

# La surveillance des programmes de radio-télévision à l'avenir\*

Denis Barrelet

Professeur de droit de la communication à l'Université de Fribourg, président de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, Detligen

**Zusammenfassung:** Die audiovisuelle Landschaft wird immer vielfältiger. Die einstigen Monopole existieren nicht mehr. Darüberhinaus anerkennt die Bundesverfassung seit dem 1. Januar 2000 ausdrücklich die Radio- und Fernsehfreiheit. Im Rahmen der Revision des Radio- und Fernsehgesetzes muss man die Rechtmässigkeit der seit 1984 in Kraft stehenden Programmkontrolle hinterfragen. Die angebliche Macht der Fernsehbilder und das Risiko von Manipulationen jedenfalls stellen keine genügende Rechtfertigung dar. Nur Veranstalter, die Teile der Gebührengelder erhalten und spezielle Erwartungen hervorrufen, sollten weiterhin der staatlichen Programmkontrolle unterliegen. Für die anderen Veranstalter genügen die zivil- und strafrechtlichen Normen, ergänzt mit Normen der Selbstkontrolle (Ombudsstellen, Presserat, usw.).

## I. Introduction

De quel droit l'Etat contrôle-t-il les programmes de radio et de télévision? Qu'est-ce qui le légitime à vérifier si une émission a présenté fidèlement les événements ou si elle a reflété équitablement la pluralité des opinions? Jamais on n'admettrait qu'une autorité spéciale soit créée pour passer ainsi au peigne fin les articles de journaux ou de magazines.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, la presse n'est plus seule à bénéficier dans la Constitution d'une liberté qui lui est spécialement dédiée. L'art. 17 al. 1<sup>er</sup> garantit également la liberté de la radio et de la télévision. A l'heure où l'on voit ainsi se réaliser une similitude que le constituant avait longtemps rejetée,<sup>1</sup> il paraît indiqué de s'interroger à nouveau sur la justification du contrôle étatique des programmes, pour, le cas échéant, en tirer quelques conclusions *de lege ferenda*.

Nous commencerons par rappeler les origines du contrôle des programmes et son développement (chap. II), et nous évoquerons la nature de ce contrôle (chap. III). Nous examinerons les raisons invoquées à l'appui de la création de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP), que nous soumettrons à un examen critique (chap. IV). Nous nous demanderons si les conclusions qui en résultent sont compatibles avec la Constitution et la Convention européenne sur la télévision transfrontière (chap. V). Nous dresserons enfin, en bref, le catalogue des points que

le législateur devrait considérer dans la révision à venir de la loi sur la radio et la télévision (chap. VI), pour ensuite conclure (chap. VII).

## II. Historique

En principe, la surveillance des programmes en Suisse est aussi ancienne que les premières concessions accordées aux sociétés de radiodiffusion. Mais l'autorité concédante a longtemps considéré qu'elle pouvait s'en remettre aux diffuseurs et accueillir les rares récriminations qui lui parvenaient comme de simples dénonciations.<sup>2</sup> L'idée qu'il fallait prévoir cette surveillance dans la Constitution fédérale et qu'on ne pouvait pas en charger l'autorité politique a été développée par les experts chargés de préparer les bases constitutionnelles qui manquaient à la Confédération pour réglementer la radio et à la télévision.<sup>3</sup> Presque simultanément, des voix s'élevaient au parlement pour que l'Etat joue désormais un rôle actif dans la surveillance.<sup>4</sup> L'arrivée triomphante de la télévision n'était pas étrangère à ces demandes. L'article constitutionnel 36 quater soumis au vote du peuple et des cantons le 26 septembre 1976 prévoyait à son alinéa 6 que «la loi insti-

2 D. BERBERAT, L'Autorité indépendante de plainte, in: CH.-A. MORAND (éd.), Le droit des médias audiovisuels, Bâle et Francfort 1989, p. 160 s.

3 Voir l'avis de droit de H. HUBER au Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, du 4 septembre 1967, p. 56 s., soulignant toutefois que la surveillance devra «rester discrètement à l'arrière-plan», (...) «pour les cas extrêmes et insolites, qui peuvent d'ailleurs ne jamais se produire». Voir aussi F. RIKLIN, Die Programmfreiheit bei Radio und Fernsehen, Fribourg 1973, p. 113 ss.

4 Postulats Akeret, Bull. off. CN 1972, p. 1806 ss (signé de 108 parlementaires), et Krauchthaler, Bull. off. CE 1972, p. 679 ss.

\* Cet article exprime l'opinion personnelle de l'auteur, non pas celle de l'Autorité qu'il préside.

1 FF 1981 II 886; D. BARRELET, Droit de la communication, Berne 1998, n° 198 s.

tue une autorité autonome de plainte». Mais le rejet de cette disposition a fait qu'on s'est retrouvé à la case départ. La même année, la SSR créait son propre système de plaintes.<sup>5</sup> Cela ne suffira pas à rasséréner ses détracteurs.

