé*. La formulation de l'art. 5 GG ne nous paraît pas se prêter beaucoup mieux à l'extension des droits du lecteur. Il est en effet question de sources *accessibles* à tous, et non de sources *destinées* à l'être.

La liberté de la réception, telle que nous l'avons circonscrite, semble suffisante pour assurer une bonne information, à condition toutefois que les autres éléments de la liberté de l'information soient pleinement reconnus. Nous ne nions pas qu'il existe des cas où l'éditeur renonce à faire valoir ses droits, soit pour ne pas indisposer les autorités, soit par manque d'intérêt financier. Seulement, les conséquences qui en résultent pour l'information des citoyens ne devraient pas être très graves, tant qu'il existe une concurrence suffisamment vivante entre une multitude de journaux.

La liberté de la réception est une garantie supplémentaire pour la diffusion au sens strict. Si on la regarde aujourd'hui comme un élément nécessaire de la liberté de l'information, c'est qu'elle ne laisse pas le principal intéressé, le lecteur, démuné dans une phase qui le concerne immédiatement et où il intervient activement. Elle est particulièrement utile quand l'Etat interdit l'importation de périodiques publiés à l'étranger⁴⁰⁸ et que les éditeurs frappés s'abstiennent de porter plainte. Ici, les conséquences pour l'information de l'individu sont importantes, car elles ne sont pas effacées par la concurrence. Celle-ci, entre journaux étrangers sur le sol du pays même, a en effet des proportions très réduites. Comme l'éditeur étranger renoncera encore plus facilement à se défendre en justice qu'un éditeur indigène, les atteintes risqueraient donc de se multiplier sans être jamais sanctionnées. Or la confrontation des informations et opinions du pays avec celles qui proviennent de l'étranger est indispensable au citoyen pour son attitude face à l'Etat. Elle complète ce que les propres journaux pourraient avoir d'unilatéral. Par conséquent, on ne saurait se satisfaire de sa vulnérabilité.

Chapitre 3: Seconde obligation de l'Etat: des prestations positives

Le droit à la libre réception des informations ne doit pas être confondu avec un droit à l'information. Il a toutes les caractéristiques d'une liberté individuelle, et n'est pas identique à un droit social qui obligerait l'Etat à garantir à chaque

⁴⁰⁸ Si l'Etat agit de la sorte, il empêche l'individu de parvenir à des sources *accessibles à tous*, estime-t-on en Allemagne. Les entraves qui surviennent après la publication ne sont pas à roême de changer en quoi que ce soit le caractère originaire de la source. Cf. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 36; BVerfGE 27, 83.

individu l'obtention d'un bien. Il n'est donc pas indiqué de parler du «droit à l'information du lecteur» et de dire qu'il a été reconnu explicitement en Suisse pour la première fois dans les directives fédérales en matière de censure, du 6 janvier 1940⁴⁰⁴, qu'il a été consacré par la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres textes de droit international. Il s'agit tout au plus d'un droit de *s'informer* librement, ou d'un droit moral du citoyen à être renseigné par l'Etat.

Il est vrai qu'il n'est pas d'emblée exclu de déduire d'une liberté individuelle l'obligation pour l'Etat de fournir des prestations positives, même si les libertés ont une nature avant tout négative. Par ce biais, il serait donc théoriquement possible d'introduire un droit à l'information, qui n'aurait alors rien d'un droit social, qui serait la conséquence accessoire mais nécessaire de la reconnaissance d'une liberté fondamentale. Le raisonnement que nous avons tenu lors de l'étude de la liberté de recherche peut-il s'appliquer ici par analogie et justifier l'institution d'un tel droit? Peut-on obliger l'Etat à livrer toutes les informations le concernant à celui qui les demande? Pourrait-on éventuellement aller jusqu'à charger l'administration de veiller à ce que tous les citoyens obtiennent une information complète, même sur des matières qui lui sont étrangères, quitte pour elle à suppléer à ce qu'elle estimerait être une carence de la presse privée par une propre activité journalistique?

Une réponse négative ne fait pas de doute. La liberté dont il s'agit ici ne concerne que la réception des informations. L'Etat reconnaît à l'individu le droit de recevoir les informations qui lui sont adressées par d'autres individus, d'accéder aux sources d'informations destinées à la collectivité. On ne voit pas en quoi cet accès pourrait être facilité par l'octroi au citoyen d'un droit d'obtenir de l'Etat toutes les informations qu'il désire. Il n'y a là simplement aucun rapport.

Cela ne signifie évidemment pas qu'il soit impossible de déduire en l'occurrence une obligation de fournir d'autres prestations positives. La liberté de la réception est indispensable au bon fonctionnement de la démocratie. Si elle se vide de sa substance, elle ne peut plus procurer à l'individu les moyens de participer activement à l'élaboration de la volonté politique, et l'existence de l'Etat libéral se trouve compromise. Le fait que l'efficacité des deux autres éléments de la liberté de l'information soit maintenue n'y changerait rien, même s'il est clair que ces éléments sont tout aussi importants pour la démocratie que la liberté de réception. Les composantes de la liberté de l'information ont en effet la particularité de tourner à vide si elles ne sont pas toutes garanties en même temps. Ou, si l'on préfère une vue globale des choses: la liberté de l'in-

⁴⁰⁴ FF 1947 I 346.

formation n'est à même de remplir son rôle que si elle est pleinement reconnue. Il s'ensuit que l'Etat ne peut pas rester indifférent au sort de la liberté de réception. Il ne peut pas se cantonner dans une attitude abstentionniste et estimer qu'il a ainsi accompli son devoir.

S'il devait s'avérer que la liberté de l'individu d'accéder aux sources est devenue illusoire, que le niveau des prix, par exemple, constitue un obstacle majeur, une intervention étatique s'imposerait. L'Etat devrait agir en baissant ou en supprimant les taxes qui frappent le produit de presse après son envoi, tels les droits de douane, l'impôt sur le chiffre d'affaires des dépositaires, les taxes postales. Si, nonobstant ces mesures, le prix reste élevé, le lecteur peut demander le versement de subventions pour la souscription d'un abonnement ou pour l'achat de numéros séparés. En pratique, et si l'Etat respecte les devoirs que lui imposent les deux autres éléments de la liberté de l'information, on ne devrait jamais en venir à cette extrémité.

Comme la liberté dont jouit le lecteur ne donne aucune prise sur les agissements de l'Etat se situant avant l'envoi du produit de presse, elle ne peut pas servir à réclamer le versement de subventions à la presse.

La liberté du lecteur peut aussi être compromise par une organisation insuffisante du service des postes. La rapidité et la continuité étant essentielles en matière d'information, le lecteur est en droit d'exiger de l'Etat qu'il remédie à certaines lenteurs et qu'il maintienne la distribution des journaux tous les jours ouvrables. Un vide de deux jours dans une semaine, sans informations écrites, serait excessif, et on ne saurait arguer que la radio et la télévision peuvent facilement servir de substitut pendant ce temps-là. Le privilège accordé à l'individu consiste en une liberté de recourir en tout temps aux sources désirées et non à celles que l'Etat, par l'organisation du service postal, veut bien encore mettre à disposition le samedi et le dimanche⁴⁰⁵.

Chapitre 7: Les obligations des particuliers

Pas plus que les autres libertés individuelles, la liberté de recevoir des opinions et informations n'est à l'abri des atteintes des particuliers. Afin qu'elles ne l'affaiblissent pas, il convient, ici aussi, de réprimer toutes les velléités périlleuses par une stricte application des lois civiles et pénales. En servant de point de mire aux organes chargés de cette application, la liberté du lecteur marque donc également les rapports entre particuliers.

La liberté reconnue au lecteur n'implique pas la gratuité de la réception. Comme nous l'avons vu, les taxes postales et les impôts intervenant après

⁴⁰⁵ Concernant les voies de droit, cf. *supra*, p. 184 s.

l'envoi du produit de presse sont en principe admissibles⁴⁰⁶. Les particuliers ne sont donc pas tenus de renoncer à toute rémunération pour les services de vente ou de transport qu'ils auraient accomplis. De même, l'éditeur n'est pas obligé de céder son journal gratuitement ou sans bénéfice.

Où la liberté de la réception peut cependant se trouver lésée, c'est quand les marges de bénéfices sont trop importantes et qu'elles deviennent prohibitives pour la consommation courante qui est celle des périodiques. Elles doivent alors être considérées comme illicites⁴⁰⁷. Celui qui fait preuve d'un trop grand appétit financier ne saurait tirer aucun argument en sa faveur de la liberté de diffusion ou de la liberté du commerce et de l'industrie. Celles-ci se trouvent supplantées par la liberté de réception qui garantit à l'individu l'absence d'empêchement dans l'accès aux sources d'information. Or un prix trop élevé est sans conteste un empêchement⁴⁰⁸.

