



**OFCOM** Federal office for communications  
**OFCOM** Office fédéral de la communication  
**BAKOM** Bundesamt für Kommunikation  
**UFCOM** Ufficio federale delle comunicazioni  
**UFCOM** Uffici federal da comunicaziuns

## **Décision en constatation du 5 décembre 2003 rendue par**

**l'Office fédéral de la communication (OFCOM)** dans la procédure ouverte

contre

**l'Association catholique romaine**

(...)

concernant la diffusion d'un spot publicitaire pour

l'Eglise catholique romaine de Genève

### **constate:**

1. Par courrier du 14 octobre 2002, l'Association catholique romaine à Genève (ci-après : ACR) s'est adressée à l'OFCOM par l'intermédiaire de son mandataire pour requérir l'autorisation de diffuser une campagne publicitaire auprès de certaines radios lémaniques afin de lever des fonds en faveur de l'Eglise catholique romaine.
2. Par courrier du 16 octobre 2002, l'OFCOM a négativement préavisé la demande estimant qu'il s'agissait de propagande religieuse au sens de l'art. 18 al. 5 LRTV.
3. Par lettre du 16 juillet 2003, le mandataire de l'ACR requiert formellement de l'OFCOM une décision en constatation. Ses arguments seront examinés dans les considérants qui suivent.

### **L'OFCOM considère:**

#### **I. Formellement**

- a) En vertu de l'art. 56 al.1 de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 21 juin 1991 (LRTV; RS 784.40) en relation avec l'art. 51 al.1 de l'ordonnance du 6 octobre 1997 sur la radio et la télévision (ORTV; RS 784.401), l'OFCOM exerce la surveillance sur les diffuseurs. L'OFCOM a la compétence d'adopter les mesures administratives prévues à l'article 67 LRTV.
- b) En cas de dénonciation contre un diffuseur, l'OFCOM agit en tant qu'autorité de surveillance au sens de l'art. 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021). Le dénonciateur n'a en principe aucun des droits reconnus à la partie, notamment celui de consulter le dossier ou d'obtenir une déci-

sion motivée. L'autorité de surveillance dispose dans ce cas d'une liberté d'appréciation non seulement quant à l'entrée en matière, mais également quant à la suite qu'elle jugera opportun de donner.

- c) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), le droit d'obtenir une décision n'existe exceptionnellement que dans deux cas.

Dans le cadre du programme au sens étroit, le TF admet que le refus par la SSR du « droit à l'antenne » constitue une décision dans la mesure où son prononcé a précisément pour objet de constater l'existence ou l'inexistence d'un droit au sens de l'art. 5 al. 1 lettre b PA (ATF 119 Ib 241, cons. 3). Sa décision est alors sujette à recours au sens de l'art. 44 PA.

Dans le cas des spots publicitaires, le refus de diffuser un spot ne constitue pas une décision attaquable. Un droit à obtenir une décision formelle dans ce cas peut cependant être directement déduit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH ;RS 0.101) aux termes de la jurisprudence du TF. L'art. 13 CEDH dispose que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale. De surcroît, les droits minimaux de procédure doivent être respectés, notamment le droit d'être entendu et celui d'obtenir une décision motivée (ATF 121 I 87, cons. 1 b et 123 II 412, cons. 4). Il convient maintenant d'examiner si, dans le cas d'espèce, le droit d'obtenir une décision peut être exceptionnellement directement déduit de l'art. 10 CEDH.

