

Le journalisme économique: liberté d'expression, liberté d'investigation

François Dessemontet

Professeur aux Universités de Lausanne et Fribourg

Le journalisme économique rapporte la vie des sociétés commerciales, les événements extérieurs qui en déterminent le succès, mais aussi les mutations internes, les changements de responsables, les restructurations, les fusions et les acquisitions jusqu'aux interviews des grands patrons. Ce n'est pas son seul objet puisque les analyses macro-économiques intéressent aussi les lecteurs des innombrables pages économiques de nos quotidiens et de nos magazines. Cependant, comme la «*People's Press*» gravite toujours plus autour des personnalités, le journalisme économique gravite toujours davantage autour des entreprises individuelles. Il le fait parfois avec le même goût du scandale: qu'on pense à l'«*Affaire Sotheby's*», par exemple¹.

En se concentrant sur les entreprises et les entrepreneurs, le journalisme économique use de sa liberté d'expression. Il conviendra donc d'en déterminer l'étendue (ci-dessous ch. I). N'est pourtant pas en jeu la seule liberté d'écrire ce que l'on pense, car il s'y ajoute la liberté de faire des recherches et les investigations nécessaires. Or on verra que les juristes ont jusqu'à présent insisté sur le **devoir** d'investigation comme limite nécessaire aux abus de la **liberté** d'expression, plus que sur la liberté d'investigation. C'est donc à un renversement de perspective que je convierai en second lieu (ci-dessous ch. II).

Pour la clarté de l'exposé, précisons que nous ne traiterons ici que des effets de la liberté d'expression et de la liberté d'investigation envers les entreprises et les sociétés commerciales, sans examiner les

effets de ces libertés vis-à-vis de l'Etat, de ses organes, de ses corporations et de ses agents. Nous nous concentrons en effet sur le droit civil et le droit de la concurrence déloyale.

I. La liberté d'expression

1. Le principe

La liberté d'expression appartient aux droits constitutionnels fondamentaux. C'est un droit de l'homme selon la Déclaration universelle des droits de l'homme², la Convention européenne des droits de l'homme³ et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques⁴. En Suisse, les projets de Constitution fédérale la consacrent également. Pour l'heure, on la déduit d'un arrêt fondamental du Tribunal fédéral⁵. La liberté de la presse consacrée à l'art. 55 Cst n'est qu'une application de la liberté d'expression aux médias qui se servent de l'imprimerie⁶. Par exemple, en droit positif actuel, Internet y échappe.

La liberté d'expression est conçue en Suisse comme une liberté d'opinion. Elle

Zusammenfassung:

Die Bedeutung der Wirtschaftspresse nimmt in unserer Gesellschaft zu, die durch das Geschehen an der Börse und durch die Öffnung der Märkte geprägt ist. Bei der Interessenabwägung zwischen den Anliegen der Presse und jenen der Unternehmen jedoch ist nicht allein die Meinungsäusserungsfreiheit und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beachten; die Presse kann sich auch auf die Freiheit der Forschung und namentlich das Recht zur Recherche stützen. Um die Freiheit der Recherche zu definieren, müssen gewisse Vorurteile das Verhältnis Wirtschaft und Journalismus betreffend überwunden werden. Es geht zudem nicht darum, eine Informationspflicht für die gedruckte Presse ins Leben zu rufen, denn die Presse ist frei in der Beanspruchung der Freiheit der Recherche. Immerhin gelten für diese Freiheit die durch die Untersuchungs- und Verifizierungsmethoden bedingten Schranken, wie sie allgemein den Geisteswissenschaften eigen sind.

2 Art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, résolution 217 A (III).

3 Art. 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101.

4 Art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2, qui mentionne le droit de rechercher librement les informations, contrairement à l'art. 10 CEDH.

5 ATF 96 I 586, à p. 592, citant ATF 87 I 114 à p. 117, ATF 91 I 480 à p. 485 et ATF 96 I 219, à p. 224.

6 Voir par exemple L. SCHÜRMAN/P. NOBEL, *Medienrecht*, Berne 1993, pp. 27 ss. D. BARRELET, *Droit suisse des mass media*, Berne 1987, pp. 24 et 27.