Le fait de contraindre un individu à recevoir un journal contre sa volonté constitue lui aussi une atteinte. Les dispositions de droit civil sur la protection de la personnalité doivent donc pouvoir être invoquées utilement par celui qui se voit continuellement adresser un journal qu'il a pourtant clairement déclaré ne pas vouloir recevoir. Dans le titre précédent, nous avons vu que la lutte contre les feuilles d'annonces gratuites n'était pas l'apanage exclusif des éditeurs menacés, mais que les lecteurs pouvaient également y contribuer⁴⁰⁹. Aux moyens que nous avons énumérés s'en ajoute un nouveau: celui des actions de l'art. 28 CCS fondées sur une violation d'un droit fondamental. Cette violation, en effet, ne peut être justifiée par la liberté personnelle de son auteur.

⁴⁰⁶ Cf. *supra*, p. 178 s. L'Etat peut de même percevoir des abonnés à la radio et à la télévision une taxe destinée à couvrir les frais de retransmission ou de programmes.

⁴⁰⁷ Il en est de même des taxes de radio et de télévision excessives. Cf. H. RIDDER, *Meinungsfreiheit*, p. 275, note 110; LÖFFLER, *op. cit.*, I, p. 87.

⁴⁰⁸ Cf. *Domaine public*, 1970, no 128, et une rectification de Naville S. A., du 30 avril 1970, non publiée. Les journaux et revues étrangers dont le prix de vente augmenterait de 60 pour cent par rapport aux prix valables dans le pays d'origine, montreraient des exigences déjà très élevées, surtout si l'augmentation ne se justifie pas par des frais supplémentaires. Dans le cas d'espèce, le prix est fixé non par les distributeurs, mais par l'éditeur. Même s'il s'agit d'une entreprise étrangère, rien n'empêche un lecteur d'attaquer celle-ci en justice pour la part de son activité soumise à l'ordre juridique du pays. Pour la question du for, il faut s'en référer aux conventions internationales existantes, par exemple à la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1er. Voir ATF 93 II 192, *Librairie Hachette*, du 21 mars 1967.

⁴⁰⁹ Cf. *supra*, p. 203 ss.

Quatrième partie: La liberté interne de l'information

Jusqu'ici, nous n'avons vu comme adversaires possibles de la liberté de l'information que l'Etat et les autres particuliers. Ainsi, par exemple, il a été question de l'opposition classique entre le pouvoir et un organe de presse, où le premier cherche à faire taire le second par une mesure d'interdiction ou de saisie. Nous avons également mis en lumière les coups qui peuvent être portés par des particuliers, tels ceux d'un éditeur de feuille gratuite ou d'un annonceur à un journal dépendant de la publicité. Une source de dangers, toutefois, a été négligée: celle qui se trouve au sein même des entreprises de presse. C'est à elle que nous consacrons le titre unique de cette quatrième partie.

Titre unique: Les relations à l'intérieur de l'entreprise de presse

Chapitre premier: Notions

1. Une tension naturelle existe dans chaque entreprise de presse, qui provient de sa structure. Dans nombre de journaux en effet, les rôles d'éditeur, rédacteur et imprimeur ne coïncident pas. Il y a compartimentage. Or les intérêts de ces personnes ne sont pas forcément les mêmes. Nous pouvons laisser de côté l'imprimeur, qui, s'il est payé pour son travail, ne créera en général aucune difficulté¹. Les rapports entre le rédacteur en chef et ses subordonnés n'ont pas non plus une énorme importance pratique. Les membres de la rédaction sont généralement liés par un même intérêt, encore que l'existence de conflits ne soit pas totalement exclue. Auquel cas on peut appliquer par analogie certains des principes énoncés ci-dessous.

C'est plutôt à la relation entre l'éditeur et le rédacteur qu'il convient de s'attacher, car elle est plus que toute autre génératrice d'antagonismes. L'éditeur désire que son journal se vende, qu'il procure des bénéfices et qu'il lui permette d'influencer un peu la vie de la cité. Le rédacteur, lui, est soumis à l'éditeur, dont il est l'employé. En tant que salarié, il a un devoir d'obéissance et de diligence. Il désire cependant dépasser le stade de l'asservissement et exposer ses propres convictions, imprimer sa personnalité au journal. Ces prétentions lui paraissent d'autant plus légitimes qu'il sait que c'est lui qui fait

¹ En Suisse, d'ailleurs, la plupart des journaux possèdent leur propre imprimerie. Pour les cas de grève, cf. *supra*, p. 190 s.

pour une bonne part le succès du journal, que les lecteurs sont moins fidèles à un éditeur qu'à une plume, à une manière d'écrire, de commenter, d'enquêter.

2. Si l'éditeur ne tient pas compte de ce besoin d'indépendance, s'il utilise la suprématie que lui confère le droit du travail pour dicter au journaliste ses paroles et ses silences, on peut se demander ce qui reste de la liberté de recherche et de diffusion du rédacteur. Celui-ci est-il admis à se défendre en justice ? Mais l'éditeur ne fait-il pas qu'user de sa propre liberté de diffusion ?

On fera peut-être remarquer que cette situation ne se distingue pas des autres atteintes privées que nous avons examinées dans la troisième partie, surtout si l'on envisage une violation provenant d'une personne qui fait également usage de sa liberté de diffusion, tel l'éditeur d'une feuille d'annonces gratuite. Là aussi, dira-t-on, il y a opposition entre deux libertés de diffusion. Pourquoi traiter ces cas séparément ? Parce qu'en l'occurrence, il existe en plus une relation contractuelle, dont on ne peut pas dire exactement, du premier coup d'œil, jusqu'à quel point elle prime la liberté individuelle que la Constitution garantit aux parties. Elle ne saurait en tout cas être ignorée complètement, si on ne veut pas la vider de son contenu. Mais le contrat de travail ne peut non plus avoir systématiquement le dernier mot, car ce serait faire bien peu de cas des libertés fondamentales.

3. Quand la doctrine allemande parle de liberté interne de la presse, elle entend souvent la liberté que le journaliste et l'éditeur peuvent opposer à tout particulier, quel qu'il soit, la liberté externe étant celle qui se dresse contre l'Etat². Ou alors, il s'agit d'une liberté protégeant les gens de presse les uns contre les autres, contre un concurrent, un employeur ou un employé³. Nous adoptons ici une définition sensiblement plus limitée: la liberté interne de l'information, c'est la liberté individuelle que les membres d'une entreprise de presse, singulièrement l'éditeur et le rédacteur, peuvent faire valoir l'un contre l'autre.

Elle n'est donc pas synonyme de liberté rédactionnelle, puisque cette notion ne vise qu'une catégorie des personnes collaborant à l'entreprise de presse. Il ne fait cependant pas de doute que la liberté rédactionnelle est un élément primordial de la liberté interne de l'information, l'employé étant par définition la partie la plus menacée.

4. La liberté interne n'intéresse que les relations au sein du journal. Elle ne comprend donc pas la liberté du lecteur. Si nous ne parlons pas simplement de liberté interne de la diffusion (ou de liberté interne de la presse), c'est que la

² Cf. M. LÖFFLER, *Presserecht*, I, p. 96; H. RIDDER, *Probleme der inneren Pressefreiheit*, p. 10 ss.

³ Cf. D. STAMMLER, *Die Presse als soziale und verfassungsrechtliche Institution*, p. 233; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5, p. 38.

liberté de recherche reconnue au journaliste est également concernée. Elle aussi est susceptible d'être restreinte par l'éditeur. Il est donc préférable d'adopter une notion plus vaste, même s'il lui manque une des trois composantes de la liberté de l'information, à savoir le droit du lecteur à la libre réception.

5. En résumé, nous pouvons dire que la liberté de l'information est un triple moyen de défense: défense contre l'Etat, contre les particuliers en général, contre les particuliers travaillant dans la même entreprise de presse. La manière dont les individus respectent entre eux la liberté, avons-nous vu, ne peut pas laisser l'Etat absolument indifférent⁴. Il n'y a aucune raison que ce principe ne vaille pas pour la liberté interne et que, dans l'aménagement de celle-ci, l'Etat n'ait pas de rôle à jouer.

Chapitre 2: Le rôle de l'Etat

§ 1 L'application des lois existantes

L'Etat a-t-il vraiment à intervenir dans les relations qui existent à l'intérieur des entreprises de presse? Ne risque-t-il pas de donner dans un guépier? S'il décide de prendre le parti de l'éditeur, du propriétaire, dans l'idée que celui qui paie doit aussi pouvoir commander, il rend illusoire la liberté du journaliste. S'il pense au contraire que celui qui écrit, qui entre en communication avec les lecteurs, doit avoir une pleine liberté de mouvement, parce que c'est lui finalement qui contribue le plus à la formation de l'opinion publique, il limite la liberté de l'éditeur, qui est aussi digne de protection.

A première vue, la neutralité semble être la seule attitude possible. C'est en tout cas ce que pensent certains auteurs allemands, qui ne voient point d'issue au dilemme⁵.

