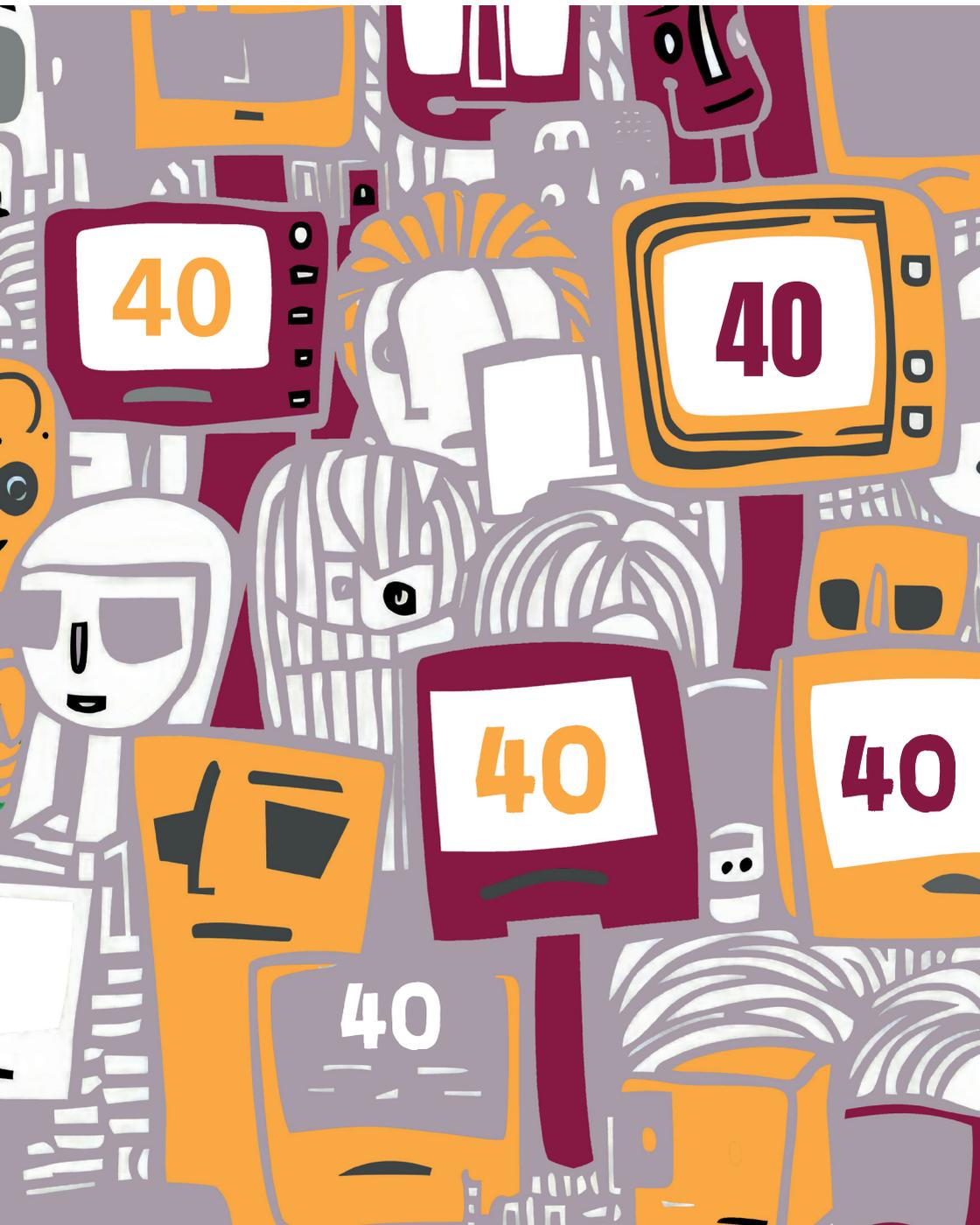




Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI
Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision AIEP
Autorità indipendente di ricorso in materia radio-televisiva AIRR





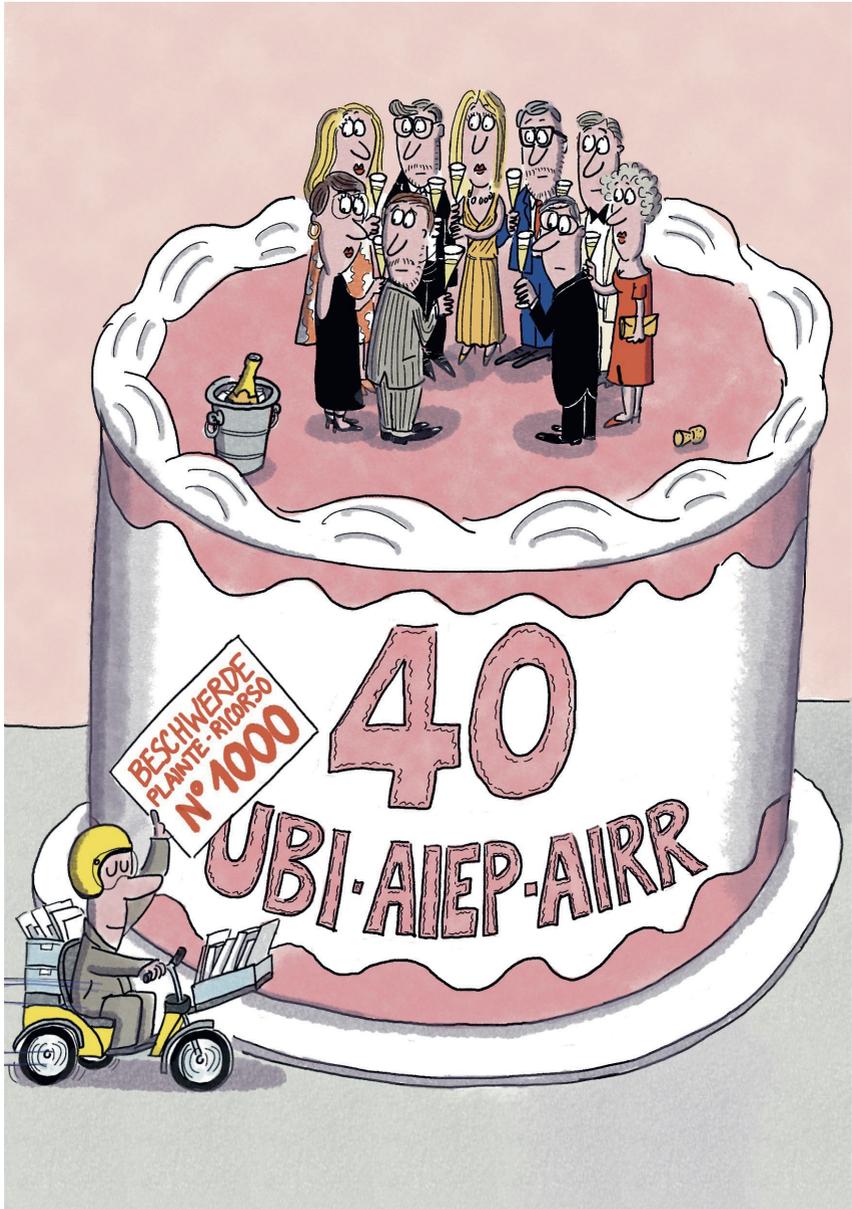
Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI
Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision AIEP
Autorità indipendente di ricorso in materia radio-televisiva AIRR

