

Urs Thalmann

## **La promotion des médias est un devoir**

**La liberté d'information garantit la mise à disposition d'une information diversifiée.**

---

La diversité de l'information rédactionnelle s'est effondrée rapidement et le marché n'a pas mis un frein à cet effondrement. L'auteur montre comment cette situation oblige l'État à promouvoir activement la disponibilité de l'information. La liberté d'information signifie le droit à des sources d'information suffisantes pour que chacun puisse se forger librement sa propre opinion. Ce droit fondamental pourrait également, si nécessaire, être invoqué à l'avenir devant les tribunaux. Le projet de loi sur les médias électroniques ne comble pas cette lacune. Dans ce contexte, la Confédération et les cantons ont une obligation largement parallèle, comme le montrera l'auteur dans une seconde contribution qui paraîtra le 2 juillet 2018. (jp)

---

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit des médias; Liberté d'opinion et d'expression;  
Liberté d'opinion et d'expression

Proposition de citation: Urs Thalmann, La promotion des médias est un devoir, in : Jusletter 25 juin 2018

## Table de matière

- I. Effets du changement structurel des médias
- II. Le marché ne fournit plus suffisamment d'informations indépendantes
- III. La diversité de l'information rédactionnelle comme condition préalable à la liberté de l'information
- IV. Les médias privés et publics, piliers constitutionnels de la diversité de l'information
- V. Responsabilité de l'État d'assurer l'information rédactionnelle
- VI. Justiciabilité du droit à l'information ?
- VII. Conclusion : forme et objectif de la réglementation des médias pour garantir la disponibilité de l'information

### I. Effets du changement structurel des médias

[Rz 1] Les « mass media » se retrouvent pris dans un changement structurel qui a, pour les productions des rédactions privées, toutes les caractéristiques d'une crise existentielle. L'effondrement extrêmement rapide du modèle économique des médias d'information oblige à économiser, et presque chaque semaine les capacités éditoriales des médias traditionnels se voient réduites, ou les fusions économiquement justifiées. A cela s'ajoutent, de plus en plus souvent, des collaborations rédactionnelles avec des couvertures communes, ayant pour conséquence, des titres de médias différents aux contenus identiques.

[Rz 2] Dans le même temps, les nouvelles formes de communication entraînent une accélération considérable de la vitesse de production. On attend des rédactions des médias qu'ils mettent en ligne le plus rapidement possible de nouvelles informations, ce qui les contraint souvent à donner la priorité à la rapidité, plutôt qu'à la vérification des sources, pour que la contribution ait au moins une chance d'être largement reçue. En outre, la convergence des médias entraîne une plus grande dispersion du travail journalistique. De plus, les médias éditoriaux, traditionnellement sérieux, sont confrontés à des « offres prétendument journalistiques » plus fortes, qui ne répondent pas aux exigences d'indépendance et de qualité journalistiques tout en mettant en danger la confiance placée dans les vrais travaux de journalistes<sup>1</sup>. Enfin et surtout, le débat actuel sur les « fausses nouvelles (Fake News) » amène à une plus grande incertitude sur la crédibilité des médias d'information<sup>2</sup>.

[Rz 3] La concurrence pour retenir l'attention du public oblige souvent les rédactions à offrir de plus en plus souvent des contenus de presse de boulevard : « [notre traduction] La loi du chasseur

---

<sup>1</sup> Les offres prétendument journalistiques sont perçues comme journalistiques, mais servent des intérêts particuliers. Les publi-reportages ou « Native Advertising » en sont des exemples typiques. S'y ajoutent les communications d'amateurs, les faux reportages et les théories complotistes sur les médias alternatifs, ainsi que les offres de publi-reportages liées à des intérêts, etc. KÜLLUNG et ZEIER le montrent : Les jeunes ne peuvent qu'à 40 % distinguer le journalisme du « Native Advertising ». (CÉLINE KÜLLING/DOMINIQUE ZEIER, IPMZ, supervisé par Urs Dahinden, Travail de recherches, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>). Pour en savoir plus, MARK EISENEGGER, Digitaler Strukturwandel der Öentlichkeit – professionelle Informationsmedien nötiger denn je!, in : fög (éd.), Annuaire 2017, Qualität der Medien, Zurich 2017, p. 7 ss, p. 17 ; DANIEL VOGLER, Medienstrukturen, in : fög (éd.), Annuaire 2017, Qualität der Medien, Zurich 2017, p. 30 ss., p. 42 ; STEFAN BOSSHART, BRIGITTE HOFSTETTER, Forschungsstand: Was wir bisher über den Medienwandel wissen, in : Manuel Puppis, Michael Schenk, Brigitte Hofstetter (éd.), Medien und Meinungsmacht, Zurich 2017, p. 85 ss, p. 96, <https://vdf.ch/medien-und-meinungsmacht-e-book.html>, (tous les sites ont été consultés pour la dernière fois le 15 juin 2018).

<sup>2</sup> Voir . HLEG-Report 2018 on Fake News and Online Disinformation (<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>) ainsi que SCHULTZ/JACKOB/ZIEGELE/QUIRING/SCHEMER, Erosion des Vertrauens zwischen Medien und Publikum? Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage, in : Media Perspektiven 5/2017, Francfort-sur-le-Main 2017, p. 246 ss.

de scoops est plus ça va vite, mieux c'est, afin d'offrir des histoires exclusives concurrençant ainsi les médias nouveaux et électroniques... L'homme protéiforme est sans doute la figure centrale, que les exigences rédactionnelles doivent atteindre. Jeunes travailleurs flexibles... La question de savoir si ce rôle présuppose également une qualification ou des connaissances de base n'entre pas en ligne de compte.<sup>3</sup> » L'obligation de vulgarisation n'affecte pas seulement les médias de boulevard [tabloïds], mais peut également être perçue dans tous les types de médias, y compris des titres reconnus comme médias de qualité<sup>4</sup>.

[Rz 4] Bien que les progrès technologiques augmentent également la productivité, une diminution de la diversité de l'information journalistique publiée et une pression croissante sur la qualité du contenu résultent de ces développements<sup>5</sup>. On peut donc se demander si, à l'avenir, le journalisme sera en mesure de remplir son rôle d'observateur des structures du pouvoir dans la société, même si les journalistes restent eux-mêmes très attachés à leurs propres valeurs<sup>6</sup>. La corrélation entre pression économique et indépendance de plus en plus limitée des journalistes, et la crédibilité des médias d'information a également été prouvée<sup>7</sup>. Cependant, des informations fiables, vérifiées, indépendantes et provenant de sources très diverses apparaissent indispensables pour la société pluraliste prévalant en Suisse, car son système politique fonctionne sous la forme d'une démocratie directe et dans des petits espaces structurés fédéralement<sup>8</sup>. La Confédération et les cantons peuvent-ils continuer de suivre cette évolution, en grande partie passivement, et, tout simplement, en sont-ils encore capables ?

## II. Le marché ne fournit plus suffisamment d'informations indépendantes

[Rz 5] Dans le cadre de la numérisation, il devient de plus en plus difficile de financer la fourniture de contenus journalistiques indépendants issue du seul marché. Parmi les autres raisons sociales et technologiques qui accélèrent le changement, l'analyse économique démontre que la volonté de payer des produits journalistiques est relativement faible, principalement pour deux raisons : tout d'abord, le journalisme a les caractéristiques essentielles des biens publics, et deu-

---

<sup>3</sup> FRANCA SIEGFRIED, *Eine Zeitung in vier Stunden, Journalistischer Herstellungsprozess der Pendlerzeitung « Blick am Abend »*, Zurich 2013, p. 185.