Néanmoins, en garantissant une liberté individuelle, l'Etat prend des engagements, auxquels il ne peut se soustraire simplement parce qu'une situation paraît délicate. Puisqu'il garantit la liberté de l'information tant à l'éditeur qu'au journaliste, il doit veiller à ce qu'elle ne soit pas rendue complètement fictive par d'autres particuliers, même si ceux-ci travaillent dans la même entreprise de presse. Nous avons vu précédemment le brin d'hypocrisie qu'il y aurait à garantir solennellement des droits, mais à refuser d'appliquer une loi existante quand ces droits se trouvent compromis par des particuliers. En vertu de la *Drittwirkung* des libertés individuelles, l'Etat ne peut donc rester indifférent au sort de la liberté à l'intérieur du journal.

⁴ Cf. *supra*, p. 129 ss.

⁵ U. SCHEUNER, *Pressefreiheit*, VVDStRL, 1965, p. 73 s.; RIDDER, *op. cit.*, p. 12 s.; E. FORSTHOFF, *Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen*, p. 33 s.

Il devra toutefois se garder de favoriser systématiquement et sans raison une catégorie de personnes plutôt qu'une autre. La liberté de l'éditeur et du journaliste sont équivalentes. Un choix devant tout de même se faire de cas en cas, il s'agit de fixer des principes généraux, d'après lesquels l'Etat pourra se laisser guider. Comme le remarque le professeur HERZOG, le problème de la liberté interne relève finalement d'une balance des intérêts, mais d'une balance qui doit être influencée par le fait que les rapports étroits de la liberté de presse avec le principe démocratique exigent une certaine autonomie de l'employé à l'égard des directives patronales⁶. Cette autonomie, toujours selon M. HERZOG, est requise en fin de compte pour que le cercle des personnes pouvant se prévaloir de la liberté de presse et participant à l'information du public ne reste pas démesurément petit.

Autrement dit, lorsque l'Etat a à prendre parti pour le journaliste contre l'éditeur, ou inversement, il doit comparer entre elles les atteintes qui se produiraient en cas d'intervention ou d'abstention de sa part, puis choisir la solution la moins défavorable ou, en cas d'égalité approximative, celle qui est la plus proche du but collectif de la liberté de l'information. Il sera ainsi automatiquement conduit à consacrer cette autonomie dont parle M. HERZOG.

Plus concrètement encore, cela signifie par exemple que, si un éditeur change brusquement de conceptions politiques, le rédacteur qui refuserait de s'adapter ne pourrait être renvoyé immédiatement sur la base de l'art. 337 CO révisé (justes motifs). S'il y avait tout de même licenciement, celui-ci devrait être considéré comme injustifié, avec les conséquences que cela entraîne (art. 337 c CO). En revanche, le journaliste, lui, pourrait alléguer de justes motifs, se départir du contrat, et même réclamer des dommages-intérêts (art. 337 b CO). Le contrat de travail en matière de presse suppose en effet une clause non écrite selon laquelle le journaliste dispose d'une certaine liberté de plume, pourvu qu'elle ne soit pas en complète opposition avec les idées défendues par l'éditeur au début de la relation contractuelle.

Le rédacteur qui se serait montré trop peu docile et aurait refusé de suivre l'éditeur dans son revirement politique pourrait-il exiger le renouvellement d'un contrat arrivé à terme? Le principe de la liberté des contrats l'exclut. En revanche, si ce renouvellement n'a pas lieu alors même que les capacités du journaliste et la coutume prévalant dans la presse permettaient de l'espérer raisonnablement, des dommages-intérêts devraient être accordés pour réparer ce qui serait une atteinte au droit personnel de la libre diffusion. Le journaliste pourrait être ainsi protégé même quand l'éditeur a choisi des durées de contrat extrêmement courtes. L'instabilité de la relation de travail n'est pas favorable

⁶ MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, *op. cit.*, p. 64.

à la liberté d'expression. Elle peut même l'empêcher complètement, en faisant fonction d'épée de Damoclès. Le juge civil ne doit pas se borner à le constater. Il doit utiliser le droit positif pour combattre cette instabilité dans la mesure du possible. Il doit considérer que le journaliste qui entre dans une relation contractuelle le fait avec la promesse non écrite que cette relation se renouvellera s'il fait preuve des capacités requises normalement et si ses convictions ne se distancent pas notablement par son fait de celles de l'éditeur. Cette promesse étant un élément essentiel du droit personnel de la libre diffusion, sa violation doit être sanctionnée.

Qu'en est-il d'un contrat qui contient la clause, écrite ou non, selon laquelle le journaliste ne sera qu'un simple exécutant se pliant en toutes circonstances aux directives de l'éditeur? Cet accord devrait être considéré comme nul, le renoncement à une liberté individuelle étant contraire aux mœurs. Peu importe que l'employé ait souscrit à cette clause, dans le contrat initial ou lors d'une révision; peu importe également qu'il n'ait pas réagi et qu'il se soit soumis aux exigences de l'éditeur durant un temps. La nullité n'est couverte ni par le consentement, ni par l'exécution volontaire, ni par l'écoulement du temps⁷.

On le voit, ils serait tout à fait erroné de prétendre que la liberté du journaliste n'exerce ses effets qu'à l'égard de l'Etat et que les relations internes peuvent être aménagées par le propriétaire comme bon lui semble. Certes, la liberté de diffusion ne donne à personne le droit d'accéder à un journal et d'imposer la publication d'une opinion ou d'une information. L'Etat n'a pas à assister spécialement celui qui désirerait répandre ses idées, en lui ouvrant la porte des journaux, de la radio et de la télévision⁸. Mais la situation change à partir du moment où l'individu exerce durablement son droit, où il a été engagé par un éditeur. Le droit individuel n'est alors plus potentiel; il est réellement utilisé et utilisable, ce qui est attesté par un contrat. Dès cet instant, la garantie étatique doit intervenir pleinement.

Quant au collaborateur occasionnel, il pourra lui aussi faire valoir certaines prérogatives à l'égard de l'éditeur ou de son représentant, mais dans une mesure évidemment plus faible, puisqu'il est au bénéfice d'un accord limité. Il ne pourra pas prétendre à une collaboration régulière. En revanche, il peut s'opposer à des coupures ou à des modifications qui altéreraient notablement sa pensée et la portée de son texte⁹.

⁷ Cf. J. KOELLIKER, *Liberté et statut de la presse moderne*, p. 99 s.

⁸ Pour la radio et la télévision, il est vrai, la question pourrait à la rigueur être discutée, s'il apparaissait que le nombre des exploitants et leur manière de concevoir les programmes ne reflète que très imparfaitement les différentes tendances. — Quant au droit de réponse, c'est un cas limité, dont nous faisons abstraction ici. Cf. *supra*, p. 152 ss.

⁹ Sur les dispositions applicables en l'espèce, cf. K. OPTINGER, *Dürfen Redaktionen ihnen übergebene Beiträge verändern?*, RStJ, 1968, p. 17 ss. Il s'agit des règles ressortant au contrat

§ 2 L'édiction de lois spéciales

Nous ne pensons pas que l'Etat puisse aller beaucoup plus loin, qu'il puisse être tenu de prendre des lois pour protéger le journaliste face à l'éditeur, ou vice-versa. Pareille obligation n'existerait que si la liberté se voyait compromise dans sa dimension collective. Or, ici, la fonction assignée à la liberté de l'information nous paraît suffisamment assurée si l'entreprise de presse est à l'abri des atteintes de l'Etat ou d'autres entreprises, et s'il existe un nombre assez grand de publications indépendantes les unes des autres. Pour que la liberté de diffusion permette le fonctionnement de la démocratie, il n'est pas nécessaire qu'il existe une grande liberté à l'intérieur des entreprises. La qualité de l'information sera évidemment plus élevée si la stabilité et la confiance sont installées au sein des journaux. Mais la situation n'est pas telle que la démocratie est possible uniquement si les journalistes jouissent d'une large autonomie à l'égard de l'éditeur. C'est bien plutôt la concurrence entre des périodiques nombreux, financièrement sains et indépendants qui est primordiale¹⁰.

En France, les milieux de journalistes exprimèrent le désir que le législateur s'occupe de la position des rédacteurs face à l'éditeur, qu'il leur permette de détenir une part suffisante du capital social de l'entreprise, pour arbitrer des décisions importantes et s'opposer à certaines orientations. Une commission gouvernementale fut chargée d'étudier la question. Son rapport, publié en 1970, nous retiendra par la suite¹¹. Pour notre part, il nous semble qu'un tel désir doit se heurter à une fin de non-recevoir, aussi longtemps qu'il n'est pas prouvé que la liberté de l'information est incapable sans cela de continuer à remplir le rôle qui est le sien dans la démocratie. En mettant à la charge de l'éditeur une obligation de céder certains droits en matière de gestion, l'Etat prend une loi spéciale limitant la liberté de diffusion de l'éditeur. Or cette liberté est tout aussi digne de protection que celle du journaliste. La constitutionnalité d'un tel texte serait donc plus que douteuse, du moins, répétons-le, tant qu'il n'est pas requis par la sauvegarde de la liberté fonctionnelle. Dans ce cas, en effet, l'Etat n'est pas seulement tenu de fournir des avantages financiers. Il peut aussi être amené à prendre exceptionnellement une loi limitant la liberté individuelle appartenant à certaines personnes¹².