40

**Beiträge zum 40-Jahr-Jubiläum der UBI von:
Contributions à l'occasion du jubilé des 40 ans de l'AIEP de:
Contributi all'occasione del giubileo dei 40 anni dell'AIRR di:**

**Mascha Santschi Kallay
Catherine Müller
Edy Salmina
Yaniv Benhamou
Pierre Rieder
Ilaria Tassini Jung**



Inhaltsverzeichnis

Vorwort 40 Jahre UBI: Von der «gerichtsähnlichen Instanz» zum «fachkundigen Gericht» (Mascha Santschi Kallay).....	5
Von Zwischentönen und Schattenbildern (Catherine Müller).....	9
Percorrendo confini vari: riflessioni sul margine decisionale dell'AIIR Vom Dürfen, Können und Wagen: Gedanken über den Entscheidungsspielraum der UBI (Edy Salmina).....	15
Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression ? Suites de l'ATF 149 I 2 (Yaniv Benhamou).....	31
Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und ihre Rechtsprechung (Pierre Rieder)	53
La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Ilaria Tassini Jung)	97
Anhang	
Mitglieder der UBI seit 1984/Membres de l'AIEP depuis 1984/Membri dell'AIIR dal 1984.....	119
Mitarbeitende im UBI-Sekretariat seit 1984/Collaborateurs auprès du secrétariat de l'AIEP depuis 1984/Collaboratori presso la segreteria dell'AIIR dal 1984	119



Vorwort

40 Jahre UBI: Von der «gerichtsähnlichen Instanz» zum «fachkundigen Gericht»

Dr. Mascha Santschi Kallay

Präsidentin der UBI, Rechtsanwältin und Kommunikationsberaterin

Vorwort

40 Jahre UBI: Von der «gerichtsähnlichen Instanz» zum «fachkundigen Gericht»

Eine Jubiläumsüberraschung der besonderen Art bescherte das Bundesgericht der UBI kurz vor ihrem vierzigsten Lebensjahr: Es stufte die frühere «gerichtsähnliche Instanz» oder «quasi-richterliche Behörde» zum «fachkundigen Gericht» hinauf.¹ Grund genug, den Titel des Vorworts dementsprechend zu wählen. Allerdings kann ich beruhigen: Auch eine höchstrichterliche Adelung schützt die UBI nicht davor, dass einstimmige Entscheide dieses neunköpfigen «fachkundigen Gerichts» von der öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Lausanne gekippt werden, wie zuletzt in Sachen Bundesratsansprachen.² Aber auch Medienexperten holen unsere Behörde gerne auf den Boden der Realität zurück. So äusserte der Journalist und Publizist Kurt W. Zimmermann in einer Radiosendung seine Meinung, wonach die UBI von der SRG überhaupt nicht ernst genommen werde und ihnen diese «Deppen» mit ihren Entscheiden «den Buckel herunterrutschen» könnten.³ So viel also vorweg zur Wahrnehmungsspannbreite der UBI nach ihren 40 Jahren.

Mais plaisanterie mise à part: même en ces temps un peu fous, les membres et les collaborateurs de l'AIEP sont motivés et s'efforcent d'apporter leur contribution à la cohésion sociale dans notre pays avec intelligence, cœur et reins solides, en prenant au sérieux les préoccupations des plaignants, des diffuseurs et du public. En publiant les articles de ce livre du jubilé, nous souhaitons donner un aperçu du travail de l'AIEP sous différents angles. Les opinions personnelles des auteurs ne doivent pas nécessairement correspondre à celles de tous les membres de l'AIEP.

Catherine Müller, Vize-Präsidentin der UBI, befasst sich in ihrem Beitrag⁴ unter anderem mit den seit 2006 publikumsöffentlichen Beratungen der Beschwerdefälle. Zwar fand sich auch früher nur ausnahmsweise mehr als eine Handvoll Zuschauer ein, um den Diskussionen der UBI zu folgen. Dennoch war es insbesondere in der Corona-Krise auffällig, dass sich nicht einmal alternative Medien regelmässig blicken liessen, obwohl

1 BGE 149 I 2 S. 11 E. 3.3.4.

2 UBI-Entscheid b.919 vom 1. September 2022; BGer-Entscheid 2C_871/2022 vom 28. August 2024.

3 Sendung «Schweizerzeit» auf Radio Kontrafunk vom 16. September 2024, Minute 44, abrufbar unter: <https://kontrafunk.radio/de/sendung-nach hoeren/schweizerzeit/schweizerzeit-wir-werden-ausgewogen-informiert>

4 Catherine Müller, Von Zwischentönen und Schattenbildern, S. 9 ff.

gerade sie an den etablierten Medien seit einigen Jahren besonders heftig Kritik üben. Auch die mit Entscheidungen zeitgleich veröffentlichten abweichenden Meinungen, wie sie unterliegende Mitglieder manchmal verfassen, werden medial kaum aufgegriffen. Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass sowohl die Öffentlichkeit der Beratung als auch die Möglichkeit des Publizierens einer «Dissenting Opinion» hilfreiche Instrumente sind, mit welchen sich die von den Verfahrensparteien eingenommenen und naturgemäss gegensätzlichen Positionen bis zu einem gewissen Grad versöhnen lassen.

Il nostro membro ticinese, Edy Salmina, fa il punto sulle possibilità decisionali dell'AIRR, che in pratica emette solo decisioni dichiarative.⁵ I ricorrenti sono sempre soddisfatti nel constatare che le loro richieste di controdeklarazione, rettifica e cancellazione della trasmissione non vengono accolte, o che l'AIRR non può obbligare l'emittente a scusarsi dopo l'accertamento della violazione del diritto. Per inciso, anche noi membri a volte ci rammarichiamo di alcune circostanze procedurali. È il caso, ad esempio, se una trasmissione diversa da quella contestata dal ricorrente sarebbe stato molto più adatto per un particolare ricorso e per le critiche su cui si fonda, o se i ricorrenti non presentano le 20 firme necessarie per un ricorso popolare, nonostante siano stati invitati a presentarle con una proroga del termine, il che significa che la procedura appena avviata si conclude con una decisione di non entrata in materia.

L'article de notre membre genevois, Yaniv Benhamou, porte sur les opinions sous forme de commentaires.⁶ Depuis environ deux ans, l'arrêt de principe ATF 149 I 2 du Tribunal fédéral, qui attribue à l'AIEP la compétence pour les commentaires non mis en ligne ou supprimés dans les colonnes de commentaires de la SSR, nous tient en haleine. Certes, seuls deux auteurs de commentaires se sont adressés à l'AIEP à ce jour – tous deux toutefois régulièrement –, mais les questions juridiques qui se posent sont étonnamment variées. Alors que certains membres trouvent très intéressant d'exercer une activité de formation juridique dans ce nouveau domaine, d'autres considèrent cette compétence supplémentaire comme un élément étranger dans la surveillance des médias de la part de l'AIEP.