<sup>4</sup> SIEGFRIED (note 3), S. 173; de même MANUEL PUPPIS, *Problemstellung: Die Folgen des Medienwandels für die Demokratie*, in: Manuel Puppis, Michael Schenk, Brigitte Hofstetter (éd.), *Medien und Meinungsmacht*, Zurich 2017, p. 74 ss., p. 76, <https://vdf.ch/medien-und-meinungsmacht-e-book.html>.

<sup>5</sup> IMHOF différencie la perte de qualité par les tendances à la non-différenciation, à la déprofessionnalisation, à la boulevardisation, à l'affaiblissement de l'autorégulation, à la stratification et à la segmentation et au populisme. (KURT IMHOF, *Krise des Informationsjournalismus*, in : Werner A. Meier, Heinz Bonfadelli, Josef Trappel (éd.), *Gehen in den Leuchttürmen die Lichter aus ? Was aus den Schweizer Leitmedien wird.*, Zurich et Berlin 2012, p. 69 ss.).

<sup>6</sup> GUIDO KEEL, *Journalisten in der Schweiz*, Constance 2011, p. 278 ss.

<sup>7</sup> MANUEL PUPPIS, PHILOMEN SCHÖNHAGEN, SILKE FÜRST, BRIGITTE HOFSTETTER, MIKE MEISSNER, *Arbeitsbedingungen und Berichterstattungsfreiheit in journalistischen Organisationen*, Departement für Kommunikationswissenschaft und Medienforschung, Université de Fribourg, Fribourg 2014, <https://www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/2014/12/journalistenbefragungimpressum.pdf>.

<sup>8</sup> Voir par exemple STEFAN BOSSHART, BRIGITTE HOFSTETTER, *Forschungsstand: Was wir bisher über den Medienwandel wissen*, in : Manuel Puppis, Michael Schenk, Brigitte Hofstetter (éd.), *Medien und Meinungsmacht*, Zurich 2017, S. 86 . (<https://vdf.ch/medien-und-meinungsmacht-e-book.html>), ou VINZENZ WYSS/GUIDO KEEL, *Journalistische Produktion: Trends, Innovationen & Organisation: EMEK Expertise*, Zurich, 2017, p. 2 ss [https://www.emek.admin.ch/inhalte/Journalistische\\_Produktion\\_Expertise\\_Wyss\\_Keel.pdf](https://www.emek.admin.ch/inhalte/Journalistische_Produktion_Expertise_Wyss_Keel.pdf).

xièmement, la transparence dans la qualité est faible<sup>9</sup>. Un bien public se caractérise par son libre accès (non-exclusivité), sa gratuité (non-payant) et l'absence d'exclusivité dans sa consommation<sup>10</sup>. Dans l'ère du numérique, les deux s'appliquent au contenu des médias, en particulier le contenu journalistique. Même le cadre payant ne peut résoudre ce problème, car l'exclusion des non-payeurs reste peu fiable et l'absence d'exclusivité (la consommation par un consommateur ne limite pas la consommation par un autre) n'est pas neutralisée. Reste en outre la problématique de la faible transparence de la qualité, qui fait qu'il est très difficile pour les consommateurs de reconnaître les produits de haute qualité en tant que tels (et donc de stimuler les acquéreurs à payer un prix). Il en résulte qu'en raison du manque de volonté des consommateurs de payer, l'incitation financière pour les fournisseurs n'est pas suffisante pour que le marché puisse répondre de manière satisfaisante à la demande<sup>11</sup>.

[Rz 6] Par le passé, les produits journalistiques pouvaient encore être financés par le marché parce que, d'une part, les caractéristiques du bien public étaient moins marquées et, d'autre part, parce qu'ils étaient cofinancés par un autre marché qui avait lié, pendant des décennies, le marché de la production journalistique à celui de la publicité commerciale<sup>12</sup> : une part importante de la production et de la distribution journalistiques était financée par les recettes du marché publicitaire et les bénéficiaires de l'information journalistique payaient généralement eux-mêmes, sous la forme du prix de vente, moins de la moitié des coûts totaux<sup>13</sup>. Dans une ère de plus en plus numérique, cette symbiose du marché de l'information et de la publicité s'est effondrée. Même dans les maisons de presse établies, où les offres d'emploi et les annonces immobilières soutenaient dans une large mesure le journalisme, ces secteurs d'activité sont désormais de plus en plus considérés comme des centres de profit distincts que chacun doit rentabiliser en tant que tel<sup>14</sup>. En outre, la numérisation renforce la non-exclusion et la non-exclusivité, en garantissant que l'information est toujours disponible pour tous à tout moment et peut être reproduite pratiquement sans restriction. Cela réduit encore la faible propension du public à payer et, sans lien avec une autre source de financement, le journalisme d'intérêt public ne peut plus être refinancé, sur le marché, dans la même mesure qu'avant la numérisation. Par conséquent, au fil du temps de moins en moins de ressources seront à disposition pour produire de l'information journalistique<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> CHRISTOPH NEUBERGER, Journalismus als systembezogene Akteurkonstellation, in : Martin Löelholz, Liane Rothenberger, Handbuch der Journalismustheorien, Wiesbaden 2016, p. 295 ss., p. 300 ss.

<sup>10</sup> FRANK LOBIGS, Paradigmenwechsel in der Ökonomie gesellschaftlich relevanter digitaler Medieninhalte (Change-ment de paradigmes dans l'économie des contenus numériques), Expertise im Auftrag der Eidgenössischen Medienkommission EMEK, Dortmund 2016, p. 10 ss. et p. 48 ss. (<https://www.emek.admin.ch/fr/themes/lavenir-des-medias-suisse/>)

<sup>11</sup> La Commission fédérale des médias (COFEM) identifie une défaillance du marché pour les médias journalistiques et cite quatre raisons : « biens publics, externalités, déficit d'information et sous-additivité », in : Spécificités des médias à l'ère du numérique : Options d'organisation pour un paysage suisse des médias performant d'un point de vue économique et social, document de discussion de la COFEM, Bienne, 22 janvier 2018, p. 5 ss, <https://www.emek.admin.ch/fr/themes/lavenir-des-medias-suisse/>.

<sup>12</sup> MATTHIAS KÜNZLER, Mediensystem Schweiz, Constance 2013, p. 251 ss.

<sup>13</sup> C'est ainsi que l'industrie de la publicité cofinance-t-elle l'industrie de l'information dans le système des médias traditionnels, comme l'explique LOBIGS (note 10), p. 15 ss.

<sup>14</sup> MANUEL PUPPIS, BRIGITTE HOFSTETTER, DIANA INGENHOFF, Medienorganisationen im Wandel., in : Manuel Puppis, Michael Schenk, Brigitte Hofstetter (éd.), Medien und Meinungsmacht, Zurich 2017, p. 273 ss., (<https://vdf.ch/medien-und-meinungsmacht-e-book.html>).