1 Titre d'un livre de P. WATSON; cf. L'Hebdo du 9 octobre 1997, p. 82.

Résumé: *Le rôle de la presse économique s'accroît dans notre société dominée par la Bourse et l'ouverture des marchés. Or, au moment d'arbitrer les tensions entre entreprises et journalistes, on se rappellera que la liberté d'expression et la loi contre la concurrence déloyale ne sont pas seules en jeu. La presse économique peut également invoquer la liberté de la recherche, soit la liberté d'investigation. Afin de définir la liberté d'investigation, il faut vaincre divers préjugés sur les rapports entre l'économie et le journalisme. De plus, on ne créera pas un devoir d'information de la presse ordinaire. La liberté peut être exercée ou ne pas l'être. Toutefois, la liberté de recherche trouve ses limites naturelles dans les méthodes d'investigation et de vérification qui sont communes aux sciences humaines.*

offre aux individus la liberté de se former une opinion et de la communiquer aux autres par tous les moyens qu'autorise la loi⁷. Le journalisme économique en bénéficie également. En consacrant la liberté d'expression, la Suisse a renoncé en principe au système de la censure préalable. Cependant, l'abandon de la censure préalable n'implique pas que les activités de la presse, et par exemple le journalisme économique, échappent au droit et donc au **contrôle des tribunaux**. Certaines restrictions juridiques s'appliquent donc.

2. Les restrictions

Les libertés constitutionnelles ne sont pas absolues en ce sens qu'elles souffrent de restrictions légales tenant à diverses causes. Ainsi, l'art. 10 al. 2 CEDH énumère parmi les limites que la loi peut apporter à la liberté d'expression les restrictions qui sauvegarderont la sécurité nationale, l'intégrité du territoire, l'ordre public et la répression de la criminalité, la santé publique et les bonnes moeurs; cette disposition réserve aussi, et nous en venons au coeur du sujet, «la protection de la réputation ou des droits d'autrui», en particulier afin d'«empêcher la divulgation d'informations confidentielles».

Nous reviendrons sur la question des informations confidentielles en discutant la liberté d'investigation. Pour le moment, rappelons les trois législations récentes qui ont entamé la liberté d'expression des journalistes économiques.

A) La loi contre la concurrence déloyale

La loi du 19 décembre 1986, entrée en vigueur le 1er mars 1988, s'applique désormais aux journalistes, car elle n'exige plus qu'existe une relation de concurrence entre les parties aux procès. Il suffit que l'acte - ou même l'omission⁸ - constitutif de concurrence déloyale influence le marché; or nul ne doute que

les médias n'exercent une influence sur le marché⁹. Les actes - ou les omissions - prohibés ne sont pas seulement les actes déloyaux, mais tous les actes de nature à fausser la concurrence, ainsi que cela ressort de l'art. 1er LCD. Naturellement, les personnes morales et les sociétés commerciales bénéficient de la protection prévue dans la LCD¹⁰.

S'il est permis de porter un jugement d'ensemble sur la controverse que cette extension de la LCD au journalisme a déclenchée¹¹, nous dirons qu'elle creuse l'écart séparant la Suisse des Etats-Unis, tout en nous rapprochant de l'Europe. En effet, tandis qu'à divers égards, le droit américain fait de la liberté d'expression une valeur absolue que ne peuvent contrarier même les intérêts essentiels des tiers, le droit suisse et celui de nos voisins protègent les droits des autres citoyens avec une belle vigueur¹².

Deux exemples tirés de la jurisprudence américaine illustreront mes propos:

- Dans sa décision du 26 juin 1997, la Cour suprême des Etats-Unis a jugé inconstitutionnelle deux dispositions du Communications Decency Act du 8 février 1996, malgré l'intérêt évident du monde entier à lutter contre la pornographie infantile ou destinée à des mineurs¹³. On peut comparer cette dé-

9 Par exemple, dans la cause de la Banque B. à Zurich, il a été allégué qu'un contrat de gestion portant sur plus de 100 mio. n'avait pas été conclu en raison d'un article paru dans la presse; la preuve n'en a pas été rapportée, arrêt du Tribunal de district de Zurich, 3 novembre 1993, RSJ 90 (1994) n° 22 à p. 181.

10 ATF 117 IV 193 ss («Bernina»); RSPI 1992, pp. 109 ss (arrêt du Tribunal de district de Zurich, 14 octobre 1991, «Kästle»).

11 Cf. par exemple I. CHERPILLOD, Anwendung des UWG auf Journalisten, Plädoyer 4/1992, p. 36 ss; P. NOBEL, Zu den Schranken des UWG für die Presse, RSJ 88 (1992), pp. 245 ss; U. SAXER, Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit : Wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen ?, PJA 9/1994, pp. 1136 ss; P. SCHALTEGGER, Die Haftung der Presse aus unerlaubtem Wettbewerb, thèse Bâle, Zurich 1992; R. ZÄCH, Das UWG und die Medien - Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt, RDS 1992 I 173. Voir également la bibliographie dans F. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, 1996, p. 265.

12 Voir en général A. MEILI, Wirtschaftsjournalismus im Rechtsvergleich, Baden-Baden 1996.

13 Reno v. ACLU, 117 (1997) S. Ct. 2329.

cision avec les efforts entrepris par les autorités allemandes, françaises et suisses pour lutter contre les abus d'Internet dans ce domaine.