Il faut dire qu'en France, sur le plan législatif, plusieurs pas ont déjà été entrepris vers l'élaboration d'un statut professionnel du journaliste. Selon une

d'édiction, au droit d'auteur, à la protection des droits de la personnalité, à la théorie générale des contrats. Un regard imprégné par la liberté interne ne fait que renforcer les conclusions de cet auteur.

¹⁰ Cf. *infra*, p. 230, note 43.

¹¹ Cf. *infra*, p. 231.

¹² Cf. *supra*, p. 167 s., et *infra*, p. 221.

loi du 29 mars 1935, incorporée au Code du travail, « le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une publication quotidienne ou périodique éditée en France, ou dans une agence française d'informations, et qui en tire le principal des ressources nécessaires à son existence. » Celui qui remplit les conditions énumérées doit encore recevoir une carte d'identité professionnelle. L'attribution, le renouvellement et le retrait de celle-ci dépend d'une commission paritaire composée de directeurs de journaux et de journalistes, contrôlée en dernier ressort par le juge administratif¹³.

Cette carte est obligatoire pour tout journaliste professionnel participant d'une manière quelconque à la publication d'un journal ou d'un périodique imprimé. Les contrevenants sont passibles d'une peine de prison de six jours à six mois. La jurisprudence a cependant atténué cette disposition en considérant que la carte n'a qu'un effet déclaratif¹⁴. En tout cas, elle est nécessaire pour celui qui désire profiter des divers avantages de la législation professionnelle, dont l'un est le système de la clause de conscience. Selon l'art. 29 e livre 1er du Code du travail, une indemnité de licenciement est due au journaliste, alors même que la rupture du contrat de travail lui est imputable, si cette rupture est motivée par un « changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou du périodique, si ce changement crée pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, d'une manière générale, à ses intérêts moraux »¹⁵. L'indemnité ne peut être inférieure à un mois de salaire par année de collaboration. Lorsque la durée des services excède quinze ans, c'est une commission arbitrale qui en détermine le montant¹⁶.

Une disposition semblable existe en Autriche, dans la loi sur les rapports de droit des journalistes, du 11 février 1920. Selon les § 8 et 11, l'indemnité correspond au minimum à une année de salaire. De plus, une indemnité de même importance est due par l'acquéreur d'un journal qui ne désire pas prendre à son compte le contrat liant l'ancien propriétaire au journaliste.

Il faudrait hésiter à recommander l'introduction d'un statut du journaliste à un législateur soucieux de respecter scrupuleusement la liberté de la diffusion, à moins naturellement que celle-ci se trouve menacée dans son élément fonctionnel et qu'une réglementation de ce type soit la parade la plus adéquate. Cette menace ne doit cependant pas être invoquée trop facilement, si l'on ne veut pas courir le risque que la liberté se relativise sous l'abondance des lois spéciales.

¹³ BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *Traité du droit de la presse*, p. 519 ss.

¹⁴ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 522.

¹⁵ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 530 ss.

¹⁶ Cf. BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 532 ss.

On ne peut rien tirer de plus du droit du lecteur de recevoir librement opinions et informations. Ce droit, nous l'avons vu, n'exerce aucun effet avant que le produit de presse ne soit mis à la disposition du public. Néanmoins, l'intérêt du lecteur à une information complète n'est pas totalement négligé, dans la mesure où les lois civiles s'appliquent aux abus d'autorité dont ferait preuve un éditeur.

Cela ne signifie pas que la relation entre le journaliste et l'éditeur ne puisse faire l'objet d'aucune loi. Une réglementation en matière de droit du travail, par exemple, est admissible, à condition qu'il s'agisse d'une loi générale, qui ne vise pas principalement ou exclusivement la presse. Est-ce à dire qu'il faille condamner les art. 126 à 129 de l'ordonnance d'exécution II du 14 janvier 1966 concernant la loi fédérale sur le travail du 13 mars 1964, qui autorisent l'éditeur à déplacer les limites du travail de jour et à ordonner, sans autorisation officielle, de travailler la nuit ou le dimanche¹⁷? Certes, ils défavorisent les journalistes par rapport aux autres professions. Mais le travail à des heures inhabituelles est lié à cette profession. L'Etat ne fait que légaliser une coutume qui est d'autant moins contestée dans les milieux intéressés qu'elle est une condition d'existence de la presse. A supposer qu'elle ait été interdite par la loi de 1964, les éditeurs auraient été en droit de réclamer de l'Etat qu'il tienne compte de leurs intérêts. En dérogation au principe énoncé ci-dessus, l'Etat aurait été tenu de prendre une loi spéciale en faveur des éditeurs. Cette attitude se serait imposée tout naturellement comme une conséquence de la garantie institutionnelle ou fonctionnelle de la liberté de diffusion. Cette liberté, sans cela, aurait rapidement été dans l'impossibilité d'assumer son rôle dans la société démocratique.

Lors de la revision des dispositions du code des obligations sur le contrat de travail, la question sur l'appartenance des droits aux biens immatériels créés par l'employé dans l'entreprise de l'employeur conformément à ses obligations contractuelles fut l'objet de longues discussions. Selon le projet que le Conseil fédéral soumit aux Chambres le 25 août 1967, les inventions devaient appartenir à l'employeur¹⁸. L'art. 332 *a* étendait le même principe aux autres biens immatériels:

1. Lorsque le travailleur crée, dans l'exercice de son activité professionnelle et conformément à ses obligations contractuelles, une œuvre littéraire ou artistique au sens de la législation fédérale concernant le droit d'auteur, le droit de l'utiliser passe à l'employeur, sauf accord contraire, dans la mesure où le but du contrat l'exige.
2. Le travailleur ne peut pas s'opposer contrairement à la bonne foi à l'exercice du droit de l'employeur d'utiliser l'œuvre littéraire ou artistique.

¹⁷ RO 1966, 119.

¹⁸ FF 1967 II 249.

Cette disposition ne fut pas accueillie très favorablement par les journalistes¹⁹, ni d'ailleurs par les écrivains et les artistes. Leurs arguments furent repris lors de la discussion au sein du Conseil national. Cette matière devrait être réglée dans la loi sur le droit d'auteur, dit-on. En tout cas, la disposition en question ne correspond à aucun besoin et elle n'a été réclamée par personne. Elle a le défaut de placer la personne la plus faible dans une situation d'infériorité accrue. S'il ne précise rien lors de la conclusion du contrat, soit par ignorance de la loi, soit par crainte d'indisposer l'employeur, soit encore par ignorance des situations qui l'attendent, l'employé voit le droit d'utiliser l'œuvre passer à l'employeur, «dans la mesure où le but du contrat l'exige». Cette mesure et le but du contrat peuvent être interprétés très différemment, fit-on remarquer, et l'employé pourrait être amené à céder des droits dont il ne se serait jamais défait s'ils avaient été énumérés expressément lors de la conclusion du contrat. Une discussion à ce moment-là est une garantie supplémentaire pour l'employé. D'autre part, la situation de l'employé qui doit obtenir de l'employeur une limitation des droits d'utilisation appartenant à celui-ci en vertu de la loi est moins favorable que s'il doit céder un droit qui est le sien d'après les principes généraux du droit d'auteur.

Bien que le porte-parole du Conseil fédéral eût déclaré que le but du contrat devait être interprété étroitement, qu'en matière de presse, la disposition critiquée signifiait simplement que le rédacteur qui a écrit un article pour son journal doit en autoriser la publication, mais qu'il conserve tous les autres droits, qu'il peut en particulier l'imprimer à nouveau dans un recueil d'articles, le Conseil national décida de suivre la minorité de sa commission. Par 75 voix contre 44, il biffa l'art. 332 *a* purement et simplement²⁰. Le Conseil des Etats, pour sa part, adopta le texte du Conseil fédéral à l'unanimité, avec une légère modification, après avoir constaté qu'il n'était contraire ni à la loi fédérale sur le droit d'auteur, ni aux conventions internationales, et qu'il avait l'avantage de combler une lacune juridique²¹.

La disposition en question dut donc à nouveau être débattue par le Conseil national. La discussion qui s'engagea alors fut la réplique de la précédente: longue, animée, où seuls le chef du Département de justice et police et les rapporteurs d'une commission pourtant en grande majorité favorable au projet initial défendirent l'art. 332 *a*. La décision, elle aussi, ne fut qu'une répétition, puisque la Chambre du peuple décida par 79 voix contre 45 de ne pas se rallier au Conseil des Etats et de maintenir sa position antérieure²².

¹⁹ Voir par exemple M. NEF, *Die Stellung der Presse in der Revision des Dienstvertragsrechtes*, dans: *Neue Zürcher Zeitung* du 12 février 1968, no 92.

²⁰ Bull. off. CN, 1969, p. 820.

²¹ Bull. off. CE, 1970, p. 355.

²² Bull. off. CN, 1970, p. 808.