- d) L'ACR fait valoir qu'un certain nombre de diffuseurs ont refusé de diffuser ses spots à moins que celle-ci ne démontre avoir obtenu un préavis positif de l'OFCOM puisqu'ils craignaient d'enfreindre l'interdiction de propagande religieuse de l'art. 18 al. 5 LRTV. L'ACR argue de ce motif pour obtenir une décision en constatation de la violation de ses droits fondamentaux, notamment la liberté économique garantie par la Constitution fédérale (Cst. ; RS 101) et la liberté d'expression telle que garantie par la Constitution fédérale et la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, rendant impossible l'exercice d'une part importante de son activité, notamment la récolte de fonds.
- e) Même si la CEDH ne garantit pas expressément la liberté économique, l'étendue de la garantie de la liberté d'expression de l'art. 10 va au-delà de la garantie de la liberté d'opinion et d'information ancrée à l'art. 16 Cst. puisque selon la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme elle s'étend aussi à la publicité et à l'information économique (Jörg Paul Müller et Martin Looser, *Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK*, in *Medialex* 1/00, p. 15).
- f) La surveillance prévue en matière de radiodiffusion prévoit les mesures nécessaires au rétablissement d'une situation conforme au droit. La PA est applicable (Message concernant la LRTV du 28 septembre 1987, FF 1987 III 721). Le droit de surveillance dans le domaine de la radio-télévision présente une particularité puisque les diffuseurs bénéficient de la garantie constitutionnelle de l'autonomie quant à la conception de leurs programmes. Cela signifie qu'en règle générale les autorités fédérales ne sont pas habilitées à ordonner la diffusion d'une émission pour réparer une anomalie ou un défaut (Message, FF 1987 III 720 ; Martin Dumermuth, *Das Rundfunkrecht*, in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n° 491 ; Décision du TF du 29 avril 2002, 2A.526/2001, cons. 4.4). Dans ce

cas, l'autorité de surveillance ne peut que rendre une décision en constatation pour autant que le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection (art. 25 PA) qu'il ne puisse pas sauvegarder par une décision formatrice.

- g) L'ACR est une association de droit privé inscrite au registre du commerce de Genève. Elle a pour but « d'assurer à l'Eglise catholique romaine à Genève les ressources financières nécessaires pour son action pastorale et notamment fournir au clergé et aux laïcs à son service un traitement convenable ».
- h) Il faut donc se demander si l'ACR a un intérêt digne de protection à obtenir une décision en constatation. En tant qu'association de droit privé sans aucune fonction de diffuseur au sens de l'art. 2 al. 1 LRTV, elle n'apparaît qu'indirectement touchée par la décision de l'OFCOM. Elle possède néanmoins un intérêt économique, couvert par la liberté d'expression de l'art. 10 CEDH, à la diffusion des spots publicitaires en faveur de l'Eglise catholique romaine et se trouve dans un rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige. L'intérêt de l'ACR est également actuel et pratique puisque la réalisation de son but (la levée de fonds en faveur de l'Eglise catholique romaine à Genève) risque d'être influencée par l'issue de la procédure. L'ACR possède donc un intérêt digne de protection à obtenir une décision formelle en constatation susceptible de recours dans laquelle l'OFCOM se prononce dans le cadre de sa compétence sur l'application et une éventuelle violation de ses droits fondamentaux.

## II. Matériellement

### Examen du point de vue du droit de la radiodiffusion

- a) L'OFCOM veille à ce que le concessionnaire respecte les accords internationaux en la matière, la LRTV et la concession. Aucune surveillance n'est exercée sur la production et la préparation des programmes ; les contrôles de pure opportunité ne sont pas autorisés.
- b) La censure est interdite de manière absolue. L'Etat ne peut exiger que des émissions lui soient soumises avant leur diffusion, pour contrôle. La censure détournée consistant à refuser une autorisation est également prohibée à moins que, comme dans le cas présent, le diffuseur ou l'auteur du spot litigieux ne soumette ses émissions « de son plein gré » à un contrôle préalable (Denis Barrelet, Droit de la communication, Berne 1998, n° 235).
- c) Les diffuseurs sollicités ont refusé la diffusion du spot de l'ACR au motif qu'il s'agissait de propagande religieuse au sens de l'art. 18 al. 5 LRTV. D'un point de vue du droit des médias, il s'agit d'examiner si cette argumentation est pertinente.

