

Fall Hertel II: Revision eines Bundesgerichtsentscheides nach Gutheissung einer EMRK-Beschwerde

Bundesgerichtsentscheid vom 2. März 1999 (4C.359/1998)

Ein an den Gesuchsteller gerichtetes Verbot wettbewerbsgeneigter Verlautbarungen, mit denen gesundheitsschädigende Wirkungen von im Mikrowellenherd zubereiteter Nahrung ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich erwiesen hingestellt werden, ist jedenfalls dann mit Art. 10 EMRK vereinbar, wenn konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass es zu solchen Verlautbarungen kommen wird, und wenn diese zudem auch geeignet sind, die Wettbewerbsstellung der Mitglieder des Gesuchsgegners wesentlich zu beeinträchtigen. Das Revisionsgesuch muss deshalb (teilweise) abgewiesen werden, auch wenn zuvor der Europäische Menschenrechtsgerichtshof entschieden hat, dass zwischen dem Umfang der Verbote und dem Verhalten, auf das sie hätten antworten wollen, ein Missverhältnis bestehe und die Beschränkung auf die Wiedergabe allgemein anerkannter Lehren alleine der Meinungsäusserungsfreiheit widerspreche.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

A.- Im Frühjahr 1991 verfasste Hans Ulrich Hertel zusammen mit Bernard H. Blanc einen Forschungsrapport mit dem Titel «Vergleichende Untersuchungen über die Beeinflussung des Menschen durch konventionell und im Mikrowellenofen aufbereitete Nahrung».

Im Jahre 1992 erschienen mehr oder weniger vollständige, durch redaktionelle Einführungen begleitete Veröffentlichungen dieses Forschungsrapportes, namentlich im «JOURNAL Franz Weber» Nr. 19, in «RAUM & ZEIT» Nr. 55 und im «VITA SANA MAGAZIN» Nr. 1. Die Publikation des Forschungsrapportes wurde im «JOURNAL Franz Weber» bereits auf dem Titelblatt angekündigt, auf welchem der Text: «Mikrowellen: Gefahr wissenschaftlich erwiesen!» stand und ein den Tod darstellender Sensemann, der einen Mikrowellenherd trägt, abgebildet war. Die Berichterstattung trug die Überschrift: «Mikrowellenherde: eine Gefahr für die Gesundheit. Die Beweise sind unwiderlegbar!» und wurde von einer von René d'Ombresson verfassten «Allgemeinverständlichen Zusammenfassung der Untersuchung» eingeleitet. Danach wurde der Forschungsbericht veröffentlicht.

Im Anschluss an diese Veröffentlichung forderte der Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe in der Schweiz (FEA) Hans Ulrich Hertel auf, eine Erklärung abzugeben, wonach er künftig schriftliche oder mündliche unlautere Aussagen betreffend die Mikrowellenherde unterlassen werde. Hertel reagierte nicht.

B.- Am 7. August 1992 reichte der Fachverband Elektroapparate für Haushalt und Gewerbe in der Schweiz (FEA) beim Handelsgericht des Kantons Bern gegen Hertel eine Unterlassungsklage ein. Mit Urteil vom 19. März 1993 hiess das Handelsgericht die Klage gut und erliess die folgenden Verbote:

«1. Es wird dem Beklagten unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB und Art. 403 ZPO (Haft oder Busse beziehungsweise Busse bis Fr. 5'000.--, Haft oder in schweren Fällen Gefängnis bis zu einem Jahr) verboten, die Behauptung aufzustellen, im Mikrowellenherd zubereitete Speisen seien gesundheitsschädlich

und führten zu Veränderungen im Blut ihrer Konsumenten, welche auf eine krankhafte Störung hinweisen und ein Bild zeigten, das für einen Beginn eines kanzerogenen Prozesses gelten könne.

2. Es wird dem Beklagten unter Androhung derselben Straffolgen verboten, in Publikationen oder öffentlichen Vorträgen über Mikrowellenherde die Abbildung eines Sensemannes oder eines ähnlichen Todessymboles zu verwenden.»

Gegen das handelsgerichtliche Urteil legte Hertel Berufung an das Bundesgericht ein. Dieses wies am 25. Februar 1994 die Berufung ab und bestätigte das angefochtene Urteil (BGE 120 11 76 ff.).