Die UBI hat im Verlaufe der letzten Jahre nicht nur die Zuständigkeit für die Kommentarspalten der SRG als neue Aufgabe zugeteilt erhalten, sondern zuvor bereits jene für das übrige publizistische Angebot der SRG (2014) oder für den verweigerten Zugang zum Programm (2006). Unabdingbar in diesem Jubiläumsbuch sind deshalb ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte und Rechtsprechung der UBI sowie ein Umriss der rechtlichen Rahmenbedingungen und der Arbeitsweise unseres Gremiums. Verfasst hat diesen ausführlichen Beitrag Pierre Rieder, der langjährige juristische Chef des UBI-Sekretariats.⁷

5 Edy Salmina, *Percorrendo confini vari: riflessioni sul margine decisionale dell'AIRR*, S. 15 ff.

6 Yaniv Benhamou, *Commentaires en ligne: Quelles limites à la liberté d'expression? Suites de l'ATF 149 I 2*, S. 31 ff.

7 Pierre Rieder, *Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und ihre Rechtsprechung*, S. 53 ff.

Er illustriert auch, dass die Schaffung und Existenz der UBI als heute noch immer verwaltungsunabhängige Instanz für den Rundfunk keine Selbstverständlichkeit ist.

Enfin, Ilaria Tassini Jung, secrétaire juridique, qui rédige les décisions de l'AIEP en français et en italien, examine quelques arrêts importants de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) en matière de radio-télévision ainsi que la procédure devant celle-ci.⁸ Il est rare que la SSR conteste une décision de l'AIEP jusqu'à Strasbourg, ce qui rend les trois cas examinés particulièrement intéressants à lire : un documentaire sur les relations entre la Suisse et l'Allemagne nazie, une émission spéciale sur le Botox et un spot publicitaire intitulé «Was das Schweizer Fernsehen totschiweigt». Pour être exhaustif, il faut ajouter qu'une plainte contre une émission de la RTS de janvier 2015 concernant un viticulteur vaudois est actuellement pendante auprès de la CEDH («Affaire Giroud»). L'AIEP a admis la plainte du viticulteur en 2016 et le Tribunal fédéral a confirmé la décision de l'AIEP en 2018. Je ne serais toutefois pas étonnée que la décision de Strasbourg ne parvienne à l'AIEP qu'après que le dernier membre de la composition de l'autorité qui a rendu la décision de l'époque aurai lui aussi déjà quitté ses fonctions en raison de la limite de la durée du mandat de douze ans.

Die (Re-)Lektüre der drei erwähnten EGMR-Entscheide aus den Jahren 1997 bis 2012 erinnert mich daran, dass einerseits Meinungspluralismus und Offenheit sowie Toleranz gegenüber anderen Ansichten und Andersdenkenden nicht vergessen gehen dürfen, und dass man sich andererseits wieder bewusster auf die eigentliche Aufgabe der Medien besinnen möge, den Machthabenden auf die Finger zu schauen. Unbestritten ist, dass es der Medienfreiheit Sorge zu tragen gilt. Diese ist aber nicht Selbstzweck, sondern hat dem Volk zu dienen. Zu schützen ist im mindestens gleichen Umfang auch die Meinungsäusserungsfreiheit. Und darüber hinaus darf nicht ausgeblendet werden, dass das Publikum einen Anspruch auf alle relevanten Informationen hat, die es für seine freie Meinungs- und Willensbildung benötigt. Nur so kann Demokratie wirklich funktionieren.

Non scommetterei che l'AIRR esisterà ancora tra 40 anni. Ma se sarà sufficientemente attenta ai principi liberali, costituzionali e democratici del nostro Paese, sono fiduciosa che non diventerà superflua, almeno nei prossimi anni, in modo da poter pubblicare un altro libro di anniversario tra dieci anni.

Mascha Santschi Kallay

Präsidentin UBI

8 Ilaria Tassini Jung, La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, S. 97 ff.



Von Zwischentönen und Schattenbildern

Catherine Müller

Vizepräsidentin der UBI, Rechtsanwältin und Mediatorin

Von Zwischentönen und Schattenbildern

Rund 1000 Fälle hat die UBI seit ihrer Einsetzung im Jahr 1984 inzwischen behandelt und entschieden, seit 2007 sind ihre Beratungen gemäss Art. 97 RTVG öffentlich.

Die Einführung von publikumsöffentlichen Beratungen begründete der Bundesrat in seiner Botschaft damals damit, dass eine erhöhte Transparenz in einem wesensgemäss öffentlichkeitswirksamen Gebiet wie der Verbreitung redaktioneller Inhalte über Radio und Fernsehen wünschbar sei. Zudem könne die unmittelbare Öffentlichkeit den Entscheiden eine grössere Resonanz verschaffen als dies die schriftlichen Urteilsbegründungen der UBI alleine bislang vermochten (BBl 2003 1744). Dies das erklärte Ziel, welches jedoch eher ein frommer Wunsch geblieben ist. Der Publikumsandrang hält sich meist in Grenzen. Abgesehen von den Besuchen von Studierenden aus dem Bereich der Medienwissenschaften mit ihrer Professorin bzw. ihrem Professor, bilden volle Ränge eher die Ausnahme. Auch die Berichterstattung der Medien beschränkt sich in der Regel auf die Wiedergabe der Medienmitteilungen in Branchenpublikationen, es sei denn, ein Fall hatte bereits im Vorfeld für medienwirksames Echo gesorgt.

Die Entscheidungsbegründungen der UBI enthalten, nebst dem Sachverhalt, die programmrechtliche Würdigung des konkreten Falls mit den Argumenten, welche in der Beratung eine Mehrheit gefunden haben und mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der UBI sowie auf die Lehre. Es sind dies reine Feststellungsentscheide, die Sanktionsmöglichkeiten sind gemäss RTVG äusserst beschränkt, verfasst in juristischer Sprache – doch dahinter steckt durchaus mehr.

Der offenen Debattenkultur und Meinungsbildung der UBI hat die Publikumspräsenz keinen Abbruch getan. Oftmals bewegt sich die programmrechtliche Beurteilung einer Beschwerde auf einer heiklen Gratwanderung zwischen Medienfreiheit und Publikumschutz, wobei immer der Grundsatz gilt, sich in die Wahrnehmung eines sogenannten Durchschnitts-Medienkonsumierenden zu versetzen. Dies kann durchaus zu engagierten Diskussionen während den Beratungen führen, worin über Anträge und Gegenanträge mit kontradiktorischen Voten um die Meinungsfindung gerungen wird, in deren Verlauf manchmal auch ein Umschwenken einzelner Mitglieder stattfindet. Wenn Argumente sich kreuzen, ergänzen oder widersprechen wird regelmässig auch die Rechtsprechung der UBI oder des Bundesgerichts auf den Prüfstand gestellt. Und so wie sich Sendeformate, Konsumgewohnheiten und die Gesellschaft allgemein verändern, so entwickelt sich parallel die Praxis der UBI konstant weiter. Diese Fortentwicklung gehört zu deren

Aufgaben, eine gleichermaßen spannende wie anspruchsvolle Herausforderung im Lichte der Medien als vierte Gewalt im Staat.