<sup>15</sup> Se différenciant du changement de l'économie publicitaire et de son influence sur les médias d'information, GABRIELE SIEGERT, ULRIKE MELLMANN, STEPHANIE KIENZLER, JULIANE LISCHKA, Wirtschaftskrise – Werbewirtschaftskrise – Medienkrise?, in : Werner A. Meier, Heinz Bonfadelli, Josef Trappel (éd.), Gehen in den Leuchttürmen

[Rz 7] Si le journalisme est laissé à lui-même sur le marché, cette évolution réduira encore la diversité de l'information rédactionnelle disponible. C'est également le cas lorsque le nombre de titres de médias disponibles donne encore l'impression d'une grande diversité, alors que les raisons économiques mentionnées ont conduit à une forte concentration des propriétaires. Cette tendance va se poursuivre. Aujourd'hui déjà, 71% de la pénétration en ligne du marché en Suisse alémanique est contrôlée par Tamedia, Ringier et le groupe NZZ, et 88% en Suisse romande<sup>16</sup>. Au sein de ces groupes, la production des différents titres est de plus en plus uniformisée en raison de la pression sur les coûts. En outre, il existe diverses coopérations journalistiques entre les différents groupes. Pour parler clairement, cela signifie que les mêmes contenus sont offerts sous de nombreux titres<sup>17</sup>. En outre, on peut supposer que la qualité, déjà réduite, continuera à souffrir<sup>18</sup>, même si elle a pu légèrement s'améliorer en 2017 pour l'ensemble des produits médiatiques<sup>19</sup>. Cependant, si l'État veut que l'information journalistique soit accessible à la population selon une diversité et une qualité minimales, il ne peut y parvenir qu'en intervenant lui-même par la réglementation des médias. La question de savoir si l'État peut ou doit intervenir *de lege lata* dépend toutefois du système juridique.

### III. La diversité de l'information rédactionnelle comme condition préalable à la liberté de l'information

[Rz 8] La société, dont les membres communiquent librement les uns avec les autres sur la base d'informations librement disponibles et se forgent ainsi leurs propres opinions, est une pierre angulaire de l'État libre et de la démocratie directe, qui s'exprime en divers endroits de la Constitution fédérale suisse (Cst.)<sup>20</sup>. Au centre de cette préoccupation se trouvent en particulier les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et d'information et la liberté des médias au sens des art. 16 et 17 Cst., ainsi que la norme de compétence de l'art. 93 Cst. sur la radio et la télévision<sup>21</sup>.

[Rz 9] L'art. 16 Cst. garantit la liberté d'opinion et d'information, qui permet à chaque personne d'obtenir des informations afin de se forger librement, sur cette base, sa propre opinion<sup>22</sup>.

---

die Lichter aus? Was aus den Schweizer Leitmedien wird. Zurich et Berlin 2012, p. 161 ss., p. 166 ss.; PUPPIS, HOFSTETTER, INGENHOFF (note 14), ci-dessus. Sowie MANUEL PUPPIS, MICHAEL SCHENK, STEFAN BOSSHART, BRIGITTE HOFSTETTER, Schlussfolgerungen., in : Manuel Puppis, Michael Schenk, Brigitte Hofstetter (Hrsg.), Medien und Meinungsmacht, Zurich 2017, p. 356 ss. (<https://vdf.ch/medien-und-meinungsmacht-e-book.html>); sur la situation alarmante concernant les reportages dans les médias régionaux voir : WERNER A. MEIER unter Mitarbeit von MARTINA LEONARZ, Politikberichterstattung in Gemeinden und Bezirken Eine Übersicht zu Regionalmedien, Bericht für das Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Bienne 2014, p. 9 et ci-dessus.

<sup>16</sup> fög – Forschungsinstitut Öffentlichkeit und Gesellschaft (éd.), Université de Zurich, sous l'égide de la Fondation Kurt Imhof pour la qualité des médias, Zurich, Annuaire 2017, Qualität der Medien, Zurich 2017, p. 17.

<sup>17</sup> BOSSHART/HOFSTETTER (note 8), p. 89 ss.

<sup>18</sup> WOLFGANG SCHWEIGER, Der (des)informierte Bürger im Netz, wie soziale Medien die Meinungsbildung verändern, Wiesbaden 2017, p. 14 ss.

<sup>19</sup> LUCIE HAUSER, ANDREA HÄUPTLI, Medienqualität, in : fög 2017, p. 57 ss.

<sup>20</sup> GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007, p. 429, N. 2, de l'art. 17 Cst.

<sup>21</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, MARKUS SCHEFER avec la collab. de FRANZ ZELLER, Grundrechte in der Schweiz, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 437, considèrent la liberté d'expression comme un droit fondamental résiduel qui n'a d'effet que si aucun des autres droits fondamentaux spécifiques ne s'applique à la libre communication (par ex., la liberté des médias).

<sup>22</sup> ETIENNE GRISEL, Droits fondamentaux – Libertés idéales, Berne 2008, note marginale 188.

Celles-ci incluent les informations journalistiques. Toutefois, l'art. 16 Cst. ne mentionne pas explicitement des sources d'information spécifiques<sup>23</sup>. On pourrait soutenir « [notre traduction] qu'il semble que cela soit plus ou moins à la discrétion du législateur de déterminer quelles sources d'information doivent être généralement accessibles aux bénéficiaires des droits fondamentaux »<sup>24</sup>. En revanche, l'article 17 Cst., qui garantit la liberté des médias, indique clairement quel type d'information devrait au moins être accessible, car il garantit que les journalistes ne seront pas empêchés par les autorités d'obtenir, de traiter et de transmettre des informations<sup>25</sup>. Toutefois, le but premier de cet article n'est pas d'accorder, en raison de leur profession, plus de droits à certaines personnes, à savoir les journalistes, qu'à d'autres individus, car la liberté des médias n'est pas une fin en soi. Au contraire, la liberté des médias, au sens de l'art. 17 Cst., est une condition de base nécessaire à la réalisation de la liberté d'information, au sens de l'art. 16 Cst., afin que l'information puisse être disponible dans une diversité de contenus et de formes suffisante<sup>26</sup>.

[Rz 10] Il s'ensuit à l'évidence que selon les vues du constituant, les « sources généralement accessibles », qui, selon l'art. 16 al. 3 Cst., font partie des conditions préalables à la liberté d'information, comprennent également les « productions et (...) informations » qui peuvent être reçues par « la presse, (...) la radio et (...) la télévision, ainsi que [l]es autres formes (...) ressortissant aux télécommunications publiques » (art. 17 al. 1 de la Constitution fédérale), en tant que détenteurs des droits fondamentaux, au titre de l'art. 16 Cst., à savoir « [t]oute personne ». En tout état de cause, la lettre de l'article 17 al. 1 Cst. pourrait encore être comprise comme la protection de l'utilisation des canaux de distribution soit « la presse, (...) la radio et (...) la télévision, ainsi que [l]es autres formes (...) ressortissant aux télécommunications publiques », mais cette lettre ne précise pas quel type d'information doit être transmis par ces canaux. Les doutes sur ce que veut réellement protéger le législateur constitutionnel sont cependant dissipés, à tout le moins, par l'art. 17 al. 3 Cst., en ce sens qu'il protège explicitement « [l]e secret de rédaction » et indique ainsi clairement que la liberté des médias de l'art. 17 ne concerne pas seulement les canaux de distribution, mais aussi celles et ceux qui exercent une activité spécifique de production et de diffusion d'informations rédactionnelles, et par conséquent journalistiques<sup>27</sup>.

#### **IV. Les médias privés et publics, piliers constitutionnels de la diversité de l'information**

[Rz 11] L'art. 16 Cst., en lien avec l'art. 17 Cst., établit ainsi, en dehors d'autres composantes, un droit de « [t]oute personne » à recevoir des informations élaborées par une rédaction. Ce

---

<sup>23</sup> Plus près : MÜLLER/SCHEFER (note 21) p. 347 ss. et ANDREAS KLEY, ESTHER TOPHINKE, in : Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2014 (cité : Commentaire saint-gallois), Art. 16.

<sup>24</sup> BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 146, N. 10 à l'art. 16 Cst., qui interprète la pratique.

