

LE JUGEMENT

DAS URTEIL

## Affaire Stoll c. Suisse: la Grande Chambre de la CEDH infirme la violation de l'article 10 CEDH

Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 10 décembre 2007, Affaire Stoll c. Suisse (Requête 69698/01)

*La condamnation du journaliste Martin Stoll pour publication de débats officiels secrets (art. 293 du Code pénal suisse) dans le cadre de l'affaire des fonds en déshérence n'a pas violé le principe de liberté d'expression. La Grande Chambre de la CEDH, statuant sur requête du Gouvernement suisse, a ainsi infirmé l'arrêt de la Cour du 25 avril 2006 qui concluait à une violation de l'article 10 CEDH.*

*Die Verurteilung des Journalisten Martin Stoll wegen Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB) im Rahmen der Affäre um die Entschädigung von Holocaust-Opfern verletzt nicht das Prinzip der freien Meinungsäußerung. Die grosse Kammer des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hat auf Gesuch der Schweiz den anderslautenden Entscheid des Gerichtshofes vom 25. April 2006 entkräftet.*

### En Fait (Résumé):

En 1996 et 1997, des négociations furent menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses à propos de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes suisses. Dans ce contexte, Carlo Jagmetti, alors ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis, établit le 19 décembre 1996 un «document stratégique», classé confidentiel, qui fut envoyé par télécopie à Thomas Borer, chef de la task force instaurée sur la question au sein du département fédéral des affaires étrangères à Berne. Des copies furent également adressées à 19 autres personnes du gouvernement suisse et de l'administration fédérales, ainsi qu'à des représentations diplomatiques suisses. Le requérant obtint copie de ce rapport, selon toute vraisemblance à la suite d'une violation du secret de fonction dont l'auteur n'a pu être identifié. Le requérant signa personnellement deux articles dans le Sonntags-Zeitung. D'autres articles de presse furent également publiés. A la suite de ces publications, le Conseil fédéral demanda au Conseil suisse de la presse d'examiner l'affaire. Ce dernier estima que le document stratégique était «d'intérêt public» et admit que «sa publication était légitime en raison de l'importance du débat public sur les avoirs des victimes de l'Holocauste, de la position de premier plan de l'ambassadeur suisse à Washington et du contenu du document». Le Conseil relevait toutefois que «de manière irresponsable, le Sonntags-Zeitung

[avait] donné aux thèses de M. Jagmetti une tournure dramatique et scandaleuse en présentant de manière tronquée le document stratégique et en rendant insuffisamment compte de la chronologie des événements». A la suite de ces événements, une enquête pénale fut ouverte contre le requérant pour publication de débats officiels secrets au sens de l'article 293 du code pénal (CP). La préfecture de Zürich infligea au requérant une amende de 4000 francs suisses pour avoir publié les articles intitulés «L'ambassadeur Jagmetti offense les juifs» et «L'ambassadeur en peignoir et aux gros sabots met les pieds dans le plat». Sur recours du requérant, le Tribunal de district de Zürich confirma sa condamnation mais ramena le montant de l'amende à 800 CHF. Le recours en nullité du requérant fut rejeté par la cour d'appel. Le requérant saisit ensuite le Tribunal fédéral d'un recours en nullité et d'un recours de droit public. Le Tribunal fédéral rejeta les recours du requérant dans deux arrêts datés du 5 décembre 2000. La Cour européenne des droits de l'homme fut saisie en date du 14 mai 2001 par requête n° 69698/01. En date du 25 avril 2006, la Cour rendit un arrêt dans lequel elle concluait, par quatre voix contre trois, à la violation de l'article 10 de la Convention. Le 14 juillet 2006, le Gouvernement suisse a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Le Collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 13 septembre 2006.

## En Droit

(...)

### I. Existence d'une ingérence

46. La chambre a estimé que la condamnation du requérant s'analyse en une «ingérence» dans l'exercice de sa liberté d'expression, ce que nul n'a contesté.

47. La Cour n'aperçoit aucune raison de s'écarter de la conclusion de la chambre.

### II. Justification de l'ingérence

48. Pareille immixtion enfreint l'article 10, sauf si elle remplit les exigences du paragraphe 2 de cette disposition. Il reste donc à déterminer si l'ingérence était «prévues par la loi», inspirée par un ou des buts légitimes au regard de ce paragraphe et «nécessaire dans une société démocratique» pour les atteindre.

#### A) «Prévues par la loi»

49. La chambre a estimé que la condamnation du requérant se fondait sur l'article 293 du code pénal (...).

50. Les parties ne remettent pas en question cette conclusion. Pour sa part, la Cour n'aperçoit aucune raison d'adopter un point de vue différent.

#### B) «Buts légitimes»

(...)

54. La Cour n'est pas convaincue que la sanction visait à protéger la «sécurité nationale» et la «sûreté publique». En tout état de cause, force est de constater que les autorités internes n'ont pas entamé de poursuites pénales, ni contre le requérant ni contre de tierces personnes, pour des délits ou crimes sanctionnant des activités mettant en danger ces intérêts. Il est vrai que des poursuites pénales qui se fondent sur l'article 293 du code pénal n'excluent pas que soit en jeu la «sécurité nationale» et la «sûreté publique», mais la Cour rappelle que, dans son jugement du 22 janvier 1999, le tribunal de district de Zurich, estimant que la divulgation du document confidentiel n'avait pas porté atteinte aux fondements mêmes de l'Etat, avait admis l'existence de circonstances atténuantes. Par ailleurs, il convient d'appliquer ces notions avec retenue et de les interpréter de manière restrictive, en n'y ayant recours que lorsqu'il a été démontré qu'il était nécessaire d'empêcher la publication de telles informations à des fins de protection de la sécurité nationale et de la sûreté publique (voir, dans le même sens, le Comité des Droits de l'homme des Nations unies, paragraphe 42 ci-dessus).

55. En ce qui concerne la «protection de la réputation ou des droits d'autrui», il convient de constater qu'aucune

poursuite pénale n'a été entamée contre le requérant pour une infraction contre l'honneur, notamment pour injure ou diffamation.

56. En revanche, la Cour partage l'avis du Gouvernement, selon lequel la condamnation du requérant visait la prévention de la «divulgation d'informations confidentielles» au sens de l'article 10 § 2.

57. La Cour juge opportun de soulever une question d'interprétation, non évoquée par les parties au présent litige, mais qui est susceptible de prêter à confusion.

58. En effet, tandis que la version française du libellé de l'article 10 § 2 de la Convention évoque les mesures nécessaires «pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles», le texte anglais se réfère aux mesures nécessaires «for preventing the disclosure of information received in confidence». Cette dernière formulation pourrait inciter à croire qu'est visée seulement la personne qui se trouve dans un rapport de confidentialité avec l'auteur d'un document secret et, par conséquent, qu'elle exclut de son champ d'application des tierces personnes, parmi lesquelles les professionnels des médias.

59. La Cour n'adhère pourtant pas à cette interprétation, qu'elle considère comme trop restrictive. Confrontée à deux textes authentiques et qui font également foi mais qui ne sont pas en totale harmonie, elle estime opportun de se référer à l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 dont le paragraphe 4 reflète le droit international coutumier en matière d'interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues (LaGrand, Cour internationale de justice, 27 juin 2001, Recueil 2001, § 101).

60. Selon le paragraphe 3 de cette disposition, «les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques». En vertu de son paragraphe 4, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes (voir, dans ce sens, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (no 1), arrêt du 26 avril 1979, série A no 30, p. 30, § 48, et *James et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 21 février 1986, série A no 98, p. 31, § 42).

61. La Cour admet qu'il convient d'interpréter restrictive-ment les clauses permettant une ingérence dans les droits découlant de la Convention. Néanmoins, à la lumière du paragraphe 3 de l'article 33 de la Convention de Vienne, et compte tenu de l'absence d'indication contraire dans les travaux préparatoires, elle considère qu'il y a lieu d'adopter une interprétation de la phrase «empêcher la divulgation d'informations confidentielles» englobant les informations confidentielles divulguées aussi bien par une personne soumise à un devoir de confidentialité que par une tierce personne, et notamment, comme en l'espèce, par un journaliste.

62. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que le Gouvernement a pu invoquer à juste titre le but légitime de la prévention de «la divulgation d'informations confidentielles».

**C) «Nécessaire dans une société démocratique»**

**1) Les principes élaborés par la Cour**

101. La question principale à trancher est celle de savoir si l'ingérence était «nécessaire dans une société démocratique». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, par exemple, Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998 VI, pp. 2329 et suiv., § 46, et Steel et Morris c. Royaume-Uni, no 68416/01, § 87, CEDH 2005 II):

i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de «société démocratique». Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui (...) appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (...)

ii. L'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10 § 2, implique un «besoin social impérieux». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une «restriction» se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était «proportionnée au but légitime poursuivi» et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent «pertinents et suffisants» (...). Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (...)

102. Par ailleurs, il y a lieu de rappeler que toute personne, fût-elle journaliste, qui exerce sa liberté d'expression, assume «des devoirs et des responsabilités» dont l'étendue dépend de sa situation et du procédé technique utilisé (voir, par exemple, Handyside c. Royaume-Uni, arrêt du 7 décembre 1976, série A no 24, p. 23, § 49 in fine). Ainsi, malgré le rôle essentiel qui revient aux médias dans une société démocratique, les journalistes ne sauraient en principe être déliés, par la protection que leur offre l'article 10, de leur devoir de respecter les lois pénales de droit commun. Le paragraphe 2 de l'article 10 pose d'ailleurs les limites de l'exercice de la liberté d'expression, qui restent valables même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt général (voir, par exemple, Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège [GC], no 21980/93, § 65, CEDH 1999 III, et Monnat c. Suisse, no 73604/01, § 66, CEDH 2006 ...).

103. Ainsi, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations «fiabiles et précises» dans le respect de la déontologie journalistique (voir, par exemple, Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95, CEDH 1999-I, § 54, Monnat, précité, § 67, et Pedersen et Baadsgaard c. Danemark [GC], no 49017/99, § 78, CEDH 2004 XI).

104. Ces considérations jouent un rôle particulièrement important de nos jours, vu le pouvoir qu'exercent les médias dans la société moderne, car non seulement ils informent, mais ils peuvent en même temps suggérer, par la façon de présenter les informations, comment les destinataires devraient les apprécier. Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue (voir, pour le principe bien établi dans la jurisprudence de la Cour selon lequel la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, par exemple Tyrer c. Royaume-Uni, arrêt du 25 avril 1978, série A no 26, p. 15, § 31, Airey c. Irlande, arrêt du 9 octobre 1979, série A no 32, pp. 14 et suiv., § 26, Vo c. France [GC], no 53924/00, § 82, CEDH 2004 VIII, et Mamatkoulou et Askarov c. Turquie [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 121, CEDH 2005 I).

105. Là où la liberté de la «presse» est en jeu, les autorités ne disposent que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un «besoin social impérieux» (voir, à titre d'exemple, Editions Plon c. France, no 58148/00, § 44, troisième alinéa, CEDH 2004-IV).

106. En outre, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général (voir, par exemple, Wingrove c. Royaume-

Uni, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil 1996-V, p. 1957, § 58). La Cour doit faire preuve de la plus grande prudence lorsque, comme en l'espèce, les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (voir, par exemple, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 64, et *Jersild c. Danemark*, arrêt du 23 septembre 1994, série A no 298, p. 25, § 35).

107. Toutefois, si probablement tous les Etats membres du Conseil de l'Europe ont adopté des réglementations destinées à préserver le caractère confidentiel ou secret de certaines données sensibles et à poursuivre les agissements contraires à ce but, ces réglementations font preuve d'une grande diversité non seulement par rapport à la définition du secret et à la manière de gérer les domaines sensibles tombant dans leur compétence, mais aussi quant aux modalités et conditions de poursuite de l'auteur d'une divulgation illicite d'informations (voir l'étude comparative de M. Christos Pourgourides, paragraphe 44 ci-dessus). Les Etats peuvent donc, dans ce domaine, se prévaloir d'une certaine marge d'appréciation.

## 2) Application en l'espèce des principes susmentionnés

### a) Le domaine en jeu en l'espèce: la diffusion d'informations de nature confidentielle

108. En l'espèce, les juridictions internes ont condamné le requérant à une amende de 800 CHF pour avoir publié «des débats officiels secrets» au sens de l'article 293 du code pénal. D'après elles, le requérant avait réalisé l'infraction en divulguant dans un hebdomadaire un rapport confidentiel émanant de l'ambassadeur suisse aux Etats-Unis. Cette publication avait trait à la stratégie à adopter par le gouvernement suisse dans les négociations menées notamment entre le Congrès juif mondial et les banques suisses au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses.

109. Se trouve ainsi en cause la diffusion d'informations de nature confidentielle, un domaine où la Cour et la Commission ont déjà eu l'occasion de se prononcer, quoique dans des circonstances souvent distinctes de celles de la présente affaire (voir notamment, par ordre chronologique, les affaires *Z c. Suisse*, décision de la Commission du 6 octobre 1983, no 10343/83, DR 35, pp. 229–234, *Weber c. Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A no 177, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, arrêt du 29 octobre 1992, série A no 246-A, *Hadjianastassiou c. Grèce*, arrêt du 16 décembre 1992, série A no 252, *Vereniging Weekblad Bluf!* c. Pays-Bas, arrêt du 9 février 1995, série A no 306-A, *Fressoz et Roire*, précité, Editions Plon, précité, *Tourancheau et July c. France*, no 53886/00, 24 novembre 2005, *Dammann c. Suisse*, no 77551/01, 25 avril 2006, et *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, no 64772/01, 9 novembre 2006).

110. La Cour confirme d'emblée l'applicabilité des principes susmentionnés au cas d'espèce. En effet, la liberté de la presse s'avère d'autant plus importante dans des circonstances dans lesquelles les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique ou judiciaire. Or, la condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut dissuader les professionnels des médias d'informer le public sur des questions d'intérêt général. En pareil cas, la presse pourrait ne plus être à même de jouer son rôle indispensable de «chien de garde» et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (voir, mutatis mutandis, *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, Recueil 1996 II, p. 500, § 39).

111. Cela se trouve confirmé notamment par le principe, adopté sous l'égide du Conseil de l'Europe, selon lequel la publicité des documents est la règle et la classification l'exception (paragraphe 41 ci-dessus, ainsi que, dans ce sens, la Résolution 1551 (2007) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etats, paragraphe 40 ci-dessus). Dans le même sens, la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme a estimé que la divulgation d'informations qui se trouvent entre les mains de l'Etat joue un rôle primordial dans une société démocratique, puisqu'elle permet à la société civile de contrôler les activités du gouvernement auquel elle a confié la protection de ses intérêts (rapport devant la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'affaire *Claude Reyes et autres c. Chili*, 19 septembre 2006; paragraphe 43 ci-dessus).

112. Pour déterminer si la mesure litigieuse était néanmoins nécessaire en l'espèce, plusieurs aspects distincts sont à examiner: les intérêts en présence (...), le contrôle exercé par les juridictions nationales (...), le comportement du requérant (...) ainsi que la proportionnalité de l'amende infligée.

### b) Les intérêts en présence

#### – Nature des intérêts

113. La présente affaire se distingue d'autres affaires comparables notamment par le fait que le contenu du document litigieux était totalement inconnu du public (voir, notamment, *Fressoz et Roire*, précité, § 53, *Observer et Guardian*, précité, p. 34, § 69, *Weber*, précité, pp. 22 et suiv., § 49, *Vereniging Weekblad Bluf!*, précité, pp. 15 et suiv., §§ 43 et suiv., *Open Door et Dublin Well Woman*, précité, p. 31, § 76, et Editions Plon, précité, § 53).