Eine Publikation in Ruhe im Detail zu prüfen und zu analysieren, wie es Auftrag der UBI ist, unterscheidet sich wesentlich vom journalistischen Alltag der Produktion einer solchen, die oftmals unter dem zeitlichen Druck der Aktualität oder des Sendeformats steht. Das Kriterium des «Fehlers in einem Nebenpunkt», welcher programmrechtlich als irrelevant gilt, sofern er den für das Publikum massgebenden Gesamteindruck nicht einseitig beeinflusst, ist in diesem Zusammenhang sehr wichtig. In den Beratungen wird tendenziell (zu) häufig auf dieses zurückgegriffen, um eine redaktionelle Unvollkommenheit herauszustreichen. Dennoch, auch wenn engagierte Mitglieder praktische journalistische Überlegungen in die Beratungen einfließen lassen, was durchaus auch gewollt ist, da diese den Parteien und dem interessierten Publikum oder der Leserschaft zu einem besseren Verständnis verhelfen können, übt die UBI nie Fachaufsicht aus. Schlussendlich setzt sich jede und jeder im Gremium für die Einhaltung des Programmrechts ein, wobei die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflichten zentral ist.

Bei Entscheiden mit qualifizierten Gegenstimmen, also eher knappem Ausgang, ermöglicht das Geschäftsreglement der UBI den unterlegenen Mitgliedern, eine «Dissenting Opinion» zu verfassen, welche dem schriftlichen Entscheid angefügt und mit ihm zusammen publiziert wird; ein Instrument, von welchem gerade in jüngerer Zeit des öfteren Gebrauch gemacht wird. Insbesondere weil die programmrechtliche Beurteilung nicht eindeutig war, kommt der Gegenmeinung und deren Begründung meist ebenfalls Relevanz zu. Werden während der Debatte die divergierenden Argumente und Meinungs-differenzen engagiert vorgebracht und von den Anwesenden sehr wohl gehört, werden diese im Nachgang in einer Dissenting Opinion nochmals präzise und prägnant schriftlich begründet. Nicht selten bildet dies Grundlage und Motivation für eine abgewiesene Partei darstellen, den Weg ans Bundesgericht zu beschreiten.

Die Covid-Pandemie brachte nicht nur mit sich, dass auch die UBI ihre Beratungen zeitweise online abhalten musste – technische Pannen und sonstige Kuriositäten blieben dabei auch ihr nicht erspart –, sondern sie setzte auch inhaltlich Schwerpunkte. Schon früh, ab Anfang 2021, beschäftigte sich die UBI mit der Berichterstattung über die Pandemie. In diesen ersten Fällen konnten zwar keine Verletzungen des Programmrechts festgestellt werden, dennoch hat die Beschwerdeinstanz bereits zu jenem Zeitpunkt kritisch Stellung bezogen mit Appellen an die vierte Gewalt im Staat, ihre Aufgabe wahrzunehmen und gerade in einer Krise für differenziertere Berichterstattung, gesunde Distanz und weniger Polarisierung zu sorgen.

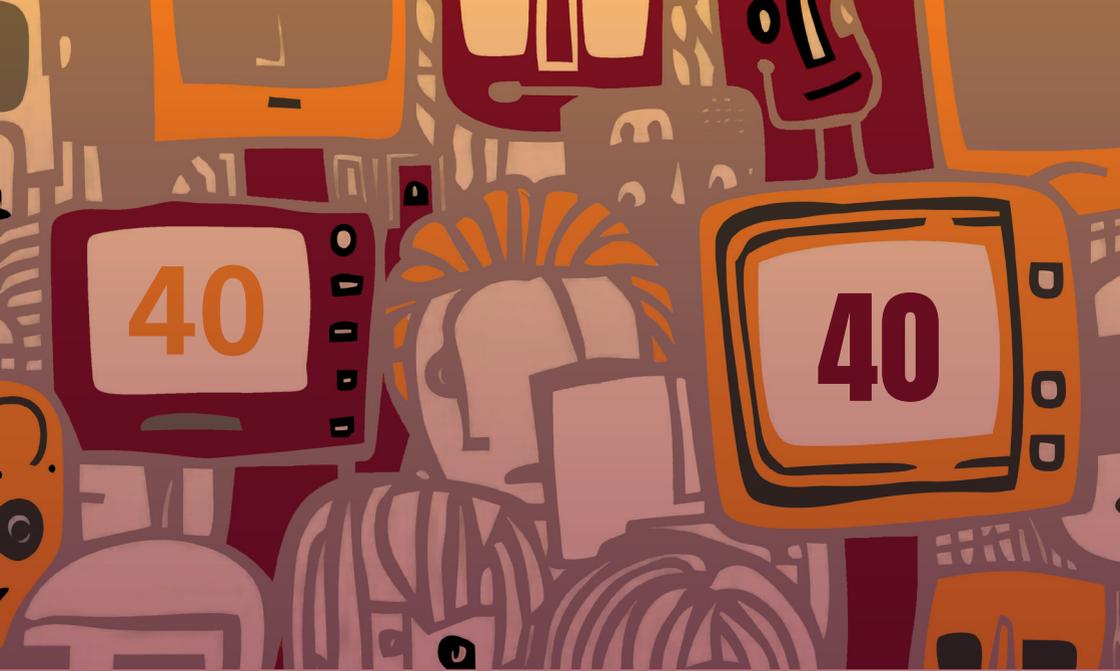
Ende 2022 erging mit BGE 149 I 2 ein Urteil des Bundesgerichts, wonach die UBI neu auch zuständig ist für Beschwerden wegen Nicht-Aufschaltung oder Löschung von nutzergenerierten Kommentaren zu Beiträgen in Online-Foren der SRG, respektive

Sperrung eines User-Kontos. Zu einem knappen fünf-zu-vier-Entscheid mit Schlagseite kam es, als die UBI in der Folge nach langer, intensiver und teils emotional geführter Diskussion beinahe ein Nicht-Eintreten auf den ersten ihr vorliegenden Kommentar-Fall beschlossen und somit der höchstrichterlichen Instanz in Lausanne nicht Folge geleistet hätte. Der Antrag auf Nicht-Eintreten erfolgte nicht etwa aus Trotz oder gar Arbeitsscheu, sondern aus dem schlichten Grund, dass die Begründungen des Bundesgerichtes nicht schlüssig waren, ja stossend in ihrer Argumentation, insbesondere in Bezug auf das Medienverständnis und die Medienfreiheit. Kein Mitglied der UBI ging jedoch soweit wie etwa ein amtierender Bundesrichter, welcher das Klima-Urteil des EGMR in Strassburg jüngst öffentlich als «absurd» bezeichnete und dem Richtergremium Aktivismus vorwarf. Doch das Kommentarspalten-Urteil ist in der Lehre und unter den Mitgliedern der UBI nach wie vor umstritten. Seitdem versucht die UBI, vom Bundesgericht in ebendiesem Urteil als «fachkundiges Gericht» bezeichnet, so effizient und pragmatisch wie möglich, praktikable Wege zur Entwicklung einer kongruenten und gangbaren Praxis zu finden. Gefordert ist aktuell auch wiederum das Bundesgericht mit einer nächsten hängigen Beschwerde zu Kommentarspalten. Möge dieses erwartete Urteil etwas mehr Klarsicht und Leitlinien für die Handhabung verschaffen sowie Antworten geben hinsichtlich der Grundrechtsabwägung oder -konkurrenz zwischen dem hohen Gut der Medienfreiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit einer Nutzerin oder eines Nutzers. Alternativ und sinnvollerweise wäre hier, wenn überhaupt, der Gesetzgeber gefragt, doch eine nächste RTVG-Revision ist momentan nicht in Sichtweite.

