

La liberté de la presse aux USA - mythe fondateur et *judicial activism*

Michel Hottelier

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Genève

I. Notion

La Constitution fédérale des Etats-Unis consacre la liberté de la presse au 1^{er} Amendement, adopté le 15 décembre 1791. La disposition renferme tout un programme, pour trois raisons:

1. Dans une perspective systématique d'abord, elle ouvre le *BILL OF RIGHTS*, c'est-à-dire, comme on l'appelle là-bas, la déclaration des droits individuels qui complète le texte de la Constitution du 17 septembre 1787. Figurant en tête de cette déclaration, juste après les sept articles qui composent la Constitution, le 1^{er} Amendement fait en quelque sorte figure de portail entre la fondation des Etats-Unis, l'aspect organique du droit constitutionnel de l'Union, et les premières révisions de la loi fondamentale, destinées à rappeler au pouvoir central l'importance des droits individuels et de leur respect.
2. Ensuite, indépendamment de sa portée historique - qui justifierait une étude à elle seule -, le 1^{er} Amendement présente une importance marquée, en raison de la diversité de son contenu. On y trouve, en effet, plusieurs garanties spécifiques, qui rassemblent les droits à contenu idéal parmi les plus classiques et aussi les plus représentatifs des libertés individuelles, telles qu'elles avaient cours au XVIII^e siècle: la liberté religieuse, la liberté de parole (*free speech*), la li-

berté de la presse, la liberté de réunion et le droit de pétition¹.

3. Le 1^{er} Amendement est, enfin, particulièrement riche, en raison des avancées auxquelles il a conduit le système américain de justice constitutionnelle d'une part, et la théorie des droits fondamentaux propre au Nouveau Monde d'autre part. Ces deux dimensions sont d'ailleurs indissociables, dans un pays dont la tradition juridique s'inspire très largement du système de la common law et du droit dit prétorien. Elles vont de pair avec le culte, au sens littéral du terme, que vouent les Américains à leur Constitution en général, et au 1^{er} Amendement en particulier. Peu d'autres dispositions peuvent en effet se vanter d'avoir contribué à forger une représentation de l'Etat, ainsi qu'une vision idéologique aussi fortes dans le domaine des droits individuels.

II. Origine

Le droit de s'exprimer librement a été conçu aux Etats-Unis dans une perspective d'émancipation et de promotion du débat centrée sur le plan politique. L'émancipation visait à assurer un mode de contestation du pouvoir, à l'époque où les colonies s'employaient à se libérer du joug britannique. La promotion du débat politique visait, corrélativement, à mettre sur pied un régime démocratique, fondé sur la participation de la population à l'exercice du pouvoir².

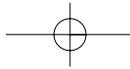
Alors même que la liberté de la presse a été inscrite en 1791 dans la Constitution américaine, il faut attendre le début du XX^e siècle et, plus précisément, la fin de la Première Guerre mondiale, pour voir la Cour suprême commencer à mettre le 1^{er} Amendement en œuvre³ et à lui attribuer

Zusammenfassung: *Das First Amendment in der amerikanischen Verfassung von 1791 gilt als veritables Kultobjekt in den USA. Die Pressefreiheit wurde vom Obersten Gerichtshof aber erst gegen Ende des Ersten Weltkrieges angewendet. Seit 1931 ist sie auf die einzelnen Staaten anwendbar. Die praktische Umsetzung der Pressefreiheit orientiert sich nicht an internationalen Grundrechtsgrundsätzen, wie dies in Europa der Fall ist. Die Politiker wie auch andere bekannte Personen sind gegen Verleumdungen wenig geschützt. Das Gericht hat ein Gesetz annulliert, welches Kandidaten für Wahlen ein Gegendarstellungsrecht zubilligen wollte. Einen Quellenschutz gibt es nicht unbeschränkt, weshalb die Beschlagnahme in Redaktionsräumen möglich sind. Die Pressefreiheit ist im Verhältnis Privater untereinander nicht anwendbar, auch nicht indirekt. Auch die kommerzielle Kommunikation wird von der Pressefreiheit erfasst.*

1 TRIBE L.H., *American Constitutional Law*, 2^e éd., New York 1988, p. 785.

2 Voir sur ce point l'excellente présentation du *Speech and the Press* de SCHEFFER M., in: Kermit L. Hall (éd.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York/Oxford 1992, p. 808: «Free expression has become both the foundation and the symbol of the policy-making process in the United States.»





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

Résumé: *Inscrit dans la Constitution américaine en 1791, le 1^{er} Amendement fait l'objet d'un véritable culte aux Etats-Unis. En fait, la liberté de la presse n'est mise en oeuvre par la Cour suprême que depuis la fin de la Première Guerre mondiale. Elle n'est appliquée aux Etats que depuis 1931. La pratique ne fait aucune référence au droit international des droits fondamentaux, contrairement à ce qui prévaut en Europe. Les politiques, de même que les autres personnalités connues du grand public sont peu protégés contre la diffamation. La Cour a annulé une réglementation qui accordait un droit de réplique aux candidats à une élection. Le secret des sources n'est pas reconnu de manière inconditionnelle et des perquisitions dans les rédactions demeurent possibles. La liberté de la presse ne s'applique pas aux relations entre particuliers, même indirectement. Les publications à caractère commercial bénéficient aussi de la liberté de la presse.*

sa dimension de *marketplace of ideas*⁴, indispensable au fonctionnement de la démocratie⁵. Deux éléments historiques sont à l'origine de ce phénomène.

Le premier élément touche à l'agencement du système de justice constitutionnelle tel qu'il a cours aux Etats-Unis. Si le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales s'est imposé très rapidement, à la faveur de l'affaire *Marbury v. Madison* jugée en 1803⁶, la protection juridictionnelle des droits fondamentaux sur le plan national n'a pas suivi la même voie⁷. Il faut en effet attendre le troisième tiers du XIX^e siècle pour que la Cour suprême commence à appliquer le *Bill of Rights*. Jusque-là, les préoccupations de la Cour étaient d'une nature différente: l'aménagement du système fédéral⁸ ou le contrôle des actes étatiques⁹, pour ne prendre que ces exemples¹⁰. Le second élément tient à la place et à la portée qui sont imparties au 1^{er} Amendement à l'intérieur du système américain de protection des droits individuels. Comme son libellé l'atteste, la disposition est dirigée contre le Congrès, soit un organe de rang fédéral. Les Etats américains ne tombent pas sous son champ d'application, à rigueur du texte constitutionnel tout au moins. En 1833 d'ailleurs, la Cour suprême proclame sans ambages que le *Bill of Rights* ne s'applique qu'aux organes de rang fédéral, et non à ceux des Etats¹¹. Strictement dual à l'origine, le fédéralisme américain a néanmoins subi une évolution considérable, en particulier - mais pas exclusivement - dans le domaine des droits fondamentaux. Cette évolution a progressivement conduit la Cour suprême à appliquer la plupart des garanties du *Bill of Rights* aux Etats de l'Union. Pour ce faire, il a tout de même fallu attendre l'adoption du XIV^e Amendement, le 9 juillet 1868, lequel contient une clause protégeant la liberté expressément dirigée contre les Etats, avant d'y intégrer, par la voie d'une lecture prétorienne, la plupart des droits constitutionnels de rang fédéral et de rendre ainsi ces derniers opposables aux Etats. C'est ce qu'on appelle l'incorporation du *Bill of Rights*.

III. L'incorporation du Bill of Rights

L'incorporation du 1^{er} Amendement débute en 1925, à la faveur de l'arrêt *Gitlow v.*

*New York*¹². Dans cette affaire, qui mettait aux prises un activiste politique avec la législation pénale new yorkaise, la Cour suprême prend le parti d'appliquer la liberté d'expression de rang fédéral à l'Etat concerné, avant de rejeter le recours et de justifier les restrictions à la liberté d'expression dictées par la lutte contre l'anarchisme criminel. Le message est à la fois

3 SCHEFER M., Konkretisierung von Grundrechten durch den U.S.-Supreme Court. Zur sprachlichen, historischen und demokratischen Argumentation im Verfassungsrecht, Berlin 1997, p. 7ss. et les références citées.

4 La notion de *marketplace of ideas* a été développée par le juge Oliver Wendell Holmes dans l'opinion dissidente, demeurée célèbre, qu'il a développée dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919), par laquelle il a prôné une application libérale du droit de s'exprimer contenu dans le 1^{er} Amendement.

5 Sur les rapports, en droit suisse, entre la liberté de la presse et la démocratie, voir ATF 98 la 73, 80 Keller Müller.

6 5 U.S. (1 Cranch) 137; sur la question, voir TRIBE L. H., *American Constitutional Law*, 3e éd., vol. I, New York 2000, p. 207; AUER A., *The Supreme Law of the Land. Eléments du droit constitutionnel des Etats-Unis*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1990, p. 19.

7 En Suisse, contrairement aux Etats-Unis, le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales n'est pas possible, conformément à l'art. 191 Cst. Le contrôle concret de la conformité de ces lois par rapport aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme (contrôle de conventionnalité) est par contre pratiqué depuis une douzaine d'années. Pour un exemple, voir l'arrêt Gaston-Armand Amaudruz, du 16 octobre 2001 (cause 6P.92/2001), où le Tribunal fédéral souligne que la réglementation de l'art. 261bis CP est conforme à l'art. 10 CEDH; voir également ATF 128 IV 201 X., Y. und Z.: conformité de l'art. 197 ch. 3 CP à l'art. 10 CEDH.

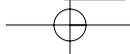
8 *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819; répartition des compétences entre l'Union et les Etats); *Gibbons v. Ogden* (1824; réglementation du commerce inter étatique); *Cooley v. Board of Wardens of the Port of Philadelphia* (1851; existence de compétences parallèles entre l'Union et les Etats).

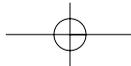
9 *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810; contrôle de la constitutionnalité des lois étatiques); *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. (1 Wheat.) 304 (1816; contrôle des arrêts des tribunaux supérieurs des Etats); *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821; compétence des tribunaux fédéraux).

10 TRIBE (n. 1), p. 1293: «The first century of government under the Constitution was understandably characterized by a preoccupation with structural issues».

11 32 U.S. (7 Pet.) 243 *Barron v. Baltimore*. Voir, dans le même sens, l'arrêt *Permolli v. New Orleans*, 44 U.S. (3 How.) 589 (1845), à propos spécifiquement du 1^{er} Amendement. Voir également Zoller E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris 2000, p. 201.

12 268 U.S. 652 (1925).





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

clair et nouveau. Il est clair: la liberté d'expression de rang fédéral s'applique aux Etats, mais ceux-ci sont, en contrepartie, légitimés à restreindre son exercice. Du coup, la Cour fait notamment référence à la doctrine du «clear and present danger», forgée quelque six ans plus tôt à propos de la législation fédérale¹³, pour justifier la condamnation de Gitlow¹⁴. Le message des juges est aussi nouveau: quelque trois ans plus tôt, l'instance de Washington déclarait encore que «*neither the Fourteenth Amendment nor any other provision of the Constitution imposes upon the States any restriction about freedom of speech*»¹⁵. De fait, l'extension aux Etats des garanties du *Bill of Rights* ira de pair avec la faculté, désormais fondée sur la Constitution de l'Union, de restreindre leur portée¹⁶.

La liberté de la presse est formellement incorporée en 1931. Dans l'arrêt *Near v. Minnesota*¹⁷, la Cour suprême sanctionne une loi étatique qui habilitait les autorités étatiques à interdire la publication de journaux ou de magazines «malicious, scandalous and defamatory», tout en réservant bien entendu les suites pénales qui pouvaient s'attacher à ce genre d'actes. Là, la voie suivie est l'inverse de celle qui avait prévalu dans l'affaire Gitlow, jugée six ans plus tôt: les Etats peuvent certes limiter la liberté de la presse, mais pas impunément. D'abord, leur activité est soumise au contrôle de la Cour suprême. Ensuite, et corrélativement, ils doivent respecter le cœur de cette garantie - ce qu'on appellerait, chez nous, son noyau intangible¹⁸. Or, un régime de censure préalable porte atteinte à l'un des aspects parmi les plus sacrés du droit de s'exprimer par voie de presse. Et la Cour suprême d'annuler, sur cette base, la loi attaquée, dans sa totalité. C'est à partir de cette époque que la Cour suprême va, peu à peu, façonner les contours et dégager les limites de la liberté de la presse. Un arrêt rendu en 1936 permet à la Cour suprême de situer la liberté de la presse dans le contexte économique¹⁹. Dans cette affaire, elle invalide une loi de Louisiane, qui imposait une taxe spéciale sur les journaux en circulation. Ce précédent protège ainsi la liberté de la presse contre une réglementation économique destinée à la toucher d'une façon particulière. Ultérieurement, la Cour sanctionnera une loi étatique soumettant la presse à un impôt spé-

cial, pareille mesure affectant les droits énoncés par le 1^{er} Amendement²⁰.

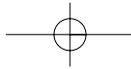
IV. Absence de portée du droit international

Pour être assurément porteuse d'une dimension et d'une signification historiques incomparables, qui contribuent à lui conférer une autorité qui dépassent largement le cénacle des tribunaux, la liberté de la presse procède aux Etats-Unis d'une vision qui demeure, aujourd'hui encore, essentiellement, pour ne pas dire exclusivement, nationaliste. C'est dire qu'en dépit de son indéniabilité intérêt, la dimension internationale des droits fondamentaux telle que la traduisent les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966²¹, demeure largement ignorée dans la pratique américaine.

S'ils ont certes ratifié le Pacte onusien le 8 juin 1992, après l'avoir signé le 5 octobre 1977, les Etats-Unis n'ont pas signé le Protocole facultatif se rapportant au Pacte, habilitant le Comité des droits de l'homme à recevoir des communications émanant de

- 13 249 U.S. 47 (1919) *Schenck v. United States*, où le juge Oliver Wendell Holmes, auteur de l'opinion d'une Cour unanime, aura ces mots historiques (p. 52): «The most stringent protection of free speech would not protect a man in faslely shouting fire in a theatre and causing a panic.» Voir aussi les arrêts *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919; confirmation de la condamnation de l'éditeur d'un journal germanophone, qui avait mis en doute la constitutionnalité du recrutement et la motivation de la participation des Etats-Unis à la guerre) et *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919; confirmation de la condamnation de Eugene Debs, leader socialiste et candidat à la présidence en 1920, pour avoir prononcé un discours opposé à la guerre), rendus une semaine après l'arrêt *Schenck*.
- 14 268 U.S. 652, 666 (1925): «In short this freedom does note deprive a State of the primary and essential right of self preservation.»
- 15 259 U.S. 530 (1922) *Prudential Insurance Co v. Cheek*. D'autres arrêts antérieurs vont dans le même sens, démontrant les hésitations de la Cour à incorporer le 1^{er} Amendement; voir les arrêts *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907), *Fox v. Washington*, 236 U.S. 273 (1915) et *Gilbert v. Minnesota*, 254 U.S. 325 (1920).
- 16 Voir, dans ce sens, l'arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).
- 17 283 U.S. 697.
- 18 En Suisse, l'art. 17 al. 2 Cst. interdit expressément la censure. MÜLLER J. P., *Grundrechte in der Schweiz*, 3^e éd. Berne 1999, p. 192 considère l'interdiction de la censure comme le noyau intangible des libertés de communication.
- 19 297 U.S. 233 (1936) *Grosjean v. American Press Co.*
- 20 460 U.S. 575 (1983) *Minneapolis Star and Tribune v. Minnesota*.
- 21 JOSEPH S./SCHULTZ J./CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford 2000, p. 386; NOWAK M., *U. N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1993, p. 335.