<sup>25</sup> Pour plus de précisions : STEPHAN C. BRUNNER, HERBERT BURKERT, in : Commentaire saint-gallois (note 23), art. 17.

<sup>26</sup> BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 430, N. 4 et p. 432, N. 13 de l'art. 17 Cst. ; MÜLLER/SCHEFER (note 21), p. 438 ss. ils considèrent les médias comme un « unverzichtbares Mittel permanenter öentlicher Kritik und Kontrolle jeder Macht (moyen indispensable de critique et de contrôle permanent de chaque pouvoir », mais ils soulignent à juste titre que le terme communément employé de « vierte Gewalt (quatrième pouvoir) » est inapproprié.

<sup>27</sup> BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 432, N. 12 ss.

droit suppose que ces informations soient également disponibles<sup>28</sup>. L'art. 93 Cst. sur la radio et la télévision vise à mettre de telles informations à la disposition du public. Cet article établit en effet la compétence fédérale en matière de législation sur la radio et la télévision « ainsi que sur les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques » (al. 1). Toutefois, il ressort également clairement de cet article que les conditions de la liberté d'information ne doivent pas nécessairement être garanties par les seuls médias pour lesquelles la constitution fédérale établit une compétence fédérale. Le constituant, au contraire, prend bien plutôt en considération une offre d'information basée sur deux piliers :

[Rz 12] L'un des deux piliers est l'offre proposée par la radio et la télévision, pour lesquelles la Confédération a une compétence. En complément, la Confédération a aussi une compétence pour des domaines connexes, alors que ce domaine de compétence est formulé de manière un peu particulière<sup>29</sup> : il s'étend en effet au pouvoir de légiférer sur « [les] autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ».

[Rz 13] L'art. 93 al. 2 précise que les médias électroniques, réglementés par la Confédération, ne peuvent et ne doivent pas constituer la seule condition préalable de la liberté d'information. Au contraire, la radio et la télévision « contribuent à la formation et au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement ». L'autre manière de contribuer est mentionné à l'al. 4 qui protège les « autres médias », à savoir notamment la « presse ». Les secteurs de la radio et de la télévision, réglementés par la Confédération, ne peuvent donc pas créer à eux seuls les conditions préalables à la réalisation de la liberté d'information par la mise à disposition d'informations. Les articles 16, 17 et 93 Cst. présupposent donc que les autres médias, à savoir la presse, comme second pilier, apportent également leur contribution nécessaire à la mise à disposition d'informations à contenu rédactionnel, condition préalable à la réalisation de la liberté d'information<sup>30</sup>.

## V. Responsabilité de l'État d'assurer l'information rédactionnelle

[Rz 14] Les conditions susmentionnées de la liberté d'information ont été remises en question par la numérisation. Les raisons et les conséquences de cette évolution sont exposées plus haut au point II. La dernière révision totale de la Constitution fédérale a débuté au début des années 1990 et s'est achevée en 1999. Certes, Internet avait déjà commencé, à cette époque, sa marche triomphale, mais il ne représentait pas encore une concurrence sérieuse sur le marché publicitaire pour les titres de presse. Quoiqu'il ait déjà été question du déclin de la diversité des médias,

---

<sup>28</sup> MÜLLER/SCHEFER (note 21), p. 517 ss. déclarent à juste titre que la communauté démocratique dépend « elementar vom freien Fluss der Information » (essentiellement de la libre circulation de l'information) et que la libre communication exige un « Absender und Empfänger (émetteur et un destinataire) ». Toutefois, ils ne traitent pas des devoirs de l'État en l'absence d'un « expéditeur » et n'en déduisent donc pas directement de la liberté d'information un droit de l'individu vis-à-vis de l'État de disposer d'une information pertinente, et crédible pour la démocratie. Au contraire, ils semblent considérer la liberté d'information davantage comme un pur droit de protection, en se référant à la formulation de la Constitution fédérale qui fait référence aux « allgemein zugänglichen Quellen (sources généralement accessibles) », à l'exception notable des obligations d'information de l'État, comme celle de garantir activement l'accès aux informations officielles, qu'ils considèrent comme trop limitées et nécessitant une adaptation.

<sup>29</sup> Pour aller plus loin dans l'interprétation de cette formulation, voir URS THALMANN, La compétence parallèle des cantons et de la Confédération dans la promotion des médias, in : Jusletter 2 juillet 2018 (prochaine publication).

<sup>30</sup> Selon le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, l'article a pour but, « [d'] assurer l'accomplissement de celle-ci ainsi que la liberté d'information du public », FF 1997 I 1, p. 276.

par le passé<sup>31</sup>, la grande majorité des produits médiatiques pouvaient être financés par le marché publicitaire, et seule une moindre partie des revenus provenait du prix d'achat, payé par les consommateurs eux-mêmes, pour obtenir l'information.

[Rz 15] Toutefois, les conditions nécessaires à l'existence de ce modèle de financement s'érodent de plus en plus dans la société de l'information numérisée<sup>32</sup>. La conséquence en est un démantèlement qui amenuise jour après jour la qualité et la diversité de l'information journalistique disponible<sup>33</sup>. Ainsi, l'existence, ou du moins l'importance de l'un des deux piliers que le législateur constitutionnel préconise pour la réalisation de la liberté d'information et qui permet d'approvisionner une grande partie de la population, est mis en danger. On peut dès lors se demander si la liberté d'information oblige l'État à modifier son comportement selon l'évolution des conditions économiques. DANIEL TRACHSEL a montré une façon d'y répondre, dès 1980, dans sa thèse sur l'obligation de l'État d'agir sur la base des droits fondamentaux, dans laquelle il prévoyait que, au regard de l'article 55 de la Constitution fédérale de 1874 (liberté de la presse) : « [Notre traduction] Ici, comme ailleurs, un droit à la liberté, classique, se transforme, d'une liberté à revendiquer contre l'État, en une liberté promue par l'État »<sup>34</sup>.

[Rz 16] L'art. 35 Cst., intitulé « Réalisation des droits fondamentaux », clarifie à quelle attitude les droits fondamentaux contraignent l'État. Les droits fondamentaux ne sont pas seulement des droits défensifs contre les autorités. Au contraire : « dans l'ensemble de l'ordre juridique », « [q]uiconque assume une tâche de l'État » est tenu de « contribuer » à la « réalisation » des droits fondamentaux. Le Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996 résume ainsi la nature des droits fondamentaux de l'article 35 Cst. : « Leur fonction est à la fois défensive, en ce sens qu'ils servent à limiter l'emprise de l'État sur les particuliers, et positive, en ce qu'ils incitent l'État à agir ou même l'y obligent<sup>35</sup> ».

[Rz 17] La conception exclusivement libérale et subjectivement défensive des droits fondamentaux, qui n'était axée que sur le caractère défensif de l'individu, avait déjà été dépassée, par la doctrine, avant la révision totale de la Constitution fédérale<sup>36</sup>. Dès 1900, le Tribunal fédéral attribuait un caractère objectif et public aux libertés de communication, en particulier à la liberté de

---

<sup>31</sup> On parlait, en 1980 déjà, d'une « concentration du pouvoir dans le domaine de la formation de l'opinion » à travers une « monopolisation des médias journalistiques », voir DANIEL TRACHSEL, *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsförderung aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*, thèse, Zurich 1980, p. 224.

<sup>32</sup> Pour plus de détails, voir le point II ci-dessus ; voir également MÜLLER/SCHEFER (note 21), p. 467.