Hertel erhob gegen das Urteil des Bundesgerichts eine Individualbeschwerde bei der Europäischen Kommission für Menschenrechte. Mit Urteil vom 25. August 1998 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fest, dass Art. 10 EMRK verletzt worden sei; eine Verletzung der Art. 6 und 8 EMRK verwarf er hingegen. Im Weiteren verpflichtete er die Schweizerische Eidgenossenschaft, Hertel mit Fr. 40'000.-- zu entschädigen.

C.- Mit Gesuch vom 20. Oktober 1998 verlangt Hertel die Revision des Urteils des Bundesgerichts vom 25. Februar 1994. Er stellt die Anträge, dieses Urteil sowie jenes des Handelsgerichts aufzuheben, die Klage des Gesuchsgegners abzuweisen und diesen zu verpflichten, ihm Fr. 20'1450.-- als Ersatz für Gerichtskosten, Fr. 33'947.50 als Rückerstattung geleisteter Anwaltsentschädigungen, Fr. 32'900.-- als Ersatz für eigene Anwaltskosten sowie Zins (...) zu bezahlen (...). Schliesslich beantragt er, die Kosten des Revisionsverfahrens dem Gesuchsgegner aufzuerlegen und diesen zur Bezahlung einer Anwaltsentschädigung von Fr. 8'000.-- zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

1.- (...)

2.- Der Gesuchsteller stützt sein Revisionsgesuch auf Art. 139a OG. Nach dieser Bestimmung ist die Revision eines Entscheides des Bundesgerichts oder einer Vorinstanz zulässig, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte oder das Ministerkomitee des Europarates eine In-

dividualbeschwerde wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention gutgeheissen hat und eine Wiedergutmachung nur durch Revision möglich ist. Die erste Voraussetzung ist vorliegend ohne weiteres gegeben. Näher zu prüfen ist hingegen die zweite Voraussetzung. Sie ist gegeben, wenn und soweit das Urteil des Europäischen Gerichtshofs und die Leistung der Entschädigung, die dem Gesuchsteller darin zugesprochen wird, nicht ausreichen, um einen der Konvention entsprechenden Zustand zu gewährleisten (vgl. BGE 123 I 283 E. 3 S. 286 ff.).

3.- In Anwendung von Art. 50 EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dem Gesuchsteller eine Entschädigung von Fr. 40'000.-- für die Kosten und Auslagen zugesprochen, welche ihm in den Verfahren vor dem Handelsgericht, dem Bundesgericht, der Menschenrechtskommission und dem Gerichtshof entstanden sind. Damit bleibt kein Raum mehr für weitere Entschädigungsansprüche des Gesuchstellers im Zusammenhang mit den gleichen Verfahren (vgl. BGE 123 I 283 E. 3b/bb S. 287 f.). Vielmehr genügt die Leistung der vom Gerichtshof zugesprochenen Entschädigung als Wiedergutmachung. Insoweit ist daher der Revisionsgrund von Art. 139a OG offensichtlich nicht gegeben. Die Begehren des Gesuchstellers auf Ersatz von Gerichtskosten, Rückerstattung von geleisteten Anwaltsentschädigungen und Ersatz von eigenen Anwaltskosten aus den früheren Verfahren sind abzuweisen.

4.- Der Gesuchsteller strebt jedoch vor allem auch die Aufhebung der ihm auferlegten Verbote an. Auch in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und wieweit im Hinblick auf die Wiedergutmachung der festgestellten Konventionsverletzung eine Abänderung des bundesgerichtlichen Urteils vom 25. Februar 1994 erforderlich ist.

a) Nach Art. 10 EMRK hat jedermann Anspruch auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht darf nur eingeschränkt werden, wenn und soweit seine Einschränkung vom Gesetz vorgesehen ist, einem legitimen Zweck dient und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist (Art. 10 Abs. 2 EMRK). Der Europäische Gerichtshof sieht im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) eine hinreichende gesetzliche Grundlage für das gegenüber dem Gesuchsteller ausgesprochene Verbot. Er erachtet es weiter als unzweifelhaft, dass das Verbot auf den Schutz der Rechte anderer gerichtet ist und damit im Dienst eines legitimen Zwecks steht. Hingegen gelangt er zum Schluss, dass die Meinungsäusserungsfreiheit des Gesuchstellers stärker eingeschränkt worden ist, als es in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. In diesem Zusammenhang äussert sich der Gerichtshof eingehend zum Inhalt des «JOURNAL Franz Weber» Nr. 19. Er hält in seinen Erwägungen fest, der Gesuchsteller sei weder für die Titeltexthe der Frontseite, noch für das Editorial Franz Webers, noch für die Texte von René d'Ombresson auf den Seiten 3 bis 10 als Autor oder Mitautor verantwortlich. Auch an der Auswahl der Illustrationen habe sich der Gesuchsteller nicht beteiligt. Es

