

Bertil Cottier

## SERVICE PUBLIC DES MÉDIAS : QUELQUES OBSERVATIONS D'ORDRE CONSTITUTIONNEL

### A. Considérations sur l'article 93 de la Constitution fédérale.

- a) L'art. 93 Cst reprend quasiment tel quel le libellé de l'ancien art. 55bis, accepté en votation populaire en 1984. Le constituant n'a pas voulu remettre en discussion une disposition qui avait été laborieusement adoptée quelques années auparavant : un premier projet d'article constitutionnel sur la radio et la télévision avait échoué en 1957 en raison de l'hostilité d'une large frange de la population à l'égard de la télévision que seuls les citoyens les plus riches pouvaient alors s'offrir ; vingt ans plus tard, un second projet fut rejeté car jugé trop dirigiste et peu respectueux de la liberté d'expression.
- b) L'al. 1 attribue à la Confédération une compétence exclusive sur la radiodiffusion. En conséquence, les cantons ont perdu toutes prérogatives propres en la matière.

L'attribution de compétence législative ne vaut pas seulement pour la radio et la télévision, mais aussi pour « les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ». Le constituant avait en effet conscience qu'une nouvelle ère de la communication de masse s'annonçait ; il fallait donc s'assurer, par une clause générale technologiquement neutre (« Auffangsnorm ») que la compétence de légiférer attribuée à la Confédération ne soit pas rapidement dépassée par l'évolution des techniques de communication de masse.

- c) L'al. 2 institue un mandat de prestation ; quatre obligations précises sont assignées aux radiodiffuseurs : la formation du public, le développement culturel, la libre formation de l'opinion et le divertissement ; une cinquième obligation tient plutôt de la clause de style dans un pays fédéraliste : tenir compte des diversités du pays et des besoins des cantons.

Le mandat de prestation ne s'adresse pas directement aux radiodiffuseurs en tant que tels, mais plutôt au législateur et à l'autorité concédante. Tous deux doivent veiller à l'équilibre du paysage audiovisuel : le législateur en arrêtant un statut de la radiodiffusion qui reflète la diversité politique, linguistique et culturelle du pays ; l'autorité concédante en ayant le souci du pluralisme dans la sélection des bonnes candidatures comme dans la définition des cahiers des charges des diffuseurs.

Les règles de diligence journalistique que sont les principes de fidélité et de diversité ancrés à la dernière phrase de l'al. 2 sont en revanche directement applicables aux diffuseurs.

## B. Considérations sur la notion de service public

- a) Le concept de service public tire son origine du droit français. Développé par le publiciste Léon Duguit au début des années 20, il postule que l'Etat ne doit pas seulement avoir une fonction de police, mais poursuivre des activités d'intérêt général, notamment en garantissant à l'ensemble de la population, sur une base solidaire, une desserte minimale en matière de santé, de transports et de poste. Les prestations sont offertes à chacun de manière continue (le service public œuvrer sur la durée), adaptable (il doit régulièrement être mis en adéquation avec l'évolution des besoins) et égale (la qualité de l'offre doit être la même pour tous).
- b) La constitution fédérale ne fait jamais référence à la notion de service public. Dans plusieurs de ses dispositions, notamment l'art. 92 sur les télécommunications, apparaît une notion voisine, celle de service de base ou de service universel (*Grundversorgung*). Elle implique des prestations minimales, garanties à chacun sur tout le territoire national ; elle est dynamique : ainsi le contenu précis du service universel de prestations de télécommunications doit être régulièrement adapté par le Conseil fédéral au changement des réalités et au progrès technique.

En 2013, le Conseil fédéral a transmis au Parlement fédéral une proposition d'insérer dans la constitution une disposition générale sur le service universel (FF 2013 2991) : s'agissant du contenu de cette disposition (art. 41a nouveau), trois variantes ont été mises en discussion allant d'une variante minimaliste qui se contente d'un poser un simple mandat à une disposition beaucoup plus contraignante et précise, détaillant le contenu du service universel. Dans les trois cas, la disposition proposée a vocation à régir, entre autres, le service public des médias. Fin 2014, le Conseil des Etats a adhéré à la variante minimaliste : « La Confédération et les cantons s'engagent à promouvoir un service universel suffisant accessible à tous ».