- Dans une décision de la Cour d'Appel de Californie du 27 août 1997, il a été jugé que la liberté d'expression du scénariste et du réalisateur d'un film leur permettrait de reprendre dans un film («The Sandlot») l'image et le surnom du garçon de 10 ans ayant entretemps grandi, mais toujours aussi attaché à sa personnalité¹⁴.

Le régime américain a bien réussi: liberté de discussion, goût du savoir, niveau élevé d'éducation politique et économique.

Au contraire du droit des Etats-Unis, le droit suisse ne divinise pas la liberté d'expression. On se rappelle par exemple qu'au début des années 80, dans l'affaire du Tages-Anzeiger et du boycott des importateurs d'automobiles, la Commission des cartels avait mis en balance la liberté d'expression des rédacteurs et la «liberté d'insertion» des importateurs comme deux libertés de même rang, alors que la seconde, si elle existe, n'est qu'une conséquence de la liberté du commerce et de l'industrie et de l'autonomie contractuelle¹⁵. D'autres développements législatifs postérieurs vont dans le même sens, même s'ils sont moins spectaculaires que la LCD.

B) La loi fédérale sur la protection des données

La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1er juillet 1993, s'applique également pour la protection de la personnalité économique des entreprises. Elle vise explicitement la protection des personnes morales comme celle des personnes physiques (art. 2 al. 1). Les principes généraux de la LPD s'appliquent au journalisme, y compris au journalisme économique. Sont toutefois consenties des exceptions concernant l'accès aux fichiers des journalistes et le traitement «professionnel» des données en vue d'une publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique¹⁶. On se rappelle que l'application de la LPD aux médias a fait l'objet d'âpres débats au Parlement. On re-

trouve dans ses décisions le refus de privilégier la liberté d'expression qui caractérise l'application de la LCD et de la loi sur les cartels.

C) Les dispositions du Code civil sur la protection de la personnalité

Les art. 28 ss CC protègent toujours les droits de la personnalité à côté des lois spéciales. Révisées par la loi du 16 décembre 1983, entrée en vigueur le 1er juillet 1985, ces dispositions protègent les personnes morales comme les personnes physiques, suivant en cela une ancienne tradition¹⁷. Les art. 28 ss CC sont d'ailleurs susceptibles de s'appliquer cumulativement à d'autres normes, par exemple celles de la LCD, si leurs conditions d'application sont remplies¹⁸.

3. Les propositions de la doctrine

Les dispositions nouvelles ont avivé les tensions entre les journalistes et les juristes, chargés de faire respecter la loi. Prenons l'exemple du droit à l'oubli (ATF 122 III 449). Nous sommes en ce moment désarmés face au franc parler américain. Que changer en droit?

A) Les propositions favorables à la presse

L'une des propositions les plus intéressantes pour limiter l'étendue des restrictions que la LCD vient apporter à la liberté d'expression des médias provient du professeur Peter NOBEL, conseil d'un grand groupe de presse: il conviendrait de réintroduire une condition **subjective** à l'application de la LCD, l'auteur d'un acte déloyal ayant dû agir dans l'**intention** de nuire à la position d'autrui dans la con-

14 Michael Polydoros v. 20th Century Fox Film Corp et al. (affaire n° B103309, à paraître).

15 Voir Rapports et publications de la Commission des cartels 1981, pp. 83 ss; commentaires in SAS 1981, pp. 88 ss et 1981, pp. 145 ss.

16 Art. 10 et 13 al. 2 litt d LPD. Voir en général J. Th. PETER, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, thèse Zurich, 1994; U. SAXER, p. 1145.

17 Voir P. NOBEL, Gedanken zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, in Festschrift M. Pedrazzini, Berne 1990, pp. 411 ss; F. DESSEMONTET, La presse et les sociétés commerciales, in Die Verantwortlichkeit im Recht, Zurich 1981, pp. 183 ss.

18 Voir par ex. K. HOTZ, Zur Bedeutung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Massenmedien, RSJ 86 (1990) à p. 29.

currence¹⁹, qu'il s'agisse d'appliquer - au civil - la clause générale ou les délits particuliers qui sont susceptibles d'être commis par la presse et d'être poursuivis au pénal et au civil, comme le dénigrement²⁰.

Une autre proposition a été formulée par U. SAXER: il conviendrait d'abandonner les méthodes répressives, qui apportent une entrave nuisible à la liberté de communication, en vue de privilégier les remèdes correctifs du genre du droit de réponse introduit par les art. 28 g ss CC²¹. Cet auteur souligne à bon droit que le système juridique devrait favoriser l'établissement de la vérité par le dialogue, les exposés successifs et contradictoires des intéressés permettant au public de se former une opinion. On peut toutefois objecter que le premier jet déjà doit être exact.