könne ihm nur der Auszug aus dem Forschungsbericht auf den Seiten 5 bis 10 zugerechnet werden, und zwar mit Ausnahme der Titel und Zwischentitel. In diesem Auszug werde jedoch nirgends ausdrücklich vorgeschlagen, dass Mikrowellenherde verboten, zerstört oder boykottiert werden sollten. Vor allem aber sei die Auffassung des Gesuchstellers, wonach sich die Einnahme von im Mikrowellenherd zubereiteter Nahrung schädlich auf die menschliche Gesundheit auswirke, erheblich nuancierter dargestellt, als die schweizerischen Behörden annehmen würden. Dieser Eindruck ergebe sich namentlich aus der wiederholten Verwendung des Konjunktivs und aus der Wahl von zurückhaltenden Formulierungen. In dieser Hinsicht seien die letzten Zeilen des Auszugs, welche die Schlüsse zusammenfassen würden, die der Gesuchsteller aus seinen Versuchen ziehe, besonders aufschlussreich: Dort werde zwar ausgeführt, die Testergebnisse zeigten «Veränderungen, die von pathogenen Störungen zeugen»; es werde dann jedoch präzisiert, dass die Testergebnisse ein Bild ergäben, das dem Beginn eines kanzerogenen Prozesses entsprechen «könnte» und «Aufmerksamkeit verdiene». In gleicher Weise werde nicht die Aussage gemacht, dass die Einnahme bestrahlter Nahrung für den Menschen schädlich sei, weil sie ihn einer indirekten Strahlung aussetze, sondern bloss die Vermutung aufgestellt, dass es sich so verhalten «könnte». Im Weiteren vermisst der Gerichtshof auch Anhaltspunkte dafür, dass die Ausführungen des Gesuchstellers im «JOURNAL Franz Weber» Nr. 19 die Interessen der Mitglieder des Gesuchsgegners wesentlich beeinträchtigt hätten.

In Würdigung dieser Umstände gelangt der Gerichtshof zum Ergebnis, dass zwischen dem Umfang der Verbote, welche die schweizerischen Gerichte ausgesprochen haben, und dem Verhalten, auf das sie damit hätten antworten wollen, ein Missverhältnis bestehe. Die Verbote würden bewirken, dass die Arbeiten des Gesuchstellers teilweise zensuriert und dessen Möglichkeit, in der Öffentlichkeit eine Meinung zu vertreten, die in der laufenden Auseinandersetzung ihren Platz habe, stark eingeschränkt würden. Dass es sich um eine Minderheitsmeinung handle, die zudem einer vernünftigen Grundlage zu entbehren scheine, könne nicht entscheidend sein. In einem Bereich, in dem es keine sicheren Beweise gebe, wäre es nach der Auffassung des Gerichtshofs besonders stossend, die Meinungsäusserungsfreiheit auf die Wiedergabe allgemein anerkannter Lehren einzuschränken.

b) Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte mag für den Gesuchsteller einerseits eine Genugtuung bedeuten und ihm andererseits mit der zugesprochenen Entschädigung von Fr. 40'000.-- zu einem finanziellen Ausgleich für die durch den Prozess verursachten Kosten verhelfen. Es beseitigt jedoch die vom Handelsgericht ausgesprochenen und vom Bundesgericht in seinem Entscheid vom 25. Februar 1994 bestätigten, an den Gesuchsteller gerichteten Verbote nicht. Diese Verbote dürfen nur insoweit bestehen bleiben, als es den Grenzen der Notwendigkeit entspricht, wie sie der Gerichtshof in seinen Erwägungen gezogen hat. Da aber

eine Beseitigung oder Einschränkung der Verbote nur auf dem Weg der Revision erreicht werden kann, ist der Revisionsgrund von Art. 139a OG grundsätzlich gegeben.