114. Dans ce contexte, la Cour souscrit à l'opinion des gouvernements suisse et français, selon laquelle la marge d'appréciation des autorités nationales ne saurait en l'espèce dépendre de la nature et de l'importance de la fonction de

l'auteur du document litigieux, en l'occurrence de sa qualité de haut fonctionnaire, dès lors que l'ambassadeur a compté sur la confidentialité du contenu de son rapport.

115. En outre, il convient de relever qu'en l'espèce, et contrairement à d'autres affaires comparables, l'intérêt public des lecteurs à prendre connaissance des opinions de l'ambassadeur se trouvait confronté non pas à un intérêt privé – le rapport ne concernant pas l'ambassadeur en tant que personne privée – mais à un autre intérêt de nature publique (voir, a contrario, Fressoz et Roire, précité, § 53, portant sur les déclarations de revenus d'un chef d'entreprise et impliquant dès lors le secret fiscal). En effet, un règlement satisfaisant de la question des fonds en déshérence, laquelle mettait en jeu des sommes d'argent considérables, non seulement était dans l'intérêt du gouvernement et des banques suisses mais touchait aussi aux intérêts des survivants de la Deuxième Guerre mondiale et de leurs familles et descendants puisqu'il avait trait à l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste. La question soulevait donc non seulement des intérêts financiers importants, mais présentait également un aspect moral considérable et, à ce titre, intéressait même la communauté internationale dans un sens plus large.

116. Il en résulte que, dans l'appréciation de la nécessité de la mesure prise par les autorités suisses, il y a lieu de prendre en compte le fait qu'en l'espèce la mise en balance des intérêts en jeu s'est faite entre deux intérêts de caractère public: celui des lecteurs à recevoir des informations sur un sujet d'actualité et celui des autorités à assurer une issue favorable et satisfaisante à des négociations diplomatiques en cours.

#### – L'intérêt du public à la publication des articles

117. Selon la Cour, le mode de compte rendu utilisé en l'espèce ne doit pas s'envisager seulement par rapport aux articles contestés parus dans le *Sonntags-Zeitung*, mais dans le contexte plus large de la couverture médiatique accordée à la question en jeu (voir, mutatis mutandis, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, § 63).

118. A ce sujet, la Cour souscrit à l'avis de la chambre, selon lequel les informations contenues dans le document de l'ambassadeur suisse concernaient des questions d'intérêt général (paragraphe 49 de l'arrêt). Les publications intervenaient dans le contexte d'un débat public sur une question largement évoquée par les médias et qui divisait profondément l'opinion publique suisse, à savoir celle de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. Les débats sur les avoirs des victimes de l'Holocauste et sur le rôle de la Suisse durant la Deuxième Guerre mondiale étaient, fin 1996 et début 1997, très animés et revêtaient une dimension internationale (voir, mutatis mutandis, *Bladet Tromsø et Stensaas*, précité, §§ 63 et 73).

119. Le récent arrêt *Monnat* (précité) témoigne d'ailleurs de l'importance du débat public et des opinions très divisées dans la population autour de la question du rôle qu'a effectivement joué la Suisse durant la Deuxième Guerre mondiale (ibidem, § 59). La Cour constate que, dans cette affaire, le reportage télévisé litigieux qui avait soulevé tant d'émotions et de critiques dans la population suisse a été diffusé les 6 et 11 mars 1997, soit moins de deux mois après que les articles du requérant eurent été publiés, le 26 janvier 1997 (ibidem, § 6). Il convient de rappeler que la Cour a jugé contraire à l'article 10 de la Convention l'admission des plaintes des spectateurs par le Tribunal fédéral (ibidem, § 69).

120. En bref, on ne saurait douter de l'intérêt public que soulevait la question des fonds en déshérence, vivement discutée en Suisse, en particulier au moment où les publications du requérant ont paru.

121. Pour la Cour, il est également important d'examiner si les articles en question étaient susceptibles de nourrir le débat public sur le sujet.

122. A l'instar du Conseil de la presse, la chambre a estimé que, du fait de la publication du document, il est notamment devenu évident que les personnes chargées du dossier n'avaient pas encore des idées très claires sur la question de la responsabilité de la Suisse et sur le point de savoir quelles démarches le gouvernement devait entamer. Elle a reconnu comme légitime l'intérêt du public à recevoir des informations sur les agents chargés de ce dossier délicat et sur leurs style et stratégie de négociation (paragraphe 49 de l'arrêt), de telles informations constituant un des moyens permettant à l'opinion publique de connaître et de juger les idées et attitudes des dirigeants (voir, mutatis mutandis, pour les hommes politiques, *Ibrahim Aksoy c. Turquie*, nos 28635/95, 30171/96 et 34535/97, § 68 in fine, 10 octobre 2000, et *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A no 103, p. 26, § 42).

123. La Grande Chambre partage ce point de vue. L'ambassadeur a procédé dans son rapport à une analyse de la situation dans le domaine des fonds en déshérence et a proposé quelques solutions concrètes. Son rapport englobant plusieurs aspects, le fait que le requérant a décidé de se concentrer presque exclusivement sur la personnalité de l'ambassadeur et son style personnel ne prive pas ses articles de toute pertinence en vue du débat public. En d'autres termes, il n'était pas illégitime pour le requérant d'alléguer qu'il était important de faire connaître les termes belliqueux utilisés par l'ambassadeur Jagmetti, acteur important des négociations, afin de contribuer au débat autour de la question des fonds en déshérence.

124. D'après la Cour, les articles litigieux étaient susceptibles de contribuer au débat public sur la question des fonds en déshérence.

– Les intérêts protégés par les autorités nationales

-- Confidentialité

125. Le rapport dont il s'agit en l'espèce était rédigé par un diplomate de haut rang. A ce sujet, la chambre a explicitement reconnu l'intérêt qu'il y a à protéger contre des imixtions externes les travaux des diplomates.

126. A l'instar du Gouvernement et des tiers intervenants, la Cour estime qu'il est primordial, pour les services diplomatiques et pour le bon fonctionnement des relations internationales, que les diplomates puissent se transmettre des informations confidentielles ou secrètes (voir également le paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). Certes, la divulgation en cause en l'espèce n'est pas couverte par les dispositions sur l'inviolabilité des archives et des documents de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (articles 24 et suiv.), invoquées par le Gouvernement (paragraphe 79 ci-dessus), lesquelles ont pour but de protéger les archives et les documents de l'Etat accrédité contre les interventions de l'Etat accréditaire ou des personnes ou entités sous sa juridiction. Il n'en reste pas moins que les principes qui en découlent attestent de l'importance de la confidentialité dans ce domaine.

127. La Cour accorde aussi un certain poids à l'argument du Gouvernement, tiré de l'avis du Conseil de la presse, selon lequel la publication d'un compte rendu classé «confidentiel» ou «secret» émanant d'un ambassadeur peut non seulement avoir des conséquences néfastes et paralysantes sur la politique extérieure d'un Etat, mais aussi rendre l'agent concerné presque automatiquement persona non grata dans le pays d'accueil (paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). En témoigne la démission de l'ambassadeur Jagmetti à la suite des publications de son rapport.

128. En même temps, il y a lieu de rappeler le principe en vertu duquel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs (voir, par exemple, Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, série A no 37, p. 16, § 33). Ce principe doit aussi être respecté quand il s'agit d'apprécier une ingérence dans un droit. Il en découle que, pour qu'ils puissent apparaître comme légitimes, les arguments invoqués par la partie adverse doivent aussi viser concrètement et effectivement les motifs justificatifs énoncés par le paragraphe 2 de l'article 10. En tant qu'exceptions à l'exercice de la liberté d'expression, ceux-ci appellent un examen attentif et soigneux par la Cour. En d'autres termes, si la confidentialité des rapports diplomatiques est a priori justifiée, elle ne saurait être protégée à n'importe quel prix. Aussi la Cour estime-t-elle, à l'instar du Conseil de la presse, que la fonction de critique et de contrôle des médias s'applique également à la sphère de la politique étrangère (paragraphe 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus). Dès lors, l'exclusion absolue du débat public

des questions relevant des affaires étrangères en raison de la protection due à la correspondance diplomatique n'est pas acceptable.

129. En conséquence, plus encore que la nature et la forme du rapport diplomatique en question, ce qui importe dans la mise en balance des intérêts, ce sont le contenu et le danger potentiel que représente sa publication.

-- Répercussions dans les circonstances de l'espèce

130. La Cour constate que le Gouvernement n'est pas parvenu à démontrer que les publications litigieuses ont effectivement empêché le gouvernement suisse et les banques suisses de trouver une solution acceptable pour la partie adverse sur la question des fonds en déshérence. Néanmoins, à lui seul, ce fait ne saurait être déterminant pour la présente affaire. Il convient plutôt de vérifier si la divulgation du rapport et/ou les articles incriminés étaient, au moment de la publication, de nature à causer aux intérêts du pays «un préjudice considérable» (voir, mutatis mutandis, Hadjianastassiou, précité, p. 19, § 45, in fine, pour une affaire portant sur des intérêts militaires et sur la sécurité nationale stricto sensu).

131. L'information est un bien périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt (voir, par exemple, Observer et Guardian, précité, p. 30, § 60, Sunday Times c. Royaume-Uni (no 2), arrêt du 26 novembre 1991, série A no 217, pp. 29 et suiv., § 51, et Association Ekin c. France, no 39288/98, § 56, CEDH 2001 VIII). Dès lors, on ne saurait a priori exiger d'un journaliste qu'il diffère une publication sur un sujet d'intérêt général, si ce n'est pour respecter des impératifs d'intérêt public ou la protection des droits d'autrui (voir, par exemple, Editions Plon, précité, § 53, avec les références citées). Il y a lieu de déterminer si tel était le cas en l'espèce.

132. A cet égard, la Cour estime que la divulgation des passages litigieux du rapport de l'ambassadeur, à ce moment-là, pouvait avoir des répercussions négatives, à un double titre, sur le bon déroulement des négociations entamées par la Suisse. Il faut distinguer entre le contenu des propositions de l'ambassadeur, d'une part, et leur présentation, d'autre part.

133. D'abord, en ce qui concerne le contenu du rapport, il convient de constater qu'au moment où les articles du requérant ont été publiés dans le Sonntags-Zeitung, le gouvernement suisse était engagé, depuis plusieurs semaines, dans des négociations difficiles en vue d'une solution sur la question sensible des fonds en déshérence. La Cour partage l'avis exprimé par les juridictions suisses selon lesquelles le contenu du document rédigé par l'ambassadeur présentait une certaine importance, dans la mesure où il exposait une appréciation de la situation délicate que la Suisse devait af-

fronter à la fin de l'année 1997. Le document proposait diverses stratégies qui auraient pu permettre à l'Etat défendeur de sortir de l'impasse dans laquelle il se trouvait. Il devait permettre ainsi au chef de la task force de se forger une opinion et, ce faisant, d'influencer la suite des événements et la manière dont la Suisse devait appréhender la problématique des biens en déshérence. Comme l'indique à juste titre le Conseil de la presse, il était très pertinent de faire connaître ce que cet ambassadeur pensait et ce sur quoi il fondait ses opinions (paragraphe 6 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus).

134. En ce qui concerne l'aspect formel du rapport, il est évident qu'entre en jeu le langage dont s'est servi son auteur. Même si cet élément peut passer pour mineur, la Cour rappelle sa jurisprudence selon laquelle même un élément qui paraît relativement peu important peut avoir des conséquences graves et causer un «préjudice considérable» aux intérêts d'un Etat (voir, mutatis mutandis, Hadjianastasiou, précité, p. 19, § 45).

135. Dans le cas d'espèce, les expressions utilisées – considérées comme belliqueuses notamment par le Conseil de la presse – étaient manifestement susceptibles de provoquer chez les autres parties aux négociations, à savoir le Congrès juif mondial et ses alliés américains, une réaction négative et, par conséquent, de compromettre les chances de succès de négociations considérées comme difficiles et portant sur un sujet particulièrement sensible. A titre d'exemple, il suffit de rappeler que l'ambassadeur a estimé dans son rapport qu'on ne pouvait pas «se fier» aux partenaires dans les négociations mais qu'à la limite «une véritable transaction pourrait être conclue». De surcroît, il qualifiait ceux-ci d'«adversaires».

136. Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime que la divulgation

– même partielle – du contenu du rapport de l'ambassadeur a pu porter atteinte au climat de discrétion nécessaire au bon déroulement des relations diplomatiques en général et avoir des répercussions négatives sur les négociations que menait la Suisse en particulier. Aussi les publications du requérant, compte tenu du moment particulièrement délicat auquel elles sont intervenues, étaient-elles de nature à causer un préjudice considérable aux intérêts de la partie défenderesse en l'espèce.

#### c) Le contrôle exercé par les juridictions internes

(...)

#### d) Le comportement du requérant

140. Sur le plan de la déontologie professionnelle des journalistes, deux aspects sont à distinguer en l'espèce: la manière dont le requérant est entré en possession du rapport en question et la forme des publications litigieuses.

#### – La manière dont le requérant est entré en possession du rapport litigieux

141. La Cour estime que la manière dont une personne obtient connaissance d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut jouer un certain rôle dans l'exercice de mise en balance des intérêts à effectuer dans le cadre de l'article 10 § 2. A ce titre, le requérant soutient que les autorités suisses n'ont pas poursuivi et condamné la bonne personne, dans la mesure où il n'a jamais été reproché au requérant d'avoir recouru à la ruse ou la menace afin d'obtenir le document litigieux (voir, mutatis mutandis, Dammann, précité, § 55 in fine) et où les fonctionnaires responsables de la fuite de l'information n'ont jamais été identifiés ou sanctionnés.

142. A cet égard, il convient d'observer qu'il n'apparaît pas que le requérant ait été à l'origine de l'indiscrétion commise. En tout état de cause, aucune procédure n'a été ouverte à ce titre par les autorités suisses.

143. En outre, il appartient en premier lieu aux Etats d'organiser leurs services et de former leurs agents de manière à ce qu'aucun renseignement confidentiel ou secret ne soit divulgué (Dammann, précité, § 55). A ce titre, il aurait été loisible aux autorités d'ouvrir une enquête en vue de poursuivre les éventuels responsables de l'indiscrétion commise (voir, mutatis mutandis, Craxi c. Italie (no 2), no 25337/94, § 75, 17 juillet 2003).

144. Néanmoins, l'absence de comportement illicite de la part du requérant n'est pas nécessairement déterminante dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités. En tout état de cause, il ne pouvait, en tant que journaliste, ignorer de bonne foi que la divulgation du document litigieux était réprimée par l'article 293 du code pénal (voir, mutatis mutandis, Fressoz et Roire, précité, § 52).

#### – La forme des publications

145. En l'espèce, la question de savoir si la forme des articles publiés par le requérant a respecté les règles déontologiques a plus de poids. A cet égard, l'avis du Conseil de la presse, organe spécialisé et indépendant, joue un rôle particulièrement important.

146. Il y a lieu de rappeler d'emblée que, outre la substance des idées et informations exprimées, l'article 10 protège aussi leur mode d'expression. En conséquence, il n'appartient pas à la Cour, ni aux juridictions internes d'ailleurs, de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter (voir, par exemple, Jersild, précité, p. 23, § 31, et De Haes et Gijssels c. Belgique, arrêt du 24 février 1997, Recueil 1997 I, p. 236, § 48).

147. A l'instar du Conseil de la presse, la Cour identifie néanmoins plusieurs carences dans la forme des publica-

tions. Premièrement, le contenu des articles était manifestement réducteur et tronqué. La Cour a déjà relevé que le requérant pouvait à bon droit se concentrer dans ses articles sur la personnalité de l'ambassadeur (paragraphe 122–124 ci-dessus), mais force est cependant de constater que ses publications contenaient parfois des citations de passages isolés tirés du rapport litigieux et sortis du contexte et, par ailleurs, qu'elles ne portaient que sur une des stratégies élaborées par l'ambassadeur, à savoir celle de la «transaction».

