

Urs Thalmann

La compétence parallèle des cantons et de la Confédération dans la promotion des médias

La doctrine n'est pas unanime quant à la compétence de la Confédération pour réglementer les médias en ligne. Le projet de loi sur les médias électroniques (LME) veut désormais les promouvoir partiellement. On oublie souvent dans le débat public que les cantons sont compétents en l'absence de compétence fédérale. L'auteur souligne que la Confédération et les cantons sont également responsables, en parallèle, des mesures de promotion en faveur des médias. Cette compétence, qui se fonde sur la liberté d'information, comprend également un devoir d'agir, comme l'auteur l'a expliqué dans sa contribution précédente parue dans Jusletter du 25 juin 2018. (jp)

Catégories d'articles: Contributions

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

Organisation de l'Etat et autorités

Proposition de citation: Urs Thalmann, La compétence parallèle des cantons et de la Confédération dans la promotion des médias, in : Jusletter 2 juillet 2018

Table de matières

- I. Point de départ
 - 1. Changements structurels dans les médias d'information et obligation de l'État dans la promotion des médias
 - 2. Partage mal défini des compétences pour la promotion des médias en ligne
- II. Champs de responsabilité de la Confédération et des cantons
 - 1. La répartition sans lacune de la responsabilité
 - 2. Compétences de la Confédération et des cantons dans le domaine des médias
 - a. Responsabilité cantonale à l'égard de la presse
 - b. Responsabilité fédérale à l'égard de la radio et de la télévision
 - c. Responsabilités de la Confédération et des cantons à l'égard de l'aide directe aux médias en ligne
 - aa. Compétence fédérale globale également valable pour les médias en ligne
 - bb. Subsidiarité : compétences concurrentes en matière de réglementation et compétences parallèles de la Confédération et des cantons en matière de promotion
- III. Conclusion : la Confédération et les cantons sont parallèlement responsables de la promotion des médias en ligne

I. Point de départ

1. Changements structurels dans les médias d'information et obligation de l'État dans la promotion 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, appelées en allemand « Mantelkooperationen » ayant pour conséquence, des titres de médias différents aux contenus identiques.

[Rz 2] La Commission fédérale des médias (COFEM), nommée par le Conseil fédéral, part du principe que la mise à disposition d'informations journalistiques issues du marché ne peut plus être suffisamment financée et que ce problème va s'aggraver considérablement à l'avenir¹. Elle conseille également à l'État de promouvoir plus fortement les médias journalistiques afin qu'ils puissent continuer à exercer leur fonction, nécessaire pour la démocratie².

[Rz 3] L'État a le devoir, dans ces conditions, de veiller à ce que les conditions d'exercice de la liberté d'information puissent être garanties par des mesures suffisamment efficaces. Selon le texte constitutionnel, des « sources généralement accessibles » doivent être disponibles pour « recevoir librement des informations ». Comme celles-ci doivent permettre à chaque citoyen et résident de

¹ 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/> (tous les sites ont été consultés le 19 juin 2018, respectivement le 15 octobre 2018)

² Commission fédérale des médias, Aide aux médias : état des lieux et recommandations, Berne, 7 août 2014, <https://www.emek.admin.ch/fr/themes/aide-aux-medias/> (cité : COFEM 2014).

« former librement son opinion » (art. 16 al. 2 et 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [Cst.]), la diversité, la qualité et l'indépendance de cette information sont présumées. Moins le marché est en mesure de fournir une diversité d'informations journalistiques suffisante pour la démocratie, plus l'État a le devoir de s'immiscer et d'assurer lui-même la disponibilité des sources d'information en faisant la promotion des médias³.

2. Partage mal défini des compétences pour la promotion des médias en ligne

[Rz 4] La promotion des médias en Suisse est encore principalement assurée par la Confédération. D'une part, la loi fédérale sur la radio et la télévision régleme les redevances de radio-télévision⁴ qui servent à financer la SSR et les diffuseurs privés de radio et de télévision concessionnaires et qui s'élèvent à environ 1,35 milliard de francs par an⁵. D'autre part, la Confédération encourage également indirectement les médias écrits, soit la presse écrite, en réduisant le coût de la distribution postale de 50 millions de francs par an⁶ au total et en appliquant un taux de TVA⁷ réduit qui représente une subvention annuelle de 73 millions de francs⁸ environ. Récemment, le projet d'une nouvelle loi fédérale sur les médias électroniques a prévu, sous certaines conditions, la promotion directe de l'offre journalistique en ligne⁹, le Conseil fédéral reconnaissant ainsi que la compétence fédérale¹⁰ est suffisante au sens de l'art. 93 al. 1 Cst. La question de savoir si et dans quelle mesure il existe une compétence fédérale à cet égard est toutefois controversée dans la doctrine.

[Rz 5] Les compétences cantonales en matière de promotion des médias sont moins souvent débattues en politique et dans les médias. Il est bien connu que les cantons et les communes soutiennent l'existence de feuilles officielles ou de journaux en payant des prix appropriés pour la publication d'informations officielles¹¹. Certaines constitutions cantonales contiennent également des dispositions visant à soutenir la diversité de l'information dans les médias (par ex. Argovie, Bâle-Ville

³ URS THALMANN, *Medienförderung ist Pflicht*, in : Jusletter du 25 juin 2018 passé.

⁴ Art. 68 ss. et 109b de la Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (LRTV ; RS 784.40) sur le passage de la redevance de réception de radio ou de télévision à la redevance des ménages [non liée à la possession d'un appareil].

⁵ Source : OFCOM, *Montant de la redevance de réception*, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/medias-electroniques/redevance-de-reception/montant-de-la-redevance-de-reception.html>.

⁶ Art. 16 de la Loi sur la Poste du 17 décembre 2010 (LPO ; RS 783.0).

⁷ Art. 25 al. 2 let. a ch. 9 et let. a^{bis} de la Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 12 juin 2009 (LTVA ; RS 641.20).

⁸ Source : COFEM 2014 (note 2), p. 14, dont la contribution concerne l'année 2013 qui ne tient pas compte en particulier du taux réduit applicable à partir de 2018 pour les journaux et périodiques électroniques conformément à l'art. 25 al. 2 let. a^{bis} de la loi sur la TVA. D'après le message du Conseil fédéral, toutefois, l'imposition des médias électroniques au taux réduit devrait « entraîner une diminution des recettes fiscales de l'ordre de 2 millions de francs par an ». Message sur la révision partielle de la loi sur la TVA du 25 février 2015, FF 2015 2397, p. 2459.