### Interdiction de la propagande religieuse

- a) L'interdiction de la propagande religieuse dans les médias électroniques figure expressément à l'art. 18 al. 5 LRTV. Elle répond à la liberté de culte (Message du Conseil fédéral du 28 septembre 1987 concernant la loi fédérale sur la radio et la télévision, FF 1987 III p. 707). Toutefois pas plus les travaux préparatoires que la doctrine n'ont précisé le sens de cette interdiction lapidaire. Il faut donc recourir à l'interprétation pour en définir les contours.
- b) L'interdiction générale de publicité religieuse protège aussi bien la liberté de conscience et de croyance que celle de les professer individuellement ou en communauté (art. 15 Cst.). Ces garanties constitutionnelles n'excluent toutefois pas que l'Etat

- puisse privilégier, dans certaines limites (par exemple en reconnaissant les églises nationales), des communautés religieuses sans porter atteinte à la liberté religieuse (Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 158). Mais en matière de religion, l'Etat est dans tous les cas tenu à un devoir de neutralité confessionnelle garant de l'obligation de traiter sans discrimination toutes les communautés religieuses et toutes les personnes adhérant à la foi que celles-ci véhiculent (Claude Rouiller, Le principe de la neutralité confessionnelle relative, in AJP/PJA 8/2003, p. 947).
- c) En matière audiovisuelle, il faut opérer une distinction entre émissions rédactionnelles et spots publicitaires. Dans un cadre rédactionnel, les émissions religieuses font partie du mandat général de la radio et de la télévision. La doctrine dominante admet que la notion de formation et développement culturel de l'art. 93 al. 2 Cst. inclut également la religion. Il s'ensuit que dans le cadre de leur mandat culturel, les médias électroniques ont le devoir de diffuser des émissions présentant des informations religieuses.
- d) Les émissions religieuses touchent toutefois un domaine sensible auquel appartiennent les sentiments religieux (Martin Dumermuth, op. cit., n<sup>os</sup> 99 ss ; Denis Barrelet, op. cit., n<sup>os</sup> 795 ss). Selon la jurisprudence de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (ci-après : AIEP) ces sentiments méritent le respect et n'ont pas à subir toutes les atteintes imaginables (décision de l'AIEP du 21 mars 2003, b. 460). La dramaturgie et la réalisation d'émissions religieuses réclament donc des précautions. A cet égard les principes applicables à l'information de l'art. 4 LRTV qui interdisent les émissions unilatérales ou exerçant un effet manipulateur et l'interdiction des émissions qui portent atteinte à la moralité publique de l'art. 6 al. 1 LRTV qui tient aussi compte de la sensibilité religieuse font office de garde-fou en considérant la sensibilité particulière du public dans ce domaine.
- e) L'art 11 al. 1 ORTV définit comme de la publicité toute annonce publique effectuée pour passer un acte juridique portant sur des produits ou des services, pour promouvoir une cause ou une idée ou pour produire quelque autre effet souhaité par l'annonceur, celui-ci disposant d'un temps d'émission moyennant rémunération ou contrepartie similaire. La publicité est ainsi par nature unilatérale puisqu'elle est conçue dans l'intérêt de l'annonceur. C'est la raison pour laquelle, l'art. 18 LRTV prévoit qu'elle doit se distinguer des autres parties du programme et être clairement reconnaissable comme telle. Les interdictions de faire de la publicité pour certaines causes ou produits énumérés à l'al. 5 concernent exclusivement la publicité directe, soit le moyen même que réclame l'ACR pour la diffusion de ses messages.
- f) L'interdiction de la propagande religieuse de l'art. 18 al. 5 LRTV répond à la liberté de culte (Message LRTV, FF 1987 III 707) et tend à préserver le droit du public de se forger sa propre opinion. L'interdiction vise donc en premier lieu la diffusion de messages publicitaires se rapportant aux églises ou aux groupements religieux qui sont ainsi susceptibles d'exercer un certain pouvoir d'attraction, voire de manipulation sur le public. Ce faisant, un effet publicitaire direct est ainsi produit en faveur des membres des églises et groupements concernés qui va à l'encontre du respect de la paix confessionnelle garanti par la Constitution ainsi que de l'interdiction de la propagande religieuse et peut ouvrir la voie du prosélytisme. L'interdiction de l'art. 18 al. 5 LRTV vise principalement le moyen d'expression mais n'a aucune incidence sur la liberté de professer ses croyances religieuses.
- g) Dans le cas présent, l'ACR souhaite pouvoir diffuser un spot dans le bloc publicitaire de certaines radios locales. Le spot aurait la teneur suivante :