Dès lors, la procédure d'élimination des divergences dut se poursuivre. Le Conseil des Etats, impressionné par cette fermeté, décida de renoncer à mentionner le droit d'utilisation des œuvres littéraires ou artistiques. S'il ne put adhérer complètement à la décision du Conseil national, c'est qu'il jugea important de régler au moins le cas des dessins et modèles, insuffisamment traité dans la loi spéciale actuelle. Il adopta ainsi un art. 332 *a* exclusivement consacré aux dessins et modèles²³, auquel le Conseil national n'eut pas trop de peine à souscrire, le 1er juin 1971²⁴.

Quelle aurait été la situation si le projet du Conseil fédéral avait été adopté ? Il ne se serait pas agi d'une atteinte à la liberté de la diffusion. En effet, l'Etat aurait pris une loi intervenant certes dans les relations entre éditeur et rédacteur, mais une loi licite parce que générale. Aussi, parmi les nombreux arguments énumérés à l'encontre du projet, la violation de la liberté de la presse n'y figure pas²⁵.

Chapitre 3: Le rôle des particuliers

§ 1 En général

Il est toujours préférable que les particuliers s'entendent et s'organisent entre eux. Ce principe fondamental du libéralisme doit rester le point de mire de toute société pour qui l'homme est la valeur première. Les lois et les tribunaux interviennent en cas d'échec, quand l'entente est devenue impossible et que les positions sont inconciliables, quand les individus refusent de sortir de leur immobilisme ou s'organisent en portant préjudice à d'autres.

Ces moyens ont l'avantage d'empêcher les lourdes injustices ou la désagrégation sociale, mais ils ne sont pas une panacée. Ils peuvent être schématiques, injustes, et limiter la liberté de l'individu plus qu'il n'est nécessaire. S'il est un domaine où ces désagréments doivent être le moins fréquents possible, c'est bien celui de l'information, qui ne peut se satisfaire de cadres grossièrement taillés. Or, avons-nous vu, une intervention étatique dans les relations internes de la presse est délicate, car on est pris entre deux libertés de même nature et de même valeur. Les inconvénients évoqués pourraient donc être particulièrement sensibles, tant il est vrai que le risque de l'à peu près est plus grand là où les nuances s'imposent qu'ailleurs.

C'est pourquoi, dans l'aménagement de la liberté interne de l'information, la tâche principale reste aux intéressés immédiats. C'est à eux qu'il incombe avant tout de veiller à l'équilibre des forces. Trois formes juridiques sont à leur

²³ Bull. off. CE, 1971, p. 68.

²⁴ Bull. off. CN, 1971, p. 437.

²⁵ Cf. tout au plus Bull. off. CN, 1969, p. 824.

disposition pour y couler les solutions choisies: la convention collective de travail, le statut de rédaction, la société de rédacteurs.

§ 2 La convention collective de travail

Bien qu'étant un contrat, la convention collective de travail ne se limite pas à la création de rapports juridiques entre les parties contractantes. Elle établit avant tout des prescriptions qui valent directement, comme des dispositions légales, pour les employeurs et travailleurs liés. Elle a donc non seulement des effets obligationnels à l'instar de n'importe quel contrat, mais son action est également normative. Elle fait ainsi figure de source juridique autonome, puisqu'en passant un contrat, des particuliers peuvent créer eux-mêmes des normes juridiques. Cette compétence originale leur appartient uniquement parce que la loi le veut bien²⁶.

En Suisse, il existe deux conventions collectives de travail dans le domaine de la presse. L'une, passée entre l'Association suisse des éditeurs de journaux et l'Association de la presse suisse, est limitée à la Suisse alémanique et italienne. Elle est aussi appelée Accord de Baden²⁷. L'autre lie l'Union romande de journaux à l'Association de la presse suisse et s'applique à la Suisse française²⁸.

Ces textes n'ont pas ignoré le problème de la liberté interne, du moins dans leurs versions les plus récentes. Des droits du rédacteur jusqu'alors inexistantes ou reconnus à bien plaisir ont été codifiés. Une comparaison entre les Accords de Baden de 1965 et 1972 est assez révélatrice de l'intérêt grandissant rencontré par la liberté interne. Cette évolution a trouvé une bonne part de ses racines dans le débat général qui, depuis les années soixante, a remis en cause les rapports de subordination, et dont le dépôt d'une initiative fédérale sur la participation n'a été qu'une des manifestations²⁹.

L'Accord de 1972 prévoit que rien ne peut être introduit dans la partie rédactionnelle sans le consentement de la rédaction, mises à part les communications d'affaires ou autres de l'éditeur ou ses prises de position concernant des questions de politique professionnelle inhérentes à la presse; que l'éditeur, après consultation de la rédaction, peut se réserver un droit de décision dans les affaires où la position et les intérêts du journal sont touchés dans une mesure importante, sauf celles qui concernent les deux parties à la convention collec-

²⁶ FF 1954 I 131.

²⁷ La version à laquelle nous nous référons ici date du 4 janvier 1972. Elle devrait entrer en vigueur le 1er juillet de la même année. Cf. aussi BPS, 1972, no 2, p. 15 ss.

²⁸ Le texte actuel est entré en vigueur le 1er juillet 1970. - Pour un historique de ces deux accords, voir M. NEF, *Ausgewählte Kapitel aus dem schweizerischen Presserecht*, p. 130 ss. Le premier Accord de Baden remonte à 1919. En Suisse française, les premiers textes, d'abord cantonaux, datent seulement de 1948 (Genève) et 1956 (Vaud).

²⁹ FF 1971 II 778.

tive; que, pour le reste, la rédaction décide seule du contenu de la partie rédactionnelle; qu'elle travaille en toute indépendance; qu'elle est entièrement libre dans ses prises de position et la publication d'articles, pour peu qu'elle respecte la ligne politique arrêtée par l'éditeur.

A ces dispositions, déjà partiellement contenues dans le texte de 1965, s'ajoutent des règles sur le droit à être informé au moins une fois par année de l'évolution économique du journal, sur le droit à connaître les rapports de propriété et les changements qu'ils subissent, sur la fixation de la ligne politique du journal. Il est encore précisé que nul rédacteur ne saurait être tenu d'écrire ou de signer quelque chose qui soit contraire à cette ligne politique ou à ses propres convictions. Un refus de sa part ne peut lui valoir aucun désavantage d'aucune sorte.

De son côté, la convention romande contient un art. 9, appelé «clause morale», dont la lettre *a* est ainsi libellée:

Si l'éditeur modifie de manière profonde, sans accord préalable, la ligne générale du journal telle qu'elle est définie dans la charte ou le contrat d'engagement, le rédacteur RP⁹⁰ a un juste motif de se départir immédiatement du contrat.

S'il fait usage de cette faculté, le rédacteur a droit à une indemnité tenant compte de ses années de service, mais aussi d'une nouvelle situation qu'il aurait acceptée entre-temps. Cette indemnité équivaut au plus à quatre mois de salaire.

La convention suisse alémanique et italienne de 1972 a repris cette réglementation sous une forme semblable, en décidant toutefois que l'indemnité doit représenter au minimum quatre mois de salaire.

Lors de l'introduction de la télécomposition par l'Agence télégraphique suisse, un accord fut conclu le 25 février 1970 entre l'Association suisse des éditeurs de journaux et l'Association de la presse suisse, les journalistes ayant désiré qu'on précise bien que la liberté de décision des rédacteurs garantie par la convention collective ne serait aucunement touchée par cette mesure de rationalisation³¹. A cet effet, ils obtinrent la reconnaissance des points suivants:

1. La télécomposition ne saurait porter atteinte à la liberté fondamentale de la rédaction, ni en ce qui concerne le choix des sources, ni en ce qui concerne la formulation des textes.
2. La rédaction ne peut pas être contrainte d'utiliser un volume donné de textes télécomposés. De même, elle ne peut pas être obligée d'accepter sans modification des textes télécomposés qui, par leur contenu ou par leur force, ne sont pas compatibles avec sa conscience et avec son éthique professionnelle.
3. En cas de conflit avec les rédacteurs et les maisons d'édition au sujet de la télécomposition, les dispositions de l'Accord de Baden sur la procédure arbitrale sont applicables par analogie.

⁹⁰ Il s'agit du rédacteur inscrit au registre professionnel institué par l'Association de la presse suisse en accord avec les éditeurs de journaux. Cf. M. NER, *op. cit.*, p. 154 ss., et *supra*, p. 190 s.

³¹ BPS, 1970, no 2, p. 3 ss.

4. Les rapports de confiance qui unissent l'éditeur à la rédaction présupposent que l'éventuelle introduction de la télécomposition résulte d'une entente avec l'éditeur et la rédaction.
5. Si, à la suite de l'introduction de la télécomposition diffusée par les agences, un rédacteur subit un préjudice intolérable dans l'exercice de ses activités rédactionnelles ou si son poste de travail devient même superflu, l'éditeur assignera au rédacteur en cause d'autres tâches journalistiques équivalentes ou lui donnera la possibilité de trouver dans un autre journal une activité correspondante.
6. Chaque entreprise doit prendre des mesures pour éviter que des bandes perforées de télécomposition ne soient directement transmises aux ateliers sans qu'elles aient passé entre les mains du rédacteur compétent.