Or, il aurait été loisible de joindre aux articles du *Sonntags-Zeitung* le texte intégral du rapport en cause, comme cela a été fait dans une large mesure, le lendemain, par le *Tages-Anzeiger* et le *Nouveau Quotidien*. Cela aurait permis aux lecteurs de se former leur propre opinion (voir, mutatis mutandis, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, no 37698/97, § 35, CEDH 2000 X). Les arguments avancés par les responsables du *Sonntags-Zeitung*, selon lequel il aurait été presque impossible, le 25 janvier 1997, d'ajouter une page supplémentaire au journal et l'intention de mettre le texte intégral sur Internet se serait heurtée à des problèmes techniques, ne sont pas convaincants aux yeux de la Cour.

**148.** Deuxièmement, le vocabulaire employé par le requérant tend à prêter à l'ambassadeur des intentions antisémites. Certes, la liberté de la presse comprend le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation (voir, par exemple, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A no 313, p. 19, § 38). Il n'en reste pas moins que le requérant a lancé à la légère une rumeur qui touche directement à un des phénomènes précisément à l'origine de la question des fonds en déshérence: les atrocités commises durant la Deuxième Guerre mondiale à l'encontre de la communauté juive. La Cour rappelle qu'il y a lieu de faire preuve de fermeté à l'égard de telles allégations et/ou insinuations (voir, mutatis mutandis, *Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil 1998 VII, p. 2886, § 53, et *Garaudy c. France*, (déc.) no 65831/01, CEDH 2003 IX). Par ailleurs, cette rumeur a probablement contribué à la démission de l'ambassadeur.

**149.** Troisièmement, la mise en page des articles apparaît comme peu digne d'un sujet aussi important et sérieux que celui des fonds en déshérence. En particulier, les titres et sous-titres donnant dans le sensationnalisme sautent aux yeux («L'ambassadeur Jagmetti offense les Juifs – Document secret: Impossible de se fier à nos adversaires» ainsi que «L'ambassadeur en peignoir et gros sabots met les pieds dans le plat – L'ambassadeur suisse Carlo Jagmetti foule aux pieds les usages diplomatiques»; pour les titres en allemand, voir paragraphes 18 et 19 ci-dessus). Il importe peu, pour la Cour, que les titres aient été choisis par le requérant ou par la rédaction. L'image figurant à la page 7 du *Sonntags-Zeitung* du 26 janvier 1997, accompagnant le deuxième article incriminé, et qui montre l'ambassadeur en peignoir (paragraphe 19 ci-dessus), tend à confirmer la nature triviale des articles du requérant, en contradiction manifeste avec le sérieux du

sujet. En plus, ces titres, les sous-titres et l'image mentionnée n'ont pas de lien évident avec le sujet mais ont pour effet de renforcer chez les lecteurs l'impression d'une personne peu apte à exercer les fonctions de diplomate.

**150.** Quatrièmement, les articles du requérant s'avèrent aussi imprécis et susceptibles d'induire les lecteurs en erreur, dans la mesure où ils n'ont pas suffisamment rendu compte de la chronologie des événements dans lesquels le rapport s'inscrivait. En particulier, ils suggéraient qu'il s'agissait d'un document daté du 25 janvier 1997, alors qu'il avait été rédigé plus de quatre semaines plus tôt, soit le 19 décembre 1996 (voir aussi la critique exprimée par le Conseil de la presse dans le paragraphe 7 de son avis, paragraphe 24 ci-dessus).

**151.** Compte tenu de ce qui précède, et eu égard également à l'emplacement de l'un des articles en première page d'un hebdomadaire suisse du dimanche à grand tirage, la Cour partage l'opinion du Gouvernement et du Conseil de la presse selon laquelle le requérant a eu comme intention première non pas tant d'informer le public sur une question d'intérêt général mais de faire du rapport de l'ambassadeur Jagmetti un sujet de scandale inutile. On peut ainsi comprendre que dans ses conclusions, le Conseil de la presse a blâmé le journal de manière claire et ferme pour la forme des articles, qui contrevenait clairement à la «Déclaration des droits et devoirs des journalistes» (voir le paragraphe 7 et la constatation 5 de l'avis du Conseil de la presse, paragraphe 24 ci-dessus).

**152.** Par conséquent, la Cour estime que la forme tronquée et réductrice des articles en question, laquelle était de nature à induire en erreur les lecteurs au sujet de la personnalité et des aptitudes de l'ambassadeur, a considérablement réduit l'importance de leur contribution au débat public protégé par l'article 10 de la Convention.

#### e) La proportionnalité de la sanction prononcée

**153.** La Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une ingérence (voir, par exemple, *Sürek c. Turquie* (no 1) [GC], no 26682/95, § 64, deuxième alinéa, CEDH 1999 IV, et *Chauby et autres c. France*, no 64915/01, § 78, CEDH 2004 VI).

**154.** Par ailleurs, la Cour doit veiller à ce que la sanction ne constitue pas une espèce de censure tendant à inciter la presse à s'abstenir d'exprimer des critiques. Dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle (voir, mutatis mutandis, *Barthold c. Allemagne*, arrêt du 25 mars 1985, série A no 90, p. 26, § 58, *Lingens*, précité, p. 27, § 44, et *Monnat*, précité, § 70). A cet égard, il peut arriver que le fait même de la condamnation importe

plus que le caractère mineur de la peine infligée (voir, par exemple, Jersild, précité, p. 25, § 35, premier alinéa, Lopes Gomes da Silva, précité, § 36, et Dammann, précité, § 57).

155. D'autre part, un consensus semble exister parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur la nécessité de prévoir des sanctions pénales adéquates afin de prévenir la divulgation de certaines données confidentielles (paragraphe 44 ci-dessus).

156. En l'espèce, il y a lieu de relever que la peine prononcée contre le requérant ne l'a guère empêché de s'exprimer, puisqu'elle est intervenue après la publication des articles (voir, a contrario, Observer et Guardian, précité, p. 30, § 60).

157. En outre, le montant de l'amende (800 CHF, soit environ 476 EUR aujourd'hui) est relativement faible. De surcroît, l'amende a été infligée pour une infraction relevant des «contraventions» au sens de l'article 101 du code pénal en vigueur au moment des événements pertinents, qui constituaient la catégorie la plus faible des actes réprimés par le code pénal suisse. Des sanctions plus lourdes, englobant des peines privatives de liberté, sont envisagées pour la même infraction, aussi bien à l'article 293 du code pénal que dans les lois d'autres Etats membres du Conseil de l'Europe (voir le paragraphe 59 de l'étude comparative de M. Christos Pourgourides, paragraphe 44 ci-dessus).

158. Par ailleurs, le tribunal de district de Zurich a admis, dans son jugement du 22 janvier 1999, l'existence de circonstances atténuantes, et a estimé que la divulgation du document confidentiel n'avait pas porté atteinte aux fondements mêmes de l'Etat.

159. Il est vrai que les journalistes qui, le lendemain des publications du requérant, ont publié des parties, voire même l'intégralité du rapport, et ont donc a priori révélé beaucoup plus d'informations considérées comme confidentielles, n'ont pas été poursuivis du tout. A lui seul, toutefois, ce fait ne saurait suffire à considérer la sanction prononcée contre le requérant comme discriminatoire ou disproportionnée. D'abord, le requérant a été le premier à divulguer les informations dont il s'agit. Ensuite, le principe de l'opportunité dans ce domaine laisse aux Etats une latitude considérable dans la décision de poursuivre ou non une personne susceptible d'avoir commis une infraction. Dans un cas comme celui de l'espèce, ils ont notamment le droit de prendre en compte des considérations d'ordre déontologique.

160. En ce qui concerne, enfin, l'effet dissuasif éventuel de l'amende, la Cour estime que même s'il est inhérent à toute sanction pénale, il faut avoir égard en l'espèce à la relative modicité du montant infligé.

161. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, la Cour ne considère pas l'amende infligée en l'espèce comme disproportionnée au but poursuivi.

## Conclusion

162. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que dans la mise en balance, à la lumière de tous les éléments pertinents, des intérêts en jeu en l'espèce, les autorités nationales n'ont pas outrepassé la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Par conséquent, la condamnation du requérant peut passer pour une mesure proportionnée au but légitime visé. Il s'ensuit qu'il y n'a pas eu violation de l'article 10 de la Convention. (...) ■

## ANMKERUNGEN:

Journalist Stoll publizierte in der Sonntags-Zeitung vom 26. Januar 1997 zwei Artikel. Darin gab er mehrere Passagen aus einem vertraulichen Papier des damaligen Schweizer Botschafters in Washington, D.C., wieder, das Vorschläge über die diplomatische Strategie der Schweiz im Zusammenhang mit den nachrichtenlosen Vermögen enthielt. Dafür wurde Stoll wegen Verletzung von Art. 293 StGB mit Fr. 800.– Busse bestraft. Das Bundesgericht schützte die Verurteilung in BGE 126 IV 236.

Die vierte Abteilung des EGMR erblickte darin eine Verletzung der Pressefreiheit. Die Grosse Kammer dagegen erachtet den Eingriff in Art. 10 EMRK im hier auszugsweise abgedruckten Entscheid als gerechtfertigt.

1. Da kaum daran zu zweifeln sein dürfte, dass Art. 293 StGB eine genügende gesetzliche Grundlage für den Eingriff in Art. 10 EMRK darstellt, legt das Gericht den Schwerpunkt seiner Argumentation auf die Fragen der betroffenen Interessen und ihrer Abwägung im Rahmen der Verhältnismässigkeit.

2. Schon zu Beginn seiner Argumentation macht das Gericht deutlich, dass die Bestrafung nicht auf den Schutz der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz zielte, sondern einzig den Geheimnisschutz bezweckte (Ziff. 54 und 56). Damit unterwirft es den Eingriff in Art. 10 EMRK einer schwer wiegenden Rechtfertigungslast: Als Interessen am Geheimnisschutz kommen damit nur etwa die interne Deliberation einer Verwaltungsstelle in Frage; diese Interessen müssen die entgegenstehenden Interessen am Schutz der Pressefreiheit überwiegen.

3. Das Gericht identifiziert das zentrale Interesse hinter der Bestrafung im reibungslosen Funktionieren der internationalen Beziehungen (Ziff. 126); die Veröffentlichung könnte nicht nur eine lähmende Wirkung auf die Schweizer Aussenpolitik gehabt, sondern auch den Botschafter fast automatisch zur persona non grata gemacht haben. Aus der Umschreibung dieser Interessen zieht das Gericht die Folgerung, dass die Geheimhaltung diplomatischer Berichte «in principle» (so der englische Text) oder gar «a priori» (so im französischen Text Ziff. 128) gerechtfertigt sei. Die für einen solchen Schluss erforderliche Begründung liefert der Entscheid jedoch nicht. Würde diese Passage beim Wort genommen, so wäre im Bereich des aussenpolitischen Verkehrs nicht darzutun, weshalb die Pressefreiheit durch Geheimhaltungsvorschriften eingeschränkt werden darf, sondern es wäre zu begründen, weshalb die Geheimhaltung ausnahmsweise gegen das Grundrecht zurückzutreten hat. Das Gericht wendet sich sogleich gegen ein solches Verständnis mit dem Hinweis, der Geheimnisschutz dürfe auch in der Aussenpolitik nicht jede öffentliche Debatte verhindern (Ziff. 128 in fine). Es baut seine weitere Begründung jedoch weitgehend auf der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einschränkung auf: So hält es fest, die fragliche Veröffentlichung habe die Schweiz nicht daran gehindert, im Streit um die nachrichtenlosen Vermögen eine Lösung zu finden. Entscheidend sei jedoch nur, ob die Veröffentlichung an sich geeignet war (était de nature à causer; were capable of causing; Ziff. 130 und 136), das öffentliche Interesse erheblich zu beeinträchtigen. Eine tatsächliche Erschwerung des diplomatischen Verkehrs im konkreten Fall muss nicht dargetan werden und war es vorliegend auch nicht; es genügt die rein abstrakte Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung, um die Pressefreiheit einzuschränken. Damit lässt das Gericht zu, dass die Behörden im Bereich der inter-

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

nationalen Beziehungen fast beliebige Dokumente vertraulich erklären und ihre Publikation unter Strafdrohung setzen können.

4. An verschiedenen Stellen seiner Begründung formuliert das Gericht jedoch einen anderen, strengeren Überprüfungsmaßstab und verlangt etwa «des impératifs d'intérêt public» («compelling reasons»; Ziff. 131). Der im vorliegenden Fall anwendbare Maßstab bleibt damit unklar, ebenso wie der Gestaltungsspielraum, welcher den Staaten in der vorliegenden Problematik zukommt (vgl. etwa Ziff. 106, 107 und 110). Auf dieser recht diffusen Grundlage erscheint es schwierig, die Güterabwägung gut zu strukturieren und rational nachvollziehbar zu gestalten.

5. Im Rahmen der Güterabwägung fallen insbesondere zwei Punkte auf:

a) Von entscheidender Bedeutung erscheinen dem Gericht letztlich verschiedene Mängel in der Form der fraglichen Beiträge der Sonntags-Zeitung (Ziff. 145–152). Es prüft eingehend, ob die beiden Artikel genügend differenziert und in ihrer Form der Ernsthaftigkeit des Themas angemessen sind. Damit macht es Regeln der journalistischen Ethik in nicht unerheblichem Masse zu Abwägungspunkten im Rahmen von Art. 10 EMRK. Der für eine freie Presse unabdingbare «breathing space» (wie es Richter Brennan im grundlegenden Entscheid des U.S. Supreme Court *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 272 [1964] nannte) droht damit allzu stark eingeengt zu werden.

b) Zu Recht weist die Grosse Kammer darauf hin, dass die Verhältnismässigkeit der Bestrafung auch von deren Schwere abhängt (Ziff. 153). Die Schwere der Bestrafung ist aber erst dann von Bedeutung, wenn eine Bestrafung an sich als verhältnismässig erscheint. Erstaunlicherweise äussert sich das Gericht zu dieser zentralen, die Begründung letztlich tragende Frage jedoch nicht; es legt an keiner Stelle nachvollziehbar dar, weshalb die Mängel der beiden Artikel derart schwer wiegen, dass sie das Interesse an ihrer Publikation überwiegen.

6. Wenig überzeugend erscheint auch die Art und Weise, wie das Strassburger Gericht das bundesgerichtliche Urteil versteht: Das

Bundesgericht hatte grossen Wert darauf gelegt, dass aufgrund des formellen Geheimnisbegriffs im Rahmen von Art. 293 StGB keine Güterabwägung zwischen den Interessen an der Geheimhaltung einerseits und der Veröffentlichung andererseits stattfindet; dies seien «keine relevanten Auslegungskriterien» (BGE 126 IV 236 E4d S. 249). Erst ganz am Ende seines Urteils fügte der damalige Kassationshof in Erwägung 9 «der Vollständigkeit halber» an, dass auch eine Güterabwägung zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte. Der EGMR erblickt in diesem obiter dictum eine den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 EMRK genügende Güterabwägung; deshalb habe das Bundesgericht Art. 10 EMRK nicht verletzt, obwohl es Art. 293 StGB einen formellen Geheimnisbegriff zugrunde legt. Es will allerdings nicht recht einleuchten, wie ein formeller Geheimnisbegriff, der sich gerade dadurch auszeichnet, dass er nicht auf die konkrete Interessenkonstellation abstellt, mit dem Erfordernis der Vornahme einer Güterabwägung vereinbar sein soll.