⁹ OFCOM, *Travaux préparatoires pour une future loi sur les médias électroniques*, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/lois-federales/future-loi-sur-les-medias-electroniques.html>.

¹⁰ Garantir les fonctions étatiques et démocratiques des médias. Rapport du Conseil fédéral du 5 décembre 2014 en réponse à la motion 12.3004 de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N), p. 35.

¹¹ La commune de Nyon dans le canton de Vaud a ainsi récemment décidé de garantir les volumes publicitaires des médias locaux, à savoir CHF 100'000 pour le quotidien local « La Côte » et CHF 20'000 pour la chaîne de télévision Nyon Région Télévision : <https://www.nyon.ch/multimedia/docs/2018/02/CCpv180129.pdf> et <https://www.nyon.ch/multimedia/docs/2018/01/PM088-Soutien-medias-locaux.pdf>.

et Soleure ; celle de Genève prévoit que « toute personne a droit à une information suffisante et pluraliste lui permettant de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle » ; RS 131.211 à 131.235). Cependant, il n'existe pas de mise en œuvre transparente de ces dispositions cantonales et communales, qui équivalent en fin de compte à une sorte de promotion indirecte de la presse. En 2014, la COFEM a estimé que ce montant était à peu près identique au montant total des subventions indirectes de la Confédération à la presse¹², même si ces montants pourraient avoir augmenté entretemps. Mais en ce qui concerne le soutien direct des médias employant des journalistes, cantons et Confédération se montrent bien entendu préoccupés par l'évolution de la situation¹³, tout en hésitant à prendre des mesures concrètes, même si de récents développements sont également perceptibles dans ce domaine¹⁴.

II. Champs de responsabilité de la Confédération et des cantons

1. La répartition sans lacune de la responsabilité

[Rz 6] Les tâches publiques sont, dans un État fédéral comme la Suisse, réparties entre différents niveaux, à savoir la Confédération, les cantons et, à des degrés divers selon chaque régime cantonal, les communes. C'est l'art. 3 Cst. qui fonde les relations entre la Confédération et les cantons. Il garantit la « souveraineté » des cantons dans le cadre de la Constitution fédérale. En ce qui concerne la répartition des compétences, les art. 5a et 42 Cst. indiquent que la Confédération, selon le principe de subsidiarité, ne peut accomplir que les tâches qui lui sont attribuées par la Constitution fédérale. Ce qui signifie que tous les autres domaines de réglementation restent de la compétence des cantons. L'art. 43 Cst. précise que les cantons ne sont pas des organes de pure exécution, mais qu'ils définissent eux-mêmes, dans le cadre de leurs compétences, ce qu'ils réglementent et comment ils le font. Les art. 42 et 43 Cst. soulignent ainsi le large champ d'application du mot « souveraineté » de l'art. 3 Cst. dans l'État fédéral¹⁵.

[Rz 7] Il n'y a pas de place pour des lacunes de compétences dans ce système¹⁶. Si l'autorité publique a une responsabilité, et si celle-ci n'est pas dévolue à la Confédération par une norme de compétence inscrite dans la Constitution fédérale, il appartient alors aux cantons de réglementer et donc aussi d'assumer cette responsabilité. Toutefois, il se peut également que les cantons soient responsables, même si la Constitution fédérale prévoit une compétence fédérale. Ces compétences fédérales sont souvent concurrentes ou rétroactivement dérogoires. Dans ces cas, les

¹² COFEM 2014 (note 2), p. 14.

¹³ Ainsi, le 14 mars 2018, la Conférence des gouvernements de Suisse occidentale a évoqué les mesures d'encouragement de la Confédération afin d'expliquer pourquoi les cantons de Suisse occidentale ne prendraient pas de mesures d'encouragement de leur côté : <http://www.cgso.ch/fichiers/2018-03-14-180314-ats-ortv-cgso-fr-fin-pdf-101.pdf>.

¹⁴ Les communes genevoises d'Onex et d'Anières versent déjà CHF 256'000 pour des postes de journalistes en 2017 et Bellevue, Céligny, Collex-Bossy, Genthod, Grand-Saconnex, Pregny-Chambésy et Versoix en 2018, afin que la chaîne « Léman Bleu » puisse couvrir les sujets « hyperlocaux » dans leurs communes.

¹⁵ Voir : URSULA ABDERHALDEN, Die begriffe Erfassung des Bundesstaates, in : Peter Hänni (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich 2000, p. 52 ss., de même URS THALMANN, Die verfassungsrechtliche Stellung der Kantone, in : Peter Hänni (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich 2000, p. 60 ss.

¹⁶ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007, p. 283, N. 9 ; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 139 ss. ; THALMANN (note 15), p. 65 ss.

cantons restent également compétents et responsables dans le domaine de la compétence fédérale tant que la Confédération n'a pas exercé elle-même sa compétence par le biais de lois fédérales. Ce type de compétences représente le cas normal¹⁷ et de telles compétences concurrentes, qui ne sont pas utilisées par la Confédération, représentent une part importante des compétences cantonales¹⁸. Si la Confédération édicte de nouvelles dispositions légales pour lesquelles il existe déjà des règles dans les cantons, ces dernières deviennent automatiquement caduques en raison de la force dérogatoire du droit fédéral, instituée par l'art. 49 Cst.¹⁹.

[Rz 8] Reste en outre qu'existent des compétences fédérales exclusives (dérogatoires à l'origine) et des compétences parallèles. Ces dernières sont très répandues dans les domaines où la Confédération et les cantons peuvent agir simultanément, sans qu'il n'y ait d'effets négatifs significatifs, ce qui se produit notamment dans le cas de prestations de l'État (p. ex. subventions)²⁰. Tant la Confédération que les cantons peuvent promouvoir des films ou protéger des monuments historiques²¹. Par ailleurs, le fait que la Confédération gère les écoles polytechniques fédérales et qu'elle peut également gérer ou promouvoir d'autres hautes écoles ne limite pas non plus la compétence des cantons à gérer des universités, même si la norme de compétence de l'art. 63a Cst. ne fonde pas explicitement le parallélisme de ces compétences. Les compétences déléguées qui découlent de la délégation, par la Confédération, de compétences législatives aux cantons, dans le cadre de ses compétences propres, constituent un cas particulier. Toutefois, l'admissibilité de ce mécanisme est soumise à certaines conditions²².