Zu prüfen bleibt allerdings, in welcher Hinsicht und wieweit die Verbote einzuschränken sind, um vor Art. 10 EMRK standzuhalten. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass der Gerichtshof die Verbote lediglich insoweit als unverhältnismässig erachtet hat, als sie als Antwort auf den im «JOURNAL Franz Weber» Nr. 19 veröffentlichten Forschungsbericht zu verstehen sind, den der Gerichtshof als hinreichend nuanciert und dessen Auswirkungen auf die Interessen der Mitglieder des Gesuchsgegners er zudem als zuwenig nachgewiesen angesehen hat. Im Weiteren ist der Gerichtshof bei seiner Würdigung der konkreten Umstände davon ausgegangen, dass dem Gesuchsteller nur der Text des Forschungsberichts zugerechnet werden könne, während er weder für die Titel, die Zwischentitel und die weiteren Texte anderer Autoren, welche die Zeitung enthielt, noch für die Auswahl der Illustrationen verantwortlich gemacht werden könne. Daraus ergibt sich, dass dem Gesuchsteller die Veröffentlichung von Texten, die dem genannten Forschungsbericht in Bezug auf die Nuancierung der Darstellung vergleichbar sind, für sich allein ohne Verletzung von Art. 10 EMRK auch im Wettbewerbsbezug nicht verboten werden kann.

Demgegenüber ist ausgehend von der Rechtsauffassung des Gerichtshofs anzunehmen, dass ein an den Gesuchsteller gerichtetes Verbot wettbewerbsgeneigter Verlautbarungen, mit denen gesundheitsschädigende Wirkungen von im Mikrowellenherd zubereiteter Nahrung ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich erwiesen hingestellt werden, jedenfalls dann mit Art. 10 EMRK vereinbar ist, wenn konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass es zu solchen Verlautbarungen kommen wird, und wenn diese zudem auch geeignet sind, die Wettbewerbsstellung der Mitglieder des Gesuchsgegners wesentlich zu beeinträchtigen (vgl. BGE 116 II 357 E. 2a S. 359, mit Hinweisen). Diese Voraussetzungen aber sind gegeben: Das Handelsgericht stellt in seinem Urteil vom 19. März 1993 in tatsächlicher Hinsicht fest, der Gesuchsteller habe sich nie von der Veröffentlichung im «JOURNAL Franz Weber» Nr. 19 distanziert, sondern vor Gericht lediglich ausgeführt, er sei mit der von René d'Ombresson verfassten Einleitung und Zusammenfassung nicht hundertprozentig einverstanden gewesen; zum Bild des Sensemannes habe er erklärt, es gefalle ihm gut; er bleibe nach wie vor bei seinen Schlussfolgerungen und wolle diese in den Massenmedien weiter zur Diskussion stellen; hinter seiner wissenschaftlichen Auffassung stehe offensichtlich eine weltanschauliche; in der Hauptverhandlung habe er an seinen bisherigen Aussagen festgehalten und erklärt: «Diese Mikrowellenerzeugnisse führen zu Krebs, daran gibt es heute nichts mehr zu rütteln» und: «Ich werde den Weg meiner Wissenschaft weiter beschreiten». Dies sind konkrete Anzeichen da-

für, dass seitens des Gesuchstellers wettbewerbswidrige Verlautbarungen zu befürchten sind, mit denen angeblich wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über Gesundheitsschädigungen durch Mikrowellenherde verbreitet werden; angesichts der Erklärung des Gesuchstellers, wonach ihm das Bild des Sensemannes gut gefalle, besteht auch die Gefahr, dass dabei dieses oder ein ähnliches Todessymbol zur Untermalung der Aussagen verwendet wird. Dass solche Verlautbarungen, wenn sie an weitere Bevölkerungskreise gerichtet werden, geeignet sind, die Wettbewerbsstellung der Mitglieder des Gesuchsgegners wesentlich zu beeinträchtigen, liegt auf der Hand. Das gilt umso mehr, wenn die Äusserungen zusätzlich noch mit Todessymbolen bildlich untermalt werden. Der Gesuchsgegner hat jedoch aufgrund von Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG Anspruch darauf, dass der drohenden rechtswidrigen Beeinflussung des Wettbewerbs mit entsprechenden Verboten begegnet wird.

