

Paul Richli, professeur émérite, docteur en droit
professeur titulaire en droit public, droit agraire et
légistique à l'université de Lucerne
Rebstockhalde 30 – 6006 Lucerne
Tél.: ++ 41 41 371 09 46 – Adresse électronique: paul.richli@unilu.ch

Lucerne, le 26 juin 2020

Commentaires sur le projet de loi fédérale sur les contributions aux médias en ligne (LFOM) du point de vue du droit constitutionnel économique

1. Situation initiale, problématique

Actuellement, le projet du Conseil fédéral relatif à une loi fédérale sur les contributions aux médias en ligne se trouve en phase de consultation parlementaire. Ce projet prévoit que l'Office fédéral de communication octroie sur demande des contributions à des organisations et à des professionnels des médias dont l'offre médiatique en ligne remplit un certain nombre de conditions. Notamment, il est prévu d'exiger qu'un certain chiffre d'affaires net minimum soit réalisé à partir de contreparties volontaires ou obligatoires pour l'utilisation de l'offre. Le Conseil fédéral doit définir le chiffre d'affaires net minimum pour chaque région linguistique (article 1, alinéa 1, lettre a). La contribution doit être basée sur le chiffre d'affaires net provenant des contreparties volontaires ou obligatoires pour l'utilisation de l'offre de médias en ligne (article 2, alinéa 1). Le Conseil fédéral doit fixer le montant de la contribution au prorata du chiffre d'affaires imputable. Dans ce cadre, la part ne doit pas dépasser 80 pour cent et doit tenir compte de la taille et de la structure du marché dans la région linguistique concernée (article 2, alinéa 2).

La VSOM (*Verband Schweizer Online-Medien, Association suisse des médias en ligne*) constate que cette conception entraîne l'exclusion de ses membres des contributions prévues parce que les offres en ligne de ses membres sont mises à la disposition du public sans contreparties volontaires ou obligatoires. C'est pourquoi elle se sent obligée de combattre cette proposition, notamment en invoquant les données clés et les raisons suivantes:

- Plus de 60% de la population obtiennent aujourd'hui leurs informations sur des canaux en ligne.
- Environ 70 % des consultations en ligne sont effectués par le biais de mobiles.
- 23% de la population font partie des «surfeurs mondiaux superficiels».
- De toute manière, on ne peut plus joindre les jeunes que par le biais de l'Internet.

La VSOM en tire les déductions suivantes:

- Le canal en ligne gagne de plus en plus en importance dans la communication des informations aux citoyen(ne)s.

- L'appauvrissement du milieu médiatique résultant de la concentration de la presse et du déclin massif de l'importance des journaux se révèle principalement au niveau local. Par conséquent, nous avons besoin de la diversité des médias au niveau local.

Selon la VSOM, la limitation des contributions aux médias en ligne soumis à l'abonnement entraînerait un appauvrissement total des médias suisses pour les raisons suivantes:

- De fait, les citoyen(ne)s seraient contraint(e)s d'acheter des abonnements combinés ou uniques aux journaux/services en ligne. De cette manière, l'État exclurait les citoyen(ne)s moins aisé(e)s du discours politique, ce qui serait asocial. Tous ceux qui ne s'intéressent que de manière sporadique à la politique locale et ne sont pas joignables sans services en ligne gratuits seraient également exclus.
- Les contributions aux médias prévues se retourneraient contre des habitudes immuables dans l'utilisation du web parce que seulement 10% des utilisateurs sont prêts à payer pour obtenir des informations en ligne.
- Ces contributions aux médias excluraient les portails en ligne gratuits qui sont à peine en mesure de gagner des abonnés au niveau local. En contrepartie, les éditeurs établis et subventionnés pourraient réduire le volume de leurs journaux et convertir leurs abonnements papier en abonnements en ligne. Les portails en ligne non subventionnés n'auraient rien à opposer à ce processus; leurs chances sur le marché se rapprocheraient de zéro. La conséquence serait l'appauvrissement médiatique du pays, notamment dans le domaine local qui est très important.

Dans de telles conditions, la VSOM se demande si ces contributions seraient compatibles avec la Constitution fédérale.

Ce point sera abordé plus loin. Les considérations se limitent ici à des aspects du droit constitutionnel économique.

2. Appréciation du projet de LFOM du point de vue du droit constitutionnel économique

La création et l'exploitation d'un média en ligne constituent une activité économique privée. Comme toute autre activité économique privée, elles sont protégées par le droit fondamental de la liberté économique en vertu de l'article 27, alinéa 1 de la Constitution fédérale (CF). D'après celui-ci, la liberté économique est garantie. Il n'est pas nécessaire que l'activité soit orientée sur la réalisation d'un bénéfice. L'activité ne doit pas servir exclusivement des fins non matérielles (cf. Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar – *Commentaire de Saint-Gall* – relatif à l'article 27 de la CF, note marginale n° 9 et suivantes). Il n'est pas non plus exigé que l'offre soit gratuite pour la clientèle. La couverture des coûts de production peut aussi être assurée différemment. Le groupe mondial Google est un cas d'école de ce modèle.