- h) « 2016, dans un monde où règne la loi du plus fort, où rares sont ceux qui savent vers qui se tourner, ce monde où les mots partage et solidarité ont perdu de leur sens, les hommes de bonne volonté auraient-ils totalement disparus ? Pour que ce monde ne soit pas le nôtre, aidons l'Eglise catholique romaine à nous suivre dans notre quotidien. L'Eglise catholique romaine de Genève ne bénéficie d'aucune subvention. Faites parvenir vos dons ou informez-vous au 022 319 43 43 ou [ecrgeneve.ch](http://ecrgeneve.ch), nous avons besoin de vous, 022 319 43 43. »
- i) Le spot incriminé constitue un appel de fonds en faveur de l'Eglise catholique romaine de Genève. D'une manière générale et pour répondre au principe de la transparence, les appels doivent être clairement désignés comme tels et être séparés du programme. Pour ne pas violer l'interdiction de propagande religieuse de l'art. 18 al. 5 LRTV, seuls doivent être tolérés les appels de fonds en faveur de buts reconnus d'utilité publique (Schlussbericht der Expertenkommission « Religion und Fernsehen », Religiöse Fernsehveranstalter, septembre 1997, p. 15) puisque dans cette hypothèse ce sont les intérêts de tiers ou même l'intérêt public qui sont au cœur du message publicitaire : on ne peut donc pas parler de propagande religieuse au sens de la LRTV.
- j) Dans le cas de l'ACR toutefois, il ne s'agit pas de lever des fonds en faveur de tiers poursuivant des buts reconnus d'utilité publique mais bien de trouver des fonds pour le fonctionnement même de l'Eglise catholique romaine de Genève. Ce type d'appel tombe directement sous le coup de l'interdiction de l'art. 18 al. 5 LRTV puisque l'effet promotionnel en faveur de l'église qu'il vise directement à soutenir est prépondérant.
- k) L'OFCOM relève que si le spot publicitaire objet de la présente procédure tombe sous le coup de l'interdiction de l'art. 18 al. 5 LRTV, cela ne signifie pas que les églises ou mouvements religieux qui souhaitent placer leurs messages auprès du public soient privés de moyens d'expression. D'autres canaux demeurent à leur disposition. Dans les médias électroniques, ils restent libres de faire des appels en faveur de leurs mouvements par le biais d'émissions rédactionnelles pour autant que celles-ci respectent le principe d'objectivité et de transparence et ils conservent la possibilité de recourir aux moyens de la presse écrite (publicité incluse) ainsi qu'aux manifestations publiques.