c) Eine gesamthafte Aufhebung der gegenüber dem Gesuchsteller ausgesprochenen Verbote ist deshalb weder erforderlich noch angezeigt. Klarzustellen ist hingegen, dass dem Gesuchsteller lediglich an weitere Bevölkerungskreise gerichtete Verlautbarungen verboten sind, in welchen gesundheitsschädigende Wirkungen von im Mikrowellenherd zubereiteten Speisen ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich gesichert hingestellt werden. Das Verbot, in Publikationen oder öffentlichen Vorträgen über Mikrowellenherde die Abbildung eines Sensemannes oder eines ähnlichen Todessymbols zu verwenden, ist unverändert aufrechtzuerhalten, wobei zur Begründung im Einzelnen auf das Urteil vom 25. Februar 1994 verwiesen werden kann. Festzuhalten ist schliesslich, dass der Unterlassungsanspruch des Gesuchsgegners seine Grundlage nicht in einer geschehenen Verletzung, sondern in der Gefahr drohender Verletzungen findet (Art. 9 Abs. 1 lit. a UWG). Dass diese Gefahr besteht und ernst zu nehmen ist, unterliegt angesichts des Verhaltens und der Erklärungen des Gesuchstellers keinem Zweifel.

Die Teilnahme an der laufenden Auseinandersetzung über die gesundheitlichen Auswirkungen der Nahrungsaufbereitung in Mikrowellenherden soll dem Gesuchsteller im Übrigen nicht verwehrt werden. Er ist frei, seine Auffassungen zu äussern, solange er dies nicht in an weitere Bevölkerungskreise gerichteten Verlautbarungen auf eine Weise tut, die den unzutreffenden Eindruck erweckt, es handle sich um wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse. Es geht nicht um eine Zensur der Arbeiten des Gesuchstellers, sondern bloss darum, unrichtige, irreführende oder unnötig verletzend und damit unlautere Äusserungen zu verhindern, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinflussen und die Wettbewerbsstellung der Mitglieder des Gesuchsgegners zu beeinträchtigen (Art. 2 und Art. 3 lit. a UWG).

5.- (...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Das Revisionsgesuch wird teilweise gutgeheissen, Ziffer 1 des Urteils des Bundesgerichts vom 25. Februar 1994

wird aufgehoben, und es wird wie folgt neu entschieden:

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist, und Ziffer 1 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 19. März 1993 wird wie folgt geändert:

1. Es wird dem Beklagten unter Androhung der Straffolgen von Art. 292 StGB und Art. 403 ZPO (Haft oder Busse bis Fr. 5'000.--, Haft oder in schweren Fällen Gefängnis bis zu einem Jahr) verboten, in Verlautbarungen, die an weitere Bevölkerungskreise gerichtet sind, ohne Hinweis auf den herrschenden Meinungsstreit als wissenschaftlich gesichert darzustellen, dass im Mikrowellenherd zubereitete Speisen gesundheitsschädlich seien und zu Veränderungen im Blut ihrer Konsumenten führten, welche auf eine krankhafte Störung hinweisen und ein Bild zeigten, das für einen Beginn eines kanzerogenen Prozesses gelten könne.

Im Übrigen wird das Urteil des Handelsgerichts bestätigt.»

(...) ■

REMARQUES:

Le présent arrêt avait à juger de la demande en révision adressée par Hans Ulrich Hertel à la suite de l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 août dernier. Par cette voie, Hertel demandait notamment que soient levées les interdictions prononcées par la justice bernoise et confirmées par le TF (ATF 120 II 76). On rappellera que, sous peine de sanctions pénales sévères, le tribunal bernois avait interdit à Hertel (1) d'affirmer que les aliments préparés dans les fours à micro-ondes sont dangereux pour la santé et provoquent dans le sang de ceux qui les consomment des altérations traduisant un trouble pathologique et donnant une image qui pourrait passer pour le début d'un processus cancérogène et (2) d'utiliser, dans des publications et dans des discours publics concernant les fours à micro-ondes, l'image de la mort, que celle-ci soit représentée par un squelette encapuchonné et muni d'une faux ou par un symbole analogue. Le TF rejeta le recours de Hertel. En revanche, considérant qu'il constituait une mesure disproportionnée, la Cour européenne des droits de l'homme jugea que l'arrêt suisse était contraire à l'art. 10 CEDH.

Aujourd'hui, le TF rejette pour l'essentiel la demande en révision de Hertel et refuse de lever les interdictions. Il précise toutefois que la première ne concerne que les déclarations au grand public dénonçant les dangers des fours à micro-ondes lorsqu'elles sont présentées comme scientifiquement établies, sans référence au débat d'opinions dominant.