- c) Le mandat de prestation, défini à l'art. 93 al. 2, peut être considéré comme l'institution d'une forme de service public de l'audiovisuel, bien qu'il n'en porte pas le nom : certains types de prestations audiovisuelles doivent être fournies, des standards de qualité journalistique doivent être respectés et les besoins des diverses minorités, linguistiques et culturelles en premier lieu, doivent être satisfaits. Cette dernière exigence concerne en premier lieu la radiodiffusion publique qui a vocation généraliste, voire les stations de radio et de télévision locales ou alternatives.

Si la constitution ne dit mot du service public, l'expression a été utilisée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 17 octobre 1980, concernant la concession SSR. A cette occasion, les juges avaient souligné qu'il importait que la Confédération prenne des mesures (à l'époque le monopole de la SSR) pour assurer la qualité de l'information.

## C. Dans quelle mesure le régime de l'audiovisuel établi par l'art. 93 al. 2 peut-il être modifié sans passer par une révision constitutionnelle ?

### a) Modifications qui ne nécessitent aucune révision constitutionnelle

- i. **Suppression de la SSR** : l'art. 93 ne dit rien de la structure du marché de l'audiovisuel. En d'autres termes, ni la position dominante de la SSR ni l'existence même de notre diffuseur public ne sont garanties par la constitution. L'une et l'autre peuvent être remises en question sans violer la constitution. En revanche, la **Réintroduction d'un monopole de la radiodiffusion**, théoriquement possible au regard de l'art. 93, serait clairement contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme, comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'Homme dans une décision concernant l'Autriche (Lentia et autres c./ Autriche, 24 novembre 1993, interdiction du monopole du diffuseur autrichien de service public) ; de même l'institution d'un **numerus clausus des diffuseurs privés** est lui aussi contraire à la Convention EDH (Radio ABC c./ Autriche, 20 octobre 1997).
- ii. **Créer une commission fédérale des médias dotée de compétences réglementaires et décisionnelles** : cette possibilité, qui avait été envisagée lors de la dernière révision totale de la loi sur la radio et la télévision, ne nécessite aucune révision de l'art. 93 Cst. Indépendante de l'administration centrale (sur le modèle FINMA ou COMCO), la commission pourrait reprendre les tâches de l'actuelle autorité de plaintes radio-tv ; en plus, elle se verrait attribuer la compétence d'octroyer les concessions radio-tv (la Suisse est l'un des derniers pays européens où cette compétence est encore du ressort du gouvernement, le cas échéant de l'administration centrale) et, éventuellement, d'adopter des dispositions réglementaires d'exécution de la LRTV.

### b) Modifications qui nécessitent une révision constitutionnelle

- iii. **Extension du mandat de prestation et/ou des règles de diligence journalistiques aux divers moyens de communication ressortissant aux nouvelles technologies**. Le mandat de prestation et l'obligation de diligence ne concernent l'un et l'autre que les seuls radiodiffuseurs, autrement dit les stations de radio et de télévision classiques. Vouloir l'imposer à d'autres moyens de communication n'est pas possible sans une révision de la constitution. L'al. 2, contrairement à l'al. premier, ne contient pas de « Aufffangsnorm » du type « les autres formes de diffusion de productions et d'informations ressortissant aux télécommunications publiques ». En outre, la compétence législative doit être exercée dans le respect des libertés fondamentales ; d'éventuelles restrictions à celles-ci doivent répondre à un intérêt public et être proportionnées (art 36 Cst). En particulier, l'art. 93 al.1 n'habilite pas le législateur à porter atteinte à la libre concurrence (au contraire de l'al. 2).
- iv. **Instituer des mesures de soutien à la presse**. Il est vrai que l'al. 4 de l'art. 93 habilite le législateur à prendre des mesures protectionnistes en faveur des moyens de communication

de masse qui, comme les journaux, souffrent de la concurrence toujours plus acharnée que leur font la radio et la télévision. Cela dit, force est de constater que cette disposition n'autorise pas la Confédération à intervenir sur le marché de la presse pour rétablir le pluralisme ; elle ne permet que de préserver *indirectement* la presse en restreignant l'emprise de l'audiovisuel sur la communication (p. ex. les restrictions de durée de la publicité contenues à l'art. 11 LRTV). Pour permettre à la Confédération de soutenir directement la presse (notamment par le biais d'aides financières), il faudrait insérer dans la Constitution fédérale une habilitation spécifique (les tentatives à cet effet ne manquent pas ; la plus récente date de 2003 : Initiative parlementaire *Médias et démocratie*, CN 03.448, FF 2003 4841 ; reste que toutes ces tentatives ont échoué).