Études & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

particuliers. Les Etats-Unis n'ont pas signé non plus la Convention américaine relative aux droits de l'homme, du 22 novembre 1969. Toutes proportions gardées, si l'on prête à tel privatiste français du XIX^e siècle la phrase selon laquelle «je ne connais pas le droit civil, je ne connais que le Code Napoléon», nombre de juristes du Monde dit nouveau persistent à ignorer éperdument le Pacte onusien, pour ne voir que le 1^{er} Amendement. Bref, là-bas, au niveau de la dimension internationale des droits de l'homme, on en est encore au *ground zero*...

Un fossé considérable sépare ainsi la conception, essentiellement nationaliste, des droits fondamentaux telle qu'elle a cours aux Etats-Unis et celle de l'Europe, où la vision interne des droits fondamentaux se double de garanties supra étatiques, elles-mêmes associées à un contrôle international, dont l'apport et l'utilité ne sont plus à démontrer. L'art. 10 par. 1 CEDH est en effet interprété de longue date comme intégrant la liberté de la presse, aux côtés de la liberté d'expression²². Il en va de même en ce qui concerne l'art. 19 du Pacte²³. À titre d'exemple, c'est peu dire que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a contribué à forger la notion, les contours et aussi les limites de la liberté de la presse telle qu'elle a cours sur le continent européen²⁴. Au niveau universel, la pratique du Comité des droits de l'homme n'est pas moins riche, variée et digne d'intérêt²⁵.

V. Fonctions

La fonction centrale de la liberté de la presse consiste à limiter le pouvoir étatique, de rang fédéral et fédéré. Cette dimension défensive apparaît particulièrement bien dans l'arrêt *New York Times Co. v. United States* rendu en 1971, aussi appelé *Pentagon Papers Case*²⁶. L'affaire portait sur l'interdiction faite, à la demande de l'administration Nixon, au *New York Times* de publier une étude historique qui avait été préparée à la demande du ministère de la défense sur l'évolution de l'engagement des Etats-Unis en Indochine, et dont la presse avait obtenu des extraits par l'intermédiaire d'un ancien membre du Pentagone. En dépit des intérêts en jeu sur le terrain de la sécurité nationale, la Cour a donné raison au *New York Times*. Le message est limpide, impayable: certes, la sécurité nationale est de nature à justifier des restrictions à la liberté de la presse. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer ce motif pour rendre ipso iure conforme à la Constitution n'importe quelle limitation au 1^{er} Amendement. Les pouvoirs publics, qui assument le fardeau de la preuve en la matière, doivent démontrer de manière pertinente et convaincante le caractère impérieux («*compelling*») de la restriction envisagée. La liberté de la presse se double ainsi d'une obligation procédurale, à la charge des pouvoirs publics, qui les contraint à prouver de manière concrète le bien-fondé des mesures qu'ils défendent.

La fonction de la liberté de la presse est défensive et se limite en conséquence à offrir une protection contre l'intervention des pouvoirs publics. Ces derniers ne sont par conséquent pas légitimés à intervenir dans le but d'assurer la diversité ou le pluralisme, ou encore de participer d'une façon officielle à l'édition, au théâtre ou au cinéma²⁷. Outre l'exception liée à la mise en œuvre du droit antitrust, motivée par la préservation de la concurrence, l'Etat peut toutefois intervenir en se fondant sur le motif de la rareté des fréquences pour réguler les médias («*scarcity rationale*»). Dans l'arrêt *National Broadcasting Co. v. United States*²⁸, la Cour suprême a déclaré qu'il n'existe pas de droit constitutionnel d'accès aux fréquences radioélectriques et que, par conséquent, le pouvoir réservé à une autorité administrative d'octroyer ou non une autorisation d'émettre sur les ondes ne

22 ACEDH *Sunday Times c. Royaume-Uni*, du 26 avril 1979, Série A n° 30, p. 40, par. 65 et 66.

23 Le Commentaire général n° 10 du Comité des droits de l'homme, du 27 juillet 1983, souligne expressément que la liberté de la presse fait partie intégrante de la liberté d'expression énoncée par l'art. 19 du Pacte. Voir sur la question JOSEPH/SCHULTZ/CASTAN (n. 21), p. 389 et les références empruntées à la pratique du Comité des droits de l'homme.

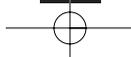
24 Pour quelques illustrations, voir les arrêts *Handyside c. Royaume-Uni*, du 7 décembre 1976, Série A n° 24 (statut juridique des publications choquantes); *Sunday Times c. Royaume-Uni*, du 26 avril 1979, Série A n° 30 (définition du contenu et des conditions de restriction, en particulier, du principe de la légalité, de la liberté de la presse au sens de l'art. 10 par. 2 CEDH); *Müller c. Suisse*, du 24 mai 1988, Série A n° 133 (liberté de l'art et publications obscènes); *Markt Intern Verlag c. Allemagne*, du 20 novembre 1989, Série A n° 165 (publications à caractère économique); *Goodwin c. Royaume-Uni*, du 27 mars 1996, Rec. 1996-II, p. 483 (garantie du secret de rédaction).

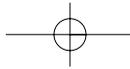
25 Voir les références citées par Nowak (n. 21), en particulier p. 345 ss.

26 403 U.S. 713.

27 DAVIS M., La liberté d'information: l'approche américaine, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1987 (vol. III), p. 301.

28 319 U.S. 190 (1943).





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

contrevenait pas au 1^{er} Amendement. Les juges de Washington se sont pour ce faire appuyés sur la rareté des fréquences électriques pour justifier, à l'époque, la rationalisation de leur utilisation par une autorité administrative²⁹.

Des limites ont ainsi pu être opposées à la liberté des médias, dont la technologie avait pour effet rendre plus complexe la communication et l'information. Tel est le cas pour la radio, la télévision et, plus récemment, pour les médias électroniques. Les médias audiovisuels peuvent par exemple être contraints, en application des limites fixées par la *Federal Communications Commission*, d'accorder un accès égal et raisonnable à des candidats à une élection³⁰.

La liberté de la presse ne déploie ses effets que dans les rapports opposant les particuliers, personnes physiques ou morales, aux pouvoirs publics. Elle ne vaut pas, en revanche, dans les rapports de droit privé, dont l'essentiel est réglementé par des lois, et non par la Constitution. On aura compris que la théorie de la *Drittwirkung*, consacrée en Suisse par l'art. 35 al. 3 Cst.³¹, et qui veut que les droits fondamentaux soient, dans la mesure où ils s'y prêtent, aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux, n'a pas cours outre-Atlantique³². Il est toutefois exact que cette théorie n'a pas conduit, en droit suisse, à des résultats significatifs, tout au moins en ce qui concerne l'applicabilité directe des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers³³.

Enfin, les restrictions préalables («*prior restraint*») propres au régime de censure, sont par définition inadmissibles, eu égard à la fonction de la liberté de la presse. Épousant la conception impartie au XVIII^e siècle à la liberté de la presse par William Blackstone à propos du système juridique britannique³⁴, la Cour l'a dit dans l'affaire *Near v. Minnesota*, en 1931³⁵. Elle a souligné plus tard que la censure représente une mesure irréversible, la plus sérieuse et la moins tolérable atteinte aux droits énoncés par le 1^{er} Amendement³⁶.

VI. Rapports avec la liberté d'expression

Sous l'angle de son champ d'application matériel, la liberté d'expression et la liberté

de la presse entretiennent des rapports étroits non seulement au sein du 1^{er} Amendement, mais également dans la pratique de la Cour suprême. L'une des questions récurrentes que pose le 1^{er} Amendement consiste à déterminer si la liberté de la presse doit se voir reconnaître un statut spécial par rapport à la liberté d'expression. En dépit de tentatives en ce sens initiées par certains magistrats demeurés minoritaires, la Cour suprême n'opère pas de distinction fondamentale entre les deux libertés, en sorte que les standards qui régissent l'une s'appliquent également à l'autre³⁷. Il s'ensuit que les journalistes et les écrivains ne bénéficient pas, sous l'angle de la liberté de la presse, d'une protection spécifique ou supérieure à celle que la liberté d'expression tend à octroyer au justiciable ordinaire³⁸.

La détermination du champ d'application respectif de la liberté d'expression et de la liberté de la presse n'est par ailleurs pas toujours opérée de manière systématique par la Cour suprême, qui se contente d'une approche pragmatique. Dans l'affaire *Gitlow*, la Cour juge par exemple la condamnation du recourant à l'aune de la liberté

29 Voir à ce propos BENYKHELF K., Constitution et medias en droit canadien et américain, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1995 (vol. XI), p. 470, qui relève que la presse électronique et la presse écrite obéissent ainsi à un statut différent, tout en soulignant que la réglementation peut elle-même varier en fonction des medias électroniques eux-mêmes. Ainsi, l'activité de radiodiffusion apparaît moins réglementée que celle de la télévision et la télévision par câble plus libre que la télévision publique.

30 395 U.S. 367 (1969) *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*; voir également Davis (note 27), p. 306s. et les autres références citées.

31 FF 1997 I 195.

32 STAUFFER-WÜEST K., *Das Verhältnis von Religions- und Meinungsfreiheit nach dem Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika*, Berne 2002, p. 144.

33 Voir à ce sujet les remarques de Pascal Mahon, Article 35, in: AUBERT J.-F./MAHON P., *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 315.

34 BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England*, Londres 1769, cité par Emerson Th. I., *Encyclopedia of the American Constitution*, New York/Londres 1986, vol. II, p. 798: «The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state; but this consists in laying no previous restraint upon public actions, and not in freedom from censure for criminal matters when published. Every free man has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this, is to destroy the freedom of the press; but if he publishes what is improper, mischievous or illegal, he must take the consequences of his own temerity.»

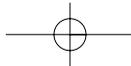
35 283 U.S. 697 (1931) *Near v. Minnesota*.

36 427 U.S. 539 (1976) *Nebraska Press Association v. Stuart*.

37 BRUGGER W., *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen 1987, p. 273.

38 CHAMBERLIN (n. 2), p. 810: «Therefore, the Court does not usually accord writers who publish in newspapers any more freedom under the First Amendment than any citizen who chooses to become a speaker.»





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

d'expression, alors que c'était la publication d'un manifeste révolutionnaire (*Left Wing Manifesto*) qui était en cause³⁹. Dans l'arrêt Schenck, elle applique la liberté d'expression, alors qu'était en cause la distribution de tracts exhortant les recrues de l'armée américaine à ne pas partir combattre en Europe⁴⁰.

La notion de presse qu'utilise le 1^{er} Amendement comprend, d'un point de vue historique, les supports médiatiques en cours à l'époque de l'adoption de la disposition, soit les produits d'impression. Elle englobe également les moyens de communication qui se sont développés depuis lors, tels que la télévision et, plus récemment, les ressources technologiques qu'offre l'informatique.

VII. Le débat politique et les *Public Figures*

La liberté de la presse, à l'instar de la liberté d'expression, déploie des effets particulièrement importants dans le domaine du débat politique. Cette fonction découle du statut et des raisons qui, sur le plan historique, ont conduit à l'adoption du 1^{er} Amendement. L'arrêt *Roth v. United States*⁴¹ a permis à la Cour suprême de préciser que le 1^{er} Amendement assure la protection la

plus large à l'expression politique, en tant que la disposition protège le libre échange des idées en vue de la réalisation des changements politiques souhaités par le peuple⁴². Le 1^{er} Amendement garantit dans cette perspective le droit de critiquer, même de manière vigoureuse, les pouvoirs publics et leurs agents⁴³.

Ainsi, les campagnes publicitaires menées en faveur ou au détriment d'un candidat peuvent être conduites très librement. La Cour suprême a par exemple considéré que des restrictions en la matière étaient en principe inconstitutionnelles, même si le candidat n'en avait pas été informé et même en l'absence d'un recours possible⁴⁴. De même, la liberté d'expression qui prévaut dans le domaine politique fait obstacle à la répression d'un acte de diffamation qui ne serait pas véritablement intentionnel à l'égard d'un homme politique. La Cour a jugé qu'un candidat ne peut en conséquence attaquer un journal pour diffamation, sans démontrer clairement que l'organe de presse a imprimé l'article litigieux en connaissance de cause ou sans se soucier de sa fausseté⁴⁵.

L'affaire *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*⁴⁶ a permis à la Cour suprême de prononcer l'inconstitutionnalité d'une réglementation de l'Etat de Floride reconnaissant un droit de réplique aux candidats à un poste électif. Le 1^{er} Amendement garantit en effet aux éditeurs le droit de déterminer librement le contenu rédactionnel de leurs publications, sans permettre aux autorités d'orienter la couverture des affaires publiques. Leur liberté éditoriale doit être, à cet égard, complète.

Développée à propos des politiciens, la jurisprudence relative aux politiques a essaimé, pour concerner également d'autres personnalités connues du grand public («*public figures, people whose fame precedes them*»), en raison de leur statut ou de leur implication dans des affaires d'intérêt général⁴⁷. À l'opposé, les particuliers qui n'entrent pas dans le cercle des personnes publiques ne peuvent se voir opposer les rigueurs du 1^{er} Amendement lorsqu'elles attaquent des journalistes au titre de *defamatory speech*. La liberté conférée par le 1^{er} Amendement vaut aussi pour les candidats aux élections. Dans un arrêt rendu en

39 268 U.S. 652 (1925).

40 249 U.S. 47 (1919). En Suisse, à l'inverse, la distribution de tracts relève, selon le Tribunal fédéral, de la notion de «produit de l'imprimerie» qui bénéficie de la liberté de la presse, ATF 96 I 586, 589 Aleinick. La position du Tribunal fédéral peut trouver une explication dans le fait que, à l'inverse de la Constitution des Etats-Unis, la Constitution fédérale du 29 mai 1874 garantissait la liberté de la presse (art. 55), sans contenir de norme plus générale consacrée à la liberté d'expression.

41 354 U.S. 476 (1957).

42 Il n'en va pas différemment en Suisse. Voir à ce sujet l'arrêt Aleinick, ATF 96 I 586, 592.

43 376 U.S. 254 (1964) *New York Times v. Sullivan*.

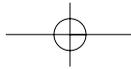
44 384 U.S. 214 (1966) *Mills v. Alabama*. La Cour européenne des droits de l'homme admet également que les critiques admissibles sont plus larges à l'égard d'hommes politiques, visés à qualité, que de simples particuliers. Cette conception tient au libre jeu du débat politique, lequel se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la CEDH; voir ACEDH Castells c. Espagne du 23 avril 1992, série A vol. 236, p. 23, par. 46; Lingens c. Autriche du 8 juillet 1986, série A vol. 103, p. 26, par. 41 et 42.

45 401 U.S. 265 (1971) *Monitor Patriot Co. v. Roy*; 401 U.S. 295 (1971) *Ocala Star-Banner Co. v. Damron*.

46 418 U.S. 241 (1974).

47 485 U.S. 46 (1988) *Hustler Magazine v. Falwell*, où la Cour suprême annule le verdict d'une instance virginienne, qui avait condamné à 200'000 dollars au titre de dommages-intérêts pour intentionnel infliction of emotional distress la publication dépeignant de façon satirique un évangéliste fondamentaliste, par ailleurs honorablement connu, comme un ivrogne s'adonnant à l'inceste; voir les développements de TRIBE (note 1), en particulier p. 880.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

1982, la Cour a par exemple déclaré inconstitutionnelle la sanction prononcée par un Etat visant à punir un candidat qui avait promis de percevoir un salaire moindre que celui prévu par la loi en cas de victoire. Au nom de la liberté d'expression, la Cour a jugé que ce type de promesse ne constituait pas un cas de corruption du corps électoral, tout en rappelant par ailleurs qu'il n'appartient pas aux pouvoirs publics de décider les questions qui valent la peine d'être débattues au cours d'une campagne électorale⁴⁸. La liberté d'expression protège également le droit à l'anonymat dans la diffusion de documents distribués lors d'une campagne électorale⁴⁹.