7. In diesem inneren Widerspruch des Strassburger Urteils dürfte wohl seine grösste Bedeutung für die Schweiz liegen: Auch die Schweizer Gerichte kommen künftig bei der Auslegung von Art. 293 StGB nicht mehr umhin, die Interessen an der Pressefreiheit mit jenen an der Geheimhaltung abzuwägen. M.E. hat diese Abwägung auf der Tatbestandsebene – d.h. insbesondere beim Geheimnisbegriff – und nicht erst bei den Rechtfertigungsgründen zu erfolgen; auch der in der letzten Revision eingefügte Absatz 3 von Art. 293 StGB ändert daran nichts. Der formelle Geheimnisbegriff muss aufgegeben werden.

6. Unabhängig von der Begründung des Gerichts und dem Ergebnis, zu dem es gelangte, verdeutlicht der vorliegende Fall ein weiteres, nach wie vor dringendes Problem des Strassburger Rechtsschutzes: Martin Stoll hatte seine Aufsätze am 26. Januar 1997 publiziert; das Urteil der Grossen Kammer datiert vom 10. Dezember 2007. Insgesamt dauerte damit dieses Verfahren fast elf Jahre, sieben davon benötigten die Strassburger Instanzen. Dies erscheint kaum mehr tragbar, besonders für die Schweiz, die auf das Strassburger Gericht fast wie auf ein Verfassungsgericht angewiesen ist.

PPROF. MARKUS SCHEFER, BASEL

## EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

### Schweizer Anwälte: Mehr Spielraum für Medienkontakte

Urteil der 1. Kammer  
«Foglia c. Schweiz» vom 13.12.2007  
(N° 35865/04)

Nachdem im März 2003 im Luganersee die Leiche des FC Lugano-Präsidenten und Banca del Gottardo-Angestellten Helios Jermini gefunden worden war, eröffnete die Staatsanwaltschaft des Kantons Tessin ein Strafverfahren. Es

betrifft die Veruntreuung von rund 60 Millionen Franken Kundengeldern, die bei der Banca del Gottardo deponiert waren. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren gegen Dritte mangels Beweisen ein. Als Vertreter mehrerer Geschädigter focht Rechtsanwalt Aldo Foglia die Einstellungsverfügung Ende Mai an. In der Folge gab er verschiedene Zeitungs- und Fernsehinterviews, in denen er die Unwissenheit der Bankleitung bezweifelte und die Untersuchung des Staatsanwalts als überhastet und oberflächlich bezeichnete.

Auf Anzeige der Banca del Gottardo belegte die kantonale Anwaltskammer Foglia mit einer Disziplinarbusse von 1500 Franken, die das Bundesgericht im Urteil 4P.36/2004 vom 7. Mai 2004 bestätigte. Aldo Foglias Medienaktivität habe die Grenzen des zur Wahrung der Interessen seiner Mandanten Zulässigen überschritten. Das Bundesgericht warf ihm insbesondere die Weitergabe von Verfahrensakten (z.B. der Einstellungsverfügung) an die Medien vor, zumal

er die Journalisten nicht zu einer zurückhaltenden Berichterstattung angehalten habe. Was Inhalt und Ton von Foglias Formulierungen betraf, so waren sie für sich genommen zwar nicht übertrieben oder respektlos. Gesamthaft gesehen liessen aber auch sie in den Augen des Bundesgerichts die nötige Zurückhaltung vermissen.

Der Gerichtshof betrachtete die Disziplinierung einstimmig als unverhältnismässige Beschränkung von Foglias Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK). Die Busse diene zwar dem legitimen Anliegen, das in einem Rechtsstaat wichtige Vertrauen der Öffentlichkeit in die Gerichtsbarkeit zu schützen. Das Verhalten des Anwalts habe aber die Grenzen des Zulässigen nicht gesprengt. Er habe weder eine Medienkampagne ausgelöst noch ein Parallelverfahren in den Medien geführt: «92. La conduite du requérant a été interprétée comme étant à l'origine d'une campagne de presse et constituant une procédure médiatique parallèle à la procédure judiciaire. Dans ce contexte, il a été jugé que ses déclarations, prises séparément, n'étaient pas exagérées ou irrespectueuses. Toutefois, elles posaient problème en raison de leur répétition et des retentissements qu'elles avaient eus. 93. La Cour note d'emblée que le comportement du requérant s'inscrivait dans un contexte – la découverte du cadavre d'un homme connu au niveau régional et national et tenu pour responsable d'avoir commis des irrégularités – auquel la presse s'était intéressée dès le début. Ensuite, elle relève que, dans son communiqué de presse du 15 mai 2002, le ministère public a attiré l'attention des médias sur le fait que la conduite incriminée à HJ était en relation avec une banque de Lugano, à propos de laquelle les vérifications effectuées avaient permis d'exclure l'existence de responsabilités pénales. En outre, la Cour relève qu'un des clients assistés par le requérant accorda des interviews les 16 et 27 juin 2002, à l'occasion desquelles il exprima les raisons de son mécontentement par rapport à la décision de non-lieu du 13 mai 2002. 94. Aux yeux de la Cour, le contexte litigieux était indéniablement médiatique, déjà bien avant les interviews accordées par le requérant. Par ailleurs, la Cour ne voit pas en quoi la responsabilité d'un avocat pourrait être engagée par les déclarations à la presse faites par son client. 95. Quant aux déclarations faites directement à la presse par le requérant, et postérieures à celles de son client, la Cour note que celles-ci portaient sur les raisons du mécontentement des clients et sur les motifs formulés dans le recours en appel, dont la rapidité excessive et la superficialité de l'enquête. Aux yeux de la Cour, ces déclarations, effectuées après que le recours en appel eût été déposé (a contrario, Schöpfer, précité, §§ 30–32), contenaient des reproches qui n'étaient pas dirigés contre les qualités personnelles ou professionnelles du ministère public, mais qui portaient uniquement sur la manière dont celui-ci s'était acquitté de ses fonctions de procureur dans l'affaire où les clients du requérant étaient parties civiles (Nikula, précité, § 51). Dans ces circonstances, la Cour juge que, même en admettant que ces affirmations puissent être perçues comme dénotant une certaine absence de considération à l'égard des autorités d'investi-

gation, elles ne peuvent être qualifiées ni de graves ni d'injureuses à l'égard de celles-ci (Amihalachioia, précité, §§ 35–36, Nikula précité, §§ 48, 52, mutatis mutandis, Skalka c. Pologne, no 43425/98, § 34, 27 mai 2003; Perna c. Italie [GC], no 48898/99, § 47, CEDH 2003-V). Elles n'apparaissent pas non plus comme étant susceptibles de saper la confiance du public dans la justice. 96. S'agissant de la mise à disposition de la presse de documents du procès, la Cour relève que les juridictions nationales n'en ont pas établi la preuve. Toutefois, même à supposer que le requérant ait transmis à la presse la décision de non-lieu et le recours en appel, la Cour note qu'en droit interne la mise à disposition de ces documents n'a pas été qualifiée, en tant que telle, d'acte illégal. Le Tribunal fédéral a simplement reproché au requérant de ne pas avoir œuvré pour que les médias fassent un usage discret et réservé de ces documents. 97. A cet égard, la Cour estime, d'une part, qu'il ne se justifie pas d'attribuer au requérant la responsabilité des agissements des organes de presse. D'autre part, elle relève que cette divulgation d'informations s'inscrivait dans un contexte médiatique et estime que la divulgation litigieuse pouvait ainsi répondre au droit du public de recevoir des informations sur les activités des autorités judiciaires. 98. En outre, compte tenu du fait que c'est la presse qui a repris les déclarations du requérant dans des articles de presse parus postérieurement aux interviews accordées par celui-ci, la Cour estime que le requérant ne saurait être tenu pour responsable des articles de presse. 99. Compte tenu de éléments ci-dessus, la Cour ne partage pas le point de vue des autorités internes selon lequel le requérant, à la fois par ses déclarations et par la mise à disposition de documents du procès, serait responsable d'une campagne de presse et aurait ainsi engagé une procédure médiatique parallèle à la procédure judiciaire, en vue d'influencer les juridictions saisies de l'affaire. 100. De surcroît, la Cour estime que les propos tenus par le requérant n'étaient ni excessifs ni offensants et qu'ils n'ont pas atteint indûment les intérêts de la banque et de ses cadres. Cela est d'ailleurs confirmé par le fait qu'aucune plainte en diffamation n'a été introduite contre le requérant et que l'action en protection de la personnalité a été retirée. La Cour relève ensuite qu'aucune plainte n'a été déposée par le ministère public ou d'autres personnes impliquées dans l'enquête à l'encontre du requérant. 101. Enfin, la Cour souligne que si l'amende infligée au requérant – 1500 CHF, soit l'équivalent de 1024 EUR environ – représente une somme modeste en soi, elle n'en est pas moins une valeur symbolique. 102. Eu égard à ces considérations, la Cour estime qu'il n'y avait pas «un besoin social impérieux» de restreindre la liberté d'expression du requérant et que les autorités nationales n'ont pas fourni des motifs «pertinents et suffisants» pour la justifier. Le requérant n'ayant pas dépassé les limites de la critique permise par l'article 10 de la Convention, on ne saurait considérer que l'ingérence incriminée était «nécessaire dans une société démocratique.» ■

#### ANMERKUNGEN:

Nicht unerwartet erweitert dieses Urteil den Freiraum der schweizerischen Anwaltschaft bei Medienkontakten während hän-

giger Verfahren. Das Bundesgericht hat den Gang des Anwalts an die Öffentlichkeit seit Jahrzehnten an (zu) strenge Voraussetzungen geknüpft. Restriktiv ist die schweizerische Gerichtspraxis bei der Zulässigkeit anwaltlicher Äusserungen gegenüber Medienschaffenden, noch strenger ist sie bei der Weitergabe schriftlicher Verfahrensunterlagen.

In einem wenige Monate nach dem Fall Foglia ergangenen Entscheid (Urteil 2A.600/2003 vom 11.8.2004) betrachtete das Bundesgericht einen Rechtsanwalt gar als mittelbaren Urheber eines von einem Medienschaffenden geschriebenen Berichts in der Aargauer Zeitung; es rechnete dem Anwalt die Verantwortung für Inhalt und Tonfall des nicht von ihm verfassten Zeitungsberichts zu. Der Schreibende gestattete sich damals die Anmerkung, die schweizerische Justiz bewege sich bei der Disziplinierung von Anwälten, welche während laufender Verfahren aktiv an die Medien gelangen, auf menschenrechtlich dünnem Eis (*medialex* 4/2004, S. 231). Mit dem einstimmigen Urteil des Gerichtshofs zur ungerechtfertigten Disziplinierung von Rechtsanwalt Aldo Foglia ist das Eis an mehreren Stellen gebrochen.

Der Gerichtshof korrigiert die schweizerische Praxis nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen für Medienkontakte, sondern auch bezüglich der Formulierung anwaltlicher Kritik und der Zulässigkeit der Aktenweitergabe.

1. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss bei anwaltlichen Äusserungen während hängiger Verfahren einer möglichen Beeinflussung des Gerichts durch öffentlichen Druck vorgebeugt werden. Der Gang des Anwalts an die Medien benötige deshalb besondere Umstände wie die Wahrung der Interessen des Klienten, die Abwehr persönlicher Angriffe gegen den Anwalt oder gesteigerte öffentliche Interessen an einem Verfahren (vgl. etwa BGE 106 Ia 100 E. 8b S. 108). Vom schweizerischen Anwalt wurde gar verlangt, «seinem Klienten bzw. dem verantwortlichen Journalisten unter Hinweis auf die Rechtslage von einem entsprechenden Zeitungsartikel abzuraten» (Urteil 2A.600/2003 vom 11. August 2004 E. 4.3). Der Gerichtshof teilt zwar die Auffassung, dass Anwälte wegen ihrer Schlüsselfunktion in der Rechtspflege das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Justiz nicht untergraben dürfen. Die bundesgerichtliche Sichtweise ist ihm aber zu restriktiv. Das Interesse des Publikums an der Orientierung über hängige Rechtsfälle gewichtet der EGMR tendenziell höher als das Bundesgericht, welches Anwalt Foglia zu Unrecht einen verpönten «trial by newspaper» vorgeworfen hatte. Und in Ziffer 94 bezeichnet es die Strassburger Urteilsbegründung als unerfindlich, weshalb ein Anwalt für Medienäusserungen seines Klienten verantwortlich sein sollte.

2. Auch bei eigentlich zulässiger Kontaktierung der Medien verlangt das Bundesgericht, dass die anwaltlichen Äusserungen objektiv in der Darstellung und sachlich im Ton bleiben. Übertriebene Anforderungen an den Anwalt sind gemäss bundesgerichtlicher Praxis zwar nicht zulässig (BGE 98 Ia 56 E. 4 S. 59). Der schweizerische Massstab ist dem Gerichtshof aber auch in dieser Hinsicht zu streng. Einzuschreiten ist bloss bei gravierenden, beleidigenden oder das Vertrauen in die Justiz aushöhlenden Äusserungen. Dass im medienträchtigen Tessiner Fall – wie vom Bundesgericht gefordert – spezielle Zurückhaltung («particolare moderazione») geboten war, verneint der Gerichtshof.

3. Für die Weitergabe von Prozessakten an die Medien hat das Bundesgericht der Anwaltschaft seit dem 7. November 1985 (Urteil in ZR 1987 Nr. 11 S. 28) besonders enge Grenzen gesetzt: Medienschaffende seien nur schwer in Richtung einer objektiven und sachlich gebotenen Ausdrucksweise zu beeinflussen, weshalb vom Anwalt bei der Aktenweitergabe noch grössere Zurückhaltung verlangt sei als bei eigenen Äusserungen an die Medien. Da der Anwalt letztlich über die Publikation entscheide, hat er laut Bundesgericht die Würdigungen und Kommentare des von ihm mit Akten belieferten Journalisten zu vertreten. Auch davon will der Gerichtshof nichts wissen. Nach Ziffer 97 seiner Begründung rechtfertigt es sich nicht, den Anwalt für das Verhalten der Medienschaffenden zur Verantwortung zu ziehen. Dem ist nichts beizufügen.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Checkbuchjournalismus als Stolperstein

Zulässigkeitsentscheid der 2. Kammer  
«Jose Masschelín c. Belgien»  
vom 20.11.2007 (N° 20528/05)

1998 führte der belgische Gesetzgeber in einer Teilrevision des Strafgesetzbuchs (loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction) auch eine Vorschrift ein, welche den Missbrauch der erweiterten Einsichtsrechte von Opfern und Angeschuldigten während Strafuntersuchungen eindämmen sollte. Art. 460<sup>ter</sup> des belgischen Strafgesetzbuchs setzt der Verwendung der durch die Akteneinsicht erlangten Informationen strafrechtliche Grenzen:

«Tout usage par l'inculpé ou la partie civile d'informations obtenues en consultant le dossier, qui aura eu pour but et pour effet d'entraver le déroulement de l'instruction, de porter atteinte à la vie privée, à l'intégrité physique ou morale ou aux biens d'une personne citée dans le dossier est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an ou d'une amende de vingt-six francs à cinq cents francs.»

Wegen Verletzung dieser Vorschrift reichte im Februar 2002 ein pädophiler Künstler eine Strafanzeige gegen den Journalisten Jose Masschelín und die Eltern eines Dreizehnjährigen ein, der vom Künstler sexuell belästigt worden war. Anlass war ein kurz zuvor in der Tageszeitung «Het laatste nieuws» publizierter Frontseitenartikel Masschelíns mit dem Titel «Exclusief – Vriend van R. bekennt relaties met 9 jongetjes» (Exclusif – L'ami de R. reconnaît des relations avec neuf petits garçons). Der Artikel zitierte u.a. aus dem Strafregister und der psychiatrischen Expertise, die aus dem Verfahrensdossier stammten, in das die Eltern als Zivilpartei hatten einsehen können.