<sup>33</sup> Pour un clair aperçu des réductions d'effectifs dans les rédactions depuis 2008 jusqu'à aujourd'hui, voir : <http://www.medien Spiegel.ch/medien-abbauschlacht-2008> (dernière mise à jour lors de la rédaction finale : 8 janvier 2018, ATS, -40 places).

<sup>34</sup> TRACHSEL (note 31), p. 224, sur la question du droit à des subventions en faveur de la presse : l'auteur rejette toutefois l'idée de créer un droit justiciable pour les subventions en faveur de la presse sur la base de l'article 55 de la Constitution fédérale de 1974, article selon lequel la liberté d'information pour l'ensemble des gens n'était pas encore expressément inscrite dans l'ancienne Constitution fédérale, comme c'est actuellement le cas dans la Constitution fédérale en vigueur, mais les droits fondamentaux de la communication se limitaient alors à mentionner expressément la liberté de la presse.

<sup>35</sup> FF 1997 I 1 (note 30), p. 193, sur l'art. 31 du Message de 1996 relatif à la Constitution, devenu l'art. 35 de l'actuelle Constitution.

<sup>36</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berne 1982, et citations, comme plus particulièrement p. 5 s., 8 ss., 15 ss. et 30ss.; BIAGGINI, *BV Kommentar* (note 20), p. 797 s., N. 4 de l'art. 35 Cst. Et particulièrement ZACCARIA GIACOMETTI démontre clairement : « *Die Freiheitsrechte haben aber nicht nur diese negative Funktion von Schranken für die Staatsgewalt zu erfüllen. [...] Bundes- und kantonaler Gesetzgeber haben sich nach den Freiheitsrechten der Bundesverfassung zu orientieren* (Les droits à la liberté n'ont cependant pas seulement à remplir cette fonction négative d'entraves au pouvoir de l'État. Les législateurs fédéraux et cantonaux doivent s'orienter en fonction des droits à la liberté garantis par la Constitution fédérale.) », in : Fritz Fleiner, Zaccaria Giacometti (éd.), *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949 dans une réédition inchangée de 1978, p. 242 ss.

la presse<sup>37</sup>. Le texte de la Constitution fédérale de 1999 définit désormais la conception programmatique, constitutive et institutionnelle des droits fondamentaux. Selon ce principe, les droits fondamentaux, outre leur contenu juridique subjectif, contiennent les principes de base objectifs de l'ordre social, que l'État doit réaliser avec ses moyens<sup>38</sup>. Toutefois, la réponse à la question de savoir quelles conclusions concrètes peuvent être tirées de cette formulation relativement nouvelle ne peut pas encore être tirée de manière concluante de la doctrine<sup>39</sup>. En outre, selon la doctrine, les droits fondamentaux se voient également attribuer des fonctions démocratiques et fonctionnelles, ainsi que des fonctions relevant de la politique sociale ou du fédéralisme<sup>40</sup>.

[Rz 18] Il reste cependant incontesté que, selon le texte de l'art. 35 Cst., tous les organes de l'État sont liés par les droits fondamentaux. Ils contribuent à la mise en œuvre de ces principes en s'acquittant de leurs tâches. Ce n'est pas seulement en s'abstenant de restreindre les droits fondamentaux des individus dans une mesure inacceptable par une action officielle qu'ils agissent ainsi, mais, au contraire, ce sont toutes les activités officielles qui doivent être axées sur la réalisation des droits fondamentaux. Ce principe est valable autant pour l'administration que pour l'appareil judiciaire et le législatif<sup>41</sup>, même si la raison qui met en danger les objets protégés ne se trouve pas dans l'action de l'État<sup>42</sup>.

[Rz 19] En ce qui concerne la liberté d'information, l'État a donc l'obligation d'en assurer les conditions préalables de réalisation, à savoir la disponibilité d'une information rédactionnelle suffisamment diversifiée, et en prenant, si nécessaire, des mesures actives<sup>43</sup>. Le moyen formel

---

<sup>37</sup> ATF 26 I 38 [Schneider], consid. 1, p. 42: « Die Garantie der Pressfreiheit nun, wie sie in Art. 55 B.V. ausgesprochen ist, enthält nicht lediglich eine Schranke für die kantonale Gesetzgebung in dem Sinne, dass dadurch die Zensur u. dgl. Maßregeln gegen die Presse verboten wären, sondern sie gibt den Einzelnen ein konkretes, positives Individualrecht öffentlich-rechtlichen Inhaltes [...] (La garantie de la liberté de la presse, telle qu'elle est exprimée à l'art. 55 Cst., ne constitue pas seulement un obstacle à la législation cantonale en ce sens qu'elle empêche la censure et d'autres formes de censure, c'est-à-dire que les mesures contre la presse seraient interdites, mais elles donnent à l'individu un droit individuel concret et positif avec un contenu de droit public.) ».

<sup>38</sup> Ainsi, pour la liberté des médias, voir également HANSPETER KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen die Medienkonzentration, Zurich 2007, p. 55.

<sup>39</sup> C'est ce que confirme BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 801, N. 16 de l'art. 35 BV (avec diverses références à la jurisprudence du Tribunal fédéral): « Der Staat hat je nach den tatsächlichen Verhältnissen schon allgemein den Grundrechtsberechtigten die Voraussetzungen und Bedingungen zur Ausübung von Grundrechten zu gewährleisten (Selon les circonstances de l'espèce, l'État doit déjà garantir de manière générale aux personnes au bénéfice des droits fondamentaux le cadre et les conditions préalables à l'exercice des droits fondamentaux.) » GRISEL, par exemple, s'y oppose (note 22), numéro marginal. 26 ss., même dans la nouvelle formulation, en s'appuyant constamment sur une interprétation largement négative du droit fondamental, dans la mesure où le texte constitutionnel n'attribue pas explicitement le contenu positif au droit fondamental lui-même.

<sup>40</sup> BENJAMIN SCHINDLER, Zu Begri und Verständnis der « Grundrechte » in der neuen Bundesverfassung, in : Thomas Gächter, Martin Bertschi (éd.), Neue Akzente in der « nachgeführten » Bundesverfassung, Zurich 2000, p. 53 s. et ses développements.

<sup>41</sup> GIACOMETTI (note 36), p. 242 ss.; BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 92, N. 6 comme p. 252, N. 5 à l'art. 35 Cst. et RAINER J. SCHWEIZER, Kommentar zu BV (note 23), art. 35, N. 7 ss.

<sup>42</sup> Par exemple ATF 119 Ia 28, consid. 2, p. 30 s., ATF 126 II 300 [Gonseth], consid. 5, p. 314 ; voir en plus SCHWEIZER (note 41), N. 13 avec d'autres développements concernant la jurisprudence.

<sup>43</sup> MÜLLER/SCHEFER (note 21), p. 475 ss., font par conséquent également référence à l'obligation de garantir la diversité des médias par la promotion des médias, mais qui découle de la liberté des médias et non de la liberté de l'information. De même, en ce qui concerne la liberté de la radio et de la télévision et les justifications historiques MARTIN DUMERMUTH, Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit, in : Rolf Sethe et al. (éd.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 671 ss. ainsi que p. 679 ss. La Cour européenne des droits de l'homme tire de la liberté d'expression l'obligation de l'État de garantir activement le pluralisme des médias conformément à l'article 10 de la CEDH: « ... au devoir négatif de non-ingérence s'ajoute pour l'État l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif. » Affaire de la CourEDH *Centro Europa 7 SRL et di Stefano / Italie* du 7 juin 2012, § 134). De plus dans le contexte de l'initiative « No Billag » comme on l'appelle: Sylvain Diserens, L'initiative « No Billag » viole la liberté d'information, in : Journal le Temps, 2018. Dès 1975, le Conseil de l'Europe, dans sa

d'y parvenir est de légiférer. Par conséquent, le fait de ne pas légiférer lorsque c'est nécessaire à la réalisation des droits fondamentaux peut constituer une violation de la Constitution<sup>44</sup>. L'État doit bien entendu, formellement, respecter les principes généraux de l'État de droit conformément à l'art. 5 Cst. en mettant en œuvre les droits fondamentaux, c'est-à-dire la légalité, l'intérêt public prépondérant et la proportionnalité. Dans ce cadre, il lui reste un large champ d'action et il peut « user de tous les moyens permettant d'atteindre le but recherché<sup>45</sup> » pour autant que son soutien revête « un caractère neutre »<sup>46</sup>. La question de savoir si la Confédération ou les cantons, et dans quels cas les deux sont simultanément compétents et donc également responsables du financement si nécessaire, sera traitée dans une autre contribution<sup>47</sup>.