Les restrictions à la liberté de la presse doivent se caractériser par leur aspect *content-neutral*. En d'autres termes, elles ne doivent pas être dictées par le contenu du message véhiculé, mais par d'autres motifs d'intérêt public. La Cour a sur cette base prononcé l'inconstitutionnalité d'une disposition de procédure du Minnesota, qui interdisait aux candidats aux élections pour un poste de juge de faire part de leurs positions sur des controverses d'ordre politique ou juridique, en la considérant comme fondée sur le contenu de l'information⁵⁰.

VIII. Les droits des journalistes

La liberté de la presse comprend le droit de chercher à obtenir et de collecter des informations. La Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Branzburg v. Hayes*, en 1972⁵¹. La Cour a relevé que la portée de cette garantie est, de façon très classique, limitée au droit de ne pas être entravé dans la recherche d'informations auprès des sources généralement accessibles, sans aller jusqu'à octroyer le droit d'obtenir des informations de la part de sources officielles⁵².

La Cour n'a pas reconnu un droit inconditionnel des journalistes à bénéficier de privilèges pour préserver la confidentialité de leurs sources⁵³. Par rapport aux autres particuliers, les membres de la presse ne sauraient invoquer systématiquement le 1^{er} Amendement pour refuser de témoigner devant un tribunal⁵⁴. L'astreinte à témoigner et à divulguer ses sources ne peut toutefois intervenir qu'à certaines conditions, lorsque l'information recherchée ne peut être obtenue d'une autre source, lorsqu'elle

apparaît cruciale et qu'elle relève enfin d'un intérêt fondamental de l'Etat⁵⁵. Le 1^{er} Amendement fait, dans cette mesure, l'objet d'une interprétation assez souple, afin de tenir compte de la spécificité de la presse. Des perquisitions dans des rédactions, de même que la saisie de matériel, sont en outre admissibles, moyennant le respect du IV^e Amendement⁵⁶.

Telle qu'interprétée par la Cour, la liberté de la presse garantit largement l'accès des journalistes aux procès pénaux⁵⁷. Cet accès peut toutefois être limité par le respect des droits des tiers, à l'instar du droit au respect de la vie privée («right to privacy»), lui aussi garanti par la Constitution⁵⁸, par la nécessité de préserver l'indépendance du jury et la garantie du procès équitable. L'exercice de ce droit s'inscrit dans le cadre de la police de l'audience qui revient au juge⁵⁹.

Dans l'affaire *Nebraska Press Association v. Stuart*⁶⁰, la Cour a examiné de façon approfondie les rapports existant entre la liberté de la presse et le droit au respect d'un procès équitable. L'affaire mettait en cause l'interdiction de diffuser des informations, sous peine de *contempt of court*, émanant d'un juge avant l'ouverture d'un procès pénal concernant une série de meurtres particulièrement sordides commis dans une bourgade du Nebraska. La Cour a annulé

48 456 U.S. 45 (1982) *Brown v. Hartlage*.

49 115 S. Ct. 1511 (1995) *Mc Intyre v. Ohio Elections Commission*.

50 *Republican Party of Minnesota v. White* 70 USLW 4720 (2002). L'arrêt a été rendu à une majorité de cinq juges contre quatre, les juges minoritaires considérant qu'il convenait d'opérer une distinction entre les élections politiques et les élections judiciaires, seules les premières bénéficiant, selon eux, des garanties offertes par le 1^{er} Amendement.

51 408 U.S. 665.

52 417 U.S. 817 (1974) *Pell v. Procunier*; 438 U.S. 1 (1978) *Houchins v. KQED*; *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980).

53 408 U.S. 665 (1972) *Branzburg v. Hayes*.

54 BRUGGER (n. 37), p. 277 et les références citées. Sur la situation qui prévaut en droit suisse, voir MÜLLER (n. 18), p. 259 et les références citées. Le secret de rédaction est protégé par l'art. 17 al. 3 Cst.

55 Voir BENYKHLEF (n. 29), p. 479 s., qui relève que différents Etats ont adopté des normes aux fins de codifier les principes issus de la jurisprudence de la Cour suprême.

56 436 U.S. 547 (1978) *Zurcher v. Stanford Daily*.

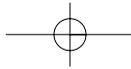
57 *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980). Voir TRIBE (note 1), p. 859.

58 381 U.S. 479 (1965) *Griswold v. Connecticut*.

59 *Chandler v. Florida* (1981), consacré à l'accès de chaînes de télévision aux salles d'audience; voir également 448 U.S. 555 (1980) *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*; 457 U.S. 596 (1982) *Globe Newspapers Co. v. Norfolk County Superior Court*; 464 U.S. 501 (1984) *Press-Enterprise Co. v. Superior Court*.

60 427 U.S. 539 (1976).





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

l'interdiction de publier, au motif que les effets présumés de la publicité en cause sur l'indépendance des jurés potentiels n'étaient pas avérés et relevaient d'une spéculation incompatible avec les exigences du 1^{er} Amendement.

IX. Les publications obscènes ou incitant à la violence

Le champ d'application de la liberté de la presse étant largement conçu, les éléments qui en sont exclus ne sont pas nombreux. Les publications obscènes entrent dans cette catégorie⁶¹. Reste à déterminer ce qui est obscène et ce qui ne l'est pas⁶². La Cour a posé ses critères dans l'arrêt *Miller c. Californie*, en 1973⁶³. L'élément déterminant réside dans la perception de la valeur de la publication en cause qu'éprouve une personne considérée comme raisonnable au sein de la communauté locale. Ce critère a supplanté l'ancienne approche de la Cour, selon laquelle l'exclusion de la protection offerte par le 1^{er} Amendement passait par la démonstration que la publication en cause était dépourvue de toute valeur sociale propre à la sauver («utterly without redeeming social value»).

Dans l'arrêt *Miller*, la Cour a annulé la condamnation d'un éditeur, qui avait

adressé à des particuliers, dans le cadre d'une campagne publicitaire, une brochure présentant son offre de publications à caractère pornographique. La Cour a décidé de faire rejurer l'affaire en fonction de la nouvelle approche qu'elle avait imposée, en fonction d'une approche davantage fondée sur la prise en compte de la sensibilité locale⁶⁴. Dans une autre affaire, elle a invalidé une loi fédérale adoptée en 1996, qui criminalisait la possession ou la distribution d'images d'adultes ayant l'allure d'enfants ou d'images d'enfants virtuelles, à caractère sexuel⁶⁵. La Cour a considéré que l'activité sexuelle d'adolescents constitue un élément de la société contemporaine et un thème permanent des arts et de la littérature. L'expression sexuelle qui, tout en pouvant paraître choquante, n'est pas obscène, tombe en revanche par contre sous le coup du 1^{er} Amendement⁶⁶. Elle peut toutefois être soumise à des restrictions particulières⁶⁷. La pornographie mettant en cause des mineurs est par contre exclue du 1^{er} Amendement⁶⁸.

Les discours incitant à commettre des actes de violence («*fighting words*») sont également exclus du 1^{er} Amendement. Seuls sont toutefois concernés les termes employés qui sont réellement de nature à troubler l'ordre public, à l'exception de ceux qui peuvent avoir un sens agressif, offensif ou simplement critique⁶⁹. La notion reste ainsi d'emploi limité, un emploi qui s'assimile à la théorie du *clear and present danger*⁷⁰.

X. Les publications à caractère commercial

Les publications à caractère commercial ne sont pas exclues du champ d'application de la liberté de la presse, même si la dimension institutionnelle propre à la diffusion d'idées tend, en l'occurrence, à céder le pas à la recherche du profit. La Cour a commencé à ranger les publications de ce genre, durant les années 1940, dans le 1^{er} Amendement⁷¹. Elle admet toutefois que, compte tenu de leur rôle et de leur caractère, les publications à caractère commercial peuvent souffrir de restrictions sensiblement plus incisives que les publications à vocation politique par exemple⁷². Lorsqu'une restriction s'applique à des messages commerciaux, la Cour utilise un pouvoir d'examen plus limité⁷³ par rapport à

61 315 U.S. 568 (1942) *Chaplinsky v. New Hampshire*; 413 U.S. 15 (1973) *Miller v. California*. Voir *TRIBE* (note 1), p. 849 et les références citées.

62 Sur la question, voir *SCHEFER* (n. 3), p. 26 et les références citées.

63 413 U.S. 15.

64 Voir en particulier les développements de *ZOLLER* (n. 11), p. 795, qui relève que le renvoi à la perception de l'opinion publique propre à une communauté locale a permis de remplacer des critères nationaux par une approche relative, fondée sur le respect des sensibilités au sein des Etats. En Suisse également, la notion de moralité publique, qui permet de limiter les libertés individuelles s'apprécie de manière relative, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral; voir ATF 106 la 267, 271 *Oswald und Niederer*.

65 70 USLW 4237 (2002) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.

66 117 S. Ct. 2329 (1997) *Reno v. American Civil Liberties*; 485 U.S. 46 (1988) *Hustler Magazine v. Falwell*; 458 U.S. 747 (1982) *New York v. Ferber*.

67 501 U.S. 560 (1991) *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*

68 458 U.S. 744 (1982) *New York v. Ferber*.

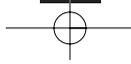
69 315 U.S. 568 (1942) *Chaplinsky v. New Hampshire*; 405 U.S. 518 (1972) *Gooding v. Wilson*; *Lewis v. New Orleans* (1974) 415 U.S. 130.

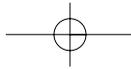
70 Voir *TRIBE* (n. 1), p. 929 et les autres références citées.

71 319 U.S. 105 (1943) *Murdock v. Pennsylvania*; 343 U.S. 495 (1952) *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*.

72 492 U.S. 469 (1989) *Board of Trustees of State University of New York*.

73 116 S. Ct. 1495 (1996) *Liquormart, Inc. v. Rhode Island*.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

.....
Hottelier | La liberté de la presse aux Etats-Unis

celui («*strict scrutiny*»), dont elle fait usage dans le domaine du débat politique, particulièrement représentatif de la dimension de *marketplace of ideas* qui revient à la liberté de presse et d'expression.

XI. Conclusion

Il serait sans doute hasardeux, au terme de cette brève étude, de tirer des conclusions définitives et incontestables quant à la conception américaine de la liberté de la presse. Quelques tendances méritent toutefois d'être mises en évidence, par l'effet d'une comparaison avec la conception de cette liberté telle qu'elle a cours en Suisse.

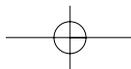
En premier lieu, la liberté de la presse émane aux Etats-Unis d'une disposition qui n'a subi aucune modification depuis son adoption, en 1791. Cette particularité permet de souligner, d'une part, la grande difficulté qui entoure le processus de révision de la Constitution de 1787 et, d'autre part, *le judicial activism* dont la Cour suprême a dû faire preuve pour interpréter et adapter, au cours des âges, la norme constitutionnelle aux exigences et à l'évolution de la vie sociale. Considérée sous cet angle, la conception suisse de la liberté de la presse est différente. Pour avoir trouvé une assise dans la Constitution fédérale de 1848 déjà, puis dans celle de 1874, la liberté de la presse a récemment trouvé une nouvelle jeunesse. La Constitution du 18 avril 1999 contient en effet plusieurs dispositions consacrées aux libertés de communication, dont l'une traite de manière spécifique de la liberté des médias (art. 17). On y trouve une garantie étendue non seulement de la liberté de la presse, mais aussi de la radio et de la télévision, sans oublier «les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques» (al. 1). La censure est explicitement interdite (al. 2) et le secret de rédaction nommément garanti (al. 3). L'art. 35 Cst. énonce par ailleurs un programme ambitieux de réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, alors que l'art. 36 Cst. énumère les conditions de restriction qui leur sont généralement opposables.

Le système suisse des droits fondamentaux s'inspire, en deuxième lieu, très directement et très largement des normes contenues dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, en particulier de la CEDH, et de la casuistique que ceux-ci ont générée. Les contours de la liberté de la presse en Suisse bénéficient ainsi, très utilement, des solutions mises au point par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base des valeurs et des idéaux communs aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Aux Etats-Unis par contre, la Constitution de l'Union demeure encore l'instrument privilégié d'inspiration de la Cour suprême.

Ces dernières années, l'apport des droits de l'homme a, en troisième lieu, conduit en Suisse à l'émergence et au développement du contrôle de la conventionnalité des lois fédérales. Là où les lois fédérales doivent, conformément à la règle inscrite à l'art. 191 Cst., toujours faire l'objet d'une application aveugle de la part des tribunaux, sans être passibles d'un test de constitutionnalité, il n'est désormais plus interdit aux mêmes juges de contrôler la compatibilité des mêmes lois avec les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie. Le cas échéant, ce contrôle peut conduire les juges à refuser d'appliquer une norme contenue dans une loi fédérale, au motif que cette dernière contrevient au droit international. Aux Etats-Unis par contre, le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales, pour s'être développé dès le début du XIX^e siècle, reste, aujourd'hui encore, le mode prioritaire de mise en œuvre de la liberté de la presse.

Au-delà de ces différences, voire de ces singularités, la liberté de la presse conserve toute sa vivacité et toute son actualité, aux Etats-Unis comme en Suisse, au point qu'il serait délicat de déterminer, dans une perspective générale, lequel des deux systèmes passe pour être le plus libéral. Et dans les deux Etats, les juges sont présents pour rappeler les valeurs propres à cette garantie, le pouvoir judiciaire contribuant, à sa manière, à l'animation du *marketplace of ideas* qu'elle incarne. ■





Wie weit geht die Anhörungsspflicht der Medien?

Peter Studer

Dr. iur., Präsident des Schweizer Presserats, Rüşchlikon

Résumé: A l'article 29, la nouvelle Constitution fédérale garantit expressément le droit d'être entendu, jusqu'alors non écrit. Cette garantie va au-delà de son énoncé, ainsi que cela ressort de nombreux arrêts du Tribunal fédéral, dont ceux très controversés rendus cet été en matière de procédure de naturalisation. Constatant l'augmentation rapide du nombre de plaintes visant le droit d'être entendu, le Conseil suisse de la presse a formulé cette année une directive 3.8 consacrant ce droit pour «la personne faisant l'objet de reproches graves». Cette directive concrétise l'interdiction de supprimer des informations (devoir n° 3 du code des journalistes). Les objections disant qu'un devoir d'entendre la personne débouchera sur une objectivité fade ne sont pas justifiées. On demande seulement que le point de vue de la personne soit reproduit «brièvement et loyalement». On n'exige pas une présentation identique de l'argument et du contre-argument.

I. Fairness - das Wort und das Prinzip

Das Wort «Fairness» wie auch die Wortverbindung «fair play» werden dauernd beschworen, und zwar im Sport (dort am häufigsten), aber auch im Diskurs, im politischen und wirtschaftlichen Wettbewerb, als Verhaltenspflicht der Medien. Längst ist diese Metanorm so positiv besetzt, dass sie über zahlreichen andern Normen zu schweben scheint¹. Umso schwieriger aber können wir sie konkret und präzise fassen. Laut dem grossen Duden-Wörterbuch leitet sich das Wort «Fair» aus dem altenglischen Faeger (= «lieblich, schön») ab; neuenglisch bedeutet es so viel wie «den Regeln des Zusammenlebens entsprechend, anständig, gerecht gegenüber andern». Die Kombination «Fair/ness» signalisiert ein Kunstwort, für das es folglich keine adäquate Uebersetzung gibt. So bleibt es semantisch ein Lehnwort aus dem Angloamerikanischen².