Die belgischen Behörden führten im März 2002 Durchsuchungen am Wohnort des Journalisten und in den Redaktionsräumen der Tageszeitung durch. Verschiedene Dokumente wurden beschlagnahmt und eine Kopie der Festplatte von Masschelíns Computer wurde erstellt. Masschelín wurde fünf Tage in Untersuchungshaft genommen und im Juni 2003 erstinstanzlich wegen Teilnahme an der Verletzung von Art. 460<sup>ter</sup> Strafgesetzbuch mit einer Busse von 2500 Euro (subsidiär zu einer Gefängnisstrafe von einem Monat) bestraft und im Zivilpunkt zur Bezahlung einer Genugtuungssame von 500 Euro an den Pädophilen verurteilt. (Das Strafverfahren gegen den Künstler endete mit einer bedingten Gefängnisstrafe von sieben Monaten).

Das Appellationsgericht von Gand bestätigte 2004 die Bestrafung des Journalisten und der Mutter des Dreizehnjährigen. Der Zeitungsbericht habe das Privatleben des Pädophilen verletzt. Wäre das Verhalten des Journalisten nicht

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

.....

strafbar, so würden die Medien die Zivilparteien und die Angeschuldigten unter Druck setzen, um so die Akten aus dem hängigen Strafverfahren möglichst rasch zu erhalten und sie zu publizieren, was das zum Schutz der Unschuldsvermutung nötige Geheimnis der Voruntersuchung auslösen würde. Der Medienschaffende habe nie bestritten, die Eltern um eine Kopie der Verfahrensakten gefragt und ihnen dafür Geld bezahlt zu haben. Die Eltern hätten ihn gebeten, keine Photos und keine Elemente zu veröffentlichen, welche zu einer Strafverfolgung führen könnten. Der Medienschaffende habe die Eltern nicht darüber orientiert, dass sie sich durch die Weitergabe der Kopien strafbar machten.

Der Journalist beschwerte sich wegen Verletzung von Artikel 10 EGMR beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen den Schuldspruch, aber auch gegen die Haussuchung und die Untersuchungshaft. Das Verfahren gegen den mit einem bekannten holländischen Schriftsteller liierten Pädophilen sei von öffentlichem Interesse. Es habe sogar zu Rücktrittsforderungen gegen den Kulturminister geführt, der dem belgischen König empfohlen hatte, dem Schriftsteller einen bedeutenden Preis nicht persönlich zu überreichen. Die belgische Regierung argumentierte hingegen vor dem EGMR, Jose Masschelins Zeitungsartikel sei reiner Sensationsjournalismus, der jede Auseinandersetzung mit der Pädophilie und der besonderen Persönlichkeit des Bildhauers vermissen lasse.

Der Gerichtshof bejahte in seinem Zulässigkeitsentscheid zunächst, dass die Beschränkung von Masschelins Meinungsfreiheit auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage im belgischen StGB beruhe, die dem Schutz des Privatlebens, der Unschuldsvermutung und dem Untersuchungsgeheimnis diene. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung verwies der Gerichtshof auf die anerkannte Informationsfunktion der Medien gerade auf dem Gebiet des Strafrechts.

«La Cour souligne que le public a, de manière générale, un intérêt légitime à être informé sur les procès en matière pénale et notamment sur des faits tels que ceux relatés par l'article litigieux, qui concernaient un cas de pédophilie impliquant des personnes connues du grand public et ayant eu des répercussions même sur le plan politique. A cet égard, la Cour rappelle que la personne visée par l'article, S. était un sculpteur reconnu, dont le travail lui avait valu de nombreux articles dans la presse depuis 1984, homosexuel et compagnon du célèbre écrivain hollandais R. La décoration de ce dernier avec la plus grande distinction littéraire, qui devait lui être remise par le Roi personnellement, a dû l'être par un autre officiel en raison de l'inculpation de S. Cette décision du Roi a provoqué la réaction du secrétaire d'Etat à la culture des Pays-Bas et failli provoquer la démission du ministre de la culture de la communauté flamande de l'époque. De l'avis de la Cour, l'article litigieux s'inscrivait donc dans le cadre d'un débat en cours, tant juridique que politique.»

Die mit der Publikation des Zeitungsartikels verbundene Gefährdung der Unschuldsvermutung und der unbeeinflussten Urteilsfindung des belgischen Gerichts war angesichts der Flut anderer Medienveröffentlichungen zu diesem Thema und der zeitlichen Distanz zum Gerichtsurteil im Pädophilieprozess von beschränkter Tragweite. Der Zeitungsbericht hätte für sich genommen die Beschränkung der Medienfreiheit wohl nicht gerechtfertigt:

«La Cour note que l'article 460 ter institue une interdiction pour l'inculpé ou la partie civile de faire usage d'informations obtenues en consultant le dossier lorsque cet usage a pour effet d'entraver le déroulement de l'instruction, de porter atteinte à la vie privée, à l'intégrité physique ou morale ou aux biens d'une personne citée dans le dossier. En condamnant le requérant comme co-auteur du délit, le tribunal correctionnel a souligné la nécessité de protéger la vie privée et l'intégrité morale de S. Quant à la cour d'appel, elle a mentionné le besoin de sauvegarder le secret de l'instruction, lié à la présomption d'innocence de tout inculpé.

De prime abord, ces motifs peuvent ne pas paraître suffisants pour justifier les sanctions infligées au requérant. En effet, l'article du 20 février 2002 n'était qu'un article parmi d'autres qui avaient été publiés non seulement par le requérant mais également par d'autres journalistes, et concernant le penchant homosexuel de S. depuis que l'affaire impliquant S. et A. avait vu le jour en août 2001. Déjà avant ces faits, S. avait ouvertement fait état dans la presse de son homosexualité et de sa fascination pour le physique des adolescents qu'il avait lui-même qualifié de nature pédophile. De plus, l'article litigieux a paru le 20 février 2002, alors que, dans la procédure contre S., le juge d'instruction avait déjà rendu son ordonnance de soit-communié (le 31 décembre 2001) et le ministère public avait déjà établi, le 18 janvier 2002, son réquisitoire reprochant à S. trois préventions. De plus, le jugement condamnant S. est intervenu le 25 juin 2003, donc plus d'un an après la parution de l'article litigieux pour pouvoir soutenir qu'il ait pu avoir un quelconque impact sur le jugement des magistrats.»

Dennoch betrachtete eine Mehrheit des Gerichtshofs die Massnahmen gegen den Journalisten in diesem Fall als verhältnismässig. Ausschlaggebend war, dass er die Eltern durch seine Geldzahlung unter Druck gesetzt und sie bösgläubig in die Strafbarkeit getrieben hatte:

«Le tribunal correctionnel a considéré que le requérant s'était rendu complice du délit réprimé par l'article 460<sup>ter</sup> car il a exercé une pression inacceptable sur les parents de A., alors qu'il savait que ceux-ci commettaient un délit. En outre, le motif principal utilisé par la cour d'appel pour confirmer le jugement du tribunal correctionnel était le suivant: «le requérant n'est en effet pas poursuivi/condamné du chef d'avoir exprimé son opinion mais du chef de sa collaboration expresse au délit prévu par l'article 460 ter du code pénal commis par Mme V.». En effet, les juridictions internes ont constaté que le requérant a payé M. et Mme V. pour obtenir

# L'avis des tribunaux Die Gerichte entscheiden

copie du dossier. La cour d'appel a relevé qu'en lui remettant le dossier, les parties civiles lui auraient demandé de ne pas publier de photos ou d'éléments pouvant les exposer à des poursuites, ce à quoi le requérant aurait répondu de la manière suivante: «vous ne m'avez pas donné le dossier et je ne l'ai pas eu en possession». De plus, il ressort de l'arrêt de la cour d'appel qu'à l'audition du requérant, le 14 mars 2002, celui-ci a déclaré qu'il n'avait pas l'intention d'informer les parties civiles qu'elles commettaient une infraction en lui remettant une copie du dossier parce qu'il estimait que ce n'était pas sa tâche et qu'elles avaient un avocat pour les en informer.

En incitant les parties civiles à commettre une infraction moyennant finances, le requérant n'a pas agi de bonne foi et dans le respect de la déontologie journalistique (a contrario, Colombani et autres c. France, précité, § 65) et a aussi franchi les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice (arrêt Worm c. Autriche, précité, § 50).»

Wegen dieses auch medienethisch inakzeptablen Verhaltens war die Verurteilung des Medienschaffenden in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, da die Sanktionen der belgischen Justiz nicht über das Ziel hinausschossen.

«Enfin, pour ce qui est des sanctions prononcées, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence (Patrel c. France, no 54968/00, § 47, 22 décembre 2005; Brasilier c. France, no 71343/01, § 43, 11 avril 2006). Elle relève que le requérant a été condamné à une amende de 2500 EUR ou à une peine d'emprisonnement subsidiaire d'un mois, en cas de non-paiement de celle-ci, et avec sursis pour la moitié pendant trois ans. Au civil, à 500 EUR à titre de dédommagement moral à la partie civile S. La Cour estime que ces sanctions ne sauraient être considérées comme excessives ni de nature à emporter un effet dissuasif pour l'exercice de la liberté des médias (voir, mutatis mutandis, Tourancheau et July c. France, no 53886/00, § 93, 24 novembre 2005). Elles ne sauraient donc passer pour disproportionnées aux buts légitimes poursuivis.

La Cour conclut dès lors que la condamnation du requérant constituait une ingérence dans sa liberté d'expression «nécessaire dans une société démocratique» pour protéger la réputation et les droits d'autrui et garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire au sens de l'article 10 § 2 de la Convention.»

Eine Mehrheit des Gerichtshofs betrachtete die Beschwerde des belgischen Journalisten als offensichtlich unbegründet und damit unzulässig. ■

## ANMERKUNGEN:

Dieser Zulässigkeitsentscheid betrifft gleich zwei Themenkreise von grosser rechtlicher und medienethischer Tragweite: Sowohl die Veröffentlichung von Verfassensakten aus hängigen Strafuntersuchungen als auch das Bezahlen von Informationspersonen (Check-

buchjournalismus) werden kontrovers diskutiert. Sie ermöglichen auf der einen Seite journalistische Enthüllungen brisanter Informationen und erleichtern damit eine Orientierung der Allgemeinheit. Sie sind auf der anderen Seite geeignet, wichtige Anliegen zu gefährden. Stichwortartig zu erwähnen sind die Rechte von Privatpersonen (Privatsphäre, Unschuldsvermutung, Recht auf einen fairen Prozess), der ordnungsgemässe, gesetzlich festgelegte Verfahrensgang, aber auch die Glaubwürdigkeit des Journalismus.

Zum Schutz hängiger Gerichtsverfahren hat sich der Gerichtshof bisher erst ansatzweise geäussert und dabei deutlich gemacht, dass eine bloss abstrakte Gefährdung von Unschuldsvermutung und Verfahrensfairness kein Publikationsverbot zu begründen vermag (Urteil N° 1914/02 «Dupuis u.a. c. Frankreich» vom 7.6.2007, *medialex* 3/2007, 151f.). Zur Frage des Checkbuchjournalismus gibt es in Strassburg soweit ersichtlich bislang nicht einmal eine rudimentäre Praxis.

Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass die Beschwerde des belgischen Journalisten bereits an der Zulässigkeitshürde scheiterte und damit keine vertiefte Beurteilung erfuhr. Dass eine Minderheit der 2. Kammer für eine eingehendere Betrachtung votierte, vermag angesichts der Begründung des Unzulässigkeitsentscheides nicht zu erstaunen. Sie lässt einige Fragen offen:

1. In der fraglichen Konstellation (öffentlichkeitsträchtige Affäre, deren gerichtliche Beurteilung mehr als ein Jahr später erfolgte) scheint dem Gerichtshof der blosser Hinweis der belgischen Justiz auf das Privatleben und das Untersuchungsgeheimnis kein ausreichender Grund für eine Beschränkung der Medienfreiheit zu sein. Diese Feststellung ist bemerkenswert. Die vage Formulierung («peuvent ne pas paraître suffisants») lässt jedoch gewisse Zweifel bestehen, ob der Gerichtshof die Beschwerde wirklich gutgeheissen hätte, falls der Journalist auf ethisch einwandfreie Weise zu seinen Informationen gekommen wäre.

2. Stein des Anstosses war für den Gerichtshof weniger die Publikation als die Methode der Informationsbeschaffung. Er missbilligt den Umstand, dass der Journalist die Privatkläger durch das Gewähren einer Geldsumme unter Druck setzte und sie nicht vor dem Risiko einer Bestrafung warnte bzw. schützte. Zumindest diese Art des Scheckbuchjournalismus betrachtet der EGMR als derart verwerflich, dass sie die Bestrafung des Journalisten wegen Teilnahme am Delikt der einsichtsberechtigten Mutter zu rechtfertigen vermag. Ob der Gerichtshof das Bezahlen von Informationspersonen generell ablehnt, bleibt offen (für die Situation in der Schweiz vgl. Ziff. 4.3 der Richtlinien des Presserates zur Bezahlung von Informanten). Jedenfalls rückt der fehlende Respekt der journalistischen Berufsethik in Strassburg vermehrt ins Zentrum der juristischen Beurteilung. Wenige Wochen nach der 2. Kammer hat die Grosse Kammer im Urteil «Stoll c. Schweiz» Ziff. 104 den zunehmenden Stellenwert der Berufsethik noch unterstrichen: «Dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations, circulant sur des supports traditionnels ou électroniques et impliquant un nombre d'auteurs toujours croissant, le contrôle du respect de la déontologie journalistique revêt une importance accrue». Wie sein belgischer Berufskollege (bei der Informationsbeschaffung) schenkte auch Stoll (bei der Formulierung seines Zeitungsberichts) der journalistischen Ethik nach Auffassung des EGMR keine genügende Beachtung, was das Strassburger Urteil in beiden Fällen wesentlich – wenn nicht gar prozessentscheidend – beeinflusste.

3. Bei der Schärfe der im belgischen Fall verhängten Sanktion prüfte der Gerichtshof lediglich das Strafurteil, nicht aber die vorherige Haussuchung, die Beschlagnahme und die mehrtägige Untersuchungshaft. Weshalb diese vom Journalisten ebenfalls gerügten Massnahmen in der Verhältnismässigkeitsprüfung mit keinem Wort erwähnt werden, ist schleierhaft. An der mangelnden Schwere kann es nicht gelegen haben: Dass solche Untersuchungsmassnahmen gravierende Beschränkungen der Medienfreiheit darstellen, unterstrich der Gerichtshof wenige Tage später in den nachstehend zusammengefassten Urteilen «Voskuil c. Niederlande» und «Tillack c. Belgien» deutlich.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Unzulässige Durchbrechung des Quellenschutzes durch Beugehaft

Urteil der 3. Kammer  
«Voskuil c. Niederlande» vom  
22.11.2007 (N° 64752/01)

In der niederländischen Zeitung «Sp!ts» publizierte Journalist Koen Voskuil im September 2000 zwei Artikel über einen Prozess wegen Waffenhandels. Die Berichte warfen die Frage auf, ob der Waffenfund in einer Amsterdamer Wohnung tatsächlich auf Zufall beruhte oder ob der von der Polizei vorgebrachte Wasserschaden lediglich ein vorgeschobener Grund für ein ungesetzliches Eindringen in die Wohnung war. Voskuils Kritik an den Ermittlungsmethoden der Polizei beruhten auf den Angaben eines nicht genannten Amsterdamer Polizisten. Die Verteidigung der wegen Waffenhandels Angeklagten verlangte die Befragung Voskuils als Zeuge. Der Journalist machte deutlich, dass der von ihm kontaktierte Polizist an der Hausdurchsuchung teilgenommen hatte. Das Appellationsgericht verlangte von Voskuil die Bekanntgabe der Identität des Polizisten, denn dessen Angaben seien nicht nur im Interesse der Verteidigung, sondern auch der Integrität der Polizei und der Gerichtsbehörden.