Pour les quelques plaintes qui lui parvenaient directement, le Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie avait coutume de les soumettre d'abord au directeur de la SSR.<sup>6</sup> En 1979, le chef du Département de l'époque crée une Commission consultative composée de 5 membres et 3 suppléants d'abord, puis de 9 membres dès 1981, chargée de donner un préavis sur les plaintes. Dans les faits, cette Commission exercera la fonction d'une commission indépendante de plainte, les chefs successifs du Département s'étant toujours rangés à ses préavis en statuant sur les plaintes.<sup>7</sup>

En 1979, le démocrate-chrétien Odilo Guntern dépose au Conseil des Etats une motion demandant la création immédiate d'une véritable autorité indépendante chargée de statuer sur les plaintes. Approuvée par les deux Chambres, cette motion oblige le Conseil fédéral à s'exécuter.<sup>8</sup> Le 8 juillet 1981, il soumet un projet au parlement.<sup>9</sup> Des voix s'élèvent pour dénoncer l'absence de base constitutionnelle et demander qu'on attende quelques mois encore, jusqu'à ce que le peuple et les cantons ait adopté le nouvel article constitutionnel sur la radio et la télévision, en cours d'élaboration.<sup>10</sup> Mais le parlement est trop pressé pour s'embarasser de scrupules juridiques. L'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision entrera en fonctions le 1<sup>er</sup> février 1984.

Entre-temps, le nouvel article 55<sup>bis</sup> de la Constitution est adopté par le souverain. La législation en matière de radio et de télévision est déclarée du ressort de la Confédération. L'al. 5 prévoit que «la

Confédération crée une autorité indépendante chargée de l'examen des plaintes». Tout est pour le mieux, désormais, sur le plan du respect de la Constitution.

Le 1<sup>er</sup> avril 1992, l'arrêté instituant l'Autorité de plainte est relayé par la nouvelle loi sur la radio et la télévision.<sup>11</sup> On en profite pour créer un échelon supplémentaire et accentuer les caractéristiques juridictionnelles de l'AIEP. C'est ainsi que les plaintes devront être soumises préalablement au médiateur dont chaque diffuseur est tenu de se doter (art. 60 LRTV). L'AIEP obtient des moyens accrus en matière d'établissement des faits, ce qui va dispenser le Tribunal fédéral de revoir les faits lorsqu'il est saisi d'un recours de droit administratif (art. 6a al. 2).<sup>12</sup> Et pour le cas où des plaignants en viendraient à abuser de l'AIEP en l'utilisant comme un moyen pratique de s'éviter une procédure pénale ou civile, l'AIEP se voit accorder le droit de refuser ou de suspendre le traitement d'une plainte (art. 64 al. 3).<sup>13</sup> Le contrôle des programmes s'éloigne encore un peu plus du pouvoir politique et de son administration dans la mesure où ce n'est plus le Département, mais l'AIEP qui statuera sur la question de savoir si une émission compromet la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération et des cantons, leur ordre constitutionnel ou les relations internationales.<sup>14</sup> Enfin, l'AIEP se voit reconnaître le droit de déclencher des poursuites pénales, avec à la clef une amende jusqu'à 5000 francs, à l'encontre de celui qui aura violé

**Résumé:** *Le paysage audiovisuel est de plus en plus diversifié. Les monopoles d'antan n'existent plus. En outre, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, la Constitution fédérale reconnaît la liberté de la radio et de la télévision, en toutes lettres. Dans le cadre de la révision de la loi sur la radio et la télévision, il faudra s'interroger sur le bien-fondé du contrôle des programmes mis en place en 1984. La prétendue puissance de l'image télévisée et les risques de manipulation ne sont pas des justifications suffisantes. Seuls les diffuseurs touchant une partie du produit de la redevance radio-TV et soumis par conséquent à des attentes spécifiques doivent continuer à être soumis à un contrôle des programmes organisé par l'Etat. Pour les autres, les normes pénales et civiles, complétées par des mesures d'auto-contrôle (médiateurs, Conseil de la presse, etc.), devraient suffire.*

10 Bull. off. CE 1982, p. 457 ss (O. Piller et J.-F. Aubert); CN 1983, p. 473 ss.

11 RS 784.40.

12 ATF 119 Ib 167 s., VPM, du 5 février 1993.

13 Cette disposition a été introduite sur proposition de l'AIEP. Cf. MÜLLER JÖRG PAUL, Umstrittenes Beschwerdewesen für Radio und Fernsehen – Bewährtes, Unbefriedigendes und Unhaltbares, Neue Zürcher Zeitung du 14 septembre 1990. Dans le même souci de ramener l'AIEP à l'essentiel, c'est-à-dire à la défense des intérêts du public, on supprimera également le droit de plainte des personnes morales. En revanche, le droit de plainte individuel pour les personnes prouvant que l'objet de l'émission incriminée les touche de près a été maintenu (art. 63 al. 1<sup>er</sup> let. b).

14 Le Département a le droit de saisir l'AIEP, en vertu de l'art. 63 al. 2. Mais il ne peut plus prendre une décision lui-même.