[Rz 9] Toutefois, la Constitution fédérale s'applique également aux cantons dans leur domaine de compétence. Et c'est bien le cas de la règle mentionnée à l'art. 35 Cst., selon laquelle tous les niveaux de l'État et de ses organes sont liés par les règles fondamentales de la Constitution. Il s'ensuit que les cantons ont la responsabilité, dans le cadre de leurs compétences propres, de mettre en œuvre les droits fondamentaux sur leur territoire. Puisque ces droits ne constituent pas, par principe, des compétences fédérales, les cantons restent donc compétents²³. Pour ce faire, les cantons n'interviennent pas eux-mêmes dans le domaine des droits fondamentaux, ou seulement dans la mesure où ils en ont le droit, et ils ne prennent des mesures actives, si nécessaire, que si le droit fondamental ne se réalise pas sans leur intervention²⁴. Dans la plupart des cas, cette situation se produit également dans le domaine des compétences fédérales tant et aussi longtemps que la Confédération n'a pas épuisé sa propre compétence législative au travers du principe de subsidiarité concrétisé comme tel dans l'art. 5a Cst., en référence à la répartition des compétences fondée sur l'art. 43a al. 1 Cst. qui lui impose d'utiliser ses compétences dans la mesure où il s'agit « [de] tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération. »

¹⁷ BIAGGINI (note 16), p. 284 s., N. 11 ; YVO HANGARTNER, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Berne 1974, p. 182.

¹⁸ HANGARTNER (note 17), p. 187.

¹⁹ ROBERT BAUMANN, Bricht Bundesrecht kantonales Recht ?, in: ZBl 117/2016, p. 652.

²⁰ BIAGGINI (note 16), p. 284., N. 11.

²¹ HANGARTNER (note 17), p. 188.

²² HANGARTNER (note 17), p. 144.

²³ BIAGGINI (note 16), p. 286 s., N. 17.

²⁴ THALMANN (note 3), numéro marginal 16 ss. et ses développements.

2. Compétences de la Confédération et des cantons dans le domaine des médias

[Rz 10] La norme fondant la compétence du législateur fédéral pour la réglementation des médias est l'art. 93 Cst. Art. 93 – Radio et télévision

¹ *La législation sur la radio et la télévision ainsi que sur les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques relève de la compétence de la Confédération.*

² *La radio et la télévision contribuent à la formation et au développement culturel, à la libre formation de l'opinion et au divertissement. Elles prennent en considération les particularités du pays et les besoins des cantons. Elles présentent les événements de manière fidèle et reflètent équitablement la diversité des opinions.*

³ *L'indépendance de la radio et de la télévision ainsi que l'autonomie dans la conception des programmes sont garanties.*

⁴ *La situation et le rôle des autres médias, en particulier de la presse, doivent être pris en considération.*

⁵ *Les plaintes relatives aux programmes peuvent être soumises à une autorité indépendante.*

[Rz 11] C'est la systématique de la Constitution fédérale qui montre quelles normes peuvent être considérées comme des attributions de compétences à la Confédération. L'art. 93 Cst. se trouve placé sous le « Titre 3 : Confédération, cantons et communes », puis là encore sous le « Chapitre 2 : Compétences » (art. 54 – 125 Cst.), ce qui signifie que l'article doit clairement être compris comme une répartition de compétences.

[Rz 12] Il est vrai que d'autres parties de la Constitution fédérale contiennent également des règles relatives aux médias, en particulier l'article 16 Cst. sur les libertés d'opinion et d'information et l'article 17 Cst. sur la liberté des médias. Toutefois, hormis le chapitre 2 du titre 3, aucune compétence fédérale en cette matière ne peut en principe être déduite de la Constitution, bien qu'il faille relativiser cette affirmation. Il est, en particulier, possible de tirer des droits fondamentaux, eux-mêmes, des compétences fédérales, dans la mesure où la Confédération crée un cadre légal. Il en va de même, par exemple, pour les règles procédurales de base. Ce type de réglementation fédérale peut être décrit comme définissant le cadre qui limite l'autonomie des cantons²⁵. D'autre part, aucun pouvoir législatif fédéral ne peut découler de droits fondamentaux qui dépassent la portée du droit fondamental lui-même²⁶. On peut toujours soutenir que le Tribunal fédéral, contraint par l'article 190 Cst., serait également tenu d'appliquer les lois fédérales promulguées en violation d'une telle compétence²⁷. En réalité, la protection du système de compétences constitution-

²⁵ Dans l'ATF 96 I 586 [affaire Aleinick], consid. 4, p. 589 s. par exemple, la liberté des médias interdit aux cantons d'introduire une obligation de licence pour la distribution gratuite d'un produit de presse sur le domaine public ; voir aussi à propos de la règle de conduite qui limite les compétences THALMANN (note 15), p. 56 ss. ; ainsi que la protection globale des droits fondamentaux par les cantons REGULA KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz durch die Kantone, in : Daniel Thürer, Jean-François Aubert, Jörg Paul Müller (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 843 ss.

²⁶ Ainsi résumé par URS SAXER, Die Online-Zuständigkeiten des Bundes, in : Pratique juridique actuelle 2017, p. 336 ss. ; de même HANSPETER KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen die Medienkonzentration, Zurich 2007, p. 56 s. et BIAGGINI (note 16), p. 286 s., N. 17.

²⁷ Voir ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, HELEN KELLER, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform, Zurich 2006, p. 51 ss. et ALEXANDER RUCH, Kommentar zu BV, in : Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich 2014 (cité : Commentaire saint-gallois), Art. 49, N. 6 ; voir aussi JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1995, N. 635. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 55^{bis} al. 1

nel est plutôt assurée par le législateur, qui par nature agit plus politiquement que juridiquement, que par un système de contrôle constitutionnel judiciaire²⁸. Bien qu'elle contredise les principes classiques de la séparation des pouvoirs, cette situation s'explique par la sauvegarde de l'ordre constitutionnel au moyen d'instruments démocratiques et, dans le domaine de la répartition des compétences, en particulier par les possibilités considérables qu'ont les cantons de participer au processus décisionnel démocratique au niveau fédéral.

a. Responsabilité cantonale à l'égard de la presse

[Rz 13] La Constitution fédérale ne prévoit pas de compétence fédérale pour réglementer et promouvoir la presse, ce qui signifie que ce domaine est à coup sûr de la compétence des cantons. Les exigences minimales et les garde-fous sont, eux, dérivés des droits fondamentaux au sein desquels se trouvent les libertés d'information et des médias.