Eine Tatsache ist jedoch, dass ein hoher Anteil der Fälle aus programmrechtlicher Perspektive eindeutig ist in der Beurteilung, was entsprechend häufig zu einstimmigen Abweisungen der Beschwerden führt. Oftmals ist der Grund, welcher hinter einer Beschwerde steht, de facto auch nicht unbedingt rechtlicher Natur, wie es jeweils leicht den Schriften zu entnehmen ist. Diesem Hintergrund wird in den Beratungen durchaus Raum gegeben, indem auch auf die eigentlichen Beweggründe der Beschwerdeführenden eingegangen und Verständnis entgegengebracht werden kann. So kommt es vor, dass sich diese nach der Beratung, obwohl unterlegen, bei UBI-Mitgliedern bedanken und mit zufriedenstellenden Antworten, neuen Einsichten sowie ohne Groll gegen den Veranstalter den Saal verlassen. Oder es entwickeln sich nach Abschluss der Beratung Gespräche unter den Verfahrensbeteiligten und/oder mit Mitgliedern der UBI, wobei nicht selten richtig heftig weiter debattiert wird, um sich zum Schluss doch meist freundlich zu verabschieden. Solche Haltungen, Herangehensweisen und Entwicklungen sind ebenso wertvolle wie wirksame Werkzeuge aus der Schatztruhe von Schlichtungsverfahren. Zwischen den Parteien zu vermitteln ist per Gesetz die ausdrückliche Aufgabe der Ombudsstellen, welche der UBI als Filterorgan vorgelagert sind (Art. 93 RTVG). Ergebnisoffenes und empathisches Vermitteln ist über alle Kommunikationswege möglich, meist effizient und nachhaltig und für alle Beteiligten immer eine Chance, welche es zu nutzen gilt.

Die UBI besteht aus neun Mitgliedern und hinter jedem dieser steht ein Mensch mit seinen Werten, persönlichem Hintergrund, Erfahrungen und Geschichte. Bei der Zusammensetzung des Gremiums wird höchsten Wert darauf gelegt, dass, nebst einem juristischen Background, journalistische Kompetenzen und Kommunikations-Know-How, eine breite Berufs- und Lebenserfahrung sowie Unabhängigkeit vorhanden sind. Diese Kriterien sind und bleiben unabdingbar zur Erfüllung des vom Verfassungs- und Gesetzgeber erteilten Auftrags.

Je nach Auffassung ist die UBI eine besonders gelagerte Aufsichtsbehörde oder neuerdings gar ein «fachkundiges Gericht». Wie immer dem auch sei, in jedem Fall möge ihr Wirken geleitet bleiben von «in dubio pro media» (Zitat von Roger Blum, ehemaliger Präsident der UBI).



Percorrendo confini vari: riflessioni
sul margine decisionale dell'ARR

Vom Dürfen, Können und Wagen:
Gedanken über den Entscheidungs-
spielraum der UBI

Edy Salmina
Mitglied der UBI, Rechtsanwalt

Percorrendo confini vari: riflessioni sul margine decisionale dell'AI RR

Osservando una gran parte dei ricorsi interposti dinanzi all'AI RR, si può avanzare un'ipotesi. Chi si rivolge a questa istanza crede probabilmente che essa disponga di un margine di manovra più ampio rispetto a quanto sia effettivamente il caso. In altre parole, ritiene che, essa possa giudicare nel senso abituale del termine, non soltanto di constatando, ma anche disponendo, non solo asserendo ma anche ordinando. Tuttavia non è così: se accoglie un ricorso, l'AI RR può soltanto esigere che l'emittente radiotelevisiva responsabile di una violazione (a) vi ponga rimedio, (b) prenda i provvedimenti necessari per evitarne il ripetersi e (c) informi la stessa Autorità di ricorso sulle misure prese¹. Pertanto l'AI RR non ha potere di impartire ordini. Dal canto suo, l'emittente è libera di stabilire come reagire alla violazione del diritto in materia di programmi constatata dall'AI RR. Nella prassi l'emittente, che nella stragrande maggioranza dei casi è la SSR, provvede affinché la decisione dell'AI RR sia recepita a livello interno e, contestualmente, resa nota al pubblico. Inoltre, l'emittente informa i propri collaboratori e discute la questione nel quadro della formazione e del controllo della qualità interni. Se non è soddisfatta delle misure prese, l'AI RR informa l'emittente. L'Autorità di ricorso potrebbe chiedere al Dipartimento (DATEC) di limitare, sospendere o ritirare la concessione². Potrebbe altresì proporgli di vietare un programma o di vincolare la sua diffusione a determinati oneri³. In caso di ripetute e gravi violazioni dell'articolo 4 capoversi 1 e 3 e dell'articolo 5 LRTV, all'AI RR sarebbe addirittura permesso di chiedere al DATEC un divieto di diffusione⁴.

Tuttavia, nella sua attività giudicante, l'AI RR si limita ad accertare le violazioni del diritto in materia di programmi⁵. Il suo ruolo è pertanto primariamente ammonitorio-dichiarativo ed essa non può costringere a nulla. Le decisioni dell'AI RR hanno certamente un carattere giuridico di accertamento, ma la loro portata è in massima parte da classificare come simbolica-comunicativa⁶. Nella nostra società altamente mediatizzata e in un contesto sociopolitico sensibile come quello dei media, questo aspetto non è certamente di secondaria importanza. L'AI RR esercita una sorta di «soft power», che molti ricorrenti

1 Art. 89 cpv. 1 lett. a LRTV

2 Art. 89 cpv.1 lett. b LRTV

3 Art. 89 cpv. 2 LRTV.

4 Art. 97 cpv. 4 LRTV.

5 Art. 89 cpv. 1 LRTV

6 Va da sé che una decisione dell'AI RR può, ad esempio, influenzare una controversia di diritto civile allorché si tratti di pronunciarsi su questioni quali la «diligenza» e la proporzionalità. A sua volta, questo potrebbe produrre un effetto giuridico, ad esempio rispetto alle richieste di risarcimento danni.

reputano non essere sufficientemente efficace⁷. Non a caso una simile convinzione può sorgere tra le persone che si ritrovano ad affrontare dinanzi all'AIRR – spesso da sole – la più grande emittente di media elettronici in Svizzera⁸. Occorre tuttavia precisare che ultimamente è aumentato il numero delle parti che optano per la rappresentanza affidata a un legale, il che potrebbe far ritenere che le stesse siano state informate dai loro rappresentanti legali circa il margine di manovra dell'AIRR.