### Examen sous l'angle de l'article 10 CEDH

- a) La Cour européenne des droits de l'homme a déjà eu l'occasion de s'exprimer sur l'interdiction de la propagande politique dans une affaire VgT contre Suisse (arrêt VgT contre Suisse du 28 juin 2001, requête n° 24699/94). Comme dans le cas présent, les autorités suisses s'étaient référées à l'art. 18 al. 5 LRTV ce qui a amené la Cour à conclure que le refus du droit d'accès à la publicité politique dans les médias électroniques même s'il relevait d'une relation de droit privé touchait à la garantie de la liberté d'expression de l'art. 10 CEDH. La Cour n'a pas exclu qu'une interdiction de la propagande politique puisse être compatible avec l'art. 10 CEDH dans certaines circonstances pour autant que des raisons « pertinentes et suffisantes » puissent justifier une ingérence dans l'exercice des droits consacrés par l'art. 10 CEDH.
- b) Dans une jurisprudence récente en matière de publicité religieuse, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence relative à l'art. 10 CEDH (arrêt Murphy contre Irlande du 10 juillet 2003, requête n° 44179/98). Dans cette affaire, le Centre irlandais de la foi (*Irish Faith Centre*), auquel est attaché le pasteur irlandais Roy Murphy, soumit en vue de sa diffusion par une station de radio indépendante, locale et commerciale une annonce concernant la projection d'une vidéo traitant des « faits historiques sur le Christ » et des « preuves de la résurrection » qui aurait lieu dans ses locaux. En mars 1995, la Commission indépen-

- dante de la radio et de la télévision (*Independent Radio and Television Commission*) interdit la diffusion de l'annonce. La vidéo fut néanmoins retransmise ultérieurement par satellite. M. Murphy recourut en vain contre la décision de la Commission. Devant la Cour il alléguait que l'interdiction de la diffusion de son annonce constituait une violation des articles 9 (liberté de religion) et 10 (liberté d'expression) de la Convention.
- c) La Cour a dû trancher la question de savoir si le fait, pour un Etat, d'interdire une certaine forme d'expression (la publicité religieuse) diffusée par les médias électroniques pouvait justifier une restriction à la liberté d'expression de l'art. 10 CEDH.
  - d) Dans son examen consistant à déterminer si des restrictions aux droits et libertés garantis par la Convention peuvent passer pour « nécessaires dans une société démocratique », la Cour a toujours reconnu que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation certaine mais pas illimitée. Ce sont sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement de la religion que cette marge d'appréciation est plus grande. La Cour observe que c'est précisément cette marge d'appréciation qui distingue les affaires Murphy et VgT. Dans ce dernier cas, la publicité interdite concernait une matière d'intérêt public pour laquelle la marge d'appréciation laissée aux Etats contractants est plus réduite (§ 67).
  - e) La Cour a retenu les arguments de l'Etat irlandais selon lesquels dans le contexte particulier de l'Irlande du Nord, la publicité religieuse pouvait être considérée comme offensante et ouvrir la voie du prosélytisme. Elle a considéré que le principe de la proportionnalité de l'atteinte avait été respecté puisque, comme dans le cas de l'ACR, l'entrave à la liberté d'expression du recourant n'était effective qu'en matière de publicité dans les médias électroniques. La Cour a aussi fait sien le raisonnement de l'Etat irlandais selon lequel les groupements religieux disposant de gros moyens financiers seraient avantagés d'un point de vue publicitaire. Finalement, elle considère que le public n'a pas la même échelle de sensibilité en matière de religion qu'en d'autres domaines plus commerciaux. En conclusion, la Cour considère qu'en raison de la marge d'appréciation laissée aux Etats dans le domaine des sentiments religieux, l'Etat irlandais avait apporté la preuve qu'il possédait des raisons pertinentes et suffisantes justifiant une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression consacrée par l'art. 10 CEDH
  - f) L'OFCOM constate que cette jurisprudence ne contredit en rien l'application qu'il a faite jusqu'à présent de l'interdiction de la propagande religieuse de l'art. 18 al. 5 LRTV. Elle ne fait au contraire que la renforcer. Sur la base de l'état de fait et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne juge pas incompatible l'interdiction de la publicité religieuse avec la liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH, l'OFCOM conclut à ce que la diffusion des spots de l'ACR en faveur de l'Eglise catholique romaine de Genève viole l'interdiction de propagande religieuse de l'art. 18 al. 5 LRTV.
- (...)