[Rz 20] Il convient de garder à l'esprit que presque toutes les activités de l'État influencent le marché. Étant donné que l'objectif principal de la promotion du journalisme est d'empêcher qu'un développement du marché n'entraîne une diminution excessive de la diversité de l'information journalistique, cette mesure influencerait également le marché, et les acteurs du marché qui ne bénéficient pas de la promotion pourraient voir leur liberté économique limitée au sens de l'article 27 Cst. Afin d'éviter la restriction de ce droit fondamental, les exigences de l'art. 36 Cst. doivent donc être respectées. En outre, l'art. 94 al. 4 Cst. prévoit que les « dérogations au principe de la liberté économique » doivent être prévues dans la Constitution fédérale.

[Rz 21] Il s'agit avant tout de garantir l'égalité des chances pour tous les concurrents actuels et futurs. L'exigence particulière de la base constitutionnelle explicite s'applique en particulier aux réglementations qui excluent du marché certains de ses acteurs. Il peut s'agir notamment d'un monopole d'État légalement établi, tel que les droits cantonaux régaliens. Toutefois, la neutralité totale à l'égard de la concurrence ne peut être prévue par l'article 94 al. 4 Cst., étant donné que pratiquement toute réglementation juridique, même si elle ne vise pas directement à façonner le marché, influence la libre concurrence. Il en va de même pour les réglementations fondées sur des compétences fédérales, qui sont justifiées par l'expression « relève de la compétence de la Confédération ». En particulier, un tel libellé permet qu'une loi fédérale institue la Société suisse de radio et de télévision (SSR)<sup>48</sup>. Son financement, par le biais des redevances des ménages et des

---

Recommandation 747 au Comité des Ministres, déclarait que la crise économique avait frappé particulièrement durement la presse et que cela pouvait rendre nécessaire un soutien de l'Etat : « ... Persuadée que la diversité de la presse, élément fondamental de la liberté d'expression, est une condition préalable de tout régime politique démocratique ; Constatant que la conjoncture économique actuelle a, sur la situation de la presse, des répercussions particulièrement fâcheuses, qui mettent en danger la viabilité financière de tous les journaux et l'existence même des plus faibles, et que, dans ces conditions, la nécessité de mesures d'aide publique à la presse peut s'en trouver accrue ; ... ». En 2011 également, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a réaffirmé dans son « Discussion paper CommDH (2011)43 » p. 18, en constatant l'affaiblissement économique de la presse : « In order to prevent such fragility, regulation may draw on taxpayer-funded support. »

<sup>44</sup> DUMERMUTH (note 43), p. 681 ss.

<sup>45</sup> FF 1997 I 1 (note 30), p. 194.

<sup>46</sup> Ainsi l'ATF 120 Ib 142 [Obersee Nachrichten AG] consid. 3c/aa p. 145 avec de plus amples références. Dès 1976, la Commission européenne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe a déclaré que l'article 10 de la CEDH imposait à l'Etat un « *duty to protect against excessive press-concentrations* (devoir de protection contre les concentrations excessives dans la presse) », Application No. 5178/71, de Geillustreede Pers N.V. C. les Pays-Bas, Rapport de la Commission du 6 juillet 1976, p. 31 ch. 88.

<sup>47</sup> Voir THALMANN (note 29) et ses références.

<sup>48</sup> JEAN-FRANÇOIS AUBERT, PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich 2003, art. 94, note marginale. 14 ss.

entreprises, est réglementé dans la LRTV et le sera éventuellement dans la future loi fédérale sur les médias électroniques (LME)<sup>49</sup>, lois qui influencent évidemment le marché.

[Rz 22] La liberté économique a toutefois un effet sur les mesures de soutien en faveur des médias journalistiques, en ce sens que les relations entre les acteurs du marché soient aussi peu influencées que possible. Les mesures de soutien devraient donc être conçues de manière à ce que le plus grand nombre possible de fournisseurs existants et potentiels d'informations journalistiques puissent en bénéficier dans les mêmes conditions.

## VI. Justiciabilité du droit à l'information ?

[Rz 23] Les droits fondamentaux constitutionnels destinés à protéger l'individu lui donnent la légitimation pour invoquer directement et personnellement ces droits fondamentaux<sup>50</sup>. Celui-ci peut les faire valoir devant les tribunaux<sup>51</sup>. L'art. 16 Cst. décrit également qui est ce bénéficiaire, soit « toute personne », ce qui comprend bien entendu toutes les personnes physiques. Elle inclut également les personnes morales, dans la mesure où il ne découle pas du caractère du droit fondamental que « die natürlichen Eigenschaften des Menschen [Notre traduction] les qualités naturelles de l'homme (...) sont une condition nécessaire à l'exercice de ces droits »<sup>52</sup>. D'autres droits fondamentaux ont avant tout une fonction démocratique et ne protègent qu'indirectement les individus<sup>53</sup>. Il s'agit notamment, du moins en partie, de la liberté des médias au sens de l'art. 17 Cst.<sup>54</sup>, qui se veut toutefois une condition préalable à la liberté d'information au sens de l'art. 16 Cst. Et ce dernier article protège et habilite directement les personnes<sup>55</sup>.

[Rz 24] La Constitution fédérale fait partie du droit fédéral et prime sur le droit cantonal<sup>56</sup> conformément à l'art. 49 Cst. Tous les tribunaux et organes exécutifs doivent par principe l'appliquer<sup>57</sup>. Les droits fondamentaux ne s'appliquent pas de manière absolue, mais peuvent être limités dans certaines circonstances. Selon l'art. 36 Cst., une intervention doit être limitée à ce qui est réellement nécessaire pour atteindre l'objectif légitime de la restriction (principe de la proportionnalité), elle doit être fondée sur une base juridique appropriée et l'intérêt public tendant à la restriction du droit fondamental doit être plus élevé que l'intérêt du titulaire du droit fondamental<sup>58</sup>.

[Rz 25] Si une violation des droits fondamentaux ne découle pas de l'application d'une loi, mais plutôt de l'absence de cette loi ou d'une lacune dans son texte, le tribunal saisi remédie à la situa-

---

<sup>49</sup> Loi sur les médias électroniques, en consultation actuellement, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/1-ofcom/organisation/bases-legales/lois-federales/future-loi-sur-les-medias-electroniques.html>.

<sup>50</sup> Voir BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 93, N. 9 ss., RAINER J. SCHWEIZER, in : Commentaire saint-gallois (note 23), art. 7– 36, N 6 ss. ainsi que N. 33 ss.

<sup>51</sup> BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 91, N. 1 et p. 842, N. 5 s. à l'art. 189 Cst.