Sono fattori limitanti per l'AIRR non soltanto il modesto impatto effettivo delle sue decisioni, ma anche il quadro giuridico di riferimento. L'Autorità di ricorso può richiamarsi soltanto al diritto dei programmi, un «diritto minimo» esplicitamente denominato come tale dalla legislazione⁹. È ristretto, e su questo punto tornerò più avanti, anche il suo margine decisionale quando si tratta di valutare un'eventuale violazione del diritto dei programmi. Infatti l'AIRR non esamina i programmi oggetto dei ricorsi in base al complesso delle norme di diritto civile, penale e amministrativo, ma si limita a stabilirne la compatibilità con le pertinenti disposizioni in materia di programmi, in particolare con l'articolo 4 LRTV. Quest'ultima norma concretizza il mandato dell'articolo 93 della Costituzione che, tra le altre cose, prescrive la corretta presentazione degli avvenimenti e la pluralità delle opinioni¹⁰.

La suddetta disposizione della LRTV specifica il «mandato di prestazioni» per la radio e la televisione nel loro insieme¹¹. La vigilanza in materia di programmi spettante all'AIRR conformemente alla LRTV serve a concretizzarlo¹². Di fatto, la missione sancita dalla Costituzione per i media elettronici è attuata dall'emittente. Con l'AIRR è semplicemente stata creata la possibilità di verificare, a posteriori, la compatibilità dei programmi con il mandato costituzionale¹³.

7 Tale considerazione è tanto più valida se si considera che i ricorrenti non vengono informati dei provvedimenti adottati dall'emittente ai sensi dell'art. 89 LRTV.

8 Sarebbe interessante conoscere il motivo per cui le imprese, i soggetti importanti, le personalità note o le istituzioni socialmente rilevanti sono quasi del tutto assenti tra i ricorrenti dinanzi all'AIRR.

9 L'art. 4 LRTV è esplicitamente intitolato «Esigenze minime relative al contenuto del programma».

10 Art. 93 cpv. 2 Cost.

11 Graber Christoph Beat/Steiner Thomas, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (ed.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3a ed., Zurigo 2014, N7 ad art. 93.

12 Graber/Steiner, op. cit., N27 ad art. 93.

13 Art. 93 cpv. 2 Cost.

L'articolo costituzionale concernente la radio e la televisione definisce al capoverso 5 la cosiddetta vigilanza in materia di programmi. Quest'ultima serve a proteggere la formazione non falsata della volontà e dell'opinione del pubblico e non primariamente a far valere interessi di natura privata¹⁴. Tuttavia, è limitata: «Ein aufsichtsrechtliches Eingreifen des Staates in den pluralistischen Meinungsbildungsprozess rechtfertigt sich nur im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen der Programmfreiheit des Veranstalters einerseits und der Informationsfreiheit des Publikums bzw. anderer verfassungsmässiger Rechte andererseits (...). Eingriffe (...) sollen nicht über das hinausgehen, was zur Realisierung des Programmauftrags und des pluralistischen Wettbewerbs der Meinungen nötig erscheint.»¹⁵

La giurisprudenza del Tribunale federale sottolinea che «Eine rundfunkrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht schon dann vor, wenn im Nachhinein und losgelöst von jedem zeitlichen Druck festgestellt werden kann, dass ein Beitrag anders und überzeugender hätte gestaltet werden können, sondern nur, wenn die programmrechtlichen Mindestanforderungen bezüglich des Sachgerechtigkeits-, Transparenz- und Vielfaltsggebots bzw. des kulturellen Mandats verletzt worden sind. Andere, untergeordnete Unvollkommenheiten fallen in die redaktionelle Verantwortung des Veranstalters und sind durch dessen Programmautonomie gedeckt»¹⁶. Di conseguenza l'AIRR non è un'istanza di vigilanza ma deve limitarsi ad un controllo di compatibilità con il diritto dei programmi¹⁷.

Per quanto riguarda il margine di manovra dell'AIRR occorre menzionare altresì che la medesima non può agire di propria iniziativa. La sua attivazione presuppone la presentazione di un ricorso da parte di un soggetto legittimato a farlo¹⁸. Pertanto, l'AIRR può soltanto reagire e non agire: non le è consentito intervenire d'ufficio¹⁹. A tal proposito è interessante un raffronto con il Consiglio della stampa, ossia con l'istituzione che vigila anche sull'osservanza della dichiarazione dei doveri e dei diritti dei giornalisti, soprattutto dei mezzi di comunicazione scritta (la cosiddetta dichiarazione dei doveri e dei diritti dei giornalisti)²⁰. Il Consiglio della stampa può, a maggioranza dei suoi membri, occuparsi motu proprio di un caso specifico o di una tematica²¹. La possibilità di adottare un simile approccio non è invece consentita all'AIRR. Il divieto di procedere d'ufficio è comunque smorzato dalla possibilità, nel caso di interesse pubblico, di entrare nel merito di un ricorso anche se il questo non soddisfa tutti i requisiti formali, a condizione però che sia stato interposto in tempo utile²².

14 DTF 134 II 260 consid. 6.2, pag. 262, 149 II 209 consid. 3.3 pag. 211 seg.

15 DTF 134 I 2 consid. 3.2.2; simile DTF 137 I 167 consid. 3.2.

16 DTF 134 I 2 consid. 3.2.2; sentenza TF 2C_859/2022 del 20 settembre 2023 consid. 5.4.

17 Sentenza TF 2C_383/2016 del 20 ottobre 2016 consid. 2.5.

18 Art. 94 LRTV.

19 Art. 86 cpv. 5 LRTV.

20 Cfr. www.presserat.ch. Sebbene operi in assenza di una base legale e della possibilità d'impugnazione nonché secondo il diritto privato, il Consiglio della stampa svolge in pratica una funzione analoga a quella dell'AIRR.

21 Art. 7 cpv. 2 del regolamento del Consiglio svizzero della stampa.

22 Art. 96 cpv. 1 LRTV.

In questo contesto va anche menzionato che l'AI RR deve valutare nel merito, in deliberazioni pubbliche, tra i 30 e i 40 ricorsi all'anno. Rispetto al numero complessivo dei programmi diffusi e dei dati quantitativi del pubblico, i media elettronici costituiscono dunque un ambito della vita sociale che produce il minor numero di controversie legali. La radio, la televisione e i media online sono sì al centro degli interessi individuali e sociopolitici, e spesso in modo controverso. Tuttavia il passo verso una formalizzazione di controversie nella forma prevista dalla LRTV è oggi di fatto ancora molto raro, benché la procedura sia semplice e gratuita²³. Non va tuttavia dimenticato che l'attività dei diversi organi di mediazione ai sensi degli articoli 91–93 LRTV evita con ogni probabilità non pochi ricorsi di diritto dei programmi dinanzi all'AI RR.

La giurisprudenza restringe il margine di manovra dell'AI RR anche attraverso concetti quali valutazione globale («Gesamtwürdigung»²⁴) e/o errore marginale («Fehler im Nebenpunkt»²⁵). Con ciò si fa riferimento, nel diritto dei programmi, al principio di proporzionalità ma, allo stesso tempo, si permette anche una relativizzazione non marginale delle carenze nella copertura mediatica. Pertanto, l'Autorità indipendente di ricorso in materia radiotelevisiva non deve soltanto valutare singolarmente gli eventuali elementi controversi di un servizio, ma tenere in considerazione anche l'effetto complessivo sul pubblico. La decisione del Tribunale federale relativa a un caso ben noto²⁶ mostra l'effetto potenzialmente limitativo di tali criteri, soprattutto in relazione ai cosiddetti casi limite.