B) Les propositions du reste de la doctrine

On ne peut être exhaustif, mais il convient de relever les réflexions que le professeur ROGER ZÄCH a dédiées à cette question²²: plutôt que d'accorder un privilège à la presse, comme le voudraient ses avocats, il convient seulement d'interpréter la **faute par négligence** en tenant compte des conditions précaires et de l'urgence dans lesquelles travaillent les journalistes. Ainsi, les moyens déduits de la LCD seraient examinés séparément; l'action en cessation ou en contestation de l'illégalité ainsi qu'en publication du jugement ou d'une rectification s'applique-

rait aux médias comme à tout agent intervenant dans la concurrence (art. 9 al. 1 et 2 LCD), tandis que l'action en dommages-intérêts ne serait pas reçue contre des médias sans faute **qualifiée** de leur part. Leur situation financière précaire ne serait donc pas atteinte.

Cette proposition est intéressante d'abord par sa subtilité, ensuite parce qu'elle respecte le droit positif, enfin dans la mesure où elle met en exergue un présumé d'ailleurs sympathique, celui que la presse est dans une situation financière précaire. Elle rejoint la tendance de la Cour européenne des droits de l'homme²³. Cependant, à l'époque de la concentration monopolistique en Suisse romande et des grands empires médiatiques à l'étranger, le préjugé paraît obsolète. D'ailleurs, s'il fallait dans un cas précis épargner un journaliste affamé, les dispositions de l'art. 44 al. 2 CO suffiraient tout à fait. Ceci nous amène à examiner quelques préjugés courants.

4. Les préjugés à vaincre

Quatre oppositions traditionnellement soutenues dans la doctrine paraissent désormais dépassées.

A) Intérêts idéaux contre intérêts matériels

La première opposition qu'on peut remettre en cause est celle qui existerait entre les intérêts idéaux de la presse et les intérêts patrimoniaux des entreprises²⁴. Certes, les journalistes économiques peuvent poursuivre des intérêts idéaux, en démasquant par exemple les machinations d'un financier qui ne consolide pas correctement les comptes de son groupe²⁵. Cependant, le sens des rubriques économiques est de «faire vendre», de «conquérir des parts de marché» - bref, un ensemble de préoccupations du même ordre que celles des entreprises qu'on prend sous la coupe. Il ne me paraît pas juste de privilégier d'emblée le travail des journalistes par rapport à celui des managers ou des administrateurs de ces entreprises. Réciproquement, il ne peut être question de dénier aux journalistes tout ou partie de la liberté d'expression sous prétexte qu'ils recherchent en dernière

19 P. NOBEL, Zu den Schranken des UWG für die Presse, RSJ 88 (1992) 245 à pp. 251-252.

20 Voir dans le même sens G. GALLI, Die Bedeutung der Absicht bei Wettbewerbsverstößen und der Verletzung von Immaterialgüterrechten, thèse Bâle, 1991, pp. 39-40.

21 Voir PJA 9/1994, pp. 1152-1153.

22 Das UWG und die Medien-Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt, RDS 1992 I 173 ss.

23 P. AUVRET, Le journalisme d'investigation selon la Convention européenne des droits de l'homme, Legipresse, avril 1997, p. 38, citant l'affaire Jersild c. Denmark du 23 septembre 1994, Cour eur. D.H., série A, vol. 298, par. 31 («les journalistes ont droit à une particulière mansuétude») pour la responsabilité pénale.

24 Voir pour tous ZÄCH, p. 176; U. SAXER, pp. 1143 n. 56, et 1152; R. SCHUMACHER, Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, thèse Fribourg 1960, p. 75 ss.

25 Rey c. Abt, Einstellungsverfügung der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 15 November 1991, RSPI 1992, pp. 113 ss; cf. R. BAUR, UWG und Wirtschaftsberichterstattung, thèse Zurich 1995, pp. 12-13.

analyse des intérêts économiques²⁶. En réalité, dans une société néo-libérale (et dans d'autres aussi, peut-être) tout le monde agit poussé par ses seuls intérêts économiques. Ceux-ci deviennent donc indifférents pour évaluer les conflits entre les libertés individuelles et la liberté d'expression et d'investigation²⁷.

Le point de vue traditionnel néglige également que les entreprises sont des communautés humaines qui possèdent des intérêts idéaux, comme le droit au respect de l'entreprise par et pour ses employés, l'harmonie des relations avec les sous-traitants, les fournisseurs et la clientèle, etc.

B) Presse pauvre contre grands capitaines d'industrie

Un cliché oppose la presse qui disposerait de peu de moyens et serait talonnée par le temps²⁸ aux grandes industries qui disposeraient de moyens abondants. On pourrait donc pardonner aux journalistes les erreurs «inévitables» qu'entraînerait l'exercice de leur métier. En réalité, le journalisme économique possède des moyens d'investigation qui peuvent varier selon les rédactions, mais qui sont en expansion continue. Le regroupement des organes de presse devrait favoriser la modernisation et la concentration des outils de travail et d'investigation, comme les fichiers dont se servent les journalistes, et Internet aussi. De plus, lorsque c'est l'entreprise de presse elle-même qui est recherchée, sa surface financière est très variable, mais il serait étonnant qu'elle ne puisse recourir aux meilleurs conseils pour soutenir son point de vue devant les tribunaux et réagir de façon adéquate dans des situations délicates.