La limitation d'activités économiques n'est admissible que si toute une série de conditions ancrées dans l'article 36 de la CF est remplie. Une base juridique, l'intérêt public ainsi que le respect de la proportionnalité sont indispensables. En vertu de l'article 94, alinéa 1 en liaison avec l'alinéa 4 de la CF, la liberté économique bénéficie en outre d'une protection systémique: en effet, les limitations ne doivent pas violer le principe de la liberté économique. En termes simples, ce sont particulièrement les limitations de la liberté économique motivées par la politique structurelle qui sont par principe inadmissibles, sauf si la CF les autorisait

expressément, comme c'est par exemple le cas dans le domaine du droit agricole en vertu de l'article 104, alinéa 2 de la CF (cf. Paul Richli, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts – Précis de droit constitutionnel économique suisse* –, Berne 2007, notes marginales 445 et suivantes et 854 et suivantes). Dans le secteur des médias, par exemple, il serait donc inadmissible d'imposer des limitations de diffusion aux grands journaux et de protéger ainsi de plus petits journaux.

À première vue, le projet de la LFOM ne contient aucune limitation de création et d'exploitation des médias en ligne. Il s'agit plutôt d'instaurer des aides financières (subventions) en faveur des médias en ligne qui subordonnent l'accès à des contreparties volontaires ou obligatoires. Par contre, les médias en ligne qui sont accessibles sans contreparties à toute la population doivent être exclus du subventionnement.

En principe, les subventions ne sont pas considérées comme des limitations de la liberté économique et, par principe, elles ne violent donc pas ce droit fondamental (cf. Livio Bundi, *System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU – Système et admissibilité des subventions en Suisse et des aides dans l'UE du point de vue du droit constitutionnel économique* –, Zurich/Bâle/Genève 2016, pages 126 et suivantes; Richli, note marginale 692). Toutefois, l'appréciation change de manière fondamentale dès que les subventions sont destinées à provoquer ou provoquent des distorsions considérables de la concurrence ou, en particulier, sont utilisées pour maintenir des structures (cf. Bundi, pages 126 et suivantes; Richli, note marginale 450). Dans ces circonstances, par exemple, un subventionnement visant à protéger de petits médias papier contre les grands quotidiens, c'est-à-dire à maintenir les structures, violerait la liberté économique. Ce verdict ne pourrait être contrebalancé par aucun argument du droit constitutionnel des médias parce que l'article 93 de la CF sur lequel se base la LFOM selon le projet du Conseil fédéral ne contient – contrairement à l'article 104 de la CF pour le droit agricole – aucune base pour des dérogations au principe de la liberté économique.

Si l'on applique cette appréciation aux médias en ligne dont il est question ici, les contributions aux médias en ligne dont l'accès est subordonné au paiement de contreparties volontaires ou obligatoires tout en excluant les médias en ligne qui sont accessibles à tous sans contreparties violent par principe la liberté économique. La condition de la violation est que les contributions aient pour objet ou pour effet de causer une distorsion considérable de la concurrence.

Selon les indications de la VSOM, l'introduction du système de subventions selon le projet de la LFOM entraînerait une distorsion considérable de la concurrence. Dans une certaine mesure, cela remettrait les moyens de subsistance de ces médias en ligne en question, voire les détruirait. Si l'on part de ce principe, cela signifie que les médias en ligne accessibles à tous sans contreparties forment un important marché homogène avec les médias en ligne accessibles uniquement moyennant une contrepartie. Un tel marché est d'ailleurs la condition à l'apparition d'une distorsion de la concurrence inadmissible selon le droit constitutionnel économique (cf. Richli, note marginale 332; Vallender, article 27 de la CF, note marginale 32).

Si l'on part de l'analyse ou des prévisions de la VSOM relativement à la distorsion de la concurrence, il faudrait, selon les considérations susmentionnées, soit étendre les contributions aux médias en ligne négativement concernés, soit renoncer aux contributions à tous les médias en ligne afin de protéger la liberté économique.

On pourrait être tenté de faire valoir que les membres de la VSOM n'apportent aucun service pertinent pour l'approvisionnement en médias et la sauvegarde de la diversité des médias en Suisse. C'est pourquoi ils ne mériteraient pas de protection si bien qu'il faudrait accepter la distorsion de la concurrence. À cet égard, il convient de noter que, par principe, un subventionnement peut être lié à des conditions. Toutefois, ces dernières doivent répondre à l'intérêt public et être proportionnées. Par exemple, des spécifications relatives à une section éditoriale dont le volume est approprié sont admissibles. En revanche, des spécifications relatives au contenu et à la portée géographique du contenu rédactionnel, par exemple, sont inadmissibles. Ainsi, il ne peut pas être imposé à un média en ligne qui ne veut se consacrer qu'à des sujets régionaux de traiter également des sujets nationaux et internationaux.

Si l'on analyse les conditions formulées dans le projet de la LFOM à l'article 1, chiffre 1, la lettre a est en tout cas inadmissible dans l'hypothèse d'une distorsion considérable de la concurrence. Pour évaluer une contribution en faveur des médias en ligne dont il est question ici, il conviendrait de fixer un autre critère de référence que le chiffre d'affaires net minimal constitué de contreparties volontaires ou obligatoires pour l'utilisation de l'offre.

3. Conclusion

Si, en suivant la présentation de la VSOM (Verband Schweizer Online-Medien, *Association suisse des médias en ligne*), on part du principe que la loi fédérale sur les contributions aux médias en ligne (LFOM) selon le projet du Conseil fédéral entraînera une distorsion considérable de la concurrence au détriment des médias en ligne qui sont accessibles à tous sans contrepartie, son adoption aurait pour effet une distorsion inadmissible de la concurrence et violerait ainsi le principe de la liberté économique et/ou au droit fondamental de la liberté économique. La conséquence serait soit que les contributions selon le projet de la LFOM devraient être étendues aux médias en ligne accessibles à tous sans contrepartie, soit qu'il faudrait renoncer aux contributions à tous les médias en ligne selon l'article 1, alinéa 1 de la LFOM.



Paul Richli, professeur émérite, docteur en droit