Unter den neueren philosophischen Begründungen dieses ethischen Regulativs seien hier nur zwei erwähnt: Der kürzlich verstorbene John Rawls verlangte von einem gesellschaftlich-politischen System unter anderem die Freiheitsgerechtigkeit - eine grösstmögliche Fülle von Freiheitsrechten, die allen einzuräumen sei. Freiheit müsse gleichmässig verteilt sein, sogar wenn ungleiche Freiheit (etwa im Gerichtsverfahren) grösseren Gesamtnutzen (nämlich mehr Effizienz) verspreche³.

Der Doyen der deutschen Gegenwartsphilosophie, Jürgen Habermas, kommt im Zeichen seines Diskursprinzips zu einem ähnlichen Postulat⁴: Gültig seien Handlungsnormen, denen alle möglichen Betroffenen als Teilnehmer am rationalen Diskurs zustimmen können. Rational muteten Diskurse aber dann an, wenn sie freiheitlich

und nicht durch Herrschaftsansprüche verzerrt seien. Jeder Diskursteilnehmer müsse seine Chance haben.

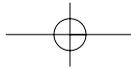
Das Wort Fairness bleibt da und dort aber angefochten - zumal im französischen Sprachraum, wo viel Misstrauen gegenüber angloamerikanischer Begrifflichkeit herrscht. Erinnerung sei an eine dreiteilige Kontroverse vor drei Jahren in den Spalten der Zeitschrift «medialex»: Während DANIEL CORNU die neue Präambel des Journalistenkodex («Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten») beschrieb, die damals «équité (oder fairness)» einführte⁵, widersprach FRANÇOIS GROSS. Dieser einflussreiche Publizist der französischen Schweiz nannte fairness einen vagen amerikanischen Gemeinplatz, «weich und gefährlich», der an die «Eleganz der gentlemen auf dem Golfplatz, der Gewinner ohne Triumph, der Verlierer mit dem Phlegma von Kipling» anschliesse⁶. CORNU bestand auf dem konkreten Sinngehalt der Neuheit⁷; allerdings erwähnte er das im Folgenden zentrale Prinzip des Anhörens beider Seiten nicht.

II. Fairness im Rechtssystem

Schon seit jeher hat sich das Fairnessprinzip als der möglichst freiheitliche und

- 1 LENK H./PILZ G., Das Prinzip Fairness, Zürich-Osnabrück 1989, S. 32.
- 2 PIEPER A. Fairness als ethisches Prinzip, in: Gerhardt V./Lämmer M., Fairness und Fairplay, St. Augustin 1995, S. 41 ff.
- 3 RAWLS J. Gerechtigkeit als Fairness (1958), Freiburg/München 1977, passim.
- 4 HABERMAS J. Faktizität und Geltung (1992), Frankfurt 1998; OTT W./MATHIS M. Die Rechtstheorie von Jürgen Habermas, ZSR 2003, S. 208.
- 5 CORNU D., La régulation interne des médias se renforce, *medialex* 2000, S. 123.
- 6 GROSS F., Les «principes de l'équité», une notion floue, *medialex* 2000, S. 253.
- 7 CORNU D., Qui a peur de l'équité, *medialex* 2003, S. 53.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

chancengleiche Diskurs unter Hauptbetroffenen auch im Recht niedergeschlagen. Und zwar im Richterrecht, in der Rechtslehre, später erst im kodifizierten Recht.

«*Audiat et altera pars*» kennen wir als eine ehrwürdige Formel, deren sich selbst Nichtlateiner gerne bedienen. Abraham Sauer, einer der Kommentatoren der Digesten - also der Fragmente altrömischer Juristen - nannte sie 1580 und schrieb sie Marcianus aus dem 2. Jahrhundert zu: «Halten wir uns daran, Abwesende nicht zu verurteilen - erst recht nicht, wenn ihr Fall nicht gehört wurde...». Im englischen Common Law lebte der Grundsatz als Verpflichtung «*Audi alteram partem*» weiter.⁸

1. Fairness als rechtstaatliches Prinzip

Das neuzeitliche Verfassungsrecht hat den Grundsatz zunächst aus dem Gleichheitsprinzip abgeleitet. Dem Grundrechtsspezialisten PETER SALADIN gelang es vor einem Vierteljahrhundert, in einem Essay über «Das Verfassungsprinzip der Fairness» nachzuzeichnen, wie das Bundesgericht über das Rechtsgleichheitsgebot die Verbote formeller und materieller Rechtsverweigerung entwickelt hatte⁹. Unter die Fälle formeller Rechtsverweigerung rechnete es schon früh die Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Saladin blickte dann hinüber zum angloamerikanischen Rechtskreis und gewährte einen gemeinsamen inhaltlichen Nenner: Den Anspruch auf den «*fair trial in a fair tribunal*». Auch in den USA gelte der Grundsatz des «*Rights to a hearing*» als einer der «*minimum standards of fair decisionmaking*».

Was SALADIN als Praxis des Bundesgerichts nachwies, bezeichnete er als Kernforderung auch unserer Rechtsstaatsidee, nämlich dass die Behörden den Bürgerinnen und Bürgern fair begegnen, sodass diese nicht zum Objekt degradiert werden, sondern stets Subjekt bleiben.¹⁰ Die neue Bundesverfassung hat das jetzt in Art. 29 BV ausdrücklich formuliert. «Fairness im Verfahren» gehört zu den fundamentalen Grundrechten - nicht als rein defensive, gegen die Staatsgewalt gerichtete Ausprägung der Menschenwürde, sondern aktiv und dynamisch.¹¹

Diese Fairnessgarantie trägt weiter als der reine Wortlaut des Verfassungsartikels.

Seit einigen Jahren begründet das Bundesgericht den Umfang der Garantie mit einigen Standardsätzen:

- «Das rechtliche Gehör als verfassungsrechtlicher Anspruch nach (...) Art. 29 Abs. 2 (der erneuerten) BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtstellung des Betroffenen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich (...) zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen».
- «Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach ständiger Rechtsprechung formeller Natur; ist die Rüge begründet, so ist der angefochtene Entscheid unabhängig von der materiellen Rechtslage aufzuheben.»¹²
- «Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird zunächst durch die kantonalen Verfahrensvorschriften umschrieben; erst wo sich dieser Rechtsschutz als ungenügend erweist, greifen die unmittelbar aus Art. 29 BV folgenden bundesrechtlichen Minimalgarantien Platz.»¹³

8 Mitteilung von Peter Weimar, Winterthur/Zürich an den Autor; vgl. WEIMAR P., Wesen u. Geschichte des Rechts, 2. A. München 2001, S. 158 ff.; Englisch Common Law: «The Laws of God and man both give the party an opportunity to make his defence...even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence» (1723). Ausführlich dazu FREIVOGEL A., *Audi alteram partem*. Das rechtliche Gehör im englischen Verwaltungsverfahren, Basel 1979, passim.

9 SALADIN P. Das Verfassungsprinzip der Fairness, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, passim.

10 BGE vom 11. 9. 1963, in: ZBI 1964, S. 216 f.

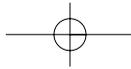
11 MÜLLER J.P., Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 621 ff; derselbe, Grundrechte in der Schweiz, 3. A. Bern 1999, S. 509 ff.; HOTTELLIER M., Les garanties de procédure, in: Verfassungsrecht der Schweiz, S. 812 f.

12 Bundesgerichtsentscheid 1P.189/2000 vom 21. 6. 2000; BGE 126 I 15 E.2; 119 Ia 260 E. 6 mit Hinweisen.

13 Bundesgerichtsentscheid 5P.198/2000 vom 27. 6. 2000; BGE 126 I 19, E. 2.

Zusammenfassung: Das Verfassungsrecht hat die bislang ungeschriebene Anhörungspflicht in Art. 29 BV ausdrücklich garantiert. Die Garantie trägt weiter als der Wortlaut, wie sich aus zahlreichen Bundesgerichtsurteilen ergibt, nicht zuletzt aus den beiden kontroversen Urteilen zum Einbürgerungsverfahren dieses Sommers. Weil die Beschwerdezahl betreffend Anhörung rasch steigt, hat der Schweizer Presserat dieses Jahr die Pflicht zur Anhörung bei schweren Vorwürfen als Richtlinie 3. 8. formuliert. Sie konkretisiert das Verbot der Unterschlagung von Informationen (Pflicht Nr. 3 des Journalistenkodex). Bedenken, die Anhörungspflicht münde in eine fade Ausgewogenheit, sind nicht begründet. Geboten ist nur eine «kurze, faire Wiedergabe» des Anhörungsergebnisses, nicht eine gleichgewichtige Darstellung von Argument und Gegenargument.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

So hob das Bundesgericht das Strafurteil gegen einen Autofahrer auf, das diesen wegen unangepasster Geschwindigkeit bestrafte, obwohl die Anklage auf verweigerter Vortritt gelautet hatte; zur Geschwindigkeitsüberschreitung war der Fahrer nämlich gar nicht gehört worden. Bei einem wichtigen Aspekt des Urteils konnte er also nicht mitwirken.¹⁴ Das Bundesgericht kassierte auch ein obergerichtliches Vaterschaftsurteil, weil der mutmassliche Vater - trotz gesetzeskonformem Antrag des Anwalts - ohne mündliche Verhandlung beurteilt worden war. Und zwar entschied das höchste Gericht «ungeachtet der (vermutlich geringen) Erfolgsaussichten in der Sache selbst».¹⁵

Eine andere Facette des Rechts auf Anhörung hat im Sommer und Herbst des eidgenössischen Wahljahrs 2003 eine heftige, weiterhin schwelende Kontroverse über die **Einbürgerungspraxis** ausgelöst. Die Schweizerische Volkspartei der Stadt Zürich hatte unter dem Titel «Einbürgerungen vors Volk!» verlangt, dass die Stadtzürcher Stimmberechtigten künftig an der Urne über die kapitale unterste Stufe des dreiteiligen Bürgerrechts für Ausländer entscheiden. Stadtrat und Kantonsregierung hatten die Initiative für ungültig erklärt. Das Bundesgericht schützte die Ungültigerklärung, weil das Recht auf Gehör voraussetze, dass **ablehnende Einbürgerungsentscheide begründet** würden. Nur dann könne der gescheiterte Bewerber diesen Verwaltungsentscheid, der tief in seine Rechtsstellung eingreife, auch anfechten.

Am selben Tag behandelte das Bundesgericht noch eine zweite staatsrechtliche Beschwerde, die sich gegen konkrete **Einbürgerungsverweigerungen der luzernischen Gemeinde Emmen** richteten. Das Stimmvolk von Emmen hatte alle vier Gesuche italienischer Staatsbürger gutgeheissen und alle 16 Gesuche von Leuten aus dem ehe-

maligen Staatsgebilde Jugoslawien abgelehnt. Im Vorfeld waren Flugblätter mit «jugo-feindlichen» Parolen zirkuliert; einige sahen sogar den «Erhalt der Schweizer Rasse» gefährdet. In dieselbe Kerbe schlugen ferner zahlreiche Leserbriefe der Luzerner Regionalmedien. «Indizien für bestehende Vorurteile», folgerte das Bundesgericht. Aber vor allem ist auch hier keine Begründung ablehnender Entscheide durch die Behörden möglich. Emotionale Befunde «vom Hörensagen» ersetzen keine Begründung. Folglich hat das Bundesgericht den Emmener Entscheid als verfassungswidrig aufgehoben. Die Schweizerische Volkspartei warf dem Bundesgericht hierauf vor, ein Schisma zwischen Demokratie und Rechtsstaat aufzureissen - als ob Demokratie ohne Rechtstaatlichkeit auskäme.¹⁶

Wie das Bundesgericht mehrmals betonte, ist der Anspruch auf Gehör auch aus dem Postulat der **Wahrheitssuche** abzuleiten. Diese Suche öffnet die Chance, dass der Entscheid dank Mitwirkung aller Betroffenen «richtiger» wird. Und zuguterletzt verbessert sie die Aussicht auf Durchsetzbarkeit des Urteils.¹⁷

Weil die Europäische Menschenrechtskonvention die Anhörungspflicht ebenfalls enthält (Art. 6 EMRK), kann ein diesbezüglicher Bundesgerichtsentscheid in Strassburg angefochten werden.¹⁸

2. Drittwirkung des verfassungsmässigen Rechts auf Gehör?

Bleibt die Frage, wie weit das verfassungsmässige Recht auf Gehör durchgesetzt wird und im Sinne einer Drittwirkung der Freiheitsrechte auch Private bindet. Gemäss Art. 35 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen und die Behörden dafür sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dafür eignen, auch unter Privaten wirksam werden. In einem Fall hat das Parlament das Fairnessprinzip ausdrücklich auf Gesetzesstufe verankert. Gemeint ist das **Gegendarstellungsrecht** im Zivilgesetzbuch (Art. 28 g - 1 ZGB). Es verleiht demjenigen einen Anspruch, der «durch Tatsachendarstellungen in periodisch erscheinenden Medien (...) in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen ist». Der Betroffene - er ist erst nachteilig berührt, noch nicht notwendig verletzt -

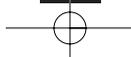
14 BGE 126 I 19.

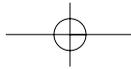
15 Bundesgerichtsentscheid 1P.189/2000 vom 21.6.2000.

16 BGE 129 I 232; 129 I 217.

17 MÜLLER, J. P., (FN 11), S. 511.

18 VILLIGER M., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. A., Zürich 1999, Rz 613 ff.; ZELLER F., Verletzte Fairness zum Dritten. EGMR-Urteil Hertel c. Schweiz vom 21. 2. 2002, NZZ vom 26.2.2002.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

darf der unwillkommenen Tatsachendarstellung seine eigene entgegensetzen: Er erhält einen «gleichlangen Spiess». So wird dem Grundsatz «audiatur et altera pars» nachgelebt.¹⁹ Nur Tatsachenbehauptungen sind gendarstellungsfähig, nicht jedoch Werturteile. Die Wahrheitssuche steht hier nicht im Vordergrund; es geht vielmehr um Fairness. Der Gendarsteller muss seine kontradiktorische Behauptung bloss glaubhaft machen. Wenn das Medienhaus behauptet hatte, der Gendarsteller sei ein notorischer Wirtschaftskrimineller, kann es dessen Gendarstellung nur ablehnen, wenn es einen prima facie Beweis - beispielsweise ein Gerichtsurteil - für seine Aussage auf den Richtertisch legt. In der Regel bleibt offen, wer Recht hat (Art. 28 h ZGB).

Obwohl Grundrechte wie die erwähnten Verfahrensgarantien die ganze Rechtsordnung durchwirken sollten (Art. 35 Abs. 1 BV), ist die Praxis der unteren Gerichte uneinheitlich.