C) La liberté de la presse contre la faute par négligence

Aux Etats-Unis, l'une des conséquences de la liberté de la presse est de n'entraîner une responsabilité qu'en cas de faute caractérisée; la faute par négligence ne serait pas génératrice de dommages-intérêts²⁹. La même idée se retrouve dans la thèse de P. NOBEL conférant l'immunité aux journalistes économiques qui n'ont pas l'intention de commettre un délit de

concurrence³⁰. Les deux conceptions me paraissent insatisfaisantes. Lorsque l'exercice d'une liberté constitutionnelle comme la liberté de la presse porte atteinte à celui d'un autre droit constitutionnel, comme la garantie de la propriété privée, il n'existe pas de motif suffisant pour choisir un autre standard de faute, ou éliminer la faute par négligence³¹. De toute manière, la notion de faute renvoie toujours à ce que le professeur P. ENGEL appelle «l'équation personnelle des parties». Dans ce cadre, la mission du journalisme économique dans l'intérêt du marché boursier et de la vie économique retiendra l'attention du juge, sans lui conférer toute immunité.

D) La liberté d'expression contre le devoir d'information

L'on a coutume d'opposer la liberté d'expression au devoir d'information³². Cette opposition est sans doute pertinente comme un passage obligé de la pensée juridique. En effet, la liberté du journaliste économique ne peut être entièrement assimilée à la liberté d'expression de tout un chacun, dans la mesure précisément où son comportement influence le marché boursier et la vie économique. Une fausse nouvelle dans une rubrique économique peut avoir des conséquences plus graves qu'une affirmation fantaisiste dans un discours politique. Il convient pourtant à mon avis de se servir d'un nouveau concept, celui de la **liberté d'investigation**, chaque fois que ce n'est pas une obligation de diligence qu'on veut - à juste titre - imposer au journaliste, mais lorsqu'on tente de déterminer s'il

26 Voir par exemple une cause *Guglielmi v. Spelling-Goldberg Productions*, 25 Cal. 3d 860, à pp. 873 (l'intérêt pécuniaire recherché en produisant un film ne prive pas son producteur du droit à la liberté d'expression).

27 Cf. pour des réflexions analogues *baur*, p. 30; voir pour la dimension économique de la presse *saxer*, pp. 1137-1138.

28 Cf. *baur* pp. 142-143 et *zäch* pp. 182-183; *SAXER* p. 1142; ils relèvent à juste titre que le facteur du temps disponible peut jouer un rôle pour apprécier la faute.

29 Voir *The Sandlot*, cons. 2.

30 Voir ci-dessus n° 20; voir aussi *SAXER*, p. 1150 (avec des réserves), et la réfutation entreprise par R. BAUR, pp. 121 ss (la LCD ne requiert pas cette intention).

31 En droit américain, en revanche, le 1er Amendement confère une certaine immunité. Cf. sur la notion de «preferred freedom» et l'évolution de la jurisprudence sur la question *levy/karst/mahoney*, *Encyclopedia of the American Constitution*, New York/London 1986, p. 1439.

32 Voir *ZÄCH*, p. 177.

peut se fonder sur un droit propre pour percer les secrets d'affaires et éclairer les zones de pénombre qui entourent les sociétés.

II. La liberté d'investigation

1. Champ d'application

Le premier intérêt de cette notion est de replacer le journalisme économique dans le cadre plus général des activités de recherche et de création intellectuelle. Le Tribunal fédéral a déjà reconnu la liberté de recherche³³, la Cour européenne des droits de l'homme aussi³⁴. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît la liberté de rechercher des informations. A cet égard, on relève que la loi sur la concurrence déloyale, elle aussi, ne s'applique pas qu'aux journalistes et aux concurrents engagés dans l'économie, mais également aux activités de concurrence scientifiques et techniques³⁵ (par exemple le conflit autour de la recherche sur le SIDA [Pr Montagnier c. Pr Gallo]; ou celle dans le domaine du laser et du gaz [équipe russe c. équipe américaine ayant reçu le Prix Nobel]). Or ces activités sont précisément dominées par le principe de la liberté d'investigation, qu'on nomme parfois la liberté académique lorsque les activités de recherche universitaire sont concernées³⁶. Pourtant, la liberté de recherche est plus vaste que le monde de l'Université et de la science, elle vaut pour toutes les activités humai-

nes fondées sur la curiosité intellectuelle et la recherche de la vérité.