b. Responsabilité fédérale à l'égard de la radio et de la télévision

[Rz 14] En revanche, en vertu de l'art. 93 Cst., la Confédération est compétente et responsable pour réglementer « la radio et la télévision » ainsi que les « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ». Il s'agit d'une compétence globale avec effet dérogatoire rétroactif (c'est-à-dire une compétence concurrente)²⁹, qui n'exclut toutefois pas les mesures cantonales de promotion³⁰. Avec la loi fédérale sur la radio et la télévision, la Confédération assume cette responsabilité à l'égard de la radio et de la télévision, notamment en assurant le financement de ces médias électroniques traditionnels.

c. Responsabilités de la Confédération et des cantons à l'égard de l'aide directe aux médias en ligne

[Rz 15] Il n'est pas évident, à première vue, que la Confédération ou les cantons, voire l'une et les autres soient responsables de la réglementation et donc aussi de la promotion des médias dans le domaine des plateformes multimédias en ligne. Une partie de la compétence fédérale en vertu de l'art. 93 Cst. consiste en d'« autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ». Si les médias en ligne devaient appartenir à ces « autres formes », ils pourraient être réglementés par des lois fédérales et donc, par exem-

de la Constitution de 1874, instaurant la compétence fédérale sur la radio et la télévision, la réglementation fédérale des médias électroniques se fondait sur la compétence en matière de télécommunications de l'art. 36 Cst., ce qui a été considéré comme une extension induite de compétence (MARTIN DUMERMUTH, Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der elektronischen Medien nach Art. 93 BV, in : ZBl 117/2016, p. 335 ss.).

²⁸ À ce sujet, très complet, voir : MARTIN SCHUBARTH, Verfassungsgerichtsbarkeit, Berne 2017, et citations ; voir aussi ZACCARIA GIACOMETTI, Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung, Antrittsrede gehalten am 11. Juli 1925 an der Universität Zürich, Tubingue 1925, p. 30 ss.

²⁹ BIAGGINI (note 16), p. 475 s., N. 3 de l'art. 93 Cst.

³⁰ Pour plus de détails, voir ci-dessous le chapitre II.2.c. et des exemples d'actions cantonales (communales) de promotion dans les notes 13 et 14.

ple, soutenus par des fonds fédéraux. Savoir si tel est le cas fait actuellement l'objet d'un débat doctrinal³¹ et politique controversé.

[Rz 16] En mettant en consultation une nouvelle « Loi fédérale sur les médias électroniques » (LME) une bonne semaine avant la première publication de cette contribution [publiée le 2 juillet 2018]³², qui se fonde uniquement sur les médias consacrés par l'art. 93 Cst., le Conseil fédéral indique clairement qu'il considère la norme sur la « radio et télévision » comme une compétence pour réglementer tous les médias qui ne paraissent pas sur un support en papier. La loi vise, plus précisément, à permettre la promotion des offres médiatiques dans la mesure où elles « sont fournies principalement par le biais de contributions de médias audio et audiovisuelles. » (art. 46 al. 1 let. b du projet LME). Dans la définition des termes, cependant, la loi définit un champ d'application beaucoup plus large et, dans les articles 6 et 7 du projet de la LME, elle oblige tous les « fournisseurs de médias » qui offrent des « contributions de médias », c'est-à-dire « conçues par un fournisseur de médias sur la base de critères rédactionnels », soit des « parties rédactionnelles » (art. 4 al. 1 let. a, b et g du projet LME), à respecter l'obligation de faire figurer des mentions légales (impresum) et d'autres principes tels que le respect des droits fondamentaux, par exemple³³. Si la loi entrait en vigueur comme elle est conçue dans ce projet de loi, la question de la compétence de la Confédération de réglementer tous les médias numériques serait réglée par cette loi fédérale pour tous ses usagers ou bénéficiaires et la discussion sur un éventuel excès de pouvoir de compétence n'aurait plus qu'un caractère académique. Par conséquent, la loi confirmerait la conception telle qu'elle est présentée dans la présente contribution. Le projet de loi ne dit rien en revanche des compétences des cantons en matière de promotion des médias.

aa. Compétence fédérale globale également valable pour les médias en ligne

[Rz 17] Dans un premier temps, la question se pose de savoir si la Constitution fédérale, en désignant d'« autres formes [de diffusion de productions et d'informations] ressortissant aux télécommunications publiques », se réfère à Internet. Bien que la formulation semble quelque peu lourde, il est difficile d'imaginer ce que pourraient être « d'autres formes (...) ressortissant aux télécommunications publiques » à part l'Internet. De toute évidence, les termes ont été choisis pour inclure des technologies futures qui ne seraient pas encore connues ou encore peu répandues³⁴. Pour comprendre l'origine de ce paragraphe, on peut se demander si Internet existait déjà ou était concevable au moment de la rédaction de la Constitution.

[Rz 18] Il convient tout d'abord de rappeler que l'article sur la radio et la télévision existait déjà dans l'ancienne Constitution fédérale de 1874 à l'art. 55bis al. 1 (norme de compétence sur la radio et la télévision)³⁵ et qu'il y avait été inséré en 1985 sur la base d'un arrêté fédéral de 1984.

³¹ SAXER (note 26), ainsi que URS SAXER, FLORIAN BRUNNER, Der Service public, die digitale Revolution und die Medienverfassung, in : PJA 2018, p. 22 ss. d'une part, et d'autre part DUMERMUTH (note 27) ; d'autres développements de ce point se trouvent au chapitre II.2.c.

³² Début de la consultation le 21 juin 2018, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/consultations/consultation-sur-la-nouvelle-loi-sur-les-medias-electroniques.html>.

³³ Loi fédérale sur les médias électroniques (LME), Projet de consultation du Conseil fédéral du 21 juin 2018, <https://www.bakom.admin.ch/bakom/fr/page-daccueil/l-ofcom/organisation/bases-legales/consultations/consultation-sur-la-nouvelle-loi-sur-les-medias-electroniques.html>.

³⁴ BIAGGINI (note 16), p. 476 s., n°5 de l'art. 93 Cst.

³⁵ L'art. 55^{bis} al. 1 de la Cst. de 1874 dans sa version du 20 avril 1999 se lisait comme suit :

Il convient également de garder à l'esprit que, même en 1999, l'Internet moderne n'était pas assez répandu pour être considéré comme un concurrent économique ou journalistique sérieux de la presse et des médias électroniques linéaires.