Cet accord ne fait pas formellement partie de la convention collective, mais il en a la même valeur. A l'origine, il était question de l'y incorporer lors d'une prochaine révision.

Les conventions collectives de travail ont, sauf disposition contraire, un effet normatif relativement impératif. Toute clause d'un contrat entre personnes liées qui est moins favorable au salarié que ce que prévoit la convention est nulle. Ainsi, l'employeur qui ne peut se permettre de rester à l'écart de la convention est tenu d'accorder les avantages prévus, même si cela va contre son gré. La convention collective a donc pour avantage d'entraîner les employeurs hésitants ou récalcitrants à souscrire à des conditions de travail plus sociales. Pourrait-on l'utiliser comme moyen pour imposer d'autres droits en faveur des journalistes, singulièrement dans le domaine de la participation à la direction de l'entreprise ?

D'un pur point de vue théorique, rien ne l'empêche, et ce serait même souhaitable, si l'on recherche une certaine efficacité. Reste à voir la question de l'opportunité. Dans un article consacré aux statuts de rédaction, l'Association des éditeurs de journaux s'est exprimée en faveur de ces arrangements³². Mais, dit-elle, l'introduction d'un statut de rédaction modèle dans la convention collective est impossible dans un Etat libéral. Les problèmes d'organisation interne doivent être laissés à l'éditeur. Si on admet le principe que la liberté rédactionnelle doit demeurer intacte, poursuit-elle, on ne comprend pas très bien à quoi peut servir une plus grande consécration de la liberté interne. Un tel changement pourrait même être dangereux pour la liberté de la presse, si l'éditeur devait devenir un simple «manager» et la rédaction un Etat dans l'Etat, se développant en toute indépendance.

Ce n'est là qu'un avis. Si le débat s'engageait, on ne manquerait certainement pas de rétorquer que la liberté interne telle qu'elle est garantie actuellement par les conventions collectives peut encore être précisée et aménagée dans une large mesure sans pour autant compromettre sérieusement les droits de l'éditeur.

³² BEF, 1970, p. 240 s.

Autre est la question de savoir si la convention peut obliger l'éditeur à édicter un statut, tout en lui laissant le libre choix des termes. Cette prescription ne paraît pas contestable, car elle ne porte pas vraiment atteinte à la liberté de l'éditeur. C'est ainsi qu'on trouve dans la convention romande un art. 7 *lit. a*, disposant qu'après consultation de la rédaction, l'éditeur rédige une charte ou insère dans chaque contrat d'engagement des dispositions :

1. définissant la ligne du journal et la forme juridique de l'entreprise;
2. garantissant aux rédacteurs RP une information régulière sur la marche et sur l'organisation générale du journal;
3. associant à titre consultatif les rédacteurs RP à la solution des problèmes d'organisation générale les concernant;
4. assurant les rédacteurs RP qu'ils seront informés sans délai de tout engagement ou départ d'un rédacteur.

Ce texte trouve son équivalent dans l'Accord de Baden. En ce qui a trait à la composition de la rédaction, celui-ci va cependant au-delà et prévoit que les rédacteurs doivent être informés et entendus *avant* toute décision qui s'y rapporte (art. 15).

§ 3 Le statut de rédaction

Le statut de rédaction est un accord entre l'éditeur et les membres de sa rédaction. Il peut contenir des règles très diverses, allant du simple énoncé de l'autonomie rédactionnelle à l'octroi d'un droit de vote dans les questions de personnel ou de gestion.

De tels statuts ont fait leur apparition en Suisse depuis 1969. Ainsi, par exemple, la *National-Zeitung* de Bâle est régie par un texte entré en vigueur le 1^{er} mai 1970³³. On y lit que le journal reconnaît l'ordre libéral-démocratique et les principes progressistes libéraux, qu'il est indépendant des influences provenant de l'Etat, des partis politiques, des groupes d'intérêt économiques et sociaux ou de personnes individuelles. La rédaction peut, dans ce cadre, exprimer librement son opinion. L'engagement, la mutation et le licenciement des rédacteurs sont du ressort de l'éditeur. Toutefois, et le point est remarquable, si plus de la moitié des rédacteurs rémunérés au mois en fait la demande, la décision de l'éditeur de renvoyer un membre de la rédaction peut être soumise au vote des rédacteurs. Cette décision est annulée en cas de désapprobation par les trois quarts de la rédaction. Demeurent réservés les licenciements motivés par des considérations d'ordre financier. Les questions de cet ordre sont en effet de la compétence de l'éditeur. Celui-ci a néanmoins le devoir de consulter les représentants de la rédaction avant toute réduction des dépenses rédac-

³³ *National-Zeitung* du 5 avril 1970, no 152; du 30 avril 1970, no 196.

tionnelles. Enfin, l'accord stipule qu'en cas de transfert de l'entreprise, le nouveau propriétaire est tenu de maintenir les mêmes principes politiques. Il ne peut procéder à aucun licenciement avant l'écoulement d'une année.

L'idée de ces statuts, surgie au sein de quelques journaux, a été consacrée par les conventions collectives de 1970 et 72, sans parler de certains de leurs points qui ont été directement incorporés dans le texte des conventions. Toutefois, celles-ci sont restées assez prudentes et n'obligent pas l'éditeur à aller très loin dans la garantie explicite de droits. Les domaines pouvant faire l'objet d'un accord volontaire dans un statut de rédaction demeurent donc nombreux.

Bien sûr, il ne faudrait pas déduire que le degré de liberté interne se mesure d'après le nombre ou l'énoncé des règles couchées sur le papier, qu'elle est respectée là seulement où existent des accords écrits détaillés. En effet, de nombreux journaux connaissent des accords tacites et tout à fait libéraux. Cependant, l'avantage de règles fixées noir sur blanc réside dans le fait qu'elles présentent une sécurité plus grande le jour où l'éditeur voudra changer d'attitude ou qu'un conflit de personnes éclatera. Ainsi, par exemple, avec une procédure de consultation non pas coutumière mais consolidée par la codification d'un droit de référendum, il y a peu de chances que l'on assiste au renvoi successif de plusieurs rédacteurs en chef, comme cela s'est vu dans des journaux pourtant riches en tradition.

§ 4 La société de rédacteurs

A. Définition

La société de rédacteurs est une personne morale, constituée sous forme d'association ou de société commerciale, réunissant les journalistes professionnels attachés à une publication, et qui a pour but l'acquisition et la gestion de parts sociales ou d'actions de la société éditrice.

Les sociétés de rédacteurs ont leur origine en France. Depuis 1965, on assiste dans ce pays à une véritable éclosion, qui a abouti à la création d'une fédération comptant aujourd'hui une trentaine de membres.

Le mouvement avait été précédé en 1951 par la fondation de la société des rédacteurs du journal *Le Monde*. Cette société fait aujourd'hui figure de modèle. Elle est un point de référence. Constituée sous forme de société anonyme, elle se voit d'abord attribuer le 28 pour cent des parts sociales de la société éditrice, la Société à responsabilité limitée *Le Monde*. Puis, à partir de 1968, cette participation est portée à 40 pour cent, tandis qu'une société de cadres et une société des employés reçoivent respectivement 5 et 4 pour cent des parts. Les associés fondateurs et cooptés se partagent 40 pour cent du capital et les gérants les 11 pour cent restants. Ces derniers arbitrent ainsi les conflits qui pourraient

naître entre les associés fondateurs et cooptés et le personnel. En cas de disparition d'un associé fondateur ou coopté, et si l'héritier n'est pas agréé par les personnes représentant les trois quarts du capital social, il est procédé à la désignation d'un nouvel associé à la même majorité qualifiée. Si aucun accord n'est possible, c'est alors seulement que les fondateurs ou les successeurs cooptés peuvent racheter les parts de leur coassocié décédé³⁴.

B. *Utilité*

Les ambitions de ces sociétés ont été circonscrites avec précision et conviction dans un ouvrage important paru en 1968, dû à M. Jean SCHWOEBEL³⁵. Partant de la constatation que l'influence de l'Etat et celle de l'argent empêchent l'information objective indispensable au fonctionnement de la démocratie, cet auteur recherche une solution qui soit indépendante de ces deux pouvoirs. Selon lui, elle ne peut se trouver que dans la limitation du pouvoir des capitalistes au sein des entreprises de presse.

C'est ici que les sociétés de rédacteurs peuvent intervenir utilement, en faisant en sorte que, dans les entreprises de presse, l'idée de service l'emporte sur la préoccupation de profit, en assurant aussi un recrutement de journalistes de qualité et en garantissant l'indépendance de plume de ces derniers. Ces sociétés ne veulent pas s'occuper de la gestion quotidienne de l'entreprise. Elles entendent en revanche «être associées pleinement à toutes les grandes décisions qui commandent l'avenir de la publication et l'indépendance de ses membres: choix et nomination des dirigeants, investissements, augmentations de capital, fusions et concentrations, contrôle de la publicité, détermination des critères de qualité pour le recrutement»³⁶. Pour cela, dit M. SCHWOEBEL, il est indispensable qu'elles possèdent une part de capital suffisante, pour s'opposer efficacement par exemple au choix d'un gérant ou d'un administrateur qui n'aurait pas la confiance des journalistes.