La doctrine a relevé à bon droit que la liberté d'expression et d'opinion présuppose la liberté de mener les investigations nécessaires³⁷. De surcroît, un juge zurichois a eu l'occasion de relever que le journalisme économique en particulier est un journalisme de recherche; à ce titre, il convient donc de protéger les informateurs des journalistes³⁸.

Sur ce dernier point, le nouvel art. 27 bis CP devrait donner satisfaction, en dispensant le journaliste de l'obligation de témoigner, sauf pour 22 délits particulièrement graves³⁹. Pourtant, cette modification ne résout pas toutes les questions relatives au journalisme de recherche. La consécration d'une liberté d'investigation permettra de répondre à d'autres considérations.

2. Contenu de la liberté d'investigation

A) Description positive

La liberté d'investigation est un droit fondamental découlant de la liberté individuelle, comme une «condition indispensable à l'épanouissement de la personne humaine»⁴⁰. C'est également une condition d'exercice du droit à la libre formation de l'opinion.

On pourrait avec le professeur J. N. DRUEY décrire la liberté d'investigation comme un droit à l'information⁴¹. Pourtant, la légère accentuation qu'introduit l'idée de liberté ne sera pas sous-estimée. En effet, si le journaliste a le droit d'enquêter, il est libre de l'exercer ou non - comme pour tout droit. Seule une norme particulière comme la LCD ou l'art. 28 CC peut introduire une obligation de s'informer avant de publier, sous peine d'être reconnu **fauteur** et donc responsable du tort causé. Seule une norme particulière introduit donc un **devoir d'investigation**⁴². Ces normes seront destinées à protéger les intérêts des tiers mentionnés dans l'article de journal. Certes, on peut se demander si des obligations découlant des rapports contractuels entre le journaliste et l'éditeur du journal ne déploient pas

33 ATF 118 IV 153 à p. 162.

34 Cf. avis du 23 octobre 1981, cité par auvret, p. 33, n. 7.

35 Voir ATF 120 II 76 ss (à propos de cet arrêt, sur un autre point, voir la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 avril 1997, *medialex* 1997, pp. 158-159; L. DAVID, *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*, Berne 1997, p. 9; I. CHERPILLOD, *Plädoyer* 4/1992, p. 38 in fine.

36 Voir F. DESSEMONTET, *Les inventions dans les Universités suisses, La propriété industrielle* 1982, pp. 378 ss, spéc. p. 387 s.

37 Cf. D. BARRELET, *Droit suisse des mass media*, nos 76 ss. Le TF a fait de même, par ex. pour le contrôle des sources citées, pour lequel il exige une certaine recherche personnelle afin de se libérer d'une accusation fondée sur l'art. 173 CPS; voir ATF 118 IV 153 ss; ATF in *Plädoyer* 3/1989 pp. 65 ss.

38 «Recherchierjournalismus»; voir RSJ 1994 178 à p. 182 cons. 4.2.

39 Cette disposition est entrée en vigueur le 1er avril 1998.

40 ATF 96 I 586, à p. 592 cons. 6

41 Voir J. N. DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995, spéc. pp. 115 ss («Der Anspruch auf Information»).

42 Pour les médias électroniques, on note que le Tribunal fédéral a parlé d'une «obligation de diligence» imposée par l'art. 13 de la concession 1964/1980 accordée à la société suisse de radiodiffusion et télévision, impliquant de faire «des recherches approfondies», ATF 114 Ib 204, à p. 208.

des effets protecteurs envers d'autres tiers, non mentionnés dans l'article incriminé, les lecteurs intéressés en premier lieu, les **autres journalistes** (qui se fondent souvent sur des articles de presse) voire les étudiants qui utiliseraient l'article comme instrument de référence en second lieu. C'est en droit privé la figure du «Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter»⁴³ qui s'imposerait ici, car on ne peut parler d'une stipulation pour autrui selon l'art. 112 CO lorsque le cercle des intéressés est aussi indéterminé. Il est essentiel de prévenir l'effet de **domino** d'une fausse nouvelle.

On peut aussi spéculer sur l'existence d'un droit du public à l'information. Ce droit, fondé sur la liberté d'opinion que sauvegarde notre système de société, permettrait à tout lecteur de s'attendre à ce que des articles correspondent à un minimum de contenu informatif, soit de rapport à la réalité fondé sur une recherche personnelle du journaliste. Il convient d'être prudent à cet égard. L'exemple de la presse américaine montre que les articles et les affirmations les plus fantaisistes peuvent côtoyer les études approfondies et réalistes, et ce dans le même journal. Ce qui compte donc, c'est que le lecteur puisse distinguer dans un reportage économique la part d'opinion arbitraire, la part d'information dépendante en provenance de l'entreprise visée, et la part d'information tendant à plus d'objectivité que le journaliste a fondé sur ses propres recherches. La Déclaration des devoirs et droits du journaliste de 1972 rappelle d'ailleurs que le journaliste donnera «très précisément comme telles les nouvelles non confirmées». Elle mentionne également que le journaliste devra «rechercher la vérité», en raison du droit qu'a le public de la connaître (ch. 1).