[Rz 19] Néanmoins, on peut rejeter l'opinion qui prétend que, lors de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale en 1999, il n'était pas encore envisageable que l'Internet gagne en importance en tant que moyen de diffusion des contenus des mass media. Dès le 1^{er} juin 1981, le Conseil fédéral a établi la compétence fédérale pour les « autres formes [...] de télécommunication » par ces mots : « Mais il existe d'ores et déjà d'autres possibilités d'utiliser les appareils. [...] Faut-il considérer un journal comme une forme de télévision lorsqu'il apparaît sur l'écran au lieu d'être distribué par le facteur ? [...] Tous ces progrès ont donné un sens nouveau aux notions traditionnelles de radio et de télévision. [...] Grâce aux moyens modernes de transmission [...], il est possible à l'auditeur ou au téléspectateur de choisir librement des informations, de les combiner à volonté ou même d'en créer à l'aide d'appareils d'enregistrement et, éventuellement, du traitement électronique des données. Il n'existe plus de frontière distincte entre les programmes et les simples services d'intérêt public, les offres de prestations, la communication de masse ou individuelle, les média électroniques ou la presse écrite. Tous ces éléments s'imbriquent les uns dans les autres³⁶. »

[Rz 20] En 1981 déjà, le Message mentionnait divers services, allant de la technologie de la fibre optique et de la communication-retour (c'est-à-dire pas uniquement la diffusion unidirectionnelle linéaire de programmes de radio et de télévision) au télé-achat sans argent liquide, qui n'est devenu réalité que plus tard avec la diffusion de l'Internet. Le fait que le choix des mots du Conseil fédéral, à l'époque, reposât encore fortement sur une conception analogique de la technologie ne doit pas faire oublier qu'il a proposé cette formulation de la norme de compétence au législateur, précisément parce qu'il était conscient du développement futur des nouvelles technologies qui correspondent aux possibilités offertes par l'Internet actuel. L'intention était donc d'étendre la compétence fédérale aux nouveaux médias qui ont ensuite été distribués sous le nom d'Internet.

[Rz 21] La version actuelle de l'article sur la radio et la télévision a été adoptée par le constituant en 1999, avec la révision totale de la Constitution fédérale. Et depuis lors, la formulation n'est plus seulement ancrée dans l'article sur la compétence des médias de l'art. 93 al. 1 Cst., mais ces « autres formes de diffusion [de productions et d'informations] ressortissant aux télécommunications publiques » se retrouvent également dans l'art. 17 al. 1 Cst. sur la liberté des médias. Le 18 avril 1999, jour de l'adoption de l'actuelle Constitution fédérale par le peuple et les cantons, l'Internet existait déjà, bien entendu. Son utilisation ne se limitait plus aux universités et aux informaticiens. N'importe qui pouvait accéder à des sites web à partir de son domicile, ou dans les bibliothèques ou dans des cafés-Internet, et les trouver par l'intermédiaire des moteurs de re-

¹La législation sur la radio et la télévision, ainsi que sur d'autres formes de diffusion publique de productions et d'informations au moyen des techniques de télécommunication est du domaine de la Confédération.

²La radio et la télévision contribuent au développement culturel des auditeurs et téléspectateurs, à la libre formation de leur opinion et à leur divertissement. Elles tiennent compte des particularités du pays et des besoins des cantons. Elles présentent les événements fidèlement et reflètent équitablement la diversité des opinions.

³L'indépendance de la radio et de la télévision ainsi que l'autonomie dans la conception des programmes sont garanties dans les limites fixées au 2^e alinéa.

⁴Il sera tenu compte de la tâche et de la situation des autres moyens de communication, en particulier de la presse.

⁵La Confédération crée une autorité indépendante chargée de l'examen des plaintes.

<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/18740006/199902070000/101.pdf>

³⁶ Message concernant l'article constitutionnel sur la radio et la télévision du 1^{er} juin 1981, FF 1981 II 849, p. 868 ss.

cherche. Les journaux alimentaient déjà des portails en ligne, la SSR exploitait déjà différents sites Web, et l'Internet, tout comme sa réglementation, étaient déjà devenus une question politique³⁷.

[Rz 22] On peut dès lors avoir la certitude que l'expression « autres formes [de diffusion de productions et d'informations] ressortissant aux télécommunications publiques » a également inclus la distribution via l'Internet, dès la validation de sa formulation par le constituant, lors de l'adoption de la révision totale de la Constitution fédérale en 1999.

[Rz 23] Bien que cette discussion historique puisse être approfondie, son résultat ne serait pas suffisamment concluant sur le contenu réel de la norme de compétence, car les arguments historiques, dans l'interprétation de ces normes, n'ont qu'un poids complémentaire. Il serait plus pertinent de se poser la question de l'acception de la formulation actuelle pour l'interprétation d'une norme constitutionnelle. Ainsi, le constituant actuel (c'est-à-dire le « peuple » actuel et les « États », étant entendu que les cantons sont eux aussi formés par le peuple) légitime l'article constitutionnel, tel qu'il le comprend, aujourd'hui en ne le révisant pas, bien qu'il puisse lancer une révision constitutionnelle à tout moment³⁸. Et du point de vue actuel, il est d'autant plus clair que l'expression des « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques » désigne uniquement, ou du moins principalement, les médias diffusés via l'Internet. Par conséquent, l'Internet est souvent mentionné dans la doctrine juridique actuelle comme le cas d'application central de ces « autres formes »³⁹.

[Rz 24] Par contre, le texte même de la Cst. indique que la compétence fédérale en matière de « radio et télévision » ne doit pas nécessairement être appréciée de la même manière que celle des « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunica-

³⁷ Ainsi, en 1993, le gouvernement américain dirigé par le Président Bill Clinton a déclaré que l'Internet était un élément central de la politique technologique et l'un des facteurs économiques clés du « National Information Infrastructure Agenda ».