Parallèlement à la création de sociétés de rédacteurs, M. SCHWOEBEL estime nécessaire de donner aux entreprises de presse la forme de sociétés à lucrativité limitée. Seul ce type de société «peut éloigner de la production de l'information les trafiquants, spéculateurs, marchands de papier et autres chevaliers d'industrie», dont la presse n'a que faire, et attirer «des hommes de qualité et d'action, heureux de contribuer, en association étroite avec les journalistes, au bon fonctionnement du 'service public' de l'information»³⁷.

³⁴ Cf. J. SCHWOEBEL, *La presse, le pouvoir et l'argent*, p. 103 et 113 s.

³⁵ Voir la note précédente.

³⁶ SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 149.

³⁷ *Op. cit.*, p. 171.

Cette nouvelle forme de société devrait être caractérisée par le fait que l'intégralité du boni de liquidation serait abandonnée au profit d'une œuvre ou d'une société de même type, les associés n'ayant droit qu'au seul remboursement de leur apport; que le prix de rachat d'actions ou de parts serait fixé en tenant compte de cet abandon de boni, les associés ne bénéficiant pas des plus-values; que le montant des dividendes serait limité; que les actions seraient nominatives et que les statuts contiendraient des clauses d'agrément et de préemption³⁸. Certes, la société à responsabilité limitée permet de se rapprocher de ce genre de société, et, dit M. SCHWOEBEL, on peut considérer la société éditrice du *Monde* comme une société à lucrativité limitée avant la lettre³⁹. Cependant, depuis une révision de 1966, le rachat à un héritier de ses parts ou de ses actions ne peut s'effectuer qu'à la valeur réelle de ces titres. Celle-ci, avec le développement de l'entreprise, peut s'être énormément accrue, de sorte qu'il sera pratiquement impossible à la société d'opposer la clause d'agrément, de coopter des hommes de mérite mais sans fortune, de repousser un héritier principalement en quête de profits et d'influence⁴⁰. L'introduction d'une nouvelle forme de société commerciale s'impose donc.

Puisque les capitalistes se détourneront de ces entreprises peu rentables, il reste à savoir qui les financera. Ce doit être l'Etat, par l'intermédiaire d'une fondation nationale de l'information, gérée par une majorité de représentants des professions de presse et des lecteurs, et mettant des moyens d'impression à disposition d'équipes de journalistes ou de cadres présentant les garanties nécessaires⁴¹.

Dans l'esprit de M. SCHWOEBEL, sociétés de rédacteurs, sociétés éditrices à lucrativité limitée et fondation nationale sont intimement liées. Toutes trois, elles sont destinées à assurer l'information objective et complète nécessaire au citoyen, que des entreprises dominées par l'appât du gain ne peuvent donner. Celles-ci, en effet, oe recherchant que les gros tirages pour attirer la publicité, se complaisent dans les faits divers, la distraction, le sensationnel, et renoncent aux informations et aux prises de position qui pourraient leur aliéner la sympathie de certains lecteurs⁴². Elles favorisent aussi, par ce souci du chiffre de vente, le mouvement de concentration, néfaste pour l'information. Les sociétés de rédacteurs ne sont donc pas des syndicats, mais un des moyens de lutte contre la presse commerciale⁴³.

³⁸ SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 180.

³⁹ *Op. cit.*, p. 183.

⁴⁰ Cf. SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 195 s.; BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 541 s.

⁴¹ SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 230 ss.

⁴² Pour une opinion plus nuancée, cf. Rapport LINDON (cité à la note 47 *infra*), p. 34 s.; Ph. BOGNER, *Presse, Argent, Liberté*, p. 67 ss.

⁴³ On le voit, il existe deux motifs pour lesquels on peut s'intéresser à la liberté interne. On peut être simplement guidé, comme nous le sommes, par le souci de voir sauvegardés les

On notera enfin que, selon cet auteur, l'Etat devrait fournir des prestations positives. Pour appuyer cette affirmation, il ne part pas de la liberté de la presse, mais d'un droit social, le droit à l'information, qui doit conduire l'Etat à regarder l'information comme un service public et à se préoccuper de la bonne organisation de ce service⁴⁴. Du point de vue juridique, ce recours à un droit social nous paraît à la fois inutile et dangereux. Inutile, car les libertés individuelles sont une base suffisante, à condition naturellement de ne pas les considérer comme un simple programme, mais comme un droit immédiatement applicable, susceptible de se développer, et possédant une composante fonctionnelle⁴⁵. Le raisonnement est également dangereux, car, s'il veut véritablement assurer à chacun un droit à l'information, l'Etat sera amené à intervenir dans le processus de l'information, à choisir de manière discrétionnaire les moyens qui lui semblent les plus efficaces pour honorer sa dette, sans être freiné par le respect de la liberté de la presse. On objectera peut-être que ces risques sont inexistantes si ce droit n'est pas déductible en justice et qu'on le considère uniquement comme une simple directive, un rappel que tout citoyen peut moralement prétendre à une information complète et libre. Dans ce cas, nous pensons alors qu'il vaut mieux se passer d'un droit aussi dévalorisé, assez inutile dans le domaine juridique, et abandonner complètement cette notion aux écrivains et philosophes.

C. Les inconvénients

L'accession des sociétés de rédacteurs au capital de l'entreprise étant extrêmement lente et difficile, on s'est demandé s'il n'y aurait pas lieu de hâter le processus par l'édiction d'une loi obligeant les éditeurs à permettre une participation financière des journalistes à leur entreprise⁴⁶. Sur l'initiative du parlement, une commission gouvernementale fut chargée d'examiner les problèmes posés par ces sociétés. Ses conclusions, publiées en 1970 dans le rapport LINDON, sont assez restrictives⁴⁷.

Certes, lit-on dans le rapport, il existe en France un malaise de la presse qui peut se résumer en quelques mots: stagnation de la vente, fusion et disparition de journaux, investissements difficiles à rentabiliser vu la force des syndicats

droits garantis par la Constitution quand la menace vient d'une personne travaillant dans la même entreprise. Mais on peut aussi vouloir aménager une structure qui garantisse une information de qualité, capable de remplir sa fonction dans la démocratie. C'est le cas de M. SCHWOEBEL; cf. aussi STAMMLER, *op. cit.*, p. 283, qui, lui, souhaite que les entreprises de presse prennent la forme d'une fondation ou d'une personne de droit public (p. 344 ss).

⁴⁴ SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 46 ss et 224.

⁴⁵ Il est vrai qu'en France, cette conception n'a pas cours.

⁴⁶ Cf. *supra*, p. 219.

⁴⁷ *Rapport sur les problèmes posés par les sociétés de rédacteurs*, Paris 1970. La commission était présidée par M. R. LINDON, premier avocat général à la Cour de cassation.

de typographes, manque de considération attaché à la profession, discutable légitimité des rapports de propriété. Mais la participation au capital n'est pas le remède miracle.

La commission constate que, pour les sociétés, la participation n'est pas un but en soi, mais qu'elle sert à atteindre un objectif précis, qui est la sauvegarde de l'indépendance et de la qualité de l'information. Or la propriété d'une part du journal n'est pas nécessaire pour cela. Il arrive même qu'elle soit inutile, car la minorité de blocage réclamée par les journalistes est parfois inapte à empêcher certaines décisions essentielles⁴⁸. L'aide de l'Etat poserait des problèmes délicats, puisqu'il faudrait procéder à des discriminations. En outre, le système pourrait provoquer une certaine rigidité, regrettable à l'heure où l'on constate un retard dans l'adaptation des structures de la presse française, ceci par une diminution d'efficacité provenant de la multiplication des organes de consultation et de discussion, l'installation d'un corporatisme tenté de défendre des situations acquises⁴⁹, des investissements insuffisants dûs à la crainte des détenteurs de capitaux.

Aux yeux de la commission, il ne fait cependant pas de doute que des réformes sont nécessaires. Elle propose que soit envisagé un ensemble de dispositions comprenant la définition d'une politique coordonnée en matière de formation professionnelle, la création d'un conseil de la presse, une réforme des entreprises de presse «inspirée non seulement par l'idée de participation, mais aussi par celle de la spécificité de ces entreprises, du rôle politique qu'elles jouent, de la distinction nécessaire qui doit s'établir entre leur fonction intellectuelle et leur fonction commerciale». Concernant ce dernier point, «chaque entreprise devrait adopter un statut interne organisant un droit de regard des personnels et notamment des journalistes sur les décisions majeures touchant la vie du journal (désignation du directeur de la publication, fusions et concentrations, fixation de la ligne générale du journal)»⁵⁰. La loi présenterait une série de modèles à choix, susceptibles d'adaptation, qui ne prévoiraient pas de transfert de capital obligatoire à la collectivité des journalistes⁵¹. Pour les entreprises qui, au-delà de la participation, cherchent à préserver leur indépendance et manifestent une ambition non lucrative, une nouvelle forme de société pourrait être constituée à titre facultatif, allant dans le sens préconisé par M. SCHWOEBEL⁵².