Ce droit existe-t-il vraiment? Une déclaration déontologique ne modifie pas la loi. Le Tribunal fédéral l'a en revanche quasiment admis pour les médias électroniques en parlant de la «liberté du public à se former son opinion»⁴⁴. On peut naturellement se demander qui est en droit de faire valoir cette liberté⁴⁵. Dans le domaine du journalisme économique, des normes spéciales peuvent fonder une obligation des entreprises d'informer le

public, par exemple en raison du recours à la Bourse⁴⁶. Ce sont les entreprises qui sont redevables de l'information, non les journaux ni les journalistes. Il existe un «droit public» d'être informé dans ce cadre. Sinon, on ne parvient pas à voir le fondement de ce droit. L'intérêt «public» à pénétrer des affaires privées est trop faible pour l'établir dans l'absolu.

Corrélativement, le journaliste n'a pas le devoir général d'enquêter sur l'économie. Dès lors, la liberté d'investigation est la règle, le devoir de recherche une exception. En d'autres termes, le journaliste est libre de consacrer le temps qu'il peut et qu'il veut à l'étendue d'un sujet avant de le traiter. Il n'y a pas de standard a priori sur le degré minimal de recherche. Soit dit en passant, le flot d'information diffusé sur Internet manifeste que fausses nouvelles, canulars et opinions peuvent être présents dans tout système d'information public. Tout au plus peut-on attendre du journaliste une attitude professionnelle plus responsable que de l'internaute qui est reporter amateur. Par analogie, on pourrait déduire de l'art. 13 al. 2 litt. d LPD le même critère, car cette disposition érige en critère le traitement «professionnel» des données personnelles. La crédibilité des journaux sera leur meilleur atout dans la compétition avec Internet.

B) Restrictions à la liberté d'investigation

Divers types de restrictions légales sont imposées à la liberté d'investigation du journaliste économique:

- les restrictions découlant de la protection des intérêts personnels des indi-

43 Voir P. GAUCH/W.R. SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich 1995, nos 4042 ss. En droit américain, la figure juridique évoquée est celle de la «fiduciary duty to the readers»; cf. MEILI, pp. 244 ss. De surcroît, pour la Suisse, MEILI (p. 243) cite des dispositions liant les journalistes de «Bilanz» à leur employeur (concernant les informations d'initiés).

44 ATF 122 II 371 à p. 480.

45 Voir la décision de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes du 24 mai 1996, *medialex* 1996 p. 223.

46 Voir en général H. C. VON DER CRONE, in G. HERTIG (éd.), *Le fonctionnement des sociétés et le respect des règles*, Zurich 1996, pp. 89 ss. Voir aussi les art. 20, 21, 31 de la Loi fédérale sur les bourses du 24 mars 1995 sur les obligations de déclarer ainsi que l'art. 72 du Règlement de cotation de l'Instance suisse d'admission, et les commentaires de l'Instance du 24 janvier 1996, in L. THEVENOZ/U. ZULAUF, BF 97, Zurich 1997, n° 48-3 c.

- vidus et des entreprises selon l'art. 28 CC;
- les restrictions découlant de la protection des secrets d'affaires, par exemple selon l'art. 162 CP et les art. 4 litt. c et 6 LCD. Ces restrictions sont désormais valables dans plus de 125 pays membres de l'Organisation mondiale du commerce, en raison de l'art. 39 AD-PIC⁴⁷;
 - les restrictions découlant des art. 2 et 3 LCD.

Il n'est pas nécessaire de reprendre ici le détail de ces restrictions. Il paraît plus utile de se concentrer sur les éléments reconnus en tout cas aux règles de droit civil. On s'inspirera ici des deux principes suivants:

- La presse économique ne mérite pas d'être privilégiée au détriment des autres entreprises publiques et privées. Par conséquent, en droit positif, le standard de la faute requise au sens de l'art. 49 CO quant à l'octroi d'une indemnité pour tort moral et au sens de l'art. 9 alinéa 3 LCD pour l'octroi de dommages-intérêts à la suite d'un acte de concurrence déloyale n'est pas différent pour la presse et pour les autres acteurs de la vie économique. En droit désirable, le professeur ZÄCH voudrait modifier ce standard. Mais tous les professionnels - médecins, avocats, architectes, comptables - ne le désirent-ils pas?
- Les journalistes suisses ne seront pas discriminés vis-à-vis des journalistes étrangers. Il serait absurde de les bâillonner au nom de nos lois alors que

les médias internationaux pourraient renseigner le public suisse sur les activités passées et présentes de nos banques, de nos industries - et de nos gouvernements.