Per quanto concerne i programmi su elezioni e votazioni, la giurisprudenza adotta invece un approccio più rigoroso²⁷. L'emittente deve usare una particolare diligenza: «Notamment, et surtout s'il s'agit d'une émission-débats où les sources principales d'information ne sont pas les journalistes, mais les invités, le devoir de diligence journalistique commande une prudence particulière, qui doit porter entre autres sur le choix des participants, sur la manière de poser les questions au cours de la discussion ainsi que sur les mesures à prendre pour garantir le déroulement correct de la discussion et permettre aux opinions en présence de s'exprimer librement».²⁸

L'AI RR dispone quindi di un margine decisionale maggiore nel caso dei programmi su elezioni e votazioni. Quando le circostanze richiedono una diligenza editoriale accresciuta, contrariamente a quanto avviene di solito, non è necessario che un errore sia classificato come particolarmente rilevante per poter presumere una violazione del diritto dei programmi. Questo vale del resto anche per altri ambiti: un maggiore grado di

23 Art. 98 LRTV. Per completezza si dovrebbero considerare anche eventuali controversie di diritto civile e penale. Tuttavia è evidente che le cause processuali riferite a programmi radiotelevisivi sono sporadiche.

24 Ad es. DTF 132 II 290 consid. 2.2, pag. 293; decisione dell'AI RR b. 961 del 2 novembre 2023 consid. 4.2.

25 Ad es. sentenza TF 2C_406/2017 del 27 novembre 2017 consid. 4.1; decisione dell'AI RR b. 550 del 31 agosto 2007 consid. 4.1.

26 Sentenza TF 2C_112/2021 del 2 dicembre 2021 consid. 8 (caso Quadroni).

27 DTF 125 II 497 consid. 3cc/dd pagg. 503 segg.

28 DTF 125 II 497 consid. 3dd pagg. 405 segg.

attenzione è richiesto, ad esempio, nel cosiddetto giornalismo d'inchiesta oppure quando in un servizio vengono rivolte gravi accuse nei confronti di una persona²⁹. Ne consegue che diligenza giornalistica richiesta deve essere proporzionata alle possibili conseguenze di una trasmissione.

Come si può quindi constatare, il margine di azione, di esame e di decisione dell'Autorità di ricorso è limitato. Su tale punto il Tribunale federale vigila con occhio attento, ragion per cui non di rado l'AIRR viene smentita³⁰. Sullo sfondo di ciò si collocano l'articolo 17 capoverso 1 e l'articolo 93 capoverso 3 Cost. nonché l'articolo 6 capoverso 2 LRTV, che proteggono ampiamente la libertà della radio e della televisione. La libertà dei media e dei programmi può essere limitata soltanto nella misura dello stretto necessario e l'AIRR non può trasformarsi in una sorta di «caporedattore» che ingerisce, di conseguenza condizionandola, nell'autonomia in materia di programmi³¹, costituzionalmente garantita. In altri termini: si vuole evitare che i nove membri dell'Autorità indipendente di ricorso³² influenzino direttamente lo stile, la natura e i temi dell'attività giornalistica. Se, come qui già evocato, con l'articolo 4 LRTV il legislatore ha stabilito solo le esigenze minime di programma, è del tutto logico che all'AIRR sia permesso intervenire solo in misura altrettanto minima.

Considerate tali premesse, l'AIRR può vigilare efficacemente sul rispetto del mandato di programma nei confronti dei media elettronici e influire su una qualità di programma compatibile con il mandato? Di fatto essa esprime giudizi (a) soltanto con un margine di manovra limitato, tiene conto (b) unicamente dell'effetto complessivo di un servizio e decide (c) solo sotto forma constatativa. Risponderei alla domanda in modo affermativo.

La limitazione del potere dell'AIRR non soltanto è prescritta dal diritto, ma anche opportuna. Contribuisce a concretizzare l'indipendenza e l'autonomia della radiotelevisione nella concezione dei programmi, ancorata nella Costituzione³³. Dato che alla sua attività sono già imposti i ricordati limiti, è importante che l'Autorità di ricorso, nell'esercizio della sua autonomia legalmente protetta³⁴, non si ponga essa stessa – consapevolmente o inconsapevolmente – ulteriori restrizioni. In questo contesto, più che le questioni di natura legale, giocano un ruolo i fattori culturali.

In questo contesto, un primo «fattore di rischio» è il disagio insito in qualsiasi valutazione di prodotti intellettuali. Poiché i concetti di «qualità» o di «accettabilità» sono diventati oggi quasi non oggettivabili, è ovvio il timore che le proprie preferenze soggettive pos-

29 Ad es. DTF 137 I 340 consid. 3.2; decisione dell'AIRR b. 586 del 17 ottobre 2008 consid. 3.2, confermata dalla sentenza TF 2C_291/2009 del 12 ottobre 2009.

30 Ad es. sentenza TF 2C_112/2021 del 2 dicembre 2021 (caso Quadroni).

31 Art. 93 cpv. 3 Cost.

32 Questo principio vale anche per i giudici federali nella successiva procedura di ricorso.

33 Art. 93 cpv. 3 Cost.

34 Art. 93 cpv. 5 Cost.

sano essere trasformate in criteri di giudizio. Come è naturale, questo crea una sorta di reticenza preventiva nell'esprimere giudizi negativi, e ciò vale anche per i servizi radiotelevisivi. Le valutazioni del diritto dei programmi si basano tuttavia su un concetto procedurale di qualità, privo per quanto possibile di coloriture estetico-soggettive. Elementi di per sé irrilevanti sono, ad esempio, le preferenze, le intenzioni o le sensibilità individuali di chi realizza i programmi, dei ricorrenti o, ancora delle persone giudicanti. Il parametro di base è costituito dall'articolo 4 LRTV, che contiene sia divieti (cpv. 1 e 3) che principi (cpv. 2 e 4). Tenuto conto di queste disposizioni, il principio della corretta presentazione di fatti e avvenimenti, della pluralità, nonché del diritto del pubblico di potersi formare una propria opinione rivestono una rilevanza pratica molto maggiore. Sicuramente, però, i riferimenti dell'articolo 4 LRTV sono più perentori nel tono che non precisi nel contenuto. Si tratta in fondo di concetti giuridici non definiti che necessitano un'interpretazione. La loro applicazione al singolo caso richiede accuratezza analitica, precisione argomentativa e coerenza. In tale contesto sono particolarmente importanti il carattere pubblico e contraddittorio delle deliberazioni dell'AIRR come pure una dialettica efficace e trasparente in seno all'autorità stessa³⁵. In relazione alla suddetta attenzione metodologica, si deve inoltre mirare a una distinzione tra la valutazione secondo i criteri di cui all'articolo 4 LRTV e la considerazione dell'effetto complessivo del servizio sul pubblico. Questo è particolarmente importante dato che il riferimento al «livello medio» degli ascoltatori o spettatori è insidioso, non trattandosi di una grandezza empiricamente definibile o verificabile, bensì di un elemento determinato in modo soggettivo. La valutazione dell'effetto ipotetico di una trasmissione su un altrettanto ipotetico pubblico medio richiede particolare diligenza, altrimenti si incorre per finire nel rischio di identificare la propria opinione con quella dello spettatore o dell'ascoltatore medio.