5 FF 1981 III 104

6 BERBERAT, op. cit., p. 158.

7 BERBERAT, op. cit., p. 159.

8 Bull. off. CE 1979, p. 572.

9 FF 1981 III 101.

de manière grave ou répétée des dispositions relatives aux programmes (art. 74 al. 1<sup>er</sup> let. c).<sup>15</sup>

En 1997, la nouvelle loi sur les télécommunications apporte une modification mineure: l'AIEP est également chargée d'appliquer désormais les normes sur les programmes qui figurent dans les accords internationaux. On songe à la Convention européenne sur la télévision transfrontière.<sup>16</sup>

### III. La nature du contrôle des programmes

Tout contrôle des programmes, aussi bien intentionné soit-il, est une restriction à la liberté de la radio et de la télévision. Nous ne parlons pas ici de l'application des lois pénales et civiles, qui elles aussi peuvent conduire à des contrôles. Mais ceux-ci ne seront que ponctuels et ne visent qu'à faire respecter les lois générales. Le contrôle dont il est question ici est spécifique. Il est de nature administrative, exercé par l'autorité de sa propre initiative ou sur plainte. Lorsqu'il intervient avant la diffusion des émissions, il équivaut à la censure et touche la liberté de la radio et de la télévision dans son noyau.<sup>17</sup> Mais le contrôle a posteriori, s'il est tatillon et qu'il oblige les diffuseurs à rendre des comptes sur tout et n'importe quoi, avec de lourdes punitions à la clef, peut lui aussi toucher la liberté de la radio et de la télévision de manière sérieuse.

Qui dit restrictions aux libertés individuelles dit qu'il faut une justification à

cette restriction, soit la sauvegarde d'un intérêt public, soit la protection d'un droit fondamental d'autrui. Il faut que la restriction soit proportionnée au but visé. Et le noyau dur de la liberté ne doit être touché sous aucun prétexte (art. 36 Cst. al. 2 à 4).

Le contrôle des programmes, sa justification et son étendue, ont rarement été examinés selon ces critères, du moins explicitement. Cela s'explique par le fait que la liberté de la radio et de la télévision n'avait pas fait son entrée dans la Constitution. Mais comme on aspirait néanmoins à une radio-télévision indépendante du pouvoir et qu'on avait pris soin d'énoncer dans la Constitution l'autonomie des diffuseurs dans la conception des programmes et l'indépendance de l'autorité chargée d'exercer le contrôle, celui-ci a été aménagé avec prudence, si bien que, dans les faits, le principe de la proportionnalité a tout de même été appliqué, pour une bonne part.

### IV. Les diverses justifications

#### 1. Justifications douteuses

La Confédération n'a pas hésité longtemps à soumettre la radiodiffusion à quelques règles en matière de programmes. Propriétaire des fréquences, elle s'est sentie habilitée, pratiquement dès les débuts de la radio, à donner quelques directives à la société choisie pour être la seule à diffuser des programmes dans le pays.<sup>18</sup> Donnant donnant. Et peu importe si, ce faisant, elle sortait du domaine technique et entraînait dans un domaine non couvert par la régle des télécommunications, un domaine par conséquent où la Confédération n'avait en principe aucun droit d'agir.

Nous l'avons vu: il a fallu quarante ans pour qu'apparaisse le besoin de créer un instrument destiné à faire appliquer ces règles. Pourquoi a-t-on attendu si longtemps, si ce n'est que la radio n'a jamais occasionné de problème? Elle avait certes aidé, sous d'autres cieux, un psychopathe à s'emparer de l'Etat et à mettre l'Europe à feu et à sang. Mais en Suisse, elle n'a jamais été ressentie comme un média puissant capable d'influencer les foules.<sup>19</sup> Du temps où la radio était encore seule à ré-

15 Cette disposition se heurte à de vives critiques dans la doctrine. D. BARRELET, La loi sur la radio et la télévision entre la politique et le droit, in: Ch.-A. MORAND (éd.), Le droit des médias audiovisuels, Bâle et Francfort 1989, p. 142; M. DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in: H. KOLLER e.a. (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bâle 1996, n° 504; F. GROB, Die Programmautonomie von Radio und Fernsehen in der Schweiz, thèse Zurich 1994, p. 321 ss; MÜLLER, loc. cit.

16 FF 1996 III 1421. RS 0.784.405

17 La censure est d'ailleurs expressément interdite par l'art. 17 al. 2.

18 La première concession accordée à la SSR, celle de 1931, demandait notamment que le service de radiodiffusion s'effectue «dans un esprit d'impartialité» et que la composition des programmes et la qualité des productions soient «de nature à satisfaire le bon goût». B. ROSTAN, Le service public de radio et de télévision, thèse Lausanne 1982, p. 74 ss.

19 Si le premier article constitutionnel sur la radio-télévision, en 1957, a connu l'échec, c'est parce qu'une majorité des citoyens, attachée à «sa» radio, voyait d'un oeil soupçonneux l'arrivée de la télévision. RIKLIN, op. cit., p. 12.

gner sur les ondes, la presse écrite demeurait le média principal, le média digne de confiance, qui reflétait la diversité, politique notamment, du pays.

Tout a changé avec la télévision et avec l'image, réputée dire la vérité, donc dotée d'une puissance inégalée, qu'il fallait à tout prix tenir en laisse si on voulait empêcher que des journalistes sans scrupules s'en servent pour manipuler la société tout entière: on a expliqué la **puissance de l'image** télévisée par le fait que le téléspectateur est assis chez lui dans l'obscurité, entièrement pris par le déroulement du spectacle, ce qui le rendrait particulièrement vulnérable.<sup>20</sup>

Avec une étonnante facilité, on a estimé que ce qui était appliqué à la télévision en matière de précautions et de contrôles devait l'être aussi en matière de radio, sans qu'on donne une véritable explication à cette égalité de traitement

Justifier les règles sur les programmes par la puissance de l'image et les risques de manipulation inhérents aux médias audiovisuels - les risques notamment pour la démocratie<sup>21</sup> - n'a plus grand sens aujourd'hui, pour autant qu'il en ait jamais eu un. La forte consommation d'images qui caractérise notre société a aussi pour conséquence d'aguerrir le consommateur, qui ne prend plus n'importe quelle image pour vérité d'évangile, n'importe quel commentateur cravaté pour un grand-prêtre célébrant le vrai.