³⁸ L'opinion exprimée ici sur la méthode d'interprétation de la Constitution diffère de la pratique du Tribunal fédéral et de la doctrine dominante, ce qui n'a toutefois pas d'incidence significative sur l'interprétation de la compétence fédérale par rapport à l'art. 93 al. 1 Cst. La pratique constante du Tribunal fédéral qualifiée de « pluralisme des méthodes » est décrite, par exemple, dans ATF 141 III 84 [Autorité de protection des enfants et des adultes du canton de Saint-Gall], consid. 2, p. 87. La doctrine majoritaire ne s'en écarte guère (cf. parmi de nombreux auteurs : RENÉ RHINOW, MARKUS SCHEFER, PETER UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3^{ème} éd. augmentée et actualisée, Bâle 2016, numéro marginal. 497 ss. et en particulier n°718). SAXER la suit également en ce qui concerne la norme de compétence de l'art. 93 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101) (SAXER [note 26], p. 336 ss.). A ce stade, en revanche, on suppose que la révision relativement aisée au niveau constitutionnel et, en particulier, la possibilité de l'initiative populaire obligent ceux qui appliquent la loi à suivre le sens objectif des normes constitutionnelles en matière de durée de validité, car une interprétation influencée subjectivement ou historiquement serait finalement antidémocratique et irait à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs. Pour plus de détails, voir THALMANN (note 15), p. 57 ss. En conséquence, cette approche est très proche de la reconnaissance d'une « compréhension préalable » (dépendant bien entendu de l'environnement dominant), qui détermine l'interprétation et qui est non seulement légitime et inévitable, mais même souhaitable. Pour TRACHSEL, il est décisif que la compréhension préalable devienne transparente, car cela éviterait de donner l'impression que « das Gericht kenne jeweils bereits den wahren Sinn der Norm und versuche nur durch Beizug der jeweils geeigneten Methode ihn nachträglich plausibel zu machen [le tribunal connaît déjà le sens véritable de la norme et essaie de la rendre plausible, par la suite, en utilisant uniquement la méthode appropriée] ». (DANIEL TRACHSEL, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderung aus verfassungs- mässigen Rechten der Bundesverfassung, thèse, Zurich 1980, p. 63). GIACOMETTI (note 28) a exprimé la même opinion : « Die Verfassung ist nämlich Ausdruck der politischen Anschauungen eines Volkes. Die politischen Anschauungen sind nun aber [. . .] sehr wandelbar. [. . .] Darum kann der wirkliche Inhalt der einzelnen Verfassungsnormen aus deren Entstehungsgeschichte nicht oder wenigstens nicht immer mit Sicherheit ermittelt werden [La Constitution est l'expression des opinions politiques d'un peuple. Mais les opinions politiques sont aujourd'hui très changeantes. Par conséquent, le contenu réel des normes constitutionnelles individuelles ne peut pas ou du moins pas toujours être déterminé avec certitude à partir de l'histoire de leur origine] ».

³⁹ voir par exemple RHINOW (note 16), p. 122 ; STEPHAN C. BRUNNER, HERBERT BURKERT, in : Commentaire saint-gallois (note 27), art. 17, n°6 ; CHRISTOPH BEAT GRABER, THOMAS STEINER, in : Commentaire saint-gallois (note 27), art. 93, n°6.

tions publiques ». Dans le cas de la « radio et de la télévision », la compétence est globale : elle couvre tous les aspects, de la production du contenu à sa diffusion et à sa réception, conformément aux alinéas 2, 3 et 5 de l'art. 93 Cst., qui établissent les règles fondamentales pour la « radio et de la télévision » en matière de contenu rédactionnel, d'indépendance et de contrôle. Ainsi, la Confédération a réglementé tous ces domaines de manière globale avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la radio et la télévision.

[Rz 25] La formulation est quelque peu différente dans le cas des « autres formes ». Tout d'abord, il s'agit ici de « diffusion », et la formulation, pour le moins, n'inclut pas explicitement la production en tant que telle [la version française et italienne utilisent le terme de « production » mais dans le sens « diffusion de productions » ; en italien : *altre forme di telediffusione pubblica di produzioni e informazioni*]. Deuxièmement, le libellé des alinéas 2 et 3 de l'art. 93 Cst., qui fixent les règles sur le contenu et soulignent ainsi la compétence de la Confédération en matière de réglementation globale de la production, se limite à la « radio et télévision ».

[Rz 26] Ce raisonnement pourrait conduire à la conclusion inverse, soit que l'Internet ne peut être réglementé par la Confédération que pour la « distribution des télécommunications », mais pas pour la production de contenus transmis via Internet. Ainsi, la compétence fédérale serait une compétence globale⁴⁰ en matière de radio et de télévision, et fragmentaire⁴¹ pour les autres médias diffusés par télécommunications. C'est pourquoi certains auteurs soutiennent que la Confédération ne devrait réglementer ou promouvoir directement que l'équivalent de la diffusion linéaire de programmes⁴².

[Rz 27] Cependant, à mesure que la convergence progresse, le mélange des programmes avec d'autres contenus médiatiques va s'accroissant, rendant ce critère plus flou encore. La distinction entre les offres en ligne est déjà difficile actuellement. Et à l'avenir, il sera impossible de faire la distinction entre les types de médias, radio, télévision et médias en ligne, car ils fonctionneront pratiquement tous de la même manière en termes d'utilisation, de production et de distribution.

[Rz 28] En outre, on peut difficilement supposer que le constituant souhaite attribuer des critères de délimitation différents aux divers médias pour lesquels il dispose d'une compétence fédérale exclusive en vertu de l'art. 93 al. 1 Cst. Si tel était le cas, la lettre de l'article 93 ferait explicitement référence à cette différence. Au lieu de la limiter, il l'a plutôt inscrite à son al. 4 dans l'idée d'une utilisation réfléchie. La limitation du soutien aux offres médiatiques qui « sont fournies principalement par le biais de contributions de médias audio et audiovisuelles » (art. 46 al. 1 let. b du projet LME⁴³) n'est que l'expression d'une telle prise en considération, dont le sens doit cependant être remis en question à l'ère convergente des multimédias en ligne.

[Rz 29] Historiquement, le constituant a dès lors choisi une formulation ouverte de la compétence sur la radio et la télévision, afin d'étendre la compétence fédérale également aux médias, qui

⁴⁰ Si l'on considère l'ensemble du secteur des médias, il s'agit bien entendu, là encore, d'un secteur fragmentaire. DUMERMUTH en parle comme d'une compétence « ponctuelle » in : DUMERMUTH (note 27), p. 334 ss.

⁴¹ Pour distinguer les compétences exhaustives des compétences non-exhaustives (y compris fragmentaires), voir : HANGARTNER (note 17), p. 175 ss. SAXER/BRUNNER (note 31) pensent même que le libellé de l'article 93 Cst est un silence nuancé, mais cette opinion ne peut être retenue : à l'art. 93 al. 4 Cst., le constituant réglemente explicitement les relations avec les autres médias et parle de « considération » mais pas d'une renonciation complète à une réglementation fédérale.