<sup>52</sup> Voir ATF 125 I 369 [Verein « Scientology Kirche Basel » et M.], consid. 1b, p. 372 ss. ou ATF 142 I 195 [Fondation Armée du Salut Suisse et Société coopérative Armée du Salut Oeuvre Sociale], consid. 5.2, p. 208 s.

<sup>53</sup> BIAGGINI, BV Kommentar (note 20), p. 92 N. 6.

<sup>54</sup> SCHWEIZER, (note 50), N. 34.

<sup>55</sup> Voir KLEY/TOPHINKE (note 23), art. 16, N 33 ss.

<sup>56</sup> SCHWEIZER (note 41), N. 26 ss.

<sup>57</sup> La seule exception en Suisse (souvent perçue comme exotique selon un point de vue étranger) est l'obligation de l'art. 190 Cst d'appliquer les lois fédérales. Étant donné qu'il n'est pas fait référence ici à des lois fédérales contraires à la liberté de l'information, cette circonstance n'est pas traitée plus en détail.

<sup>58</sup> Voir par ex. ATF 142 I 121, consid. 3, p. 124 ss. Voir également SCHWEIZER, (note 50), N 10 ss.

tion en fixant lui-même par la voie prétorienne des règles protégeant les droits fondamentaux, par substitution, qu'il applique ensuite au cas spécifique. La mesure dans laquelle des règles judiciaires de substitution peuvent compléter ou modifier la législation est parfois controversée, mais pas le principe selon lequel les tribunaux et, en dernière instance, le Tribunal fédéral doivent garantir la réalisation des droits fondamentaux<sup>59</sup>. À cet effet, les instruments sont à la fois le contrôle concret des normes lors de l'examen d'un cas particulier d'application et le contrôle abstrait des normes qui permettent notamment de vérifier la conformité de la législation cantonale avec les droits fondamentaux, même sans cas concret d'application<sup>60</sup>.

[Rz 26] Il convient toutefois de souligner que les demandes de prestations directes découlant de droits fondamentaux ne peuvent être reconnues que si le droit fondamental est justiciable<sup>61</sup>. Cela signifie que le droit fondamental est suffisamment circonscrit et doit donner au tribunal un pouvoir d'agir suffisamment défini et délimité pour qu'il puisse devenir un droit subjectif dans un cas d'espèce. Toutefois, le texte constitutionnel ne doit pas nécessairement être justiciable par lui-même, mais la justiciabilité peut par contre provenir soit d'autres bases juridiques, soit d'une jurisprudence constante<sup>62</sup>. Et une telle jurisprudence constante se développe au sein des tribunaux eux-mêmes.

[Rz 27] Il est donc tout à fait concevable que les tribunaux cantonaux ou le Tribunal fédéral soient confrontés à la question de savoir si l'État garantit les conditions préalables à la liberté d'information par des mesures suffisamment efficaces. Si le tribunal conclut qu'il n'existe pas suffisamment de « sources généralement accessibles [à tous] » pour « recevoir librement des informations » afin de « [se] former librement une opinion » (art. 16 al. 2 s. Cst.), en l'absence d'une législation cantonale ou fédérale ordinaire suffisante, un développement judiciaire subséquent du droit se justifierait ensuite entièrement et si cette jurisprudence est confirmée, le résultat serait un droit justiciable permettant la mise à disposition d'informations journalistiques.

## VII. Conclusion : forme et objectif de la réglementation des médias pour garantir la disponibilité de l'information

[Rz 28] Le fait que l'État ait le devoir d'assurer la réalisation de la liberté d'information, et donc la mise à disposition de l'information, ne dit encore rien sur la forme et la méthode que l'État doit mettre en œuvre pour y arriver<sup>63</sup>. Il est important de noter que les fonds déjà disponibles pour les médias ne sont pas suffisants dans leur ensemble, car le changement structurel progressif décrit dans la partie 2 a déjà entraîné une pénurie de ressources pour le journalisme s'élevant à plusieurs

---

<sup>59</sup> Le Tribunal fédéral lui-même, ainsi que des autorités comme le Conseil fédéral ou les représentants du monde académique, nient parfois la fonction complémentaire du comblement des lacunes par le Tribunal fédéral alors que ce dernier exerce cette fonction créatrice depuis des décennies, en particulier pour la concrétisation des droits fondamentaux, d'une manière très diverse. Voir sur les différents avis et les justifications juridiques ou théoriques, avec références et exemples, la contribution très détaillée de BERNARD RÜTSCHÉ, *Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen*, Bâle/Genève/Munich 2002, p. 232 ss.

<sup>60</sup> Pour plus de détails sur les procédures, voir ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER, *Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform*, Zurich 2006, N 1929 ss.

<sup>61</sup> MÜLLER (note 36), p. 64 ss.

<sup>62</sup> MÜLLER (note 36), p. 19 ss.

<sup>63</sup> Pour DUMERMUTH (note 43), p. 684, le but peut être « ein Minimum an kommunikativer Chancengleichheit (un minimum d'égalité des chances en matière de communication) ».

centaines de millions de francs suisses<sup>64</sup>. Une simple redistribution des ressources existantes ne résoudrait donc pas le problème.

[Rz 29] A cet égard, la LME<sup>65</sup>, qui a été mise en consultation au moment de la publication de cette contribution, est « une occasion manquée<sup>66</sup> ». Bien que la loi distribue la redevance sur les médias (redevance due par les ménages et les entreprises) de manière plus appropriée dans certains cas, et même si les fournisseurs de médias exclusivement en ligne peuvent bénéficier d'un montant modeste provenant de ces fonds, le contenu médiatique composé principalement de textes sera toutefois exclu du financement. L'aspect le plus grave est que la loi proposée ne prévoit pas de nouveaux fonds supplémentaires pour la promotion du contenu journalistique, ce qui ne compense pas la perte de ressources sur le marché.

[Rz 30] Sur la base des expériences précédentes, il faudrait d'abord envisager le soutien financier des médias d'information journalistique<sup>67</sup>. Les cantons ou la Confédération<sup>68</sup> pourraient lancer, sous cette forme, des appels d'offres pour des accords de prestations en faveur des médias en ligne et la presse écrite, et s'orienter pour mettre en place un système, d'après l'exemple donné dans la LRTV par la Confédération pour la radio et la télévision. Le projet de LME pourrait déjà le permettre en partie, mais il manque des ressources. Une redevance cantonale sur les médias, selon l'exemple de l'art. 68 al. 1 LRTV, pourrait être un moyen judicieux de protéger les informations rédactionnelles promues par les cantons ainsi que par la Société suisse de radiodiffusion et de télévision des pressions politiques, comme on peut le craindre, par exemple, lors des débats budgétaires parlementaires. Une institution de promotion des médias aussi indépendante que possible de l'État, comme une fondation notamment, pourrait également maintenir le journalisme aussi éloigné que possible des influences partisans<sup>69</sup>. Idéalement, les cantons devraient établir des règles de base communes dans le cadre d'un concordat et, notamment, harmoniser ainsi l'encouragement régional intercantonal des médias.

[Rz 31] Toutefois, le comportement des utilisateurs, déjà fortement modifié, fait craindre que le soutien visant uniquement à préserver l'offre de médias journalistiques, sous sa forme actuelle, ne soit pas suffisant pour atteindre ce but. En effet, si l'objectif est la « [Notre traduction] la garantie d'un journalisme de qualité, véritablement démocratique, fonctionnel et donc socialement efficace »<sup>70</sup>, alors, dans les conditions actuelles et futures, le soutien ne peut plus consister uniquement à maintenir une offre déterminée.