La multiplication des chaînes a brisé les positions dominantes<sup>22</sup>, même si celles-ci peuvent exister encore dans le domaine des actualités locales, régionales, voire nationales. Habitué à sauter d'une chaîne à l'autre, l'individu se laisse moins captiver, ou moins impressionner, sans que nous devions trancher ici la question de savoir si ce constant va-et-vient a vraiment l'effet de rendre le consommateur plus critique, en lui permettant de faire des comparaisons.

La toute puissance de la SSR - c'est pour elle que l'AIEP a été créée,<sup>23</sup> même si le champ d'activité de cette dernière n'a jamais été limité en conséquence - est restreinte pour une autre raison encore. Le droit de réponse, introduit en 1985 pour

tous les médias à caractère périodique (art. 28g ss CC), a donné aux victimes d'émissions injustes et qui sont touchées personnellement dans leurs droits personnels, un moyen de défense efficace. Plusieurs affaires qui, dans les années septante, ont nourri le malaise à l'égard de la SSR, concernaient des personnes bousculées dans leurs droits personnels et qui se sentaient livrées à cette dernière, sans défense efficace.

Dans son message du 8 juillet 1981 sur la création d'une autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, le Conseil fédéral cite aussi, comme autre justification d'un contrôle des programmes exercé par une autorité indépendante, le fait qu'une telle autorité pourra contribuer à une radio-télévision proche des **aspirations du public** et protéger les diffuseurs et les réalisateurs contre les attaques injustifiées.<sup>24</sup>

Qui peut être opposé à une surveillance des programmes dont une des vertus serait de contribuer à une radio-télévision proche des désirs du public? Cette justification, aujourd'hui, paraît cependant un peu grandiloquente. D'une part, à l'heure de la concurrence sans merci, il est dans l'intérêt premier des diffuseurs d'être soucieux du public et de ses goûts. D'autre part, à lire la jurisprudence de l'AIEP, on n'a pas l'impression que les considérants ont tellement été marqués par le souci d'assurer au public une offre de programmes proche de ses désirs. Préoccupée de ne pas s'ériger en maître d'école des ondes, et de respecter la garantie d'autonomie figurant à l'art. 55 bis al. 3 aCst., l'AIEP a fait preuve de beaucoup de retenue dans ses conseils pédagogiques.<sup>25</sup>

La **protection des diffuseurs et des réalisateurs**, elle, est une justification plus solide. Même s'ils n'en ont pas toujours

20 Bull. off. CE 1982, p. 463 (L. Schlumpf). Pour une voix critique, à l'époque déjà: Bull. off. CN 1983, p. 481 s. (M. Leuenberger).

21 ATF 98 I 82, Kellermüller, du 2 février 1972.

22 CHR. B. GRABER, Rundfunkaufsicht am Scheideweg zwischen «Silicon Valley» und «Durcheinandertal», *medialex* 1996, p. 136 s.

23 D. BERBERAT dit les choses plus clairement: l'AIEP a été créée pour mettre la SSR au pas. Op. cit., p. 184.

24 FF 1981 III 109.

25 Les questions de goût, de style, de niveau intellectuel ne sont pas de son ressort. DUMERMUTH, op. cit. (n. 15), n° 90.

conscience, l'AIEP a aussi pour effet de protéger leur liberté.<sup>26</sup> Elle le fait en dégonflant les attentes exagérées de certains plaignants, mais aussi en démontrant, par sa simple présence et sa jurisprudence, que les diffuseurs ne sont pas des organismes tout puissants, une menace pour le public qu'il s'agirait de domestiquer au plus vite. De tels soupçons toutefois, et une telle vertu de l'AIEP, existent pour autant seulement qu'un diffuseur est ressenti comme capable d'abuser de son pouvoir. Si ce risque d'abus n'existe pas, cette justification du contrôle des programmes n'existe pas non plus. Autrement dit, elle n'a pas de valeur propre. Elle tire sa valeur de l'existence d'un risque d'abus.

Parmi les justifications au contrôle des programmes, on cite aussi le fait que la radio et la télévision assument un **service public**.<sup>27</sup> Du temps où chaque région linguistique ne possédait qu'une seule chaîne nourricière, la terminologie du service public s'imposait. Mais aujourd'hui, avec la multiplication des chaînes, dont certaines se spécialisent dans les jeux et les séries faciles, la différence avec la presse paraît beaucoup plus difficile à établir.

Est-ce parce que des informations ou des opinions empruntent les ondes, le câble ou le fil téléphonique plutôt que le papier qu'elles deviennent service public et donc matière à contrôle? L'habitude, aujourd'hui, est de parler de chaînes de service public, ce qui signifie que d'autres chaînes n'ont pas cette caractéristique et que l'attente placée en elles est moindre.<sup>28</sup> Cette terminologie est mieux adaptée à la réalité d'aujourd'hui. Mais dans la mesure où l'on en déduirait que seules

les chaînes de service public doivent être soumises à contrôle, la justification resterait trop imprécise pour être satisfaisante. Elle ne résoudrait pas le cas des chaînes assumant elles aussi, partiellement, des tâches importantes pour le public.