Da Voskuil sich auf den Quellenschutz berief und die Anonymität seines Informanten geheim hielt, wurde er für zwei Wochen in Beugehaft genommen. Am 9. Oktober 2000 beschloss das Appellationsgericht Voskuils Haftentlassung, da die in seinen Zeitungsartikeln publizierte Darstellung nicht plausibel erscheine.

Der Gerichtshof kam einstimmig zum Schluss, dass das Vorgehen der niederländischen Behörden einen unverhältnismässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit bedeutete.

Er erinnerte zunächst daran, dass der journalistische Quellenschutz in einer demokratischen Gesellschaft einen sehr hohen Stellenwert hat und nur unter besonderen Umständen durchbrochen werden darf: «65. Protection of journalistic sources is one of the basic conditions for press freedom, as is recognised and reflected in various international instruments including the Committee of Ministers Recommendation quoted in paragraph 43 above. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public-watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected. Having regard to the importance of the protection of journalistic sources for press freedom in a democratic society and the potentially chilling effect an order of source disclosure has on the exercise of that freedom, such a measure cannot be compatible with Article 10 of the Convention unless it is justified by an overriding requirement in the

public interest (see *Goodwin v. the United Kingdom*, judgment of 27 March 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996 II, p. 500, § 39; more recently and *mutatis mutandis*, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, no. 51772/99, § 46, ECHR 2003 IV).»

Die von den niederländischen Behörden ins Feld geführten Argumente waren nicht gewichtig genug, um eine Beschränkung der Meinungsfreiheit zu begründen. Zum einen konnte der Waffenhandels-Prozess auch ohne Kenntnis der Identität des fraglichen Polizeibeamten geführt werden: «66. As the Court understands the Government's argument, the applicant was required to identify his source for two reasons: firstly, to guard the integrity of the Amsterdam police; and secondly, to secure a fair trial for the accused. 67. The Court sees no need on this occasion to consider whether under any conditions a Contracting Party's duty to provide a fair trial may justify compelling a journalist to disclose his source. Whatever the potential significance in the criminal proceedings of the information which the Court of Appeal tried to obtain from the applicant, the Court of Appeal was not prevented from considering the merits of the charges against the three accused; it was apparently able to substitute the evidence of other witnesses for that which it had attempted to extract from the applicant (see paragraph 26 above). That being so, this reason given for the interference complained of lacks relevance.»

Auch das Interesse an der Wahrung der Reputation von Polizei und Gerichtsbehörden vermochte eine derart lange Beugehaft nicht zu begründen. Ins Gewicht fielen das öffentliche Interesse an der Aufdeckung von Verfehlungen der Polizei und die schweren Konsequenzen, die dem anonymen Polizeibeamten drohten, der den Journalisten auf diese (angeblichen) Missstände hingewiesen hatte: «68. That leaves the Court to consider the other interest relied on by the Government, which was to identify the applicant's source for their own purposes. 69. The Court is not in a position to establish whether or not there was any truth in the allegations published by the applicant. It notes that both the Advocate General and the Court of Appeal took them seriously enough for the applicant's detention to be ordered for more than two weeks, and that similar allegations were aired in print media other than the newspaper Sp!ts, but that the Court of Appeal eventually dismissed the report published by the applicant as implausible. 70. On the one hand the Court understands the Government's concern about the possible effects of any suggestion of foul play on the part of public authority, especially if it is false. On the other hand, however, it takes the view that in a democratic state governed by the rule of law the use of improper methods by public authority is precisely the kind of issue about which the public have the right to be informed (compare, for example, *Thorgeir Thorgeirson*, cited above, p. 28, § 67, and *Cumpana and Mazare*, cited above, § 95). It is in this light that the Court views the Government's admission (ap-

parently contradicting the Advocate General – see paragraph 10 above) that the applicant's source faced «grave repercussions» if exposed. 71. Whatever the consequences might have been for the source, the Court is struck by the lengths to which the Netherlands authorities were prepared to go to learn his or her identity. Such far-reaching measures cannot but discourage persons who have true and accurate information relating to wrongdoing of the kind here at issue from coming forward and sharing their knowledge with the press in future cases. 72. The Court finds that the facts to be considered tip the balance of competing interests in favour of the interest of democratic society in securing a free press. On the facts of the present case, the Court does not find that the Government's interest in knowing the identity of the applicant's source was sufficient to override the applicant's interest in concealing it (compare Goodwin, cited above, p. 502, § 45).»

Der Gerichtshof bejahte zudem eine Missachtung von Art. 5 EMRK, da im Rahmen der Inhaftierung die Vorschriften des niederländischen Verfahrensrechts (Übergabe einer Kopie der Haftanordnung innerhalb von 24 Stunden) missachtet worden war. Nicht tangiert war hingegen das Recht auf ein öffentliches Gerichtsverfahren in zivil- oder strafrechtlichen Angelegenheiten (Art. 6 EMRK). Die Anordnung, in einem Strafprozess als Zeuge auszusagen, sei eine normale Bürgerpflicht in einem Rechtsstaat und berühre weder zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen noch eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK. ■

.....

### Umgehung des Quellenschutzes durch Verfahren gegen Journalisten

Urteil der 2. Kammer  
«Tillack c. Belgien» vom 27.11.2007  
(N° 20477/05)

«Stern»-Journalist Hans-Martin Tillack publizierte im Frühjahr 2002 zwei detaillierte Reportagen über Unregelmäßigkeiten in der EU-Kommission. Dabei stützte er sich auf vertrauliche Dokumente aus dem Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), welches Betrug, Korruption und sonstige Unregelmäßigkeiten innerhalb der EU-Organe und -Einrichtungen zu bekämpfen hat. Im OLAF kursierte das Gerücht, Tillack habe einem Beamten 8000 Euro (oder Deutsche Mark) für die Herausgabe der Dokumente offeriert. Im März 2003 behauptete das OLAF, der Bestechungsverdacht gegen Tillack stütze sich auf seriöse Quellen, darunter Mitglieder des EU-Parlaments. Eine interne Untersuchung führte nicht zur Enthüllung des Informanten, worauf das OLAF im Februar 2004 an die belgischen Strafbehörden gelangte. Diese führten am 19. März 2004 – also

rund zwei Jahre nach Erscheinen der fraglichen «Stern»-Artikel – umfangreiche Haussuchungen in Tillacks Büroräumen und seiner Brüsseler Wohnung durch. Beschlagnahmt wurden zahlreiche Dokumente, zwei Computer und vier Mobiltelefone. Das Strafverfahren gegen Tillack wurde Ende 2006 eingestellt. Er beschwerte sich beim EGMR u.a. wegen Missachtung seiner Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK).

Die belgische Regierung argumentierte in Strassburg, es gehe hier nicht primär um den Schutz der Informationsquellen, sondern um die Aufdeckung eines eigenen strafbaren Verhaltens des Medienschaffenden: «49. Quant à la nécessité de l'ingérence, le Gouvernement attire l'attention de la Cour sur un élément qui distingue fondamentalement, selon lui, la présente affaire des autres affaires que la Cour a eu à connaître concernant la protection des sources journalistiques, c'est le comportement du requérant. En l'espèce, les perquisitions et saisies étaient non seulement destinées à découvrir l'identité de la personne n'ayant pas respecté le secret professionnel, auquel elle était pourtant assujettie, mais aussi à rechercher des preuves indiquant que le requérant était l'auteur ou le co-auteur de corruption passive et active. La protection des sources ne peut servir à couvrir des infractions commises par des journalistes et à créer une immunité pénale en faveur de ceux-ci. Dans l'arrêt Fressoz et Roire c. France ([GC], no 29183/95, 21 janvier 1999, CEDH 1999-I, §§ 52 et 55), la Cour avait elle-même souligné que la presse ne devait pas franchir certaines limites et devait respecter les lois pénales et l'éthique professionnelle.»

Diese Argumentation vermochte den Gerichtshof nicht zu überzeugen. In Tat und Wahrheit sei es zum Zeitpunkt der Haussuchung sehr wohl darum gegangen, Tillacks Informationsquellen zu enthüllen: «61. La Cour note que les faits de la cause comportent des similitudes avec ceux des affaires Roemen et Schmit c. Luxembourg et Ernst et autres c. Belgique précitées. En l'espèce, le Gouvernement souligne que ce qui différencie la présente affaire des autres est le comportement du requérant qui n'était pas un acteur passif de la fuite des informations confidentielles mais l'aurait provoquée lui-même en corrompant l'agent de l'O.L.A.F. Cet organisme a ouvert une enquête interne tendant à découvrir l'agent qui avait divulgué ces informations au requérant et a publié un communiqué de presse dans lequel il informait le public qu'il n'était pas exclu qu'un paiement puisse avoir été effectué à l'un de ses agents (paragraphe 9 et 12 ci-dessus). L'O.L.A.F. a même indiqué au médiateur européen, dans le cadre de l'examen de la plainte no 1840/2002 GG déposée par le requérant contre l'O.L.A.F., que les soupçons de corruption étaient nés à partir d'informations émanant de source crédible, y compris des membres du Parlement européen (paragraphe 11 ci-dessus). Dans sa décision du 30 novembre 2003, le médiateur européen concluait qu'en portant des allégations de corruption sans base factuelle suffisante et vérifiable, l'O.L.A.F. était allé au-delà de ce qui était proportionnel au but poursuivi par cette action, ce qui constituait un acte de mauvaise admi-

nistration (paragraphe 13 ci-dessus). 62. L'enquête interne n'ayant pas pu révéler l'identité de l'auteur de la fuite, l'O.L.A.F. déposa, le 11 février 2004, une plainte contre le requérant auprès des autorités judiciaires belges qui ont ouvert une instruction pour corruption active et passive de fonctionnaire (paragraphe 14-15 ci-dessus). Le 19 mars 2004, le domicile et le bureau du requérant furent perquisitionnés (paragraphe 16 ci-dessus). 63. Or au moment où les perquisitions litigieuses eurent lieu, il est évident que celles-ci avaient pour but de dévoiler la provenance des informations relatives par le requérant dans ses articles. L'enquête interne à l'O.L.A.F. n'ayant pas produit le résultat escompté et les soupçons de corruption de la part du requérant étant fondés sur de simples rumeurs, comme l'avait relevé à deux reprises l'enquête du médiateur européen en 2003 et 2005, il n'y avait alors aucun impératif prépondérant d'intérêt public pouvant justifier de telles mesures. 64. Les mesures tombaient ainsi, à n'en pas douter, dans le domaine de la protection des sources journalistiques. L'absence de résultat apparent de ces perquisitions et saisies n'enlève pas à ces dernières leur objet, à savoir trouver pour le compte de l'O.L.A.F. le responsable de la divulgation des informations confidentielles (voir, mutatis mutandis, Ernst et autres c. Belgique précité, § 100).»

Die Verdachtsgründe gegen den Medienschaffenden selber waren hingegen nicht erhärtet, sondern beruhten bloss auf vagen Vermutungen. «65. La Cour souligne que le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection. Ceci vaut encore plus en l'espèce, où le requérant était soupçonné sur le fondement de vagues rumeurs non étayées, ce qui s'est confirmé par la suite par le fait que le requérant ne fut pas inculpé (paragraphe 27 ci-dessus).»

Gegen die Notwendigkeit der Beschränkung der Meinungsfreiheit sprach auch der exzessive Umfang der beschlagnahmten Gegenstände, über die nicht einmal ein Inventar erstellt wurde:

«66. La Cour constate aussi l'ampleur de la saisie opérée par les autorités: seize caisses de documents, deux boîtes d'archives, deux ordinateurs, quatre téléphones portables et un meuble métallique. Aucun inventaire des pièces saisies ne fut dressé. La police aurait même égaré pendant sept mois une caisse complète de documents (paragraphe 16 ci-dessus). 67. La Cour est ainsi d'avis que si les motifs invoqués par les juridictions nationales peuvent certes passer pour «pertinents», ils ne peuvent être jugés «suffisants» pour justifier les perquisitions incriminées. 68. Elle conclut que les mesures litigieuses sont à considérer comme disproportionnées et, partant, ont violé le droit du requérant à la liberté d'expression reconnu par l'article 10 de la Convention.»

Der Medienschaffende argumentierte, das menschenrechtswidrige Vorgehen der belgischen Behörden habe seine Reputation geschmälert und seine journalistische Berufsausübung massiv behindert. Er verlangte deshalb eine Genugtuung vom belgischen Staat: «74. Le requérant prétend que son dommage ne consiste pas seulement dans la privation des documents de travail et supports d'information qui furent emportés par les autorités de police mais également dans la perte de crédit tant auprès du public que des personnes susceptibles de fournir des informations au journaliste. La confiance dans la capacité du requérant à protéger l'anonymat de ses sources, élément vital de la profession de journaliste, a été irrévocablement ébranlée. Il en résulte que le requérant n'est plus en mesure de couvrir les travaux de la Commission européenne comme auparavant car ses sources potentielles d'information n'ont plus confiance en sa capacité à conserver leur identité confidentielle. En outre, les perquisitions opérées à son domicile et sur son lieu de travail ont porté atteinte à son honorabilité. Enfin, il prétend qu'il est incapable de poursuivre son travail dans des conditions décentes étant donné que près de mille pages de documents utiles à ses travaux ont été saisies.

Il réclame ex aequo et bono 25 000 euros (EUR) au titre du préjudice moral qu'il aurait subi.»

Der Gerichtshof anerkannte, dass die belgischen Massnahmen beim Journalisten Angst und Schrecken («angoisse et désarroi») ausgelöst hatten. Er sprach Tillack eine Genugtuung in der Höhe von 10 000 Euro zu. ■

#### ANMERKUNGEN:

Das Urteil im Fall Tillack liegt auf der Linie der beiden EGMR-Urteile N° 51772/99, «Roemen & Schmit c. Luxemburg» vom 25.2.2003 (Medialex 2003, 116f.) und N° 33400/96 «Ernst u.a. c. Belgien» vom 15.7.2003. Die belgischen Behörden sahen allerdings eine wesentliche Differenz darin, dass der Medienschaffende hier nicht nur als potenzieller Zeuge involviert, sondern einer eigenen Straftat beschuldigt war. In dieser Konstellation droht der Schutz zu entfallen, den das im innerstaatlichen Recht garantierte Redaktionsgeheimnis (in der Schweiz Art. 28a StGB) den Journalisten vor strafprozessualen Zwangsmassnahmen gewährt (vgl. F. Riklin, Der Journalist als Zeuge und Beschuldigter im Strafverfahren, Medialex 1999, S. 161).

Der Gerichtshof stellt sich nun gegen eine Aushebelung des Quellenschutzes durch Untersuchungsbehörden, welche das Verfahren (auch) gegen den Medienschaffenden selber führen. Wie schon das Bundesgericht (BGE 123 IV 236 E. 6c S. 246) schützt auch der EGMR das Redaktionsgeheimnis vor Zwangsmassnahmen, die sich bloss vordergründig gegen den Medienschaffenden selber richten. Dient eine solche Massnahme weniger der Überführung des Journalisten als der Enthüllung seiner Informationsquelle, so handelt es sich um eine (gravierende) Beschränkung der Freiheit des Medienschaffenden. Sie lässt sich nur rechtfertigen, wenn der Staat dafür überzeugende Gründe anführen kann.

Dass unberechtigte strafprozessuale Massnahmen gegen Medienschaffende keine Bagatelle sind, verdeutlicht die Höhe der Genugtuungssumme, die der Gerichtshof dem deutschen Journalisten zugesprochen hat.