Cet arrêt ne manque pas de surprendre. A chaud, il inspire pour l'essentiel deux remarques. La première est que la distinction entre les déclarations faites dans la sphère commerciale et celles faites dans les cercles académiques sur laquelle se fonde le TF n'est pas convaincante. D'abord, parce qu'il est faux de penser que le discours académique n'aurait par nature pas d'influence sur le commerce, de même qu'il est inexact de retenir que les restrictions apportées à la liberté de s'exprimer publiquement n'affecteraient que la «sphère commerciale» de la personne concernée. Ensuite, parce qu'on ne voit pas pourquoi, aussi unilatéral, critique et dérangeant qu'il puisse être, un discours sur la santé publique devrait se faire à huis clos entre scientifiques. Celui qui veut s'en prendre aux dangers d'un produit doit pouvoir le faire non seulement dans des revues scientifiques, mais aussi dans des médias destinés au grand public. A cela s'ajoute que rien n'empêche ceux qui tiennent le discours majoritaire, de même que les producteurs et les vendeurs de produits mis en cause, de participer et de répondre au débat lancé par un scientifique dissident, surtout si les allégations faites sont fausses.

La seconde remarque est que la distinction selon les publics visés n'est pas vraiment nouvelle. Sous une forme un peu différente, elle a déjà été proposée par le TF dans son premier arrêt (c. 3), et les instances européennes l'ont, si ce n'est rejetée, en tous les cas clairement ignorée: la Commission européenne l'a notée sans entrer en

matière (n. 29), tandis que la Cour l'a écartée dans un *obiter dictum* (n. 51). Compte tenu de l'importance des autres motifs de la Cour, il est étonnant que le TF reprenne une fois de plus cette distinction. Sur ce point, un bref rappel s'impose. Dans son premier arrêt, le TF avait souligné que la recherche scientifique et les publications ne tombent pas sous le coup de la LCD dès lors qu'elles demeurent académiques, mais qu'il en va autrement si, comme dans le cas présent, elles sont employées négativement de façon à influencer la vente d'un produit particulier. Le Tribunal fédéral avait précisé: «Une publicité positive ou négative renfermant des données scientifiques ne doit par conséquent être admise, dans l'intérêt public et pour assurer une concurrence effective, que si ces données correspondent à des connaissances scientifiques établies, ou du moins, si cette publicité fait clairement état de divergences de vues. Si l'on n'a pas la garantie absolue que les données scientifiques sont correctes, leur publication sans distance critique est pour le moins trompeuse et dès lors fallacieuse au sens de l'article 3 lit. a LCD (citations omises).» Dans la procédure devant les instances strasbourgeoises, Hertel fit valoir que le jugement suisse était contraire à l'art. 10 CEDH, en soulignant pour l'essentiel que l'application de la LCD à des personnes qui ne sont pas des concurrents mettait en danger nombre d'opinions religieuses, philosophiques ou politiques. Le gouvernement suisse répondit notamment que Hertel était uniquement affecté dans ses relations commerciales, mais qu'il restait libre d'entreprendre des recherches scientifiques et de publier ses résultats, en particulier dans des cercles scientifiques et académiques.

Or, la Commission puis la Cour jugèrent l'arrêt du Tribunal fédéral contraire à la Convention européenne des droits de l'homme en retenant que la sanction était disproportionnée. La Cour souligna notamment (n. 50): «La mesure en cause a [...] pour effet de censurer partiellement les travaux du requérant et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée (italique ajouté). Peu importe que l'opinion dont il s'agit soit minoritaire et qu'elle puisse sembler dénuée de fondement: dans un domaine où la certitude est improbable, il serait excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises. Que les juridictions suisses aient expressément réservé la liberté de M. Hertel de poursuivre ses recherches n'enlève rien à ce constat. Quant à la possibilité dont il disposerait d'en présenter les résultats en dehors de la «sphère économique», elle ne transparaît pas avec évidence des décisions litigieuses; le cas échéant, la large portée de la LCD empêcherait d'y voir une atténuation marquée de l'importance de l'ingérence dont il est question.» On voit quel sort la Cour a réservé à l'argument pris de la distinction entre publications grand public et publications scientifiques. Cette distinction ne l'a pas convaincue et il est surprenant que le TF la reprenne, ne serait-ce que de façon quelque peu modifiée.