## 2. La justification par le financement

Selon nous, la différence essentielle entre la presse et la radio-télévision, celle qui justifie aussi des différences dans l'étendue de la liberté, se trouve dans le financement de ces médias. Dès l'instant où l'Etat décide de monnayer l'utilisation des fréquences par le public et d'attribuer l'argent récolté à des diffuseurs, il y a besoin de contrôle, cette générosité étant évidemment liée à des conditions. Les bénéficiaires sont en effet chargés d'un mandat. La SSR par exemple, qui reçoit la part du lion, est invitée à se mettre au service du pays tout entier, y compris de ses minorités (art. 26 LRTV). On la verrait mal virer à gauche, ou à droite, ou épouser telle cause exclusive et partir en guerre contre telle autre, avec de l'argent provenant de l'ensemble du public. Si un journal en vient à abandonner le chemin de l'information équilibrée et favorise grossièrement tel mouvement politique ou telle idéologie, ses lecteurs sont libres de ne plus l'acheter. Il n'en va pas de même du public de la SSR. Il doit acquitter la redevance même si le diffuseur lui déplaît.<sup>29</sup>

Ce qui vaut pour la SSR vaut aussi pour les diffuseurs locaux qui bénéficient d'une part de la redevance en vertu de l'art. 17 al. 2 LRTV.<sup>30</sup> Cet argent vise à assurer, dans les régions économiquement défavorisées, l'existence de radios et de télévisions locales, dont on attend évidemment autre chose que de la musique et des séries américaines. Il faudra qu'un organe surveille que ces chaînes répondent effectivement à l'attente placée en elles à travers les normes sur les programmes inscrites dans leur concession ou dans la loi (art. 21 LRTV).

Cette intervention de l'Etat dans le domaine de la radiodiffusion à travers le financement de certains diffuseurs est une restriction à la liberté de la radio et de la télévision. Même si on prend toutes les

26 DUMERMUTH, op. cit. (n. 15), n° 442; J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3<sup>e</sup> éd., Berne 1999, p. 274.

27 B. CORBOZ, Le contrôle populaire des émissions de la radio et de la télévision, in: Mélanges R. PATRY, Lausanne 1988, p. 282; arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 1980, SSR, ZBI 1982, p. 223.

28 C'est aussi la direction que prend le Conseil fédéral, à la veille de la révision de la loi sur la radio et la télévision. Note de discussion du 19 janvier 2000, p. 12 ss. <http://www.bakom.ch/fre/subsubpage/document/248/1134>

29 BARRELET, op. cit. (n. 1), n° 592. En 1996, dans le cadre de la procédure de consultation sur la nouvelle Constitution fédérale, la SSR proposait de supprimer tout contrôle des programmes, en faisant valoir la multiplication du nombre des diffuseurs. La conclusion était hâtive. GRABER, op. cit., p. 136 et 139.

30 Bon an mal an, la SSR reçoit 1 milliard de francs, alors que les autres diffuseurs se partagent 10 millions.

précautions pour éviter la formation d'une radio-télévision d'Etat, cette intervention favorise un diffuseur par rapport aux autres. Néanmoins, elle satisfait aux exigences de l'art. 36 Cst., en particulier à celle de la proportionnalité. On ne voit pas comment, sans la création de chaînes dites publiques, on pourrait assurer que la radio et la télévision se consacrent aux minorités et aient un apport culturel suffisant. La tyrannie des taux d'audience à laquelle sont soumises les chaînes dépendant entièrement des ressources de la publicité ne conduit pas à des programmes équilibrés,<sup>31</sup> même si, dans le meilleur des cas, pour des raisons de prestige, les grilles conservent quelques émissions haut-de-gamme.<sup>32</sup> En Suisse, la renonciation à des chaînes publiques aurait des conséquences sérieuses, en particulier pour les régions linguistiques minoritaires, qui devraient renoncer à une télévision de haut niveau faute de disposer d'un bassin de population suffisant.<sup>33</sup>

Reste la question de savoir si on peut vraiment laisser les autres diffuseurs, ceux qui ne bénéficient d'aucun apport financier de la part de l'Etat, sans surveillance en matière de programmes. Ne risque-t-on pas les pires débordements? Nous ne le croyons pas. Les lois générales suffisent à faire régner l'ordre. Si un diffuseur entend recourir à la pornographie pour doper l'audimat, il sera confronté à l'art. 197 al. 1<sup>er</sup> CP. S'il croit utile de distiller son mépris pour des races ou des religions, il aura affaire à l'art. 261<sup>bis</sup> CP. S'il diffuse pendant un quart d'heure ou davantage une scène de lynchage d'opposants au régime iranien enterrés jusqu'à la taille, comme l'a fait un diffuseur danois, l'art. 135 CP sera applicable. Ces infractions sont poursuivies d'office. Si son information est tendancieuse au point d'attenter à l'honneur, les art. 173 CP et 28 ss CC entreront en scène, sans parler du droit de réponse des art. 28 g ss CC.<sup>34</sup>