⁴² DENIS BARRELET, STÉPHANE WERLY, *Droit de la communication*, 2^e éd., Berne 2011, note marginale 215.

⁴³ Loi fédérale sur les médias électroniques (LME), Projet de consultation du Conseil fédéral du 21 juin 2018 (note 33).

devaient être diffusés (selon la conception de l'époque) par les technologies futures⁴⁴. Si l'on considère la validité de cette assertion dans la durée, on doit considérer qu'il s'agit des services médiatiques diffusés via l'Internet. La compétence fédérale en matière de réglementation est donc une compétence globale pour tous les médias diffusés par la technologie des télécommunications, qu'il s'agisse de la radio, de la télévision ou des médias Internet.

bb. Subsidiarité : compétences concurrentes en matière de réglementation et compétences parallèles de la Confédération et des cantons en matière de promotion

[Rz 30] Il a été constaté que la norme de compétence de l'art. 93 Cst. permet à la Confédération de réglementer de manière exhaustive la production et la distribution de la radio, de la télévision et des médias en ligne. Ce constat ne clarifie toutefois pas dans quelle mesure les cantons conservent, dans le même domaine, leurs propres pouvoirs de réglementation. Pour pouvoir répondre à cette question, il faudra au préalable savoir si la compétence fédérale est une compétence exclusive (avec force dérogatoire rétroactive), concurrente (avec force dérogatoire ultérieure) ou parallèle⁴⁵.

[Rz 31] En cas de compétences parallèles, le droit fédéral et le droit cantonal peuvent s'appliquer simultanément dans un même domaine de compétence, pour autant que leur validité et leur application n'interfèrent pas l'une avec l'autre. En cas de compétences fédérales concurrentes, les règles cantonales deviennent caduques, mais seulement une fois que la Confédération a réglé elle-même le domaine par le biais de lois fédérales. En revanche, les compétences fédérales exclusives rendent caduques toute législation cantonale dans le domaine en question, que la Confédération ait ou non fait usage de sa compétence en adoptant des lois fédérales⁴⁶.

[Rz 32] L'expression « relève de la compétence de la Confédération » figurant à l'art. 93 al. 1 Cst. pourrait être interprétée comme une indication du caractère exclusif de l'ensemble de la norme de compétence⁴⁷. Cependant, le fait que cette même formule soit utilisée dans la Constitution fédérale pour des compétences qui autorisent sans conteste une législation cantonale complémentaire va à l'encontre de ce raisonnement. Ce cas de figure concerne en particulier les domaines du droit civil et du droit pénal⁴⁸. L'expression « relève de la compétence de la Confédération » n'indique donc pas d'elle-même dans quelle mesure les cantons restent responsables à côté de la compétence fédérale⁴⁹.

[Rz 33] Là encore, on pourrait plaider en faveur d'une compétence exclusive, en affirmant que les cantons n'ont jusqu'à présent jamais légiféré dans le domaine de l'art. 93 Cst., pas même dans le domaine des « autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques », et qu'un vide réglementaire ne l'aurait jamais menacé par le

⁴⁴ Interprétation historique détaillée in : DUMERMUTH (note 27), p. 342 ss.

⁴⁵ Pour une distinction, voir : HANGARTNER (note 17), p. 182 ss.

⁴⁶ En fonction de la constellation et de la promulgation des normes législatives, les conséquences juridiques pour les lois cantonales promulguées en violation de la compétence fédérale sont la nullité *ex tunc* ou l'annulabilité *ex nunc*. Pour plus de détails : BAUMANN (note 19), p. 651 ss.

⁴⁷ Voir FF 1997 I 1, p. 229 (Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996), où « ... relève de la compétence de la Confédération » est utilisé pour des compétences globales, « parfois » exclusives, qui jouissent d'une force dérogatoire originelle.

⁴⁸ Art. 122, 123 comme 54 Cst. ; voir aussi : CHRISTOPH LEUENBERGER, in : Commentaire saint-gallois (note 27), art. 122, n°4 ; HANS VEST, in : Commentaire saint-gallois (note 27), art. 123, n°2.

⁴⁹ De même BIAGGINI (note 16), p. 28 ss., n°16.

passé⁵⁰. Cependant, contre cette assertion, on peut plaider qu'un tel changement structurel des médias sous cette forme ne s'était pas manifesté jusqu'à présent. Ce n'est que depuis ce changement structurel que la question s'est toutefois posée de connaître l'échelon de notre État fédéral qui est responsable de la promotion accrue des médias, en particulier des médias en ligne. Pour cette raison, on ne peut pas répondre avec l'argument de la lacune réglementaire, historiquement inexistante, car la situation actuelle n'était historiquement ni existante ni prévisible. Une telle étude des sources historiques de la constitution, pour cette norme constitutionnelle, qui aurait permis d'éclairer une situation de fait comparable à la situation actuelle, n'est pas envisageable dans le présent cas de figure. L'argument historique ne peut donc pas non plus justifier le caractère exclusif (avec force dérogatoire rétroactive) d'une attribution de compétence, en vertu de l'art. 93 al. 1 Cst., à la Confédération uniquement⁵¹.

[Rz 34] Lors de l'interprétation et de l'application des normes de compétence, le législateur fédéral applique le principe de subsidiarité de l'art. 5a Cst., formulé à l'art. 43a al. 1 Cst. : « *La Confédération n'assume que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme par la Confédération.* » Dans le cadre du texte constitutionnel, le législateur fédéral doit interpréter la norme de compétence et l'appliquer par le biais de sa propre législation parce que l'objet de la réglementation exige une réglementation fédérale, car cette dernière apparaît, pour des raisons objectives, plus raisonnable qu'une réglementation au niveau cantonal⁵². Dans ce contexte, il faut également relever la maxime de la prudence dans la mise en œuvre des compétences, qui découle déjà du principe de loyauté confédérale, consacré dans le texte entier de la Constitution et en particulier par l'art. 44 Cst⁵³. En ce qui concerne l'interprétation de l'article 93 al. 1 Cst., le principe de subsidiarité va donc à l'encontre de la compétence exclusive, mais plaide plutôt en faveur d'une compétence concurrente, avec effet dérogatoire rétroactif.