DR. FRANZ ZELLER, BERN

## Weitere Strassburger Rechtsprechung:

- Missachtete Meinungsfreiheit einer Journalistin, die einen Untersuchungsrichter in einer Monatszeitschrift wegen dessen Verhaltens in einer ihre Schwester betreffenden Strafuntersuchung des Eidesbruchs bezichtigt und sinngemäss als Clown («karagiozis») bezeichnet hatte. Die Verurteilung zu einer bedingten Gefängnisstrafe für diese Werturteile war unverhältnismässig, zumal die Reputation des Richters gemäss EGMR auch mit zivilrechtlichen Mitteln hätte geschützt werden können. (Urteil der 1. Kammer N° 19331/05 «Katrami c. Griechenland» vom 6.12.2007)
- Mangelnder Schutz des Reputation (Art. 8 EMRK) des Chefredaktors einer jüdischen Zeitschrift (Karl Pfeifer), dem die Wochenzeitung «Zur Zeit» im Jahr 2000 nach dem Suizid eines 1995 von Pfeifer kritisierten Professors «tödlichen Tugendterror» vorgeworfen hatte. Pfeifers Zivilklage war abgelehnt worden, da die entsprechenden Werturteile nicht exzessiv seien. In der Zwischenzeit hatte der «Zur Zeit»-Chefredaktor in einem Brief an die Abonnenten Pfeifer als Mitglied einer «Jagdgesellschaft» bezeichnet, die den Professor in den Tod getrieben habe. Eine 5:2-Mehrheit des Gerichtshofs war der Ansicht, diese Kritik an Pfeifer habe die Grenze des Zulässigen überschritten und hätte gehandelt werden müssen, da es sich um einen unbelegten Vorwurf kriminellen Verhaltens gehandelt habe. (Urteil der 1. Kammer N° 12556/03 «Pfeifer c. Österreich» vom 15.11.2007)
- Verurteilung (mit einer Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen) wegen öffentlich erhobener, auf legitimen Verdachtsgründen beruhender Veruntreuungsvorwürfe gegen einen Bürgermeister missachtet die Meinungsfreiheit. (Urteil der 2. Kammer N° 27935/05 «Filipovic c. Serbien» vom 20.11.2007)
- Straf- und zivilrechtliche Verurteilung wegen eines ehrenrührigen Zeitungsartikels über einen angeblich despotischen und kriminellen Bürgermeister missachtet gemäss einem mit 5 gegen 2 Stimmen gefällten Urteil die Meinungsfreiheit. (Urteil der 2. Kammer N° 13909/05 «Lepojic c. Serbien» vom 6.11.2007)
- Verurteilung von Journalisten der Tageszeitung «Evrensel» für die Publikation von Artikeln über verschwundene Personen missachtete die Meinungsfreiheit. (Urteil der 2. Kammer N° 19353/03 «Saygili u.a. c. Türkei» vom 8.1.2008)
- Missachtete Meinungsfreiheit eines Journalisten, der in einem Brief an die Anwaltskammer heftige Kritik an zwei Anwälten geübt hatte und den die griechische Ziviljustiz auf Klage eines der Anwälte wegen Ehrverletzung zu einer zivilrechtlichen Entschädigung von 3000 Euro verurteilte. (Urteil der 1. Kammer N° 25145/05 «Vasilakis c. Griechenland» vom 17.1.2008)
- Zur Einstellung der Medientätigkeit führende Busse wegen gutgläubiger Kritik an angeblich korruptem Unternehmen missachtet Meinungsfreiheit. (Urteil der 4. Kammer N° 42864/05 «Timpul Info-Magazin & Anghel c. Moldawien» vom 27.11.2007)
- Bezeichnung eines Erdbebens als Strafe gegen die Feinde Allahs in einer Live-Sendung ist zwar gravierend, vermag aber kein Sendeverbot von 180 Tagen zu rechtfertigen, zumal kein Aufruf zu Gewalt oder Hass vorlag. (Urteil der 2. Kammer N° 6587/03 «Nur Radyo Ve Televizyon Yayinligi A.S. c. Türkei» vom 27.11.2007)
- Unverhältnismässiges Sendeverbot von 365 Tagen für Ausstrahlung eines virulent kritischen Liedes, welches im Handel frei erhältlich war und Ereignisse aus dem Jahr 1971 betraf. (Urteil der 2. Kammer N° 11369/03 «Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A. S. c. Türkei» vom 4.12.2007)
- Notrechtliches Verbot der Tageszeitung «Günlük Evrensel» im Jahr 2001 missachtete Meinungsfreiheit. (Urteil 2. Kammer N° 74243/01 «Fevzi Saygili c. Türkei» vom 8.1.2008) ■

D'AUTRE PART

UND AUSSERDEM

**Droit d'auteur: la qualité pour agir du preneur de licence de films confirmée par le TF**

Arrêt du Tribunal fédéral du 26 septembre 2007 (4A.142/2007)

Pour le Tribunal fédéral, la mise à disposition – vente ou location – par un vidéo club de films simultanément exploités sur grand écran constitue une entrave illicite à l'exercice du droit de représentation de l'auteur au sens de l'article 12 al. 1 bis de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). En concrétisation du principe de l'exploitation en cascade, les nouveaux films doivent en effet sortir au cinéma, avant d'être vendus et/ou loués en DVD, puis diffusés sur les chaînes de télévision. Cette disposition, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004, protège ainsi le premier passage au cinéma d'un nouveau film.

L'affaire portée devant le TF divise la recourante X., une société ayant pour but le commerce et la location de cassette vidéo et qui exploite quatre magasins à Genève, de l'intimée Y., une société ayant pour but l'achat, la vente, la location et la distribution de films cinématographiques. A l'origine du litige, deux longs métrages dont l'entier des droits d'exploitation pour la Suisse avait été acquis par Y. et qui, simultanément à leur exploitation en salle avaient été offerts à la location et à la vente par X. Suite à une sommation de cesser immédiatement leur exploitation commerciale, 180 exemplaires des films ont été saisis par huissier judiciaire en exécution d'une décision de saisie provisionnelle rendue par la Cour de justice du canton de Genève le 29 juin 2005. La demande en validation des mesures provisionnelles a été accueillie favorablement par le tribunal et la Cour de justice, par arrêt interlocutoire du 14 septembre 2006, a jugé que X. a violé l'art. 12 al. 1 bis LDA en proposant à la vente ou à la location en DVD des films W. et V. avant et pendant qu'ils étaient projetés au cinéma à Genève. Le 16 mars 2007, la Cour de justice a condamné la défenderesse X. à verser la somme de 16 192 Fr. 75 avec intérêts à 5% dès le 28 juin 2005.

A l'encontre de ces décisions, la défenderesse exerce un recours en matière civile, concluant à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens notamment que la demande en paiement soit rejetée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour instruction.

La recourante soutient en premier lieu que l'intimée, Y., en tant que preneur de licence, n'avait pas la qualité pour agir

au sens de l'art. 12 al. 1 bis LDA. A titre subsidiaire, elle prétend que si l'on devait suivre le raisonnement de la cour cantonale et se référer, pour juger de la qualité pour agir de l'intimée, au contenu des contrats de licence signés par celle-ci, le droit suisse ne serait pas applicable.

Le TF rappelle en premier lieu que l'intimée a acquis contractuellement tous les droits d'exploitation des films V. et W. et qu'ils ressort des conditions générales – partie intégrante des accords – que les droits sont accordés au distributeur à titre exclusif et que le distributeur doit prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher que le film soit piraté dans le territoire concédé. Il en découle ainsi que tous les droits nécessaires pour se défendre contre les atteintes aux droits cédés selon le contrat ont été cédés à l'intimé, ce qui a du reste été confirmé dans deux courriers séparés par les cocontractantes de l'intimée. Par conséquent, conclut le TF, le preneur de licence jouissait du droit d'intenter action en son propre nom.

S'agissant du grief subsidiaire soulevé par la recourante, soit le droit applicable, le TF estime que le droit suisse est seul applicable dans le litige. Ce dernier a pour objet la protection, sur le territoire suisse, de droits d'auteur transférés au preneur de licence; il oppose le preneur de licence à une société de location et de vente de cassettes vidéo; deux sociétés anonymes de droit suisse qui ne sont pas contractuellement liées. Le résultat de l'événement dommageable, qui s'est produit en Suisse, s'est également produit dans le même pays. A défaut de tout élément d'extranéité, il ne se justifie pas, selon le TF, de faire application du droit international privé en tant que *lex fori*. En effet, il est sans pertinence que la question de la légitimation active de l'intimée doit s'examiner sur la base des contrats de licence, lesquels prévoient l'application du droit étranger. Au demeurant, en matière de propriété intellectuelle, il ressort de l'article 110 al. 1 LDIP que les droits de la propriété intellectuelle sont régis par le droit de l'Etat pour lequel la protection de la propriété intellectuelle est revendiquée, soit, à supposer l'existence d'un élément d'extranéité, le droit suisse en l'occurrence.

Le recourant soutient encore que son comportement n'était pas illicite au sens de l'art. 41 CO. Le TF balaie cet argument en rappelant que son comportement est clairement illicite puisque, par ses actes, la recourante a enfreint l'art. 12 al. 1 bis LDA, en tant que norme destinée à protéger le lésé contre le type du dommage qu'il a subi. Dès lors, l'argument de la recourante qui consiste à présenter l'intimée comme une victime par ricochet était vain, l'illicéité de la violation de l'art. 12 al. 1 bis LDA suffisant à valider l'action en dommages-intérêts.

Enfin, le TF n'a pas davantage fait droit aux autres griefs de la recourante qui invoquait notamment l'arbitraire de certaines constatations de fait.

En conséquence, le recours a été rejeté. ■

## REMARQUES:

1. La confirmation de la qualité pour agir du preneur de licence exclusive correspond à la solution retenue par l'actuelle LDes et anticipe ce qui sera la solution légale «par défaut» en droit d'auteur, en droit des marques et en droit des brevets, dès l'entrée en vigueur du 2<sup>ème</sup> volet de la révision de la LBI, prévu pour le 1<sup>er</sup> juillet 2008.

2. La violation des droits d'auteur, en l'espèce du droit de représentation, constitue un acte illicite (d'ailleurs sanctionné pénalement) qui suffit pour justifier une action en dommages et intérêts basée sur l'art. 41 CO. Le fait que l'art. 12 al. 1 bis LDA enfreint en l'espèce soit, de surcroît, «une norme destinée à protéger le lésé contre le type de dommage qu'il a subi» renforce et conforte, si besoin était, le caractère illicite de l'acte reproché au loueur/vendeur de DVD. Le caractère protecteur de cette disposition a aussi l'avantage d'éviter que le preneur de licence, contractuellement autorisé à exercer le droit de représentation, soit assimilé à une victime par ricochet ne pouvant prétendre à la réparation du dommage subi parce qu'elle ne serait qu'une personne contractuellement liée à la victime qui serait, elle, uniquement le titulaire du droit de représentation. En effet, le texte même de l'art. 12 al. 1 bis vise à éviter toute entrave à l'exercice du droit de représentation de l'auteur. Dès le moment où la vente/location d'exemplaires d'une œuvre audiovisuelle interfère avec son exploitation en salle, elle **entrave l'exercice du droit de représentation**, que cet exercice soit le fait de l'auteur lui-même ou d'un tiers contractuellement autorisé à exercer ce droit à sa place. Ce n'est, ainsi, pas les intérêts **des titulaires** de droits d'auteur que l'art. 12 al. 1 bis protège, comme le dit le TF, mais bien l'exercice même du droit de représentation, que ce soit par le titulaire du droit lui-même ou par un tiers autorisé.

3. Quant à la détermination du montant du dommage, sa fixation ex æquo et bono sur la base notamment d'une moyenne statistique tirée d'une étude de l'office fédéral de la statistique, le défendeur ayant refusé de collaborer à l'administration des preuves et de déposer les pièces comptables en sa possession, confirme l'arrêt rendu par le TF le 14 mars 2007 dans la cause 4C.414/2006 (sic! 9/2007 p. 660-661) en matière de remise du gain. Il en résulte que les auteurs d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ont avantage à collaborer à l'administration des preuves portant sur le dommage occasionné par, respectivement le gain tiré de, la violation du droit.

PROF. NATHALIE TISSOT, NEUCHÂTEL

## Sendungen «Joya rennt» und «Celebrations» verletzen Werbe- und Sponsoringbestimmungen

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts  
vom 30. Oktober 2007 (A-2278/2006)

Mit Verfügung vom 5. September 2006 stellte das BAKOM fest, dass die Sat 1 (Schweiz) AG in Sendungen «Joya rennt» und «Celebrations» des Senders Sat 1 in verschiedener Hinsicht gegen Werbe- und Sponsoringbestimmungen verstossen habe. Unter anderem hätten die Sponsoren der Sendungen «Joya rennt» (Nokia, Toshiba, SEAT, Swisscom Fixnet und SBB) und «Celebrations» (SEAT, Celebrations und Air Berlin) eine (unzulässige) werbliche Präsenz gehabt. Das BAKOM ordnete die Herstellung des rechtmässigen Zustandes an und hielt fest, dass über eine allfällige Gewinneinziehung in einem späteren Zeitpunkt entschieden werde.

Das Bundesverwaltungsgericht, welches das gegen diese Verfügung beim UVEK anhängig gemachte Verfahren übernahm, kommt in seinem Urteil zum Schluss, dass der Einbau des Auskunftsdienstes 1811 in das Spiel der Sendung «Joya rennt» nicht eine zulässige Produktplatzierung, sondern unrechtmässige Schleichwerbung i.S.v. Art. 19 Abs. 3 aRTVG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 aRTVV darstellt. Weiter erkennt das Gericht, dass die Marke «SEAT – auto emoción» in der zu beurteilenden Verwendung als Sponsorbezeichnung ausschliesslich einen werbenden Zweck hat und für die Erkennbarkeit der Sponsorin im Hinblick auf die Chancengleichheit mit Konkurrenzunternehmen nicht notwendig ist. Ihre Verwendung im Billboard der Sendung «Celebrations» verstösst infolgedessen gegen Art. 19 Abs. 3 aRTVG.

Bei der Sendung «Joya rennt» handelt es sich um eine interaktive Datingshow, in welcher Singles die Möglichkeit erhalten, mit einer Reisebegleitung spontan zu verreisen. Die Spielregeln sehen des Weiteren auch einen Telefonjoker vor. Dieser kann von den Kandidatinnen bzw. Kandidaten dazu eingesetzt werden, ihre über das Internet ausgewählte Reisebegleitung gegen ein Callgirl oder einen Callboy einzutauschen, welche mittels des Auskunftsdienstes 1811 von Swisscom Fixnet ausfindig gemacht werden können. Dabei sieht das Publikum eine Totalaufnahme einer Handytastatur, mit welcher eine Person die Nummer 1811 wählt, gefolgt von einer bildfüllenden Aufnahme des Handydisplays, auf welchem während des Rufaufbaus die Nummer «1811» und danach «Swisscom Auskunft» zu sehen ist.

Aus der Perspektive des dramaturgischen Ablaufs kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Einbau des Auskunftsdienstes in die Sendung für einen logischen Handlungsablauf nicht zwingend notwendig war. «Er kann aber gemessen am Ziel des Spiels, dass einer oder eine der beiden Mitspielenden durch die Lösung verschiedener Aufgaben unter Zeitdruck am Schluss mit einer passenden Begleitung in die Ferien fahren kann, auch nicht direkt als handlungsfremd eingestuft werden, weil dadurch, wie oben ausgeführt, ein spannungserhöhendes Element eingebaut werden konnte. Die Integration des Telefonjokers in die Dramaturgie des Spiels ist von der Vorinstanz denn auch – zumindest teilweise – anerkannt worden. Der Auskunftsdienst 1811 kann somit als in die Dramaturgie der Sendung eingebettet betrachtet werden. (...)Eine andere Frage ist es, ob die konkrete Art der Darstellung des Telefonjokers in natürlicher Weise erfolgt ist. Zwar ist der Beschwerdeführerin darin Recht zu geben, dass der Einbau einer Dienstleistung in eine Sendung der Natur der Sache nach mit anderen Mitteln erfolgen muss, als es bei konkreten Gegenständen der Fall ist, die meist relativ einfach direkt ins Bild gerückt werden können. Entscheidend muss jedoch auch bei der Darstellung von Dienstleistungen bzw. von nicht gegenständlichen Produkten sein, dass sie in der Sendung nicht unnatürlich hervorgehoben werden, so dass damit eine werbende Wirkung erzielt wird. Die Aufmerksamkeit der Zuschauerinnen und Zuschauer wird dadurch mehrfach und

direkt auf den neuen Auskunftsdienst 1811 der Swisscom Fixnet gelenkt. Für das Verständnis der relativ einfachen Spielregeln zum Telefonjoker ist diese mehrfache Nennung und bildschirmfüllende Darstellung nicht notwendig. Die Häufung kombiniert mit der grossformatigen Präsentation entspricht in keiner Weise dem geforderten Kriterium einer natürlichen Einbettung in den Handlungsablauf, sondern führt zu einer künstlichen Hervorhebung des zu platzierenden Produkts.»