⁴⁸ Cf. aussi BOEGNER, *op. cit.*, p. 107 s.

⁴⁹ Cf. aussi BOEGNER, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁰ *Rapport*, p. 90.

⁵¹ *Rapport*, p. 66 ss.

⁵² *Rapport*, p. 71 s.

Comme on le voit, on aborde avec les sociétés de rédacteurs les thèmes brûlants de la participation et de la cogestion. Nous nous abstenons de porter ici un jugement, qui ne pourrait être qu'hâtif à la suite des développements limités que nous avons consacrés à la question.

Deux remarques, toutefois, nous semblent nécessaires: si l'on estime que l'idée de la participation n'est pas dénuée de tout intérêt, il ne serait pas injustifié qu'elle se réalise sous une forme ou sous une autre dans les entreprises de presse, et cela même avant d'être concrétisée dans les autres domaines de l'économie. Le travail fourni par les employés est d'ordre intellectuel. C'est lui qui fait pour une large part le succès du journal, sans compter qu'il doit se dérouler dans un certain climat de liberté, climat que favorise justement l'autorité partagée.

Ensuite, il faut insister sur le fait que les arguments de M. SCHWOEBEL et des sociétés de rédacteurs françaises ne peuvent pas tous être transposés tels quels à la Suisse. Ici, en effet, il existe une remarquable stabilité dans les rapports de propriété. Avant la Deuxième Guerre mondiale, les journaux, dans l'ensemble, ont été moins mercantiles qu'en France et n'ont pas suscité un malaise faisant souhaiter une réglementation législative. A la fin des hostilités, ils n'ont pas été confisqués et attribués gratuitement à des personnes s'étant illustrées dans la Résistance, comme cela a été le cas en France, où la légitimité des dirigeants de journaux est souvent discutée, encore plus quand il s'agit d'héritiers ou de nouveaux venus qui ne se sentent pas tenus par l'esprit qui avait présidé à ces dépossessions. Celles-ci devaient trouver leur justification dans l'élaboration d'un statut libérant la presse des puissances d'argent et conférant des droits au personnel. Le fait que la promesse n'ait jamais été réalisée prive les transformations de 1944 d'une part de leur légitimité⁶³, même si le provisoire a été institutionnalisé par la suite⁶⁴. C'est là aussi une source de mécontentement qui n'existe pas en Suisse, puisque tant les journalistes que les éditeurs repoussent catégoriquement ne fût-ce que l'idée d'une loi sur la presse. Un statut, à plus forte raison, serait considéré comme une grave atteinte à la liberté de la presse.

⁶³ *Rapport*, p. 13, 16 et 51.

⁶⁴ Loi du 2 août 1954. Cf. *Rapport*, p. 14; SCHWOEBEL, *op. cit.*, p. 80 ss; BLIN-CHAVANNE-DRAGO, *op. cit.*, p. 553 ss.

Conclusion

Au terme de cette étude, nous pouvons mesurer toute la distance qui sépare la liberté de l'information de la liberté de presse telle qu'on la comprenait encore dans la première moitié de ce siècle. Il est vrai que ce développement est en partie seulement inhérent à la liberté en matière de presse. La mise en lumière de l'élément fonctionnel et l'application aux rapports entre particuliers sont également valables pour les autres libertés individuelles. Toutefois, les conséquences qui en découlent pour la presse sont particulièrement intéressantes. Elles viennent soutenir efficacement les efforts entrepris après la Deuxième Guerre mondiale pour assurer à chacun une information libre et complète.

Il est réjouissant de voir l'intérêt témoigné aujourd'hui aux libertés fondamentales et les exigences nouvelles qu'on a à leur égard. Les grandes déclarations sans portée juridique, les clauses de style, les garanties solennelles mais inopérantes en pratique ne satisfont plus. On veut des droits, protégeant réellement la personne contre toutes les atteintes à son autonomie et à sa dignité, d'où qu'elles viennent. Ce souci de l'homme est un bon signe pour la société dans laquelle il se manifeste.

Une question se pose encore: une révision de l'art. 55 Cst. est-elle nécessaire pour que la liberté de l'information se voie pleinement consacrée en Suisse? Nous ne le pensons pas¹, du moins si nous nous plaçons sur un plan théorique pur. Nous avons vu précédemment que, pour les libertés individuelles, on ne saurait recourir aux règles herméneutiques qui valent habituellement dans le domaine juridique². Ces libertés sont en effet une catégorie à part dans notre droit continental, une île, une oasis³. Quand on les questionne, il est très insuffisant de vouloir rechercher simplement le sens des mots, de procéder à une interprétation historique, grammaticale, logique, etc. Il s'agit bien plutôt de les concrétiser, de les transformer en règles de droit, de les développer sous l'influence du droit naturel⁴ et des nécessités de l'époque⁵. Ces nécessités, comme aussi le droit naturel et certaines codifications internationales qui lui sont proches⁶, ne se concilient plus avec une liberté de presse étroite et formaliste. Elles réclament une liberté comprenant également celle du journaliste dans sa recherche des informations et celle du lecteur, avec les conséquences que nous

¹ Nous rejoignons ainsi les conclusions du professeur LUDWIG, mais par un chemin opposé. Cf. C. LUDWIG, *Schweizerisches Presserecht*, p. 217 ss.

² Cf. *supra*, p. 22 s.

³ Cf. H. HUBER, *Der Formenreichtum der Verfassung*, RSJB, 1971, p. 193.

⁴ Cf. *supra*, p. 23 et 58.

⁵ Cf. H. HUBER, *op. cit.*, p. 186 s. et 192.

⁶ Cf. *supra*, p. 51, 53 et 59.

avons dit être attachées à ces deux libertés et à la liberté de diffusion. Ces éléments peuvent par conséquent tous être déduits de la formule actuelle de l'art. 55 Cst., par cette activité *sui generis* qu'est la concrétisation, si proche du travail d'un constituant⁷.

Cela ne veut pas dire qu'une nouvelle rédaction de l'art. 55 soit dépourvue d'intérêt. Nous concevons fort bien qu'on puisse désirer une révision pour des raisons pratiques, pour lever toute équivoque, pour convaincre jusqu'au dernier juge et au dernier homme politique que des modifications se sont effectivement produites depuis l'édiction de la première Constitution fédérale. Cependant, il faudrait prendre garde de ne pas trop se perdre dans les détails. Les implications de la liberté de l'information sont si nombreuses qu'un article constitutionnel serait incapable de les contenir toutes, et à plus forte raison de donner les précisions nécessaires pour rassurer tous les milieux intéressés.

En tout cas, le dossier de l'art. 55, ouvert depuis plusieurs décennies, ne se refermera pas sans qu'on définisse exactement la place qu'on veut accorder dans ce pays à la liberté de l'information. Peu importe que cette place soit aménagée tacitement, ou expressément dans un texte constitutionnel. L'essentiel est qu'elle soit en vue, tant il est vrai que l'information libre et complète est le fondement d'une société équilibrée.

Dans un écrit sur l'avenir de notre civilisation, Andreï D. SAKHAROV, physicien, membre de l'Académie des sciences de l'Union soviétique, a, lui aussi, mis en évidence cette caractéristique de l'information⁸. Avec lucidité et un courage étonnant, il a analysé les dangers qui nous menacent et résumé en deux thèses fondamentales les issues possibles: D'abord, il est nécessaire que l'humanité surmonte ses divisions si elle veut échapper à la destruction par les armes, la faim ou la dégradation du milieu ambiant. Sa seconde thèse, «c'est que l'humanité a absolument besoin de liberté spirituelle: liberté de recevoir et de diffuser des informations, liberté du débat sans parti-pris et sans crainte, liberté face aux pressions de l'autorité et des préjugés. Une telle liberté de pensée est la seule garantie contre la contamination des masses par des mythes pernicious qui, dans les mains d'hypocrites et de démagogues sournois, peuvent facilement aboutir à une dictature sanglante.»

Ces propos, suivis de considérations sévères sur la censure idéologique, ont une résonance particulière quand on connaît leur contexte. Dans nos pays, rien ne serait plus faux que d'en prendre simplement connaissance avec la supériorité de ceux qui ne se sentent pas concernés, croyant déjà posséder ce précieux bien. D'une part, la liberté ne s'acquiert pas une fois pour toutes.

⁷ Les questions soulevées aux p. 42 et 106, *supra*, se trouvent ainsi résolues.

⁸ Andreï D. SAKHAROV, *Wie ich mir die Zukunft vorstelle*, traduit du russe, avec une postface de Max FRISCH, Zurich 1968, p. 12.

Cible des attaques les plus diverses, elle a continuellement besoin d'être défendue. Nous en avons vu quelques exemples. D'autre part, la vie des régions et des continents déterminant de plus en plus notre propre situation, il ne peut nous être indifférent qu'un pays manque d'un moyen essentiel à son équilibre.

Exigence et vocation universelle: nous retrouvons là les traits principaux de la liberté de l'information.