[Rz 35] Si la réglementation juridique des médias en ligne, tels que la promotion de la production d'informations journalistiques par le biais de subventions par exemple, concerne les prestations publiques, la compétence parallèle peut être présumée, ce qui ne limite pas la Confédération et rend donc justice au caractère global de la compétence fédérale. En même temps, elle constitue la plus douce des ingérences face à la marge de manœuvre législative cantonale. Si l'objectif d'une réglementation est mieux réalisé par des lois fédérales et cantonales parallèles que par les seules lois fédérales, l'exercice parallèle des compétences correspond au principe de subsidiarité. Comme dans d'autres domaines où des prestations de l'État entrent en ligne de compte, les prestations cantonales et fédérales ne s'excluent pas mutuellement, car leur validité et leur mise en œuvre simultanées ne s'entravent pas, mais au contraire peuvent même se soutenir mutuellement. En ce qui concerne le financement public, d'autres domaines de compétence comparables peuvent être trouvés comme les exemples du financement de la production cinématographique, de la protection des monuments ou du financement des hautes écoles⁵⁴.

⁵⁰ Ainsi avec d'autres arguments : DUMERMUTH (note 27), p. 352 ss.

⁵¹ Sur la pondération des arguments d'interprétation subjectifs-historiques, voir entre autres la note 36.

⁵² BIAGGINI (note 16), p. 293, n°4 s. de l'art. 43a Cst., somme toute très critique à l'égard de l'importance pratique de la norme ; plus loin BIAGGINI (note 16), p. 87 ss., n°9 et 13 ; URS THALMANN, Subsidiaritätsprinzip und Kompetenzverteilung, in : Thomas Fleiner/Peter Forster/Alexander Mistic/Urs Thalmann (éd.), die neue schweizerische Bundesverfassung, Bâle/Genève/Munich, 2000, p. 149 ss.

⁵³ Voir aussi : BIAGGINI (note 16), p. 296 s. n°8 de l'art. 44 Cst. ; RAINER J. SCHWEIZER, in : Commentaire saint-gallois (note 27) art. 44, n°9.

⁵⁴ HANGARTNER (note 17), p. 188.

[Rz 36] L'art. 93 al. 1 Cst. n'est certes pas formulé de la même manière que l'exemple suivant de l'art. 69 Cst., qui établit une compétence fédérale parallèle pour la promotion de la culture, parce que la répartition des compétences dans le domaine des médias couvre d'autres domaines réglementaires que le seul financement des médias. Mais les mesures de financement sont, sans aucun doute, une partie de la norme de compétence. Cette compétence parallèle signifie que les mesures cantonales de promotion des médias en ligne (mesures en outre parfois communales, selon les constitutions cantonales) restent autorisées, même si la Confédération, pour sa part, prend des mesures de promotion d'importance nationale. Ce cas de figure semble objectivement justifié, car la diversité de l'information varie fortement d'une région à l'autre et les mesures cantonales de promotion peuvent être adaptées aux besoins locaux.

[Rz 37] Étant donné que la réglementation des médias en ligne n'est donc pas une compétence exclusive de la Confédération (c'est-à-dire qu'elle n'a pas d'effet dérogatoire originel), les cantons restent compétents tant et aussi longtemps que la Confédération n'a pas fait usage de sa compétence. Dans le domaine de la promotion du journalisme en ligne, la compétence est parallèle et des mesures cantonales peuvent également être introduites ou continuer d'exister, même si la Confédération, elle aussi, a prévu des mesures de promotion⁵⁵.

III. Conclusion : la Confédération et les cantons sont parallèlement responsables de la promotion des médias en ligne

[Rz 38] Il résulte de ce qui précède que tant les cantons que la Confédération sont compétents pour promouvoir, au travers des prestations de l'État, la diffusion d'informations rédactionnelles par le biais de médias en ligne. La compétence fédérale concernant les médias en ligne, selon l'art. 93 Cst., est une compétence concurrente avec effet dérogatoire rétroactif en matière de réglementation de la production, du contenu et de la distribution du contenu des médias, ce qui signifie que les cantons restent responsables tant et aussi longtemps que la Confédération n'agit pas d'elle-même. En ce qui concerne les mesures de soutien à la production et à la diffusion de contenus médiatiques, il s'agit d'une compétence parallèle qui permet la prise de mesure, aussi bien par la Confédération que par les cantons.

[Rz 39] Il convient de noter que le libellé de l'art. 93 Cst. est encore fortement orienté en fonction des « vecteurs » traditionnels des médias, à savoir la presse, la radio et la télévision, dont les frontières s'estompent de plus en plus sur l'Internet. Là, tout le contenu relève potentiellement des multimédias et peut contenir du texte, des images, du son et des images animées, et dans un avenir proche, d'autres contenus de réalité virtuelle. Tant l'apparence que les structures de production fourniront de moins en moins d'indices permettant de distinguer de manière fiable la presse, la radio et la télévision, ainsi que les autres médias. La distinction entre « contributions

⁵⁵ Le Tribunal fédéral a autorisé le droit cantonal complémentaire, même dans le cas d'une réglementation fédérale complète, dans la mesure où celui-ci poursuit un autre but, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_774/2014 du 21 juillet 2017 avec renvois ultérieurs. Pour le développement des médias régionaux, voir MARTINA LEONARZ, *Regionen ohne Zeitung?* 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. 81 ss., et suivants, en particulier p. 91 ss. La chaîne de télévision « Léman Bleu » illustre la différence entre les objectifs et la compatibilité des financements cantonaux et des financements parallèles de la Confédération. Celle-ci reçoit une part des honoraires de la LRTV et est en même temps soutenue financièrement par les communes pour le journalisme « ultralocal », cf. note 14.

audio et audiovisuelles » et autres donne donc un arrière-goût anachronique au projet de la LME mis en consultation, avant même son entrée en vigueur. Cependant, le législateur ne peut résoudre le dilemme que lui impose la Constitution. Il conviendrait donc, dans le cadre d'une future révision constitutionnelle, de préciser, de manière plus fondamentale et plus actuelle, quelles sont les tâches dans le domaine de la régulation et de la promotion des médias qui restent du ressort des cantons, conformément au principe de subsidiarité⁵⁶, et lesquelles devraient être attribuées à la Confédération.

URS THALMANN, lic. jur. est directeur général 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^e Luc Recordon pour la révision de la traduction, effectuée par Jean Perrenoud. La Fondation Oertli, les éditions weblaw et impressum les journalistes suisses ont contribué aux ressources nécessaires pour établir la traduction.

⁵⁶ RHINOW (note 16), p. 85 ss. ; THALMANN (note 52), p. 149 ss.