Il me semble d'ailleurs que les vrais motifs des instances strasbourgeoises pour admettre le caractère disproportionné de la décision étaient ailleurs. Quoi qu'en dise le TF dans son nouvel arrêt (c. IV a), la différence de ton entre le rapport de Hertel et ce qu'en a fait le Journal Franz Weber ne paraît guère décisive.

La Commission a en revanche souligné que l'ingérence de l'autorité publique doit correspondre à un besoin social pressant. Selon elle, la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique; cette liberté s'applique non seulement à l'information ou aux idées qui sont reçues favorablement ou qui sont considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi aux idées qui offensent et choquent ou qui dérangent. Bien qu'elle n'ait pas d'emblée exclu l'application - contestée en doctrine - de la LCD à des non-concurrents, la Commission a mis en évidence pour évaluer la proportionnalité de l'interdiction le fait que Hertel n'avait pas l'intention d'influencer la concurrence: «Dans le cas d'espèce, la Commission considère que [Hertel] exprimait ses opinions sur des questions de santé publique. [...] Clairement, il n'agissait pas comme un concurrent. Il n'y a pas non plus d'indications dans le dossier qui montrent qu'il avait entrepris une publicité commerciale négative en attaquant une marque spéciale ou un producteur particulier de cet appareil.» Ce qui a amené la Commission à affirmer la disproportion était finalement le but non commercial poursuivi par Hertel: «Il est vrai que les publications utilisaient un langage exagéré, par exemple en prônant que tous les micro-ondes soient détruits et en accompagnant la représentation de ces appareils du symbole de la mort. De l'avis de la Commission cependant, les publications exprimaient clairement aux lecteurs le fait que [Hertel] avait pour but d'exprimer ses propres opinions sur une question qui lui tenait à

L'avis des tribunaux

Die Gerichte entscheiden

coeur plutôt que de poursuivre une discussion scientifique pondérée et équilibrée (italiques ajoutés). Bien qu'il soit vrai que l'article 10 de la Convention laisse une marge d'appréciation aux Etats contractants, la Commission considère que *la liberté d'expression est d'une importance spéciale pour le débat sur les questions d'intérêt public pour la communauté telles que la santé publique. En conséquence, la mesure attaquée par le défendeur n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi par les autorités helvétiques* (italiques ajoutés) [...].»

Quant à la Cour, elle a repris l'avis de la Commission. Jugeant de la question de savoir si la décision était nécessaire dans une société démocratique, elle a admis que les autorités suisses disposaient d'une marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un besoin social impérieux de prononcer l'interdiction contestée. La Cour a aussi souligné que cette marge d'appréciation est particulièrement indispensable en matière commerciale, spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la concurrence déloyale. Elle a néanmoins précisé qu'il y a lieu de la relativiser lorsqu'est en jeu non le discours strictement commercial de tel individu, mais sa participation à un débat touchant l'intérêt général, comme la santé publique.

Ces motifs étaient décisifs. A mon avis, le TF n'y a pas répondu de manière satisfaisante. Si on en croit son nouvel arrêt, il faudrait

admettre que le champ d'application de la LCD ne connaît aucune exception et que le discours scientifique n'y échappe que si et dans la mesure où il n'a pas d'influence sur le fonctionnement de la concurrence. Cela est critiquable. En réalité, s'il faut respecter la liberté scientifique, ce n'est pas parce qu'un impact sur la concurrence peut être exclu, mais parce qu'il s'agit de reconnaître une liberté fondamentale et essentielle dans une société démocratique. La seule limite à cette liberté devrait être l'intention du scientifique d'intervenir de façon déloyale dans le fonctionnement de la concurrence. Cela étant, on ne voit pas pourquoi ce qui vaut pour le discours scientifique ne devrait pas valoir pour d'autres discours de nature idéale.

Après l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, le TF aurait été bien inspiré de reconnaître que l'application de la LCD à un discours de nature idéale ou à tout autre discours tenu par un non-concurrent n'est justifiée que dans le cas où l'auteur s'exprime *avec l'intention de porter atteinte de façon déloyale* au fonctionnement de la concurrence. C'est bien ce que l'on admet en droit allemand et dans d'autres droits européens (à ce sujet, cf. F. WERRO, Concurrence déloyale et médias, in Journée du droit de la communication 1998, Strasbourg 1998, p. 4 et les réf. citées).

PROF. FRANZ WERRO