## V. Les exigences en matière de surveillance *de lege lata*

### 1. La loi sur la radio et la télévision

Selon l'art. 58 al. 2 LRTV, l'AIEP «statue sur les plaintes relatives à des émissions de radio et de télévision qui ont été diffu-

sées par des diffuseurs suisses». Il n'est fait aucune distinction entre les diffuseurs locaux ou nationaux, privés ou publics. Tous doivent se doter d'un organe de médiation (art. 60 al. 1<sup>er</sup>). Cette loi est actuellement soumise à révision. Le 19 janvier 2000, le Conseil fédéral a fixé les grandes lignes de cette révision. Le principe d'une surveillance des programmes exercé par un organe indépendant n'est pas remis en cause. L'étendue de cette surveillance, en revanche, n'a pas été précisée et pourrait fort bien être restreinte dans le sens indiqué ci-dessus. D'autant que le Conseil fédéral entend libérer les diffuseurs privés de toutes les contraintes en matière de programmes qui figurent actuellement dans les concessions.<sup>35</sup>

### 2. La Constitution fédérale de 1999

La Constitution ne comprend pas seulement un énoncé de la liberté de la radio et de la télévision à l'art. 17. Au chapitre des compétences de la Confédération, elle a repris presque sans changements l'art. 55<sup>bis</sup> de l'ancienne Constitution.

31 BARRELET, op. cit. (n. 1), n° 226; M. DUMERMUTH, Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz, thèse Berne 1992, p. 271; GRABER, op. cit., p. 141; MÜLLER, op. cit., p. 266.

32 Il n'est pas interdit de penser que les chaînes dites publiques ont pour effet de tirer la qualité des programmes des autres chaînes vers le haut. P. NOBEL, Medienprivatisierung und inhaltliche Standards, in: R.H. WEBER (éd.), Symposium Schluemp, Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht, Zurich 1998, p. 125.

33 Note de discussion du Conseil fédéral précitée, p. 13 s. Critique sur les tâches dévolues à la SSR: NOBEL, op. cit., p. 120 ss, qui estime souhaitable de limiter le mandat de celle-ci à la production et à la diffusion de programmes importants sur les plans politique, culturel et pédagogique.

34 P. NOBEL, op. cit., p. 108, en déduit qu'on pourrait renoncer au contrôle des programmes, les diffuseurs devant conserver toutefois leurs organes de médiation. Avant lui déjà: CH. PONCET, La surveillance de l'Etat sur l'information radiotélévisée en régime de monopole public, thèse Genève 1985, p. 188. En tout cas, les statistiques confirment que le besoin de surveillance n'est pas uniforme, dans la pratique. De 1996 à 1999, les plaintes adressées à l'AIEP se sont réparties de la manière suivante: 69 contre la télévision de la SSR, 10 contre la radio de la SSR, 2 contre Teletext, 6 contre les télévisions privées, 0 contre les radios privées. Même pondérées selon les parts de marché, ces différences incitent à la réflexion. En Suède, par exemple, seuls les quatre diffuseurs nationaux utilisant les émetteurs terrestres (deux diffuseurs de TV publics, 1 radiodiffuseur public, 1 diffuseur de TV privé) sont soumis à une concession et à des règles d'impartialité pour leurs programmes. Cf. G. LINDBERG, in: Actes du colloque médial de 5 mai 1999 à Berne. Aux Pays-Bas, l'autorité de régulation n'intervient pas sur des questions relatives à la qualité de l'information. L. VAN DER MEULEN, Moderne Aufsicht der Hörfunk- und Fernsehsender: mehr als nur Programmkontrolle, in: Actes du colloque précités, p. 3.

35 Note de discussion du Conseil fédéral précitée, p. 20 s.

Les autorités fédérales ayant pris le parti de limiter la révision totale à une simple mise à jour formelle, excepté quelques innovations ponctuelles, l'article sensé dicter à la Confédération les grandes lignes de son pouvoir réglementaire en matière de radio-télévision respire une époque révolue, la fin des années septante et le début des années quatre-vingts. On peut le regretter.

C'est ainsi que l'art. 93 al. 2 déclare que la radio et la télévision «présentent les événements de manière fidèle et reflètent équitablement la diversité des opinions». Lors des premiers pas de l'art. 55<sup>bis</sup> aCst., on a pu hésiter sur le destinataire de cette règle. Était-ce, comme les autres phrases de l'al. 2, la radio et la télévision dans son ensemble? Était-ce chaque émission de chaque diffuseur?<sup>36</sup> La loi de 1991 a tranché la question dans le second sens (art. 4 al. 1<sup>er</sup> LRTV). Si cette réponse est la bonne, cela signifierait que chaque émission, même celles des diffuseurs privés auxquels on renonce à donner des moyens et des consignes, doit se conformer à la règle de l'objectivité et de la pluralité, et qu'un organe doit être chargé d'en vérifier l'application.