A ces principes communs répond donc une définition forcément sommaire du travail du journaliste économique, d'ailleurs reprise de la jurisprudence fédérale⁴⁸ et des auteurs récents⁴⁹. Le journaliste économique recherchera la **vérité**. Pour le juriste, les vérités plurielles ou virtuelles n'existent pas ; il y a une vérité réelle. La vérité gît en dehors de l'article de presse, qui la reflète plus ou moins imparfaitement, mais le journaliste ne peut pas compter avec l'exercice d'un **droit de réponse** pour redresser un article trop imparfait.

Le journaliste fera preuve de la diligence requise par les circonstances. Il improvisera avec prudence, en tenant compte des possibilités de corroborer ses informations par les déclarations de tiers ou la consultation de publications sérieuses. Quant à la procédure d'investigation, le principe dominant sera d'entendre les intéressés, une précaution dont le journaliste ne peut pas davantage se passer que le juge⁵⁰ - sauf cas d'extrême urgence. (Et dans ce dernier cas, l'article mentionnera l'impossibilité de prendre contact avec les intéressés).

Le principe de la proportionnalité s'applique au travail du journaliste, qui doit soupeser la gravité des faits ou des accusations articulées à l'encontre d'une entreprise ou de ses dirigeants et l'intérêt public à connaître l'actualité économique. La gravité des faits correspond naturellement à la gravité des atteintes patrimoniales éventuelles.

On l'a dit, le journaliste fera le départ des faits et des opinions, des certitudes et des rumeurs, de l'exposé et de la critique. Il s'abstiendra des insinuations malveillantes. Il ne fera pas passer pour scientifiques ses propres préjugés⁵¹. D'ailleurs, la notion de **faute** ne sera pas interprétée à sa

47 U. SAXER, spéc. p. 1140, ne semble pas avoir pu prendre connaissance des obligations internationales de la Suisse à cet égard. Voir en général notre article, Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, in Mélanges Junod, Bâle 1997, pp. 87 ss.

48 ATF 114 Ib 204, à 208 s.

49 W.R. SCHLUEP, Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in Homo Creator, Mélanges Aloïs Troller, Bâle 1976, 225 spéc. 234 ss; le même, in SAS 1981, 170 à p. 175, explicitant les directives émises par la Commission des cartels à la suite de la cause Tages-Anzeiger (reproduites in SAS 1981, p. 165); voir NOBEL à pp. 248 ss et cit.

50 Cf. par ex. l'arrêt Bernina; Cour eur. D.H., arrêt Prager et Oberschlick c. Autriche, 26 avril 1995, série A, vol. 313, par. 37.

51 Voir par ex. ATF 120 II 76 à p. 81 c. 5 b.

charge uniquement, mais aussi à sa décharge.

III. Conclusion

La presse économique et les pages économiques des médias ont une fonction économique: leurs éditeurs ont une activité lucrative. Ils ne peuvent s'abriter derrière une «mission publique»⁵² pour requérir l'immunité. Ceci dit, le résultat de l'activité journalistique doit correspondre à l'attente des lecteurs et des auditeurs et l'on peut à cet égard parler d'une obligation d'objectivité⁵³.

D'un autre côté, on peut soutenir que la presse joue un rôle - qui n'est pas un devoir pour elle, mais un droit, qu'elle est libre d'exercer ou non: le rôle le plus important est celui de contre-pouvoir des lobbies, d'avocat des intérêts de ceux qui n'ont ni syndicat, ni association, ni parti politique pour les défendre dans le processus politique et les décisions économiques. Il est frappant que les chefs d'entreprise soient souvent les lecteurs assidus des grands organes de presse internationaux, dans lesquels transparaissent les conceptions modernes de la société de demain.

Le journalisme économique ne jouit pas de l'immunité, mais il est soumis à la LCD comme aux autres lois; les critères d'application tiendront compte du savoir-faire de la branche et des attentes du public. Le but de cette législation est en dernière analyse de permettre un débat sain, exempt d'accusations pernicieuses, de préjugés, de violation des secrets d'affaires: un débat qui ne porte pas sur les personnalités mais porte sur les réalités économiques - au contraire du débat politique.

Quant au futur, on prendra garde au fait que les droits de l'homme, et la liberté d'investigation en particulier, ont tendance à s'appliquer directement entre les individus. Cette évolution se manifeste pour d'autres textes européens et c'est à mes yeux la leçon de Goodwin c. Royaume-Uni⁵⁴ qui dominera notre domaine. ■

52 Voir U. SAXER, p. 1137 n. 6.

53 Voir ATF 95 II 481, à p. 492, citant ATF 37 I 381, à p. 388 pour préciser la «mission particulière de la presse» et J.-M. GROSSEN, La protection de la personnalité en droit privé, RDS 1960 II 1a à p. 79a: «La mission de la presse consiste à informer objectivement ses lecteurs sur des faits d'intérêt général».

54 Cour eur. D.H., arrêt Goodwin c. Royaume-Uni du 27 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II.