Das hat sich 2002 etwa im straf- wie auch zivilrechtlichen Medienfall Burkhalter erwiesen, der bisher gegenläufige Urteile hervorbrachte. Und zwar deshalb, weil das Zürcher Obergericht und das Bezirksgericht Bülach den Fairnessaspekt unterschiedlich gewichteten. «SonntagsBlick» hatte den ehemaligen EXPO 01-Finanzchef Rudolf Burkhalter gestützt auf Auszüge der bernischen Steuerbehörde beschuldigt, keine Steuern zu entrichten; dabei bezahlte Burkhalter sehr wohl Steuern, aber an seinem Wohnort im Zürcher Oberland. Obwohl die Recherche an Burkhalters Arbeitsort in Bern unvollständig war, billigte das Zürcher Obergericht den beiden Journalisten des «SonntagsBlick» den erfolgreichen strafrechtlichen Gutgläubensbeweis zu (Art. 173 StGB). Zwar seien sie «insofern nicht sorgfältig genug» vorgegangen, als sie Burkhalter erst im Laufe des Samstags auf die Natel-Combox sprachen, um ihn vor der Publikation am Sonntag noch anzuhören. Aber diese Unterlassung «ändere nichts». Das Urteil ist rechtskräftig. Ganz anders das Bezirksgericht Bülach: Es hatte denselben Fall ein Vierteljahr später zivilrechtlich zu beurteilen und erkannte auf widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB). «Ausschlaggebend» bleibe, dass der «SonntagsBlick» den Artikel veröf-

fentlichte, ohne Burkhalter anzuhören, «wie es den üblichen journalistischen Gepflogenheiten entspricht». Zudem hätte Burkhalter rechtzeitig, nicht erst an einem Samstagabend kurz vor Anlaufen der Druckmaschinen, angefragt werden müssen. Für den Zeitpunkt der Publikation genau an diesem Sonntag habe kein Grund vorgelegen. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig; man darf gespannt sein, wie das Zürcher Obergericht diesmal entscheiden wird. Soviel zur umfassenden Durchsetzung des Anhörungsprinzips «in der gesamten Rechtsordnung»!

Im Bundesverwaltungsrecht scheint die Lage ebenfalls komplex zu sein. Sehr deutlich pocht die **Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI)** in ihrer Auslegung des Sachgerechtigkeitsgebots (Art. 4 RTVG) auf das Prinzip »audiatur et altera pars«. Als sechste Sorgfaltpflicht des sachgerecht arbeitenden Journalisten nennt die UBI «das faire Verarbeiten der andern Meinung»; es sei «unabdingbar», den Standpunkt eines Angegriffenen in der Sendung auf geeignete Weise darzustellen. Verweigere dieser seine Mitwirkung, habe der Journalist das - allenfalls unter Angabe der Gründe - mitzuteilen. Greifbare frühere Stellungnahmen des Angeschuldigten müssten differenziert in die Sendung eingebaut werden.²⁰ Andererseits beklagen Beobachter den mangelnden Respekt für das Anhörungsprinzip in **Parlamentarischen Untersuchungskommissionen PUK**, in Verfahren der Geschäftsprüfungskommissionen und in Administrativuntersuchungen der öffentlichen Verwaltung.²¹

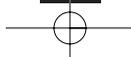
3. Fairness als Gestaltungsprinzip im privaten Verbandsrecht

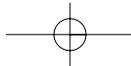
Und die Geltung des Grundsatzes in privaten Vereins- und Verbandsverhältnissen (Art. 35 Abs. 3 BV)? Neben der Qualität des Grundrechts ist der jeweilige Sachverhalt zu würdigen. Verfahrensgarantien wie der Anspruch auf Gehör können wohl auch bei

19 Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29.8.2002, *medialex* 2003, S. 57; Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 5. 11. 2002.

20 DUMERMUTH M., *Rundfunkrecht*, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1996, S. 33.

21 VISCHER D., *Rechtstellung der von einer Untersuchung Betroffenen*, in: *Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung*, St. Gallen 1999.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

verbandsinternen Verfahren - etwa in sogenannten Straf- und Ausschlussverfahren der Sportverbände - angerufen werden. Das dürfte ebenso für Verfahren vor dem Schweizer Presserat gelten, zumal seit 2002 die Mitglieder der Journalistenverbände ihren Respekt vor dem Journalistenkodex schriftlich bekunden müssen und bei wiederholten schweren Verletzungen ausgeschlossen werden können.²²

II. Fairness im Journalistenkodex (neue Richtlinie 3.8.) und zugehörige Praxis des Schweizer Presserats

1. Die Genesis der neuen Richtlinie

Jahrelang hatte der Schweizer Presserat den Medienredaktionen vor der Publikation schwerer Vorwürfe eine **Anhörungspflicht** auferlegt, aber sie nur recht umständlich ableiten können. Herzstück der «Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalisten»²³ ist der Pflichtenkatalog, zumal die «Rechte», deren Adressat der Verleger wäre, 1973 ohne Mitwirkung der Verlegerschaft formuliert worden waren. Im Ingress des Pflichtenkatalogs heisst es: «Medienleute lassen sich bei Informationen und Kommentaren gegenüber betroffenen Personen und Öffentlichkeit vom Prinzip der Fairness leiten». Diesem Satz entnahm der Presserat ein Doppeltes: Erstens und vor allem gilt: Das Anhörungsprinzip «audiatur et altera pars» wirkt zugunsten jener, die in Berichten und Kontroversen schweren Vorwürfen ausgesetzt sind; Schutzobjekt ist der **Diskursanspruch der Person**, ihre Geltung im sozialen Bereich²⁴; ihr Anspruch, «wahrhaftig» dargestellt zu werden²⁵. Zweitens führt der Presserat auch ein fairnessbezogenes Transparenzprinzip im Feld der Meinungsäusserungen, Kommentare und Kolumnen an; Schutzobjekt ist der funktionale Anspruch der Rezipienten, sich eine **eigene Meinung bilden** zu können. «Die einem Kommentar zugrundeliegende Wertung muss für das Publikum ebenso erkennbar sein wie die (genügende) sachliche

Grundlage, auf die sich die Wertung stützt», sagt der Presserat.

Während der Presserat die meisten Pflichten mit «Richtlinien» anreicherte, die als eine Art Kommentar aus der 30jährigen Praxis geschöpft sind, gab es zum Fairnessprinzip keine solche Erläuterung. Ausserstehende Beobachter haben das moniert: Denn «die Missachtung dieser berufsethischen Pflicht sei eines der Grundübel der Medienlandschaft Schweiz».²⁶

Gleichzeitig nahm die Zahl der Beschwerden, die eine Verletzung der Fairness - vor allem des Anhörungsprinzips - rügten, auffällig zu. Von den Fairness-Rügen seit 1990 entfallen über die Hälfte auf die Jahre 2002 und 2003. Das bewog die Plenarversammlung des Presserats am 28. Februar 2002, eine neue Richtlinie zu formulieren:

Richtlinie 3. 8.: Anhörung bei schweren Vorwürfen (Kommentar zur Journalistenpflicht Nr. 3: Verbot, wichtige Informationselemente zu unterschlagen):

Aus dem Fairnessprinzip und dem ethischen Gebot der Anhörung beider Seiten («Audiatur et altera pars») leitet sich die Pflicht der Journalistinnen und Journalisten ab, Betroffene vor der Publikation schwerer Vorwürfe anzuhören. Deren Stellungnahme ist im gleichen Medienbericht kurz und fair wiederzugeben. Aussergewöhnlich kann auf die Anhörung verzichtet werden, wenn dies durch öffentliches Interesse gerechtfertigt ist.

Der von schweren Vorwürfen betroffenen Partei muss nicht derselbe Umfang im Bericht zugestanden werden wie der Kritik. Aber die Betroffenen sollen sich zu den schweren Vorwürfen äussern können.

Diese Richtlinie sei kurz erläutert - nicht zuletzt deshalb, weil einige Chefredaktoren und Medienanwälte mutmassen, nun drohe eine den Recherche-Eifer «lähmende Ausgewogenheit».

2. Befürchtungen aus der Praxis und eine erste Antwort darauf

A. Die Anhörungspflicht lebt nur bei schweren Vorwürfen auf. Diese Qualifikation ist den Umständen zu entnehmen. Zwar hat der Presserat auch schon betont, es gebe etwa für Klatschkolumnen kein Pri-

22 MÜLLER J.P., 2001 (FN 11), S. 636 Anm. 59; Schweizer Verband der Journalistinnen und Journalisten, Rundschreiben an die Mitglieder zum neuen Presseausweis, Freiburg Oktober 2002.

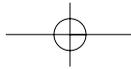
23 Journalistenkodex von 1999.

24 Privatsphäre, Kodex-Pflicht Nr. 7.

25 Wahrheit, Kodex-Pflicht Nr. 1.

26 GLAUS B., Das Recht am eigenen Wort, Bern 1997, S. 71 ff.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

vileg der **augenzwinkenden Unterhaltung**, in dessen Schutz gravierende Unwahrheiten risikolos verbreitet werden dürfen²⁷. Aber nicht jeder Seitenhieb in einer Klatschkolumne wiegt schwer. CASH hatte den bekannten Journalisten Hans Rüz in der Rubrik «Leute» unter dem Titel «Eine Spur zu stur: Hans Rüz, Herausgeber des Bon à Savoir milde verspottet». Rüz hatte sich geweigert, Inserate einer früher kritisierten Firma aufzunehmen, und beanstandete jetzt, CASH habe ihn nicht angehört. Der Presserat wies die Beschwerde zurück; der Seitenhieb sei weder weit neben der Wahrheit gelegen, noch habe er Rüz' Ansehen und Ruf gefährdet²⁸.

Besonderes Augenmerk verdient der oftmals raue, ja sogar **polemische politische Diskurs**. Kürzlich hat der Tages-Anzeiger unter der Überschriftsmarke «TRIBÜNE Christoph Blocher» das Wort gegeben. Der «Tribüne» vorausgestellt war eine kurze Einleitung im Konjunktiv: «Politik und Wirtschaft dürften sich nicht zu nahe kommen, findet (...) Blocher. Diverse Beispiele zeigten, dass dies zu Filz und Korruption führe...». Anschliessend polterte der prominente SVP-Wortführer in seinem üblichen Stil seitenfüllend daher.²⁹ Man gewinnt den Eindruck, dass der Text deutlich als politische Kampfprousa aufgemacht war. Blocher stützte seine Vorwürfe auf teils umstrittene Sachbehauptungen. Hätte die Redaktion zu all den teils überpointierten Sachaussagen Blochers Gegner aus Freisinn und Sozialdemokratie anhören müssen? Das würde jeglichen Pingpong dieser Art, von dem Politik nicht allein, aber auch lebt, massiv erschweren. Andererseits stehen auch die Interessen gewisser besonders und vielleicht zu Unrecht gescholtener Gegner im Raum.

Beschwerdeführer Jean-Jacques Bertschi (FDP), ein kantonalzürcherischer Erziehungspolitiker im Kantonsrat, warf dem Tages-Anzeiger vor, Gastautor und Redaktion hätten die Wahrheits- und die Berichtigungspflicht verletzt. Blochers Vorwurf, er habe von Bildungsaufträgen der Erziehungsdirektion profitiert, sei «politischer Rufmord»; die Redaktion trage Mitschuld, zumal vier Redaktionsmitglieder seine korrekte Position in der Kantonspolitik kennen würden. Die Redaktion trug vor, sie habe mit einem recherchierten Zusatzartikel

zwei Tage später auf die «Verunglimpfung» hingewiesen. Der Vorwurf sei weder so offensichtlich noch so schwerwiegend gewesen, dass das zuständige Ressort schon vorher hätte nachforschen müssen. Der Presserat lehnte die Beschwerde ab. Denn die Redaktion verantwortete medienethisch zwar auch «Tribünen» (Gastartikel), Kolumnen und Leserbriefe. Aber sie müsse bei redaktionsexternen Texten von Nichtjournalisten nur offensichtliche berufsethische Verstösse ausmerzen. Nicht zuletzt solle ja der Diskurs zwischen Leserschaft und Redaktion im Blatt erleichtert werden. Die Redaktion habe zudem sehr schnell eine gutplatzierte Berichtigung mit Frontanriss veranlasst.³⁰

Schwer hingegen wogen die Vorwürfe, die SonntagsBlick und Blick ab Ostersonntag 2002 in der Kampagne mit dem Eröffnungsgambit «Borer und die nackte Frau» gegenüber dem damaligen Schweizer Botschafter in Berlin erhoben, ohne ihn anzuhören³¹.

B. Das Anhörungsergebnis ist im gleichen Medienbericht kurz und fair wiederzugeben. Gelegentlich bekennen Journalisten, eine rassige stromlinienförmige Story nicht durch eine Anhörung «verunklären» zu wollen; man könne ja später immer noch eine Gegendarstellung, Berichtigung oder Leserstimme bringen. Anzutreffen ist auch der vermeintliche Ausweg, eine schwere Anschuldigung im blossen Konjunktiv zu formulieren: «Es heisst, der Präsident der Stiftung medialex habe Gelder veruntreut...» (natürlich ein fiktives Beispiel). Weder Berichtigungsbereitschaft noch Konjunktiv ersparen die Anhörung³².

Solchen Manövern begegnet die Forderung, eine Anhörung sei im selben Beitrag einzubauen. Oft stellt sich die Frage, ob ein gescheiterter Versuch der Anhörung fair unternommen wurde. Dazu sagte der Presserat: «Wenn Medien bis zur letzten Minute zuwarten, vermindern sie die Chance einer fairen Anhörung. Umgekehrt wendet die Gegenseite oft Nichterreichbarkeitsstra-

27 Stellungnahme 8/98, Frank A. Meyer c. Sonntagszeitung.

28 Stellungnahme 8/2002, Rüz c. Cash.

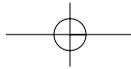
29 Tages-Anzeiger vom 14. 4. 2003.

30 Stellungnahme 33/2003, Bertschi c. Tages-Anzeiger.

31 Stellungnahme 62/2002, wobei der Presserat auf diese krasse Verletzung der Anhörungspflicht nicht einging.

32 Stellungnahme 6/97.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Studer | Wie weit geht die Anhörungspflicht der Medien?

tegien an». Bei einer Sonntagszeitung reicht es gerade noch, wenn sie vom Betroffenen am Freitag eine Antwort verlangt - ausser sie hat einen späteren Termin vereinbart. Bombardiert sie einen Betroffenen nach abgewickelten Vorgesprächen noch am Samstag mit Faxen, muss sie sicherstellen, dass diese angekommen und beantwortbar sind³³.

Was ist unter einer «kurzen und fairen» Wiedergabe des Anhörungsergebnisses zu verstehen? Keineswegs ein «Angebot zur umfassenden Selbstdarstellung»³⁴, sondern die Gelegenheit, zunächst die Vorwürfe - und zwar alle schwerwiegenden - unmissverständlich zurückzuweisen. Je umfangreicher der Bericht, je persönlicher, schwerer und detaillierter die Vorwürfe, desto fairer ist es, auch einige der gegenläufigen «besten Argumente» des Betroffenen auszubringen.

Handelt es sich um Vorhaben der öffentlichen Hand, sind in erster Linie die politisch Verantwortlichen anzuhören - untergeordnete Mitwirkende am ehesten dann, wenn auch sie schwer und persönlich angegangen werden³⁵. Wichtig: Anders als die Skeptiker gegenüber dem Anhörungsrecht argwöhnen, geht es aber keinesfalls um mechanische Ausgewogenheit mit dem Tropfenzähler: 50 Zeilen oder Sekunden für den Anschuldiger, ebensoviel für den Beschuldigten...das würde blutleeren und urteilslosen Journalismus erzwingen. Der Presserat hat eine Objektivitäts- oder Ausgewogenheitspflicht in ständiger Praxis abgelehnt und sich damit begnügt, zu verlangen, dass mit schweren Vorwürfen eingedockte Personen zu Wort kommen³⁶.