Der in den Sponsoring-Billboards der Sendung «Celebrations» verwendete Slogan «SEAT – auto emoción» qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht als werbend.

«Der Zusatz «auto emoción» ist ein Verkaufsargument, welches beim Publikum Interesse für die SEAT-Produkte wecken und damit eine gewisse Werbewirkung erzielen soll.» ■

#### REMARQUES:

Jusqu'où le **parrain d'une émission de radio ou de télévision** peut-il aller dans la promotion de ses produits/services? L'arrêt revient sur une question que se posent régulièrement l'OFCOM et les tribunaux, au travers de deux émissions de Sat 1 (Suisse) SA: «Joya rennt» et «Célébrations». «Joya rennt» permet aux juges fédéraux de préciser la délimitation, toujours délicate, entre le **placement de produits** qui est autorisé à certaines conditions et la **publicité clandestine**, qui elle est toujours prohibée. «Célébrations» est l'occasion pour ces mêmes juges de discuter les **rappports entre droit des marques et droit des programmes** en cas de conflit entre la protection d'une marque et la protection des téléspectateurs. L'arrêt confirme la pratique restrictive de l'autorité de surveillance en matière de parrainage, tant au regard de l'ancien droit que de la nouvelle LRTV.

Quelques explications sont nécessaires s'agissant de «Joya rennt». Dans ce jeu télévisé, les candidats, dans une course contre la montre, ont la possibilité de recourir à un joker téléphonique en utilisant les services de renseignements de Swisscom Fixnet. En appelant le numéro 1811, le candidat se voit proposer un(e) «callboy/callgirl» qui prend la place d'un compagnon de voyage qu'il s'est choisi préalablement. L'identité du «callboy» ou de la «callgirl» est connue d'avance par les responsables de l'émission. Le public voit apparaître à chaque mention du joker téléphonique une séquence montrant tout d'abord un clavier de téléphone portable de grande taille sur lequel est composé le numéro 1811, suivi par les messages «1811» et «Swisscom Auskunft» tout en entendant une voix off expliquant à nouveau le joker en faisant référence à Swisscom Fixnet.

Le Tribunal administratif fédéral, se basant sur les directives en matière de parrainage de l'OFCOM, considère que l'on est en présence d'un placement de produits (autorisé) si deux conditions se trouvent remplies. Premièrement, le produit/service et la manière dont il est présenté s'insèrent dans le déroulement de l'émission. Deuxièmement, l'insertion ne doit pas se traduire par des mentions ou mises en scènes optiques et/ou acoustiques inutiles. Dans le cas d'espèce («Joya rennt»), l'insertion du service de renseignements n'est pas nécessaire au déroulement logique du jeu, mais il n'y est pas étranger non plus, en ce qu'il permet d'augmenter la tension du jeu. L'intégration au déroulement du jeu est ainsi partiellement reconnue. Reste à déterminer si le service est mis en évidence de manière artificielle ou non. Sur ce point, les juges considèrent qu'au vu des règles de jeu relativement simples, les multiples mentions orales ou rappels visuels faits aux téléspectateurs en rapport avec le joker téléphonique, et par conséquent le service offert par Swisscom Fixnet, sont exagérés. Il résulte de la fréquence élevée avec laquelle le service est mentionné, combiné avec sa présentation visuelle surdimensionnée, que ledit service est «placé» de façon artificielle, ce qui n'est pas acceptable.

Dans l'émission «Célébrations», la marque «SEAT auto emoción» figure sur l'écran de sponsoring avant l'émission pour indiquer le parrainage de SEAT. Le Tribunal administratif fédéral confirme la pratique de l'OFCOM selon laquelle la mention de la marque est admissible uniquement si cela permet une meilleure identification du parrain pour le public. Cette exception garantit l'égalité des chances entre les entreprises dont le nom est connu indépendamment de leurs produits (par exemple Coca-Cola), et celles que le public n'identifie qu'en relation avec la marque du produit (Beiersdorf – Nivea; Effems – Mars). Le critère de l'identification du parrain est ainsi déterminant, et est du reste ancré dans la nouvelle ORTV (art. 20). En l'espèce, «SEAT auto emoción» est une marque composée d'une part de la raison sociale de la société SEAT, et d'autre part d'une information additionnelle «auto emoción». Le message «auto emoción», qui se rapporte principalement aux produits de la société et véhicule une notion qualitative, a un effet publicitaire. Aux yeux du public, la raison sociale «SEAT» suffit à identifier le parrain; le supplément «auto emoción» ne se justifie dès lors pas, quand bien même la formulation est protégée par le droit des marques.

Par cet arrêt, le Tribunal administratif fédéral confirme sa jurisprudence antérieure en matière de parrainage, admet une continuité entre l'ancienne et la nouvelle loi et, incidemment, confirme que la pratique administrative demeure entièrement applicable sous le nouveau régime légal. Les positions prises sont soutenables à la lettre de la loi. La pratique restrictive de l'OFCOM ne nous paraît cependant pas devoir être encouragée à l'excès par les tribunaux. A titre de comparaison, la directive européenne «Télévision sans frontières» 2007/65/CE offre une plus grande liberté aux diffuseurs en matière de placement de produits, notamment si le public reçoit une information claire sur la méthode de placement utilisée. Par son interprétation moins stricte du principe de séparation entre la publicité et la partie rédactionnelle du programme, elle ouvre également la voie à de nouvelles techniques promotionnelles (dont la publicité en écran partagé, reconnue par la nouvelle ORTV). Par ailleurs, cette même directive permet l'identification du parrain par une référence à ses produits ou services. Le risque existe que les diffuseurs suisses soient désavantagés par rapport à leurs voisins européens qui sont leurs principaux concurrents sur le marché indigène. Cette situation de discrimination à l'envers est d'autant moins souhaitable que l'un des objectifs de la nouvelle LRTV est de permettre aux radios et télévisions privés de rivaliser avec les diffuseurs étrangers, notamment en favorisant le financement par la publicité.

DR. MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, AVOCAT, GENÈVE

## Couverture des élections par les radiodiffuseurs

Tribunal fédéral, 25 octobre 2007  
(2C 335/2007)

Fin octobre 2006, l'émission «Schweiz Aktuell» de la télévision suisse alémanique consacra une chronique au Conseiller d'Etat fribourgeois Pascal Corminboeuf. En quelque quatre minutes, les réalisateurs brossaient un portrait flatteur d'un homme politique indépendant d'esprit et original, qui allie comme rarement sens terrien et sagesse spirituelle. Diffusé une semaine avant les élections au Conseil d'Etat fribourgeois, ce reportage suscita l'ire du mouvement «Verein gegen Tierfabriken», lequel faisait vigoureusement campagne contre la réélection de Corminboeuf. Son président, Erwin Kessler, saisit l'Autorité indépendante de plainte radio-télévision, dénonçant une émission unilatérale propre à influencer favorablement les électeurs. Le 30 mars, l'AIEP

donnait raison aux plaignants, soulignant une violation de l'obligation de fidélité et de diversité imposée aux journalistes de la radio et de télévision par la Constitution (art. 93). La SSR porta alors l'affaire devant le Tribunal fédéral. En vain, les juges de Lausanne ont, sans hésitation aucune, débouté le diffuseur national.

Après avoir rappelé qu'en période électorale, les radiodiffuseurs sont soumis à un devoir de diligence accru, la Cour a souligné que «Der rundfunkrechtliche Leistungsauftrag verlangt deshalb ebenfalls, dass Kandidaten und Parteien der Zugang zu den audiovisuellen Medien nach sachlichen Kriterien gewährt wird (...). Je ausgeprägter der Wahl- oder Abstimmungscharakter eines Beitrags ist, desto strikter sind im Vorfeld entsprechender Volksentscheide die journalistischen Sorgfaltspflichten zu wahren (BGE 98 Ia 73 ff.). Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung des Veranstalters bezüglich der Natur des Sendegefässes oder der Zielsetzung seines Beitrags an, sondern auf dessen objektiv abzuschätzende Wirkung auf das Publikum. Je später vor dem Urnengang und je intensiver eine Stellungnahme zu einer Wahl oder Abstimmung an Radio und Fernsehen erfolgt, umso strikter soll jede Einseitigkeit und Manipulation ausgeschlossen werden.»

A la SSR qui invoquait la nature anecdotique et nullement politique du reportage litigieux, le Tribunal fédéral répliqua que «Entgegen den Einwänden der SRG gelten die gesteigerten Sorgfaltspflichten nicht nur im Rahmen eigentlicher Wahl- und Abstimmungssendungen, sondern hinsichtlich aller redaktioneller Beiträge mit einem konkreten Bezug zu einem unmittelbar bevorstehenden Volksentscheid. Die Redaktion von «Schweiz Aktuell» kannte den Wahltermin im Kanton Freiburg, strahlte sie das beanstandete Porträt doch gerade mit Blick hierauf (noch) am 30. Oktober 2006 aus, obwohl es schon seit mehreren Tagen bereit gewesen sei. Zum Zeitpunkt der Ausstrahlung musste ihr die im Kanton Freiburg vom VgT breit angelegte Kampagne gegen die Wiederwahl von Regierungsrat Corminboeuf bewusst gewesen sein, dennoch wurde mit keinem Wort darauf eingegangen; auch kamen in einer für die Wahlberechtigten im Kanton Freiburg besonders sensiblen Periode keine anderen kritischen Stimmen zu Wort. Im Gegenteil: Pascal Corminboeuf wurde als Politiker dargestellt, der «zupacke» und praktisch alles richtig mache; die befragten Staatsratskollegen würdigten ihn als «Vaterfigur» bzw. als Persönlichkeit, welche die bäuerische Sicht in die Freiburger Politik einbringe. Kein einziger der übrigen 16 Kandidaten, welche sich für die 7 Sitze in der Freiburger Regierung bewarben, wurde in «Schweiz Aktuell» bzw. in einer anderen Sendung des Schweizer Fernsehens in vergleichbarer Weise vorgestellt. Der Beitrag war deshalb geeignet, die Chancengleichheit der Kandidaten zu beeinträchtigen, indem dem Zuschauer keine Elemente in die Hände gegeben wurden, um sich ein umfassendes Bild machen zu können.» ■

#### REMARQUES:

S'il est un domaine où les journalistes doivent faire preuve d'un grand doigté, c'est bien celui des campagnes électorales. Et ce, tout particulièrement à la télévision, car l'image, de par son consi-

dérable pouvoir de suggestion, peut être le vecteur d'influences excessives, voire de manipulations du corps électoral. Dans le sillage des sociologues (à commencer par Marshal McLuhan et son fameux axiome «the medium is the message»), le Tribunal fédéral a relevé, au début des années septante déjà (ATF 98 Ia 82) que «Das Fernsehen ist zu einem hervorragenden Mittel sozialer Kommunikation geworden; insbesondere die politische Sendung wirkt in hohem Masse meinungsbildend und ist geeignet, Wahlen und Abstimmungen erheblich zu beeinflussen.» Quant au Parlement fédéral, il a toujours été soucieux du respect de l'équilibre politique à l'antenne; récemment encore, il a réitéré son refus de la publicité radiodiffusée pour les partis et les candidats à des fonctions officielles (art. 10 al. 1 let. d LRTV) au motif qu'elle avantagerait indument qui dispose d'un gros portemonnaie.

On comprend dès lors, qu'au nom de l'égalité des chances, un très strict respect de l'obligation générale de diversité posée par la LRTV (art.4 al.4) ait été imposé aux stations de radio et de télévision dans le cadre des émissions électorales. Jusqu'à maintenant, la plupart des (nombreux) litiges en la matière ont porté, directement ou indirectement, sur le temps de parole que pouvaient revendiquer partis d'importance secondaire ou nouveaux venus sur la scène publique. Tout en réitérant à l'envi l'obligation qu'ont les radiodiffuseurs de traiter les candidats de manière équitable, équilibrée et impartiale, les juges lausannois ont toutefois toujours soutenu que l'égalité des chances n'implique pas nécessairement la parité du temps de parole; selon eux, il n'est en effet pas inacceptable que les bulletins d'information, les reportages des magazines d'actualité politique ou les débats électoraux privilégient les formations qui tiennent le devant de la scène (voir notamment le «leading case» qu'est l'arrêt Tamborini, ATF 125 II 497, *medialex* 2000 p. 497).

Sans se démarquer de cette ligne de pensée, le présent arrêt innove en prenant en compte, lorsqu'il s'agit de d'apprécier l'égalité des chances, d'autres émissions que les seules informations à proprement parler électorales. Le changement n'est pas seulement quantitatif, mais aussi qualitatif. Ce qui est décisif désormais, c'est la présence à l'écran d'un candidat durant la période électorale. Les intentions des producteurs et journalistes – qu'ils aient voulu ou non accorder un avantage à un politicien – ne jouent aucun rôle, car un simple surcroît de visibilité peut permettre de l'emporter: «...persönliche Porträts im Vorfeld von Wahlen lassen sich praktisch auch kaum (mehr) vom eigentlichen Wahlkampf trennen; sie bilden Teil von diesem und dem damit Verbundenen Bestreben nach erhöhter Medienpräsenz und Steigerung des Bekanntheitsgrads.» (considérant 4.2.2). On ne peut que saluer cette vision moderne des choses. Et ce ne sont pas ces experts en marketing électoral que sont les «omniprésents» Berlusconi et Sarkozy qui porteront la contradiction. Bien au contraire...

En conséquence, et pour retourner au cas d'espèce, ce bref portrait, avant tout psychologique et sociétal, d'un homme politique hors-norme, venait au mauvais moment. Ni plus, ni moins.

Reste à fixer la durée du «mauvais moment». Sur ce point, important lui aussi, le Tribunal fédéral ne s'est encore jamais prononcé clairement. Certes, le terme de la période critique ne peut, à l'évidence, être autre que la fermeture des derniers bureaux de vote; à ce moment, les jeux sont faits. Le début de la période en revanche est plus difficile à déterminer, les campagnes électorales ne connaissant pas chez nous de coup d'envoi formel (au contraire, par exemple de la France, où la campagne pour les présidentielles démarre le deuxième lundi avant le scrutin, cf. art. 10 du décret du 8 mars 2001). Dans le présent arrêt, les juges lausannois font leurs la solution consacrée par les directives internes de la SSR pour la couverture des élections fédérales de 2007: plus le jour du scrutin approche, plus les programmes respecteront scrupuleusement l'égalité des chances (considéranrs 3.3.2 et 4.2.4). Cette vision relativiste n'est pas satisfaisante, car la lourde obligation de diligence accrue ne saurait être à géométrie variable. En porte-à-faux avec le principe cardinal de l'autonomie des médias, elle doit être contenue dans des limites temporelles précises. A cet égard, le trentième jour avant le scrutin ou le jour de la publication officielle des listes de candidatures sont certainement des propositions de «dies a quo» des plus raisonnables.

PROF. BERTIL COTTIER, LUGANO/ LAUSANNE