#### **D. Est-il opportun de modifier le régime constitutionnel de l'audiovisuel ? si oui comment ?**

- a) Je suis d'avis que le régime de l'audiovisuel consacré par l'art. 93 est dépassé, car le marché des médias a profondément évolué depuis 1986, date à laquelle cette disposition a été adoptée. Il n'y a pas lieu ici de décrire dans le détail le pourquoi et le comment d'une évolution que la Commission des médias connaît en définitive mieux que le soussigné. Quatre traits caractéristiques de ces bouleversements doivent être soulignés, car ils ont profondément et rapidement changé la donne :
- La radiodiffusion n'emprunte plus les canaux traditionnels ; convergence oblige, elle se consomme de plus en plus par le truchement de dispositifs de réception multifonctionnels et mobiles, ordinateurs et surtout tablettes ou smartphones.
  - L'offre audiovisuelle sur les plateformes internet est à valeur ajoutée : à côté de la radio ou de la télévision rétrospective, des contenus complémentaires sont proposés (textes, photos, vidéos). Dans cette perspective, cette offre se rapproche de celle des éditeurs journaux sur leurs propres plateformes.
  - Par le truchement d'Internet, les divers services d'information étrangers sont aisément accessibles à un public suisse ; leur assujettissement au droit suisse est illusoire.
  - Les médias sociaux ont multiplié les sources d'informations ; à tel point que le souci de pluralisme qui gouvernait jusqu'alors le régime juridique de l'audiovisuel n'a plus de raison d'être. Ce qui viendra à manquer en revanche, c'est des sources d'information fiables et repérables.
- b) Pour atteindre ce but d'ordre qualitatif et non plus quantitatif, il faut remodeler le fondement constitutionnel du paysage médiatique suisse :

- L'art. 93 doit être révisé entièrement ; au lieu de prendre en compte un mandat de prestation que tous les opérateurs de radiodiffusion classique doivent, à des titres divers, contribuer à remplir, il devra être le siège d'un service public de prestations informationnelles et culturelles.

Ce service public étendu (il dépassera l'offre de radio et télévision pour englober les plateformes Internet, voire des produits de presse écrite) devra être confié à un prestataire, organisé sur un modèle proche de celui de la SSR. Ce service sera financé par la seule redevance (pas de publicité ni sponsoring).

Une loi fédérale précisera les obligations du prestataire de service public.

- Les autres prestataires médiatiques (de quelque nature que ce soit) seront libérés de toute obligation liée au mandat de prestation (y compris de l'obligation de fidélité). Ils n'auront pas droit à une quote-part de la redevance. Ils n'auront pas l'obligation d'être titulaire d'une concession (simple obligation de notification ; autorisation pour l'utilisation des ondes en raison de la police des fréquences hertziennes).
- Teneur de l'article constitutionnel proposé :

**Art. 93 nouveau** *Service public de productions médiatiques*

<sup>1</sup> *Aux fins de fournir à la population des informations fiables et complètes, ainsi que des productions culturelles de haute qualité, il est institué un service public médiatique.*

<sup>2</sup> *Les prestations du service public sont accessibles à toute la population de manière continue, dans toutes les régions du pays et dans toutes les langues nationales. Le contenu des prestations du service public médiatique ainsi que les modalités de son exécution sont définis par la loi.*

<sup>3</sup> *Un établissement public autonome de la Confédération est chargé de fournir les prestations du service public médiatique. Il est financé par une redevance publique.*

<sup>4</sup> *La surveillance du prestataire du service public médiatique est confiée à une commission indépendante de l'administration. La commission établit le cahier des charges du prestataire et définit son organisation interne ; le cahier des charges est régulièrement adapté à l'évolution des circonstances. La commission se prononce sur les plaintes pour violation des règles sur la fourniture des prestations de service public.*