C. Wann kann «ausnahmsweise im öffentlichen Interesse» auf Anhörung verzichtet werden? «Öffentliches Interesse» ist eine Generalklausel, die stets am Beispiel konkretisiert werden muss. Keinesfalls deckt sich öffentliches Interesse mit der Neugier grösserer Teile der Öffentlichkeit³⁷; dem Ausnahmecharakter des öffentlichen Inte-

resses sollte ein höherwertiges ethisches Gut entsprechen.

Nachdem das Westschweizer Fernsehen in einem Beitrag über Mobbing eine TSR-Angestellte von hinten gezeigt hatte, ohne Namen oder Arbeitgeberin zu nennen, reklamierte die Direktion TSR, sie sei nicht angehört worden. Der Presserat wies die Beschwerde angesichts der extrem heiklen Situation und der weitgehenden Anonymisierung ab - andernfalls hätte gar nicht berichtet werden können³⁸.

In einem neueren Fall beschwerte sich eine französische Medienbeobachtungsgruppe über die Berichterstattung der «Tribune de Genève» zur Qualität der tunesischen Justiz. Sie legte 13 gezeichnete Artikel aus fünf Jahren und Unterschriften desselben Namens auf öffentlichen Aufrufen bei - alle von ein- und derselben kämpferischen Journalistin. Die Kollegin hatte schwere Sachvorwürfe allgemeiner Natur gegenüber der Qualität einzelner Prozesse in Tunesien erhoben. Richternamen nannte sie jedoch nie. Dennoch rügten die französischen Beobachter eine Verletzung des Anhörungsprinzips. Der Presserat wies die Beschwerde ab. Die Vorwürfe an die tunesische Justiz seien sehr allgemeiner Natur gewesen, die Autorin habe keine einzelnen Richter verunglimpft. Auf Anfrage würde die tunesische Justiz oder deren Sprecher höchstens eine dürre Bestreitungsformel von sich gegeben haben. Damit sei niemandem gedient. Hingegen nannte der Presserat einen Kommentar der «Tribune» unbedacht, der die tunesische Regierung pauschal als «korrupt» bezeichnete, ohne den Ansatz eines Belegs oder einer Quelle mitzuliefern³⁹.

So bemüht sich der Presserat, eine vernünftige, aber nicht verstiegene Auslegung des Fairnessprinzips zu entwickeln. Bisher haben nur wenige Medienhäuser griffige Definitionen für ihr eigenes Journalistenpersonal gefunden - unter ihnen die Washington Post und besonders deutlich Schweizer Radio DRS im internen Handbuch «Informationsjournalismus» 2002. Es geht darum, die Erfordernisse der Fairness im kontroversen Diskurs zu versöhnen mit dem Ziel eines kraftvollen Journalismus, der parteiergreifende, subjektive, ja einseitige Berichte und Kommentare zulässt, wie der Presserat immer wieder betont. ■

33 Stellungnahme 9/2003.

34 Stellungnahme 3/96.

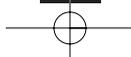
35 Stellungnahme 12/98.

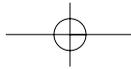
36 Stellungnahme 48/2002.

37 Stellungnahme 62/2002, Ringier c. Borer.

38 Stellungnahme 10/97.

39 Stellungnahme 47/2002.





Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

Alexandre Flückiger

Professeur de droit public à l'Université de Genève

I. Introduction

Le Tribunal fédéral a confirmé, en 1981, sa jurisprudence justifiant le principe du se-

- 1 ATF 107 la 304, 310, Fuchs.
- 2 En droit cantonal, voir Berne (art. 17 al. 3 Cst.-BE; loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public [LIn; RSB 107.1] et ordonnance du 26 octobre 1994 y relative [OIn]), Soleure (art. 11 al. 3 Cst.-SO; loi du 21 février 2001 sur l'information et la protection des données [InfoDG; RSS 114.1] et ordonnance y relative du 10 décembre 2001 [InfoDV; RSS 114.2]) et Vaud (art. 17 al. 2 let. c Cst.-VD; loi du 24 septembre 2002 sur l'information et règlement d'application du 25 septembre 2003 y relatif; RSV 1.6) qui ont ancré le principe de transparence à la fois aux niveaux constitutionnel et législatif.

Genève (loi du 5 octobre 2001 sur l'information du public et l'accès aux documents [LIPAD, RSG A 2 08]) et Jura (loi du 4 décembre 2002 sur l'information et l'accès aux documents officiels; RSJ 170.801) ont concrétisé le principe au niveau législatif. Neuchâtel (art. 18 Cst.-NE), Schaffhouse (art. 47 al. 3 Cst.-SH) et Saint-Gall (art. 60 Cst.-SG) ont introduit ce principe dans leur constitution.

Divers projets de loi sont en préparation dans différents cantons (HÄNER I., Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen: Neuere Entwicklungen, ZBl 2003, p. 282; BRUNNER S. C., Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln, in: Selbstbestimmung und Recht, Festgabe für Rainer. J. Schweizer zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 36).

En droit fédéral, voir le projet de loi sur la transparence de l'administration (LTrans [projet]) adopté par le Conseil fédéral le 12 février 2003 (FF 2003 1888); critique sur son champ d'application: SUTTER P., Der Bundesbehörden bald letztes kafkaeskes Schloss EU-Verordnung und Kantone bringen den Bund unter Zugzwang, PJA 2002, p. 298.

En droit international, deux textes de soft law s'appliquent en Suisse: une Recommandation du Conseil de l'Europe relative à l'accès aux documents officiels du 12 février 2002 et une Recommandation de l'OCDE sur l'information

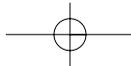
cret de l'administration en invoquant notamment l'existence d'un droit des particuliers à un traitement confidentiel de leurs communications avec l'administration¹. Voulant éviter que la transparence de l'administration conduise à une transparence des citoyens, il a vu, dans le maintien du principe du secret, un moyen pratique pour prévenir cet écueil. Pourtant, en adoptant progressivement le principe de transparence², c'est-à-dire le droit conféré à chacun de consulter les documents officiels détenus par une autorité publique sans justifier d'un intérêt quelconque, le législateur a été contraint d'inventer les moyens de coordonner la transparence avec l'intérêt des particuliers à la protection de leur sphère privée. Il l'a fait en accordant une importance plus ou moins grande à l'un des deux principes.

II. Les termes du conflit

Le conflit porte sur l'opposition entre le principe de transparence et celui de la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), plus particulièrement sous l'angle de la protection contre l'emploi abusif des données personnelles³ (art. 13 al. 2 Cst.); l'un demande de rendre les documents officiels publics qu'ils contiennent ou non des données touchant la sphère privée et l'autre de ne pas les publier⁴. L'antagonisme n'est pourtant pas irréductible et la solution ne réside pas dans la priorité que l'on pourrait accorder à un principe au détriment de l'autre. L'exigence d'un traitement confidentiel de certaines informations ne conduit pas nécessairement à accorder une priorité absolue au principe du secret dans tous les cas. Le Tribunal fédéral l'a reconnu lui-même en 1998 lorsque,

Zusammenfassung: Im Kielwasser mehrerer Kantone hat sich nun auch der Bund daran gemacht, dass Geheimnisprinzip der Verwaltung zu Gunsten des Transparenzprinzips umzuwandeln. Diese Entwicklung steht aber in einem gewissen Widerspruch zum Schutz der Privatsphäre. Verschiedene Prozessvoraussetzungen zu Gunsten betroffener Dritter verzögern den Zugang zu den Informationen und schmälern zudem das Interesse am neuen Prinzip. Sie sind aber legitim solange der Gesetzgeber der Verwaltung einen großen Ermessensspielraum einräumt. Man könnte auf solche Prozessvoraussetzungen verzichten, wenn man klare Regeln über Geheimnis und Publizität aufstellen würde. Eine solche Übung erfordert aber eine gewisse Erfahrung, über die der Gesetzgeber noch nicht verfügt. Die Praxis wird zeigen, welches die effizienteste Lösung ist.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

Résumé: Dans le sillage de plusieurs cantons, la Confédération est en passe de renverser le principe du secret de l'administration au profit de celui de la transparence. Ce développement se heurte cependant à la protection de la sphère privée, qui prend parfois une importance insoupçonnée. Certaines exigences procédurales en faveur des tiers concernés retardent l'accès aux informations et diminuent d'autant l'intérêt du nouveau principe. Elles sont pourtant légitimes lorsque le législateur laisse une marge d'appréciation importante aux autorités. La définition de règles précises statuant sur le secret ou la publicité de documents spécifiques permettrait néanmoins d'en faire l'économie. Pareil exercice exige toutefois une certaine expérience dont les législateurs n'ont pas encore l'habitude. C'est plutôt à l'épreuve de la pratique qu'il s'agira de mesurer l'efficacité des solutions retenues et de revenir, si cela est nécessaire, sur les options initiales.

dans un autre contexte, il a nié l'existence d'un droit de la personne concernée à s'opposer à la consultation publique d'un registre fiscal⁵. Le droit au maintien de relations confidentielles avec l'autorité peut donc être relativisé⁶. Il n'y a pas antinomie mais bien *complémentarité* entre le droit à l'information et la protection de la sphère privée⁷.

D'un point de vue constitutionnel, il faut rappeler le contexte spécifique du droit fédéral. La protection de la sphère privée est garantie constitutionnellement et conventionnellement (art. 13 Cst. et art. 8 CEDH), alors que le principe de transparence ne l'est pas⁸. Le projet de loi fédérale sur la transparence se fonde sur les compétences résiduelles de l'Assemblée fédérale (art. 173 al. 2 Cst.)⁹. Il ne s'agit donc pas de coordonner formellement deux principes de même niveau pour trouver une solution commune mais de spécifier des restrictions à la garantie constitutionnelle de la sphère privée. Ces restrictions sont admissibles aux conditions prévalant pour tout droit fondamental selon l'article 36 Cst.: base légale, intérêt public et proportionnalité notamment. Le droit à la protection de la sphère privée ne saurait donc être interprété comme un obstacle à l'information au motif que le principe de transparence n'a pas été formellement érigé en droit constitutionnel tant sur le plan fédéral¹⁰ que dans la Convention européenne des droits de l'homme.

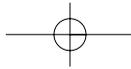
Dans l'optique du présent conflit, l'intérêt public à la restriction de la protection de la sphère privée est bien évidemment celui de «promouvoir la transparence de l'administration» (art. 1er LTrans [projet]), dont une fonction cruciale est de renforcer le contrôle sur l'administration pour prévenir la corruption, le clientélisme et l'arbitraire notamment. Cette perspective est rappelée par le Conseil fédéral dans le message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration: «Le principe de transparence peut être considéré comme un instrument supplémentaire direct permettant de renforcer le contrôle direct de l'administration par les citoyens.»¹¹ Un secret absolu des documents officiels contenant des informations portant atteinte à la sphère privée ne permettrait pas de remplir cet objectif.

La proportionnalité des atteintes à la sphère privée peut être assurée par diverses mesures telles que l'anonymisation des documents officiels (art. 9 al. 1 LTrans [projet])¹², l'autorisation d'un accès individuel¹³, d'un accès partiel ou différé (art. 7 al. 2 LTrans [projet]) ou d'un accès de durée limitée¹⁴ (art. 19 al. 3^{bis} [nouveau] LPD [projet])¹⁵. Le principe de proportionnalité

environnementale du 3 avril 1998. Un troisième texte, conventionnel, a été signé par la Suisse le 25 juin 1998, mais n'est pas encore ratifié: la Convention d'Aarhus applicable aux informations environnementales (FF 2003 1818 et 1881).

- 3 Sur la critique de l'utilisation, dans le projet de loi fédérale sur la transparence, de l'administration du terme de «sphère privée», voir HÄNER (n. 2), p. 295, qui préférerait la référence aux seules données personnelles. Cette notion, reprise de la Constitution fédérale (art. 13), se justifie par son caractère plus général, légitime puisqu'il s'agit de mettre dans la balance différents intérêts de caractère très général également. Elle permet en outre d'assurer une interprétation et une application cohérentes de ce droit fondamental dans tout l'ordre juridique.
- 4 Voir des exemples concrets in BRUNNER 2003 (n. 2), p. 41 ss.
- 5 ATF 124 I 176, 183 s., Minelli.
- 6 MAHON P., L'information par les autorités, RDS II, 1999, p. 336 s.
- 7 MAHON (n. 6), p. 337; BRUNNER (n. 2), p. 43.
- 8 BRUNNER (n. 2), p. 37 ss; SCHWEIZER R. J./KRADOLFER D./SUTTER P., Das Verhältnis von datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsrechten, Verkehrsgerechtigkeit und Amtsöffentlichkeit zueinander; BAERISWYL B./RUDIN B. (éd.), Perspektive Datenschutz, Zurich 2002, p. 236 ss.
- 9 FF 2003 1879.
- 10 Même si le principe de transparence, sans constituer formellement un droit fondamental comme l'interprétation historique le démontre, est plus qu'un simple intérêt public dans la mesure où il est indissociable aujourd'hui du principe démocratique et de l'Etat de droit (voir FLÜCKIGER A., Le projet de loi fédérale sur la transparence: transparence de l'administration ou des citoyens?, in: Tanquerel T./Bellanger F. (éd.), L'administration transparente: quel droit d'accès à l'information?, Genève [etc.] 2002, p. 141 s.).
- 11 FF 2003 1817. Voir également HÄNER (n. 2), p. 286.
- 12 Voir ci-dessous chap. III, 4, B, a.
- 13 L'autorité peut n'accorder dans un cas concret qu'un accès individuel. Voir l'exemple des proches d'un Suisse victime d'un enlèvement à l'étranger (FF 2003 1847). Autre exemple: cas de la publication de données personnelles sur l'Internet lorsque le cercle des destinataires est restreint et très exactement défini (FF 2003 1874).
- 14 Les informations qui contiennent des données personnelles doivent être retirées du site Internet ou effacées lorsque l'intérêt public à leur publication s'est estompé au fil du temps (FF 2003 1874).
- 15 FF 2003 1898.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

exige également de traiter de manière différenciée les données personnelles sensibles des autres données personnelles.

III. Les mécanismes de coordination

1. La distinction entre principes et règles fixes

On doit à Ronald Dworkin la distinction entre deux types de normes: les principes et les règles¹⁶ qui permettent de mieux comprendre les critiques adressées par une partie de la doctrine à l'encontre de la concrétisation législative du principe de transparence. Les règles, selon cette distinction, prescrivent aux destinataires un comportement précis et déterminé alors que les principes se contentent de définir une orientation générale à suivre. Les principes sont relatifs en ce sens qu'ils ne donnent la solution à un problème juridique qu'en relation avec d'autres principes éventuellement opposés et dans des circonstances spécifiques. Si les règles peuvent être appliquées en suivant le raisonnement syllogistique, les principes ont vocation à être mis en œuvre par une balance des intérêts en présence. Deux règles contradictoires ne sauraient coexister alors que tel n'est pas le cas pour deux principes divergents. La distinction de Dworkin doit pourtant être relativisée dans toutes les hypothèses où les règles accusent une densité normative si faible qu'elles ménagent aux autorités une marge d'appréciation comparable à celle des principes. Il existe donc une zone grise entre règles et principes¹⁷.