Il nous semble cependant que les adeptes d'une réponse plus nuancée ont aujourd'hui de nouveaux arguments à faire valoir. Nous avons vu que l'art. 17 Cst. consacre la liberté de la radio et de la télévision. La cohérence voudrait que les compétences de la Confédération ne soient pas interprétées comme allant à l'encontre des libertés individuelles contenues dans la Constitution. Exiger de tous les diffuseurs, quels qu'ils soient, qu'ils reflètent équitablement la diversité des opinions, est une atteinte sérieuse à la liberté de la radio et de la télévision, dont la proportionnalité est plus que douteuse, spécialement si, comme le veut le Conseil fédéral, on renonce à imposer

aux diffuseurs privés des règles sur le contenu de leurs programmes.<sup>37</sup>

Autre argument: l'art. 93 al. 3 a accentué la marge de manoeuvre des diffuseurs. L'autonomie dans la conception des programmes est garantie telle quelle, alors que l'art. 55<sup>bis</sup> al. 3 Cst. ne la reconnaissait que dans les limites de l'al. 2.<sup>38</sup>

Qu'en est-il de l'al. 5? Lui aussi a été modifié. L'art. 55<sup>bis</sup> al. 5 disait que «la Confédération crée une autorité indépendante chargée de l'examen des plaintes». L'art. 93 al. 5 dit que «les plaintes relatives aux programmes peuvent être soumises à une autorité indépendante». Le Conseil fédéral explique cette modification par le fait qu'au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, l'autorité indépendante n'avait plus à être créée.<sup>39</sup> Il paraissait plus logique de mettre l'accent sur le sens de cette autorité. De la formulation choisie, on ne peut certainement pas déduire que toutes les émissions de tous les diffuseurs peuvent faire l'objet d'une plainte devant l'autorité indépendante. On dit seulement que s'il y a des plaintes, si la loi a prévu la possibilité de porter plainte, c'est une autorité indépendante qui statuera.

### 3. La Convention européenne sur la télévision transfrontière

A son art. 7, la Convention européenne sur la télévision transfrontière, conclue le 5 mai 1989 et signée par la Suisse le 5 mai 1989, contient plusieurs règles sur les programmes. C'est ainsi que l'al. 1<sup>er</sup> prévoit que «tous les éléments des services de programmes, par leur présentation et leur contenu, doivent respecter la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux d'autrui. En particulier, ils ne doivent pas: a. être contraires aux bonnes moeurs et notamment contenir de pornographie; b. mettre en valeur la violence ni être susceptibles d'inciter à la haine raciale». L'al. 2 précise que les éléments de services de programmes qui pourraient «porter préjudice à l'épanouissement physique, psychique et moral des enfants ou des adolescents ne doivent pas être transmis lorsque ces derniers sont susceptibles, en raison de l'horaire de transmission et de réception, de les regarder».

36 D. BARRELET, *Droit suisse des mass media*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1987, p. 182; DUMERMUTH, op. cit., (n. 31) p. 279 s.

37 Note de discussion précitée, p. 20 s. La liberté de la radio et de la télévision appartient aussi bien aux diffuseurs, à leurs collaborateurs qu'au public. BARRELET, op. cit. (n. 1), n° 210. U. ZIMMERLI, *Zur Medienfreiheit in der neuen Bundesverfassung, medialex 1999*, p. 21. Trop étroit: A. AUER/G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel*, vol. 2, Berne 2000, p. 549.

38 Même avis: J.P. MÜLLER, op. cit., p. 268.

39 FF 1996 I 277.

Le respect de ces règles peut être assuré par les lois ordinaires, par exemple par les art. 135, 197 et 261<sup>bis</sup> CP. Pour ce qui est des heures de programmation et de l'obligation de tenir compte de la jeunesse, on peut s'en remettre à l'éthique des diffuseurs et encourager ceux-ci à se doter de règles internes suffisamment précises et contraignantes.

Enfin, l'art. 7 al. 3 évoque les journaux télévisés. Le radiodiffuseur doit veiller qu'il «présentent loyalement les faits et les événements et favorisent la libre formation de l'opinion». Cette règle est plus étroite que celle de l'art. 93 al. 2 3<sup>e</sup> phrase Cst., puisqu'elle ne vaut que pour les journaux télévisés et qu'elle n'exige pas un reflet équitable de la pluralité des opinions. Mais, manifestement, elle n'est pas limitée aux seuls radiodiffuseurs bénéficiant de fonds publics. Pour assurer son respect et satisfaire aux engagements internationaux de la Suisse, on pourrait ici aussi s'en remettre à l'éthique des diffuseurs, à moins qu'on veuille maintenir la surveillance étatique sur les journaux télévisés, et sur eux seulement.

## VI. La surveillance *de lege ferenda*

La révision de la loi sur la radio et la télévision devra sans aucun doute se pencher aussi sur la surveillance des programmes. Voici les points qu'il s'agirait, selon nous, de considérer:

1. La surveillance des programmes devra continuer à être exercée par une autorité indépendante. Ainsi le veut la Constitution à l'art. 93 al. 5, mais aussi la liberté de la radio et de la télévision inscrite à l'art. 17.

2. La surveillance des programmes devra tenir compte des changements dans le paysage médiatique et se limiter aux diffuseurs bénéficiant d'un financement public lié à un mandat de prestations. Elle devra, éventuellement, englober aussi les journaux télévisés des autres diffuseurs, par égards pour l'art. 7 al. 3 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière.