---

<sup>64</sup> Commission des médias (COFEM), Position de la Commission fédérale des médias COFEM relative à l'aide aux médias, Bienne 2014, p. 22 s., <https://www.emek.admin.ch/fr/themes/aide-aux-medias/> (cité COFEM 2014), p. 9 ss. Les propositions politiques comprennent l'introduction de nouvelles taxes telles qu'une redevance publicitaire ou une redevance sur le trafic de données pour promouvoir les médias journalistiques (Pour un système médiatique compatible avec la démocratie, exposé de la position du parti socialiste suisse 2013).

<sup>65</sup> Se référer à la note. 49 ci-dessus.

<sup>66</sup> Voir MANUEL PUPPIS, concernant l'exclusion du financement des contributions contenant des textes, le 22 juin 2018 sur <https://www.persoelich.com/blog/eine-verpasste-chance>.

<sup>67</sup> MÜLLER/SCHEFER (note 21), p. 476 s., qui présentent la promotion des médias (indirecte et éventuellement directe) fondée sur la liberté des médias selon l'art. 17 Cst. ; PUPPIS/SCHENK/BOSSHART/HOFSTETTER (note 15), p. 358, qui recommandent la promotion du journalisme sur la base des résultats de leur recherche et de considérations politiques démocratiques.

<sup>68</sup> Pour les délimitations de compétence : THALMANN (note 29).

<sup>69</sup> La COFEM, Commission fédérale des médias, propose à la Confédération de financer une fondation sur le modèle de la Fondation Pro Helvetia ou de la Fondation du Fonds national suisse de la recherche scientifique, voir ainsi COFEM 2014 (note 64), p. 22 s.

<sup>70</sup> LOBIGS (note 10), p. 9.

[Rz 32] Aujourd’hui déjà, le défaut de réception du contenu journalistique ne résulte plus seulement de son indisponibilité. Les études et les analyses en donnent différentes raisons. Il semble évident que la masse du contenu médiatique non journalistique librement accessible, qui absorbe une part croissante de l’attention – par ailleurs limitée – du public, signifie que les utilisateurs consacrent moins de temps à la réception du contenu journalistique<sup>71</sup>. On observe également une segmentation croissante des destinataires, les différents types d’utilisateurs ne suivant plus seulement le schéma des différences générationnelles<sup>72</sup>. On peut également supposer que le public ne consacre pas au contenu journalistique une priorité plus élevée qu’aux autres sources d’information. Les études parlent, par exemple, d’une « [Notre traduction] diminution de l’intérêt pour les nouvelles et d’un amoindrissement du sens du devoir civique de s’informer »<sup>73</sup>. »

[Rz 33] En outre, il existe des phénomènes qui ne sont pas nécessairement entièrement nouveaux, mais qui s’intensifient avec la sphère des médias sociaux. Les conséquences de cette situation ne font pas encore l’objet de recherches empiriques, mais des « bulles filtrantes » semblent exister, bulles dans lesquelles il est possible que la communication et l’échange d’informations aient lieu de plus en plus entre des personnes partageant les mêmes idées et où des radicalisations puissent ainsi être favorisées<sup>74</sup>. Cependant, les mêmes médias sociaux offrent également des possibilités de rendre le discours démocratique beaucoup plus interactif et d’établir des échanges entre des groupes de personnes qui n’ont eu jusque-là que peu ou pas de contacts entre elles, bien que ce potentiel n’ait pas encore été exploité avec succès<sup>75</sup>.

[Rz 34] La réglementation et la promotion futures des médias devront tenir compte de ces nouvelles circonstances. La liberté d’information pourrait donc encourager l’État non seulement à promouvoir la production de contenus journalistiques, mais aussi à promouvoir la réception de ces contenus. On pourrait penser, par exemple, à des mesures accrues pour soutenir l’éducation aux médias ou à la réglementation des plateformes commerciales qui absorbent l’attention<sup>76</sup>.

[Rz 35] En outre, des mesures incitatives soutenues par l’État pourraient aider les professionnels des médias à toucher un public plus large par de nouveaux moyens. L’accent est mis ici sur le rôle des journalistes dans la promotion du discours démocratique par le biais d’un contenu vérifié et d’un approfondissement pertinent et ordonné. Si cette fonction devait être maintenue, les méthodes d’interaction avec le public devront s’adapter au changement de comportement des utilisateurs. L’une des approches consistera à ce que les journalistes ne se limitent pas à transmettre leur contenu par le biais de médias classiques, en grande partie unidirectionnels. Ils s’acquitteront plutôt de leur tâche au travers des médias sociaux interactifs, utilisés de plus en plus et de manière intensive, en ouvrant ainsi de nouvelles perspectives. La production et la four-

---

<sup>71</sup> Voir LOBIGS (note 10), p. 47.

<sup>72</sup> NIELSEN RASMUS KLEIS, ALESSIO CORNIA, ANTONIS KALOGEROPOULOS, Challenges and opportunities for news media and journalism in an increasingly digital, mobile, and social media environment, Prepared by the Reuters Institute for the Study of Journalism for the Council of Europe Steering Committee on Media and Information Society, Strasbourg 2016 (<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/our-research/challenges-and-opportunities-news-media-and-journalism-increasingly-digital-mobile-and>).

<sup>73</sup> WOLFGANG DONSBACH, Journalismus als Wissensprofession, in : Christina Holtz-Bacha, Gunter Reus, Lee B. Becker (éd.), Wissenschaft mit Wirkung, Wiesbaden 2009.

<sup>74</sup> SCHWEIGER (note 18), p. 88 ss.

<sup>75</sup> SCHWEIGER (note 18), p. 59 ss.

<sup>76</sup> COFEM 2018 (note 11), p. 18 relative à la promotion appropriée de l’éducation aux médias et à la réglementation de l’accès aux réseaux, de la neutralité des réseaux et des algorithmes et p. 16 ss. sur les approches contemporaines de la promotion des médias.

niture d'informations vérifiées ne seront qu'une partie du travail journalistique. Une autre partie sera comparable à une activité de modération et de médiation<sup>77</sup>.

[Rz 36] En d'autres termes, les recherches effectuées sur l'usage des médias doivent être utilisées afin d'identifier les moyens de promouvoir le journalisme fondé sur l'indépendance et les règles éthiques, afin que celui-ci poursuive l'objectif qui est de soutenir à l'avenir le discours démocratique<sup>78</sup>.

---

URS THALMANN, lic. jur. est directeur de l'Association suisse des journalistes « impressum » et membre de la Commission fédérale des médias COFEM. L'auteur remercie tout particulièrement M. Robert Baumann, docteur en droit, pour son analyse et ses suggestions, ainsi que M<sup>e</sup> Luc Recordon pour la révision de la traduction. La Fondation Oertli, l'édition weblaw et impressum – les journalistes suisses ont contribué aux ressources nécessaires pour établir la traduction, réalisée par Jean Perrenoud.

---

<sup>77</sup> KARIN FRICK, JAKUB SAMOCHOWIEC, DETLEF GÜRTLER abordent des approches intéressantes dans: Öffentlichkeit 4.0, die Zukunft der SRG im digitalen Ökosystem, Gottlieb Duttweiler Institut GDI, Zurich 2016.

<sup>78</sup> On trouve des recommandations très différenciées, solides et concrètes pour la promotion du journalisme, l'éducation aux médias, les organisations médiatiques et d'autres mesures réglementaires chez PUPPIS/SCHENK/BOSSHART/HOFSTETTER (note 15), p. 356 ss. Sur d'autres formes possibles de promotion du journalisme voir : COFEM 2014 (note 64), p. 18 ss.