En pratique, le législateur recourt simultanément à ces deux types de règles pour articuler les principes antagonistes de transparence et de protection de la sphère privée. La différence entre les systèmes juridiques réside dans l'accent porté sur une technique plutôt que sur une autre. Prenant en compte la zone grise des règles imprécises, nous distinguerons trois cas de figure en fonction de la liberté d'appréciation laissée aux autorités d'application: pesée préalable des intérêts par le législateur puis interprétation de concepts juridiquement indéterminés par l'administration (ch. 2); définition d'un mécanisme de pesée des intérêts des principes antagonistes déléguée à l'administration (ch. 3); définition de règles fixes ne laissant qu'une liber-

té d'appréciation très limitée aux autorités d'application (ch. 4).

2. L'examen d'une atteinte à un intérêt prédéfini

Dans ce premier système, différents intérêts, dont l'atteinte constitue un motif de refuser la communication d'un document officiel, sont «pré-qualifiés» de prépondérants par le législateur. Ce dernier délègue alors aux autorités d'application le soin d'examiner de cas en cas l'existence, ou non, d'une telle atteinte en leur demandant d'interpréter les concepts juridiques indéterminés prédéfinis. Cette méthode, qualifiée parfois de «test du préjudice»¹⁸, forme la charpente des législations sur la transparence¹⁹. Sa traduction normative dans le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration en relation avec la protection de la sphère privée est la suivante: «Le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers» (art. 7 al. 2 1^{er} membre de phrase LTrans [projet]). Du point de vue de la technique juridique, les autorités d'application ne doivent pas *peser les intérêts* en présence, mais interpréter la notion juridiquement indéterminée d'«atteinte à un intérêt X». La marge de manœuvre conférée par la loi aux autorités reste, dans ce cas, très étendue.

16 DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Londres 1977 (dont le chapitre II est traduit sous le titre «Le positivisme», *Droit et société*, vol. I, 1985, p. 31 ss); ROBERT A., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt 1986, p. 71 ss (77), reprend une distinction analogue avec quelques divergences. Sur l'application de cette distinction en droit constitutionnel suisse, voir MORAND CH.-A., *Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles*, in *De la Constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle [etc.] 1996, p. 59 ss.

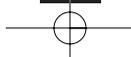
17 MORAND (n. 16), p. 60 s.

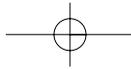
18 Commission européenne, *Analyse comparative des législations des Etats membres en matière d'accès aux documents*, Bruxelles 10 août 2000 (SG.B.2/VJ/CD D[2000] 545158), p. 6.

19 En droit cantonal: Berne: art. 27 al. 1 LIn en relation avec l'art. 29 LIn; Genève: art. 26 LIPAD; Jura: art. 5 de la loi sur l'information et l'accès aux documents officiels; Vaud: art. 16 de la loi sur l'information.

En droit communautaire: art. 4 al. 1 et 2 du règlement CE/1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

En droit international, art. IV al. 1 et 2 de la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'accès aux documents officiels du 12 février 2002.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

3. La pesée des intérêts par les autorités d'application

Dans cet autre système, le législateur délègue aux autorités la compétence de procéder, dans chaque cas particulier, à une pesée des intérêts en présence pour statuer sur le caractère secret ou public d'un document officiel. Les autorités doivent soulever elles-mêmes à chaque fois les intérêts en faveur d'une divulgation et les intérêts au secret. En pratique, cette solution est combinée avec un test du préjudice afin de l'assouplir, augmentant d'autant la marge discrétionnaire de l'administration. Normativement, cette règle se traduit suivant le modèle recommandé par le Conseil de l'Europe: «L'accès à un document peut être refusé si la divulgation [...] porte ou est susceptible de porter préjudice à l'un ou l'autre des intérêts [...] mentionnés dans la disposition prescrivant le test du préjudice], à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation.»²⁰ Dans ce cas, même si les autorités concluent à l'atteinte d'un intérêt protégé par la loi, elles peuvent mettre en balance un intérêt public supérieur non déterminé précisément.

Cette mise en balance peut viser tous les intérêts énumérés en rapport avec le test du préjudice, comme dans l'exemple de la Recommandation du Conseil de l'Europe, ou peut être limitée à certains intérêts spécifiques, comme dans le projet de loi fédérale sur la transparence en rapport avec l'atteinte à la sphère privée: «Le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement reconnu» (art. 7 al. 2 LTrans [projet]).

Cette disposition doit être saluée dans son principe; mais elle est critiquable dans sa formulation. Elle est indispensable, puis-

qu'elle permet de publier un document, nonobstant l'atteinte à la sphère privée de tiers, afin que les finalités du principe de transparence, notamment celles d'exercer un meilleur contrôle sur l'activité administrative, puissent être atteintes. Elle devrait ainsi (théoriquement du moins) permettre de rendre publiques des données relatives à des personnes titulaires d'autorisations ou de concessions ou, encore, à des particuliers parties à un contrat lorsque l'intérêt public le justifie, pour autant bien sûr que l'accès ne soit pas empêché par une autre clause d'exception (art. 7 al. 1 LTrans [projet]) ou par une disposition spéciale imposant le secret (art. 4 LTrans [projet])²¹. Cette disposition est cependant critiquable, car elle renverse le principe de transparence en rétablissant le principe du secret pour un nombre à notre avis trop important de documents. D'une part, contrairement à l'avant-projet qui exigeait une atteinte notable²², le projet rend secret toute divulgation qui «peut porter atteinte» à la sphère privée. La simple potentialité d'une atteinte à la sphère privée ne saurait justifier selon nous le renversement général du principe de transparence. L'intérêt à la transparence ne devrait en outre être reconnu qu'*«exceptionnellement»*. Cette précision ne tient à notre avis pas suffisamment compte du but même du projet de loi, qui vise à ériger l'intérêt public à la transparence en principe et non en exception.

Une nouvelle disposition à introduire dans la loi sur la protection des données (art. 19 al. 1bis [nouveau] LPD²³) permettra d'assurer la coordination avec la règle précédente. Cette norme confèrera en outre une base légale à une telle pratique lors de l'information d'office également (art. 180 al. 2 Cst. et 10 LOGA²⁴), et non seulement à l'information sur demande²⁵.

Le droit jurassien propose un mécanisme analogue, mais en se référant aux données personnelles sans faire le détour par l'atteinte à la sphère privée. Cela est critiquable, dans la mesure où toute publication de données personnelles n'est pas forcément constitutive d'une telle atteinte: «L'accès aux documents officiels contenant des données à caractère personnel peut être autorisé exceptionnellement lorsque la publication intégrale présente un intérêt public particulièrement prépondérant» (art. 5

20 Art. IV al. 2 i.f. de la Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative à l'accès aux documents officiels du 12 février 2002.

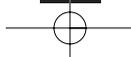
21 FF 2003 1854. Quelques exemples prospectifs sont donnés in BRUNNER (n. 2), p. 57 s.

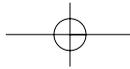
22 Art. 5 al. 3 let. a de l'avant-projet soumis en procédure de consultation.

23 FF 2002 1898.

24 RS 172.021.

25 FF 2003 1873.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

al. 4 de la loi sur l'information et l'accès aux documents officiels).

4. La définition de règles fixes

Si les deux méthodes de coordination précédentes laissent aux autorités une large marge de manœuvre, la troisième lie l'administration. Le législateur définit, dans cette hypothèse, des règles précises qui peuvent viser soit un type de document spécifique (règles fixes spéciales: let. A ci-dessous), soit l'ensemble des documents susceptibles de porter atteinte à la sphère privée (règles fixes générales: let. B ci-dessous). La loi procède dans ce cas elle-même à la pesée des intérêts antagonistes de manière définitive et anticipée, ne laissant aux autorités d'application qu'un pouvoir d'interprétation très limité.

A. Les règles fixes spéciales

Les règles fixes spéciales concernent un type de document spécifique et statuent directement sur le caractère secret ou public de celui-ci. La seule marge laissée à l'appréciation de l'autorité réside dans la définition du document en question. Une fois le type déterminé, l'administration n'a plus d'autre choix que de le divulguer ou de le maintenir secret aux conditions posées par la règle spéciale²⁶: tel est le cas du *secret* des listes de signature en matière de droits populaires (art. 64 al. 2 et 71 al. 2 LDP²⁷) ou des données relatives aux goûts des auditeurs ou des téléspectateurs (art. 54 LRTV²⁸); tel est le cas de la *publicité* du registre des électeurs (art. 4 al. 3 LDP), du nom des auteurs d'une initiative populaire (art. 69 al. 4 LDP) ou du registre du commerce (art. 930 CO²⁹). Ces règles spéciales peuvent d'ailleurs être contenues dans la législation sur la transparence à titre de «cas spéciaux»³⁰: secret des documents officiels afférents à la procédure de co-rapport (art. 8 al. 1er let. a LTrans [projet]); *publicité* des rapports d'évaluation des prestations fournies par l'administration fédérale et de l'efficacité des mesures prises par cette dernière (art. 8 al. 4 LTrans [projet])³¹.

Dans ce cas de figure, l'accès - ou le secret - n'est plus relatif (au sens où il dépendrait des circonstances concrètes et de la configuration des intérêts en présence à un moment donné) mais absolu (pour autant que

la règle fixe ne ménage pas d'exceptions) et précisément prédéterminé. Il serait imaginable de concevoir une législation sur la transparence alternative en se fondant sur de telles prémisses, afin de prévenir la critique d'une partie de la doctrine qui reproche au mécanisme du test du préjudice, combiné avec celui de la pesée des intérêts, son caractère trop indéterminé laissant à l'administration une liberté d'appréciation trop grande et conduisant à ralentir la procédure de divulgation de manière inadmissible lorsque des données personnelles notamment sont en jeu³². Telle est la solution suédoise, qui institue le mécanisme du test du préjudice au niveau constitutionnel et oblige le législateur à définir des règles fixes très détaillées qualifiant de secrets seuls des types précis de documents décrits clairement³³.

B. Les règles fixes générales

Les règles fixes générales ne visent pas une catégorie déterminée de documents, mais l'ensemble des documents officiels en général susceptibles de porter atteinte à la sphère privée. Elles s'insèrent dans les législations sur la transparence en complément du test du préjudice et de la pesée des intérêts pour coordonner les principes de transparence et de protection de la sphère privée. On en retiendra trois: l'anonymisation des documents (let. a), le droit de veto des tiers (let. b) et le droit des tiers d'être entendus et de participer à la procédure (let. c). Nous n'évoquerons pas les autres règles permettant de prévenir une atteinte à la sphère privée telles que celles se rapportant à la préservation de l'identité du demandeur³⁴, celles qui pourraient découler du droit d'auteur (art. 6 al. 2 LTrans

26 Pour une collection d'exemples, voir FF 2003 1810.

27 RS 161.1.

28 RS 784.40.

29 RS 220.

30 Pour reprendre l'intitulé de l'article 8 LTrans (projet).

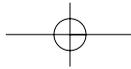
31 Sous réserve, pourtant, de considérer l'administration en tant qu'entité seulement. Ces rapports «ne doivent en aucun cas concerner les prestations d'une personne» selon le message du Conseil fédéral (FF 2003 1857), limitant en réalité la portée de la qualification donnée à ce type de documents dans le message: documents inconditionnellement accessibles dont l'accès est absolu (FF 2003 1857).

32 COTTIER B., Loi fédérale sur la transparence: deux pas en avant, un en arrière, *medialex* 2003, p. 10.

33 COTTIER B., La publicité des documents administratifs, thèse Lausanne 1982, p. 50 ss.

34 FF 2003 1845 et 1860.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

[projet])³⁵ ainsi que celles qui résultent de la définition même de document officiel excluant du champ définitoire les documents destinés à l'usage personnel (art. 5 al. 3 let. c LTrans [projet]).

a. L'anonymisation des documents

La règle de l'anonymisation des documents officiels susceptibles de porter atteinte à la sphère privée est généralement prévue dans toutes les lois sur la transparence³⁶. Elle s'inspire directement de la pratique en matière judiciaire. C'est une application du principe de proportionnalité³⁷. L'anonymisation des documents constitue la règle de base et permet de résoudre un bon nombre de cas conflictuels. Elle n'est en revanche d'aucune utilité lorsque la demande porte précisément sur les documents afférents à une personne précise ou si elle ne peut être opérée en raison d'un travail disproportionné³⁸. Dans cette situation, la question sera de déterminer dans quelle mesure l'ordre juridique concerné autorise ou non la publicité de documents qui n'ont pas été préalablement rendus anonymes.

b. Le droit de veto des tiers

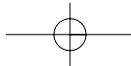
Certains ordres juridiques cantonaux, contrairement au projet en droit fédéral, confèrent un droit de veto à des tiers en fai-

sant dépendre l'accès à des documents officiels, contenant des données personnelles sensibles, de l'accord des personnes concernées. De tels documents sont soustraits à l'appréciation des autorités par le détournement de cette règle absolue³⁹.

L'exemple du canton de Berne est particulièrement édifiant car les données personnelles «particulièrement dignes de protection»⁴⁰ ne peuvent être consultées dans des dossiers «sans l'accord exprès de la personne concernée» (art. 28 LIn et art. 13 OIn). Le tiers dispose de la sorte d'un droit de veto, quel que soit l'intérêt public en jeu à la transparence. Contrairement aux autres données personnelles, publiques par principe⁴¹ mais qui peuvent devenir de cas en cas secrètes à la suite d'une pesée d'intérêts, celles-ci demeurent secrètes par principe et ne peuvent jamais devenir publiques, dans le mécanisme de la loi sur l'information, en cas d'opposition de la personne concernée (art. 27 al. 1 et art. 29 al. 2 let. a LIn; art. 14 OIn)⁴². Aucune pesée d'intérêts ne saurait tempérer la rigueur de cette règle. Seule une disposition spéciale dans la législation ordinaire pourrait exiger la publicité de ce genre de données⁴³. Pareille rigueur est d'autant plus surprenante dans un ordre juridique qui, contrairement au droit fédéral ou à la CEDH, a érigé les deux intérêts publics en confrontation en principes constitutionnels⁴⁴. Cette solution est très critiquable⁴⁵ car, bien que l'accès facilité aux données personnelles ne soit bien sûr pas le but des lois sur la transparence, un tel assouplissement constitue (ou devrait idéalement constituer) l'effet réflexe de ce nouveau principe⁴⁶. Accorder un droit de veto à une personne concernée par la divulgation de données sensibles dans des situations où la prépondérance de l'intérêt public est telle rend la loi peu efficace puisqu'elle ne saurait, dans ce cas, prétendre atteindre l'un des buts sous-jacents, celui de veiller à l'intégrité de l'activité administrative. S'il existe une véritable nécessité d'éviter que les autorités abusent des données personnelles, il convient de la confronter à celle d'éviter que les individus abusent de la protection de leur sphère privée pour couvrir des atteintes à l'intérêt public. La protection des données ne saurait «servir de paravent à des dysfonctionnements de l'administration», selon la formule de Bertil COTTIER⁴⁷.