3. Il n'est nullement dit que l'AIEP doive à tout jamais conserver son visage actuel. On aura sans doute avantage à fondre la

surveillance des programmes au sens étroit avec la surveillance de la publicité et du parrainage. L'actuelle séparation entre deux autorités – L'AIEP pour les programmes et la publicité lorsque celle-ci soulève des problèmes relatifs à la formation de l'opinion, OFCOM pour la publicité lorsque ce sont des aspects financiers et techniques qu'il s'agit d'élucider – crée des problèmes de délimitation et n'est pas satisfaisante.<sup>40</sup>

4. L'AIEP devrait sans doute aussi, par des moyens en personnel et des moyens de procédure (possibilité d'intervenir de son propre chef, même sans le dépôt d'une plainte), étendre son contrôle aux tâches culturelles confiées aux diffuseurs, qui, aujourd'hui, font figure de *leges imperfectae*. On pourrait ainsi renoncer à ce Comité consultatif dont le Conseil fédéral veut doter la SSR et renoncer à une multiplication des instances de surveillance, avec les redondances qui risquent d'en résulter.<sup>41</sup>

5. L'AIEP devrait aussi pouvoir prononcer des sanctions ou des mesures à l'encontre des fautifs, surtout si elle en vient à s'occuper de la partie publicitaire. En revanche, l'art. 70 al. 1<sup>er</sup> let. c qui lui permet de déclencher des sanctions pénales à l'encontre de celui qui a violé de manière répétée ou grave des normes sur les programmes, reste très discutable, même si l'amende est limitée à 5000 francs.<sup>42</sup>

6. L'AIEP aurait probablement tout à gagner à siéger en public. Défenseur du public, mais aussi des diffuseurs contre des accusations déplacées, l'AIEP pourrait mieux faire passer son message aux uns et aux autres en développant ses réflexions ouvertement et en montrant qu'elle n'est inféodée à personne.<sup>43</sup>

7. La question de la légitimité active mérite elle aussi d'être revue. Non sans raison, le parlement avait biffé la légitimité

40 BARRELET, op. cit. (n. 1), n° 805.

41 Note de discussion précitée, p. 17.

42 Cf. note 15 ci-dessus.

43 Une proposition dans ce sens du président de l'AIEP de l'époque, J.P. Müller, reprise par R. Rhinow, avait été adoptée dans un premier temps par le Conseil des Etats. Bull. off. CE 1990, p. 615 ss. Elle s'était heurtée à la résistance du Conseil national.



des personnes morales, en 1991, estimant que le contrôle des programmes n'avait pas pour but la défense d'intérêts privés. Mais il avait maintenu la plainte individuelle pour les personnes physiques, réputées plus vulnérables.<sup>44</sup>

8. Faut-il intégrer l'AIEP dans une Commission de la communication (Comcom) élargie désormais à la radiodiffusion? Cette question mérite un examen soigneux. Même si la Comcom devait se composer de deux chambres, l'une pour l'infrastructure, l'autre pour les services, il convient de garder à l'esprit la nature spécifique d'un contrôle des programmes, qui ne saurait être assuré par des technocrates, aussi brillants soient-ils. D'autre part, il convient de sauvegarder la plainte populaire, originalité suisse qui a fait ses preuves de soupape. Une AIEP fondue dans une vaste Commission de la communication aurait-elle encore ses caractéristiques d'organe quasi-juridictionnel? Dans la négative, il conviendrait alors de créer une Commission de recours, indispensable pour assurer l'accès au Tribunal fédéral. On n'aurait alors guère progressé dans la voie de la simplification...

## VII. Conclusion

La surveillance des programmes introduite en 1984 à travers la création de l'AIEP n'a pas démerité. Le législateur a

veillé à ne pas avoir la main trop lourde. Tant l'AIEP que le Tribunal fédéral se sont souvenus de l'art. 55<sup>bis</sup> al. 3 aCst. et de ce que signifiait pour cette surveillance la garantie de l'autonomie dans la conception des programmes. Mais cela n'est pas une raison de poursuivre indéfiniment dans la même voie, comme si de rien n'était. La surveillance des programmes reste une restriction de la liberté et il est du devoir des autorités politiques de la soumettre périodiquement à un examen critique, particulièrement depuis que la Constitution garantit, en toutes lettres, la liberté de la radio et de la télévision.

Ni la multiplication des chaînes, ni Internet, ni la convergence ne permettront de s'en remettre entièrement au libre marché, comme on le fait dans le domaine de la presse, du moins dans un avenir prévisible. Alors que le taux d'audience (ou le taux de pénétration) de la presse se calcule sur l'ensemble d'un numéro et que les articles qui ne sont lus que par une minorité participent eux aussi au degré de satisfaction du lecteur et à la mesure de l'audience, la radio et la télévision doivent établir leur taux d'audience pour chaque émission séparément. D'où la tentation de sacrifier les goûts minoritaires. Des diffuseurs financés entièrement ou partiellement par le produit de la redevance prélevée auprès du public, dotés d'un cahier des charges visant à corriger les effets les plus fâcheux de l'audimat, continueront donc d'exister pour un certain temps encore. C'est pour eux qu'il convient de prévoir une surveillance des programmes, élargie à la manière dont ils accomplissent leur mandat culturel lorsqu'un tel mandat leur a été confié. Pour les autres diffuseurs, les lois générales et les règles d'éthique devraient suffire. ■

44 L'AIEP a laissé entendre qu'elle ne verrait pas d'un mauvais oeil la réintroduction de cette voie d'accès. Rapport annuel 1998, p. 15. Mais le souci de cohérence pourrait aussi amener à la suppression du droit de plainte individuel de l'art. 63 al. 1<sup>er</sup> let b, comme l'avait décidé le Conseil national, dans un premier temps. Bull. off. CN 1989, p. 1674. On serait sans doute, avec cette seconde solution, plus en accord avec le sens du contrôle des programmes. ATF 122 II 475 s., SRG (Gurtner), du 29 novembre 1996.