- 35 Le droit d'auteur ne doit pas être interprété sans autre, dans le contexte d'un ordre juridique ayant introduit le principe de transparence, comme un droit de s'opposer à la divulgation à des tiers. FF 2003 1822 s.; BARRELET D., Le principe de transparence et les exigences du droit d'auteur, *medialex* 2003, p. 155 ss.
- 36 En droit fédéral: art. 9 al. 1er LTrans (projet); Berne: art. 29 al. 3 LIn et art. 12 OIn; Genève: art. 27 al. 1er et 2 LIPAD; Soleure: § 9 InfoDV; Jura: art. 5 al. 3 de la loi sur l'information et l'accès aux documents officiels; Vaud: art. 17 al. 2 de la loi sur l'information.
- 37 FF 2003 1846.
- 38 FF 2003 1858.
- 39 Sur le droit de blocage préventif («Sperrrecht») et la nécessité que celui-ci n'ait pas une valeur absolue, voir BRUNNER (n. 2), p. 55 et Flückiger 2002 (n. 10), p. 153.
- 40 Sur les contours de cette notion en droit bernois, voir SIEGENTHALER M., Öffentlichkeit der Verwaltung, BAERISWYL B./RUDIN B., Perspektive Datenschutz: Praxis und Entwicklungen, in *Recht und Technik*, Zurich [etc.], 2002, p. 219.
- 41 SIEGENTHALER (n. 40), p. 218.
- 42 SIEGENTHALER (n. 40), p. 218 s.; HÄNER (n. 2), p. 298.
- 43 Voir des exemples dans SIEGENTHALER (n. 40), p. 216.
- 44 Voir ci-dessus chap. I.
- 45 SIEGENTHALER (n. 40), p. 219, laisse ouverte la question de l'opportunité de requérir le consentement de la personne concernée. Pour HÄNER (n. 2), p. 296, cette solution n'est «pas sans poser de problèmes» («nicht ganz unproblematisch»).
- 46 SIEGENTHALER (n. 40), p. 206.
- 47 COTTIER B., L'accès aux documents administratifs et la protection des données, *medialex* 2000, p. 192.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

On peut apprécier concrètement les éléments de ce débat à la lumière du rapport final sur les manipulations comptables opérées par les anciens organes de la Banque cantonale vaudoise, commandité par le Conseil d'Etat pour vérifier l'opportunité d'éventuelles actions judiciaires. Bien que ce document ait été publié d'office par les autorités, et non sur demande, la problématique est analogue - ou devrait du moins l'être⁴⁸. Après avoir refusé dans un premier temps la publication de ce rapport en raison des risques d'interférence avec l'enquête pénale en cours, le gouvernement cantonal l'a rendu public à partir du moment où le juge d'instruction l'a ouvert aux parties concernées. La décision du Conseil d'Etat repose précisément sur le fondement de la nouvelle loi vaudoise sur l'information et met en évidence l'intérêt public d'informer en toute objectivité et sur la base de sources fiables afin d'éviter «toute information partielle, voire partielle». ⁴⁹ Préliminaire à des poursuites pénales, ce genre de rapport contient nécessairement des données personnelles sensibles, qu'une anonymisation ne serait certainement pas à même de celer complètement. On imagine facilement que le but de transparence affiché par la loi serait manqué si, dans l'exemple précédent, le président du conseil d'administration révoqué, par exemple, avait pu exercer un droit de veto. Le droit soleurois connaît également un droit de veto, dans une mesure légèrement moindre cependant. Si les autorités ne peuvent pas garantir la protection des intérêts privés par l'anonymisation du document, elles doivent s'enquérir du consentement de la personne concernée en informant celle-ci de son droit de veto (§ 9 al. 2 InfoDV). L'autorité a l'obligation de refuser de divulguer le document en cas de défaut de consentement (§ 9 al. 3 InfoDV). Trois exceptions seulement sont admissibles et permettent de rendre le document public (§ 9 al. 3 2^e phrase InfoDV). Tout d'abord si une disposition légale le prévoit - exception également connue en droit bernois (§ 15 al. 1 let. a et § 16 al. 1 let. a InfoDG). Si, ensuite, la divulgation se révèle être nécessaire à l'accomplissement de tâches prévues par la loi (§ 15 al. 1 let. b et § 16 al. 1 let. b InfoDG); une interprétation extensive de cette notion, justifiée par le but même du principe de transparence, permettrait dans une certaine mesure de tenir compte des

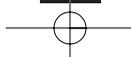
critiques précédentes. Si, enfin, la personne a rendu ses propres données personnelles publiques (§ 15 al. 1 let. c et § 16 al. 1 let. c InfoDG); cette exception n'en est réalité pas une puisque, dans ce cas, la personne a consenti (voir § 9 al. 3 1^{ère} phrase InfoDV). Le droit vaudois quant à lui, contrairement à ce qu'une première lecture du texte pourrait peut-être laisser supposer, ne confère pas de droit de veto aux personnes concernées. La «réserve du consentement de la personne concernée», prévue à l'article 16 al. 3 let. a de la loi sur l'information, s'avère être soit une fausse réserve, soit une évidence, puisqu'elle contribue simplement à préciser qu'il n'y a pas d'atteinte notable à la sphère privée lorsque la personne concernée a consenti. Bien que le choix de la terminologie manque totalement de rigueur dans le texte de loi⁵⁰, l'article 16 al. 4 de la loi sur l'information confère uniquement le droit à «une personne déterminée sur laquelle un renseignement est communiqué» d'en être informée.

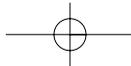
C. Le droit des tiers d'être entendus et de participer à la procédure

Dans une variante moins extrême que la précédente, la législation peut conférer aux tiers concernés un *droit d'être entendu* lorsque l'accès à certains documents officiels serait de nature à les atteindre dans leur sphère privée. Ce droit d'être entendu peut être suivi ou non d'un *droit d'opposition*⁵¹ à la communication des documents officiels contenant les données personnelles litigieuses, la personne concernée pouvant ainsi devenir ou non partie à la procédure d'accès suivant les systèmes juridiques.

En droit fédéral, le projet prévoit explicitement le droit du tiers d'être consulté avec

- 48 La publication d'office d'un document officiel par les autorités demeure un acte matériel dans les ordres juridiques ayant concrétisé le principe de transparence. Aucune procédure spécifique n'est prévue, contrairement au droit d'accès sur demande. Le principe de la transparence doit cependant être interprété dans une perspective systématique. Le régime de la publication d'office ne saurait être utilisé pour contourner les règles relatives à l'accès sur demande (sur cette question, voir BRUNNER [n 2], p. 56 s.).
- 49 Communiqué de presse, Bureau d'Information et de Communication de l'Etat de Vaud, Lausanne, 1er octobre 2003.
- 50 Utilisation non rigoureuse des termes «information», «renseignement» et «document officiel» aux articles 8 à 20 notamment de la loi sur l'information. En règle générale, il faut, suivant le contexte, comprendre ces termes comme synonymes.
- 51 Sur le droit de blocage préventif, voir note 39 ci-dessus.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

un délai de dix jours intimé à ce dernier pour se prononcer (art. 11 LTrans [projet]) suivi d'un droit à participer à la suite de la procédure (art. 13 al. 1^{er}, 15 al. 1^{er} et 16 LTrans [projet]; art. 25^{bis} [nouveau] LPD). Ces droits peuvent être invoqués dès que l'autorité envisage de rendre accessibles des documents contenant des données personnelles⁵². Le tiers entendu doit être informé de la prise de position de l'autorité sur la demande d'accès (art. 11 al. 2 LTrans [projet]). Le projet de loi prévoit dans ce contexte un effet suspensif (art. 12 al. 3 LTrans [projet]).

En droit cantonal, bien que les cantons disposant actuellement d'une législation spéciale aient tous prévu un régime de consultation des personnes intéressées, des différences subsistent en fonction de l'impact des données en cause sur la sphère privée. Le *droit jurassien* prévoit un droit d'opposition, précédé du droit des personnes concernées d'être consultées préalablement dans l'hypothèse où l'accès aux documents officiels contenant des données personnelles est autorisé (art. 5 al. 4 de la loi sur l'information et l'accès aux documents officiels). Le *droit genevois* prévoit, pour sa part, que les tiers doivent être consultés avant qu'une suite favorable ne soit donnée à une demande d'accès susceptible de compromettre les intérêts de ceux-ci (notamment l'atteinte à la sphère privée ou familiale⁵³, la révélation d'informations sur l'état de santé d'une personne⁵⁴ ou le fait de rendre la législation sur la protection des données personnelles inopérantes⁵⁵) et impartit un «*bref délai*» à la personne concernée pour faire part de son opposition (art. 28 al. 4 LIPAD). L'autorité qui entend conférer l'accès nonobstant l'opposition d'un tiers a l'obligation d'indiquer à celui-ci qu'il peut saisir le médiateur préalablement à toute communication du document (art. 28 al. 5 LIPAD). En *droit vaudois*, le règlement d'ap-

plication de la loi sur l'information précise l'obligation d'informer les personnes sur lesquelles un renseignement est communiqué (art. 16 al. 4 de la loi sur l'information) en l'assouplissant fort opportunément pour les données personnelles qui ne portent pas une atteinte *notable* à la sphère privée: «Le service compétent amené à communiquer un document officiel qui concerne essentiellement une personne déterminée et qui ne porte pas notablement atteinte à la sphère privée en informe cette personne au moment de la diffusion.» (art. 26 du règlement d'application de la loi sur l'information). On en déduit cependant que les personnes doivent être informées même dans l'hypothèse où il n'y a pas d'atteinte notable, c'est-à-dire dans un cas de figure où la loi ne reconnaît aucun intérêt privé prépondérant au secret (art. 16 al. 3 let. a de la loi sur l'information). D'après l'exposé des motifs du Conseil d'Etat, la personne concernée n'a pas le droit de contester la divulgation prévue⁵⁶. Le *législateur bernois* a opté pour une solution plus nuancée⁵⁷: si la consultation est forcément requise en cas d'atteinte à des données personnelles particulièrement dignes de protection puisque le tiers concerné jouit d'un droit de veto comme nous l'avons décrit plus haut, elle ne l'est pas s'il n'y a aucune hésitation sur la nature des données personnelles en cause (art. 14 al. 3 OIn). En cas de doute en revanche, l'autorité entend préalablement toutes les personnes intéressées lorsqu'il pourrait s'agir de données personnelles particulièrement dignes de protection ou lorsque des intérêts privés prépondérants pourraient être touchés (art. 14 al. 2 OIn). Le *législateur soleurois*, sur le modèle précédent, prévoit un droit d'être entendu en cas de doute sur le caractère digne de protection des intérêts privés touchés (§ 8 al. 2 InfoDV) et dans le cas où un tiers dispose d'un droit de veto (§ 9 al. 2 InfoDV).

Ces solutions présentent le défaut de prolonger la durée de la procédure⁵⁸. L'information est une denrée rapidement obsolète, qui justifie un accès aussi rapide que les circonstances l'exigent. Si le droit d'être entendu est légitime en cas d'atteinte sévère à la protection de la sphère privée⁵⁹, il faut se rendre compte que son exercice généralisé risque de réduire d'autant l'efficacité du principe de transparence.

52 FF 2003 1863.

53 Art. 26 al. 2 let. g LIPAD.

54 Ibidem let. h.

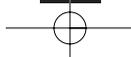
55 Ibidem let. f.

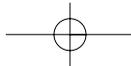
56 Tiré à part, Lausanne 2002, p. 28 (ad art. 16 i.f.).

57 HÄNER (n. 2), p. 299.

58 HÄNER (n. 2), p. 299 s.

59 Voir le raisonnement in FLÜCKIGER (n. 10), p. 149 ss. Dans le même sens, voir HÄNER (n. 2), p. 299 s. Contra: COTTIER (n. 33), p. 216, mais voir cependant ibidem, p. 44, la position du Tribunal administratif suprême suédois.





Etudes & réflexions Untersuchungen & Meinungen

Flückiger | Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée

Dans le cas des systèmes octroyant une grande liberté d'appréciation aux autorités d'application (test du préjudice et/ou pesée des intérêts), le droit d'être entendu se justifie, à notre avis, lors du développement progressif de la pratique en matière d'accès aux documents, ce droit (art. 29 al. 2 Cst.) n'étant exclu que de la procédure législative⁶⁰. Ensuite, cet intérêt devrait, en règle générale, décroître graduellement au fur et à mesure qu'il sera possible de dégager de la pratique de l'administration et de la jurisprudence des typologies de documents accessibles ou non. Ainsi, lorsqu'il découlera d'une jurisprudence bien établie que les parties à tel type de contrat de droit administratif n'auront aucun droit à l'anonymat, l'utilité de consulter systématiquement les parties à l'avenir dans l'hypothèse d'un état de fait identique sera de plus en plus réduite. Un intérêt ne pourrait subsister que si les caractéristiques et les circonstances de l'espèce devaient s'avérer déterminantes.

En revanche, définir d'emblée de manière précise dans la loi des catégories de documents secrets constitue une solution claire, prévisible, égalitaire, autorisant une prise de décision rapide. Ainsi, dans le cas d'un registre fiscal, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu aux tiers concernés le droit d'exiger le déroulement d'une procédure particulière leur conférant un droit d'être entendu⁶¹. La procédure est allégée d'autant. On saisit mieux la critique d'une partie de la doctrine, qui préconise de s'inspirer de certaines législations étrangères pour «ciseler des normes de secret précises»⁶² et consacrer les cas où la publicité l'emporte en dépit de la divulgation de données personnelles, en particulier dans les domaines où les risques de corruption et d'avantages indus sont élevés. Cette solution est évidemment la meilleure du point de vue de la transparence - pour autant que le législateur ne définit pas un nombre trop élevé de normes spécifiques de secret... Une loi décrétant le secret des registres fiscaux, en dépit de sa clarté et de sa précision, favoriserait définitivement moins la transparence qu'une norme de principe prévoyant une balance d'intérêts.

IV. Conclusion

Le conflit entre le droit d'accès généralisé aux informations détenues par l'administration et la nécessité de respecter la sphère privée des particuliers n'est pas irréductible. Il ne se justifie en particulier pas d'accorder une priorité absolue à la protection des données personnelles, fussent-elles sensibles, dans la mesure où l'efficacité du principe de transparence en pâtirait. Il ne se justifie pas non plus de poser des exigences procédurales ayant pour effet de retarder indûment l'accès aux informations requises. Pourtant, lorsque le législateur laisse une marge de manœuvre importante aux autorités pour statuer sur le caractère secret ou public d'un document officiel, des exigences procédurales minimales doivent être prévues afin de compenser l'imprécision de la norme. Pour être proportionnées, ces restrictions doivent être nuancées en fonction du degré d'atteinte à la sphère privée. Cette option législative n'est certes pas idéale dans la perspective de l'efficacité du nouveau principe. Elle est cependant défendable dans une vision dynamique de la question: «ciseler» de nouvelles normes de secret précises - et bien sûr ne pas les multiplier au point de renforcer paradoxalement la pratique du secret - est une tâche qui demande une certaine expérience de la publicité. Laisser entre les mains des autorités la responsabilité de développer une pratique, espérons-le cohérente et équilibrée, s'avère probablement plus opportun dans la phase de l'introduction du nouveau principe. C'est à l'épreuve de la pratique que le concept pourra être graduellement précisé et que les principes pourront progressivement se décanter en règles fixes plus claires, plus prévisibles, mais en contrepartie moins souples et moins adaptables. Il s'avère en conséquence essentiel de prévoir une évaluation périodique de l'efficacité de ces nouvelles lois⁶³ et de revenir, si c'est nécessaire, sur les options initialement retenues. ■

60 ATF 129 I 232, 237. Sur les critiques, voir Wyss M., *Öffentliche Interessen*, Berne 2001, p. 92 s.

61 ATF 124 I 176, 183 s, Minelli.

62 COTTIER (n. 32), p. 10

63 Voir art. 19 LTrans [projet]. De manière plus générale sur cette obligation en droit fédéral, voir art. 170 Cst., art. 27, 44 al. 1 let. e et f et 54 al. 4 de la loi sur le Parlement (LPar) (FF 2002 7577) et art. 10 du projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (OLPA) (FF 2003 4583).