Da ultimo un tema che avrebbe sicuramente meritato maggiore attenzione. Si tratta del possibile timore che la constatazione di una violazione del diritto in materia di programmi possa produrre conseguenze per la libertà dei media, ovvero generare una sorta di chilling effect ai sensi della giurisprudenza europea relativa all'articolo 10 CEDU³⁶. Una decisione dell'AIRR potrebbe comportare, pro futuro, una limitazione della libertà dei programmi nel caso in cui venisse strumentalizzata dal ricorrente oppure da altri gruppi. È proprio per il timore di un simile scenario che si potrebbe piuttosto propendere per non ammettere una violazione del diritto dei programmi. Un ulteriore motivo di autolimitazione potrebbe scaturire da una concezione della libertà dei media che non considera l'ordinamento giuridico e le istanze giudiziarie come punti di riferimento e di protezione della suddetta libertà ma, piuttosto, come possibili strumenti della sua limitazione, a maggior ragione quando a intervenire è un'istanza esterna alla sfera redazionale, aziendale o professionale. Va da sé che tali timori non sono diffusi soltanto nel mondo me-

35 Il che realmente avviene, come testimoniano le non infrequenti decisioni dell'AIRR prese non all'unanimità ma a maggioranza.

36 Cfr. ad es. decisione della CEDU «Bédat c. Suisse», n. 56925/08, del 29 marzo 2016, n. 79–81.

diatico, ma anche in altri. Ad esempio, il settore sanitario è spesso convinto che la giustizia non sia in grado di comprendere adeguatamente le questioni mediche. In generale, è difficile che un gruppo professionale, a maggior ragione se ha una forte identità, veda di buon grado una valutazione del proprio operato effettuata da soggetti esterni.

A questo proposito, occorre ricordare che, nell'applicazione del diritto dei programmi, l'AIRR non deve proteggere né i ricorrenti né le emittenti, bensì soltanto il pubblico. L'articolo 4 capoverso 2 LRTV è esplicitamente incentrato sul diritto del pubblico a formarsi una propria opinione; il capoverso 4 della stessa norma sul diritto alla pluralità. Il Tribunale federale e l'AIRR ribadiscono che non è determinante il punto di vista dei ricorrenti o dei professionisti dei media, bensì quello dello spettatore «medio»³⁷. Inoltre è rilevante solo il contenuto diffuso e non l'intenzione di chi lo ha realizzato. Infine, ancora una volta va sottolineato che le decisioni dell'AIRR hanno carattere di mera constatazione, senza alcun effetto sanzionatorio³⁸. Considerate queste circostanze è difficile pensare a un effetto intimidatorio nei confronti dell'emittente o del giornalista. Va per concludere rilevato che l'AIRR, come qualsiasi altra istanza preposta all'applicazione del diritto, può e deve prendere le sue decisioni senza riguardo per le loro conseguenze ipotetiche o per il grado di accettazione delle parti e/o dei diversi soggetti sociopolitici. In un momento di intenso confronto a proposito dell'ambito radiotelevisivo pubblico è bene ricordarlo.

37 Ad es. DTF 134 I 2 consid. 3.3.2, pag. 7; sentenza TF 2C_859/2022 del 20 settembre 2023 consid. 5.5.3.

38 Cfr. decisione della CEDU «Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft et autres contre la Suisse», n. 68995/13, del 12 novembre 2019, n. 72-79.

Vom Dürfen, Können und Wagen: Gedanken über den Entscheidungs- spielraum der UBI

Betrachtet man einen grossen Teil der bei der UBI eingereichten Beschwerden, darf man eine Hypothese anstellen. Wer sich an diese Instanz wendet, glaubt wohl, dass sie über mehr Gestaltungsspielraum verfügt als dies tatsächlich der Fall ist. Anders gesagt, dass sie im allgemein verstandenen Sinn urteilen darf, nicht nur feststellend, sondern auch anordnend, nicht nur sagend, sondern auch verfügend. So ist es hingegen nicht: Heisst die UBI eine Beschwerde gut, kann sie lediglich von der verantwortlichen Rundfunkveranstalterin verlangen, dass sie (a) den Mangel behebt, (b) Massnahmen trifft, damit sich dieser nicht wiederholt, und (c) die Beschwerdeinstanz über die getroffenen Vorkehrungen unterrichtet¹. Die UBI hat somit keinen Verfügungsspielraum. Gleichzeitig steht es der Veranstalterin frei zu entscheiden, wie sie einer durch die UBI festgestellte Programmrechtsverletzung nachzukommen gewillt ist. In der Praxis sorgt sie – in den allermeisten Fällen handelt es sich um die SRG – dafür, dass dem Entscheid der UBI intern Rechnung getragen und gleichzeitig das Publikum diesbezüglich aufgeklärt wird. Ebenso informiert die Veranstalterin ihre Mitarbeitenden und thematisiert die Angelegenheit im Rahmen der internen Ausbildung und Qualitätskontrolle. Ist die UBI mit den getroffenen Vorkehrungen nicht zufrieden, teilt sie dies der Veranstalterin mit. Die Beschwerdeinstanz könnte beim Departement beantragen, die Konzession einzuschränken, zu suspendieren oder zu entziehen². Ebenso dürfte sie dem UVEK vorschlagen, ein Programm zu verbieten oder die Sendetätigkeit an Auflagen zu knüpfen³. Bei wiederholten schweren Verstössen gegen Art. 4 Abs. 1 bzw. 3 sowie Art. 5 RTVG wäre es der UBI sogar erlaubt, beim UVEK ein Sende- und Verbreitungsverbot zu beantragen⁴.

In ihrer urteilenden Tätigkeit beschränkt sich die UBI jedoch darauf, eine Programmrechtsverletzung festzustellen⁵. Ihre Rolle ist somit primär mahnend-deklarativ und sie selbst kann nichts erzwingen. Die Urteile der UBI haben durchaus einen juristischen Feststellungscharakter, aber deren Tragweite ist grösstenteils als symbolisch-kommunikativ⁶ einzustufen. In unserer auf das Höchste mediatisierten Gesellschaft und in einem

1 Art. 89 Abs. 1 lit. a RTVG.

2 Art. 89 Abs. 1 lit. b RTVG.

3 Art. 89 Abs. 2 RTVG.

4 Art. 97 Abs. 4 RTVG.

5 Art. 89 Abs. 1 RTVG.

6 Selbstredend kann ein UBI-Erscheid z. B. einen Rechtsstreit zivilrechtlicher Natur beeinflussen, wenn es darum geht, Fragen wie diejenige der «Sorgfalt» bzw. der Verhältnismässigkeit zu beantworten. Dies könnte wiederum eine rechtliche Wirkung auslösen, etwa bezüglich Schadenersatzforderungen.

gesellschaftspolitisch sensiblen Kontext – wie demjenigen der Medien – ist dies bestimmt nicht zweitrangig. Die UBI übt eine Art «soft power» aus, die von vielen Beschwerdeführern als ungenügend wirksam wahrgenommen wird⁷. Umso mehr kann eine solche Auffassung bei Personen entstehen, welche – des Öfteren im Alleingang – der grössten elektronischen Medienveranstalterin der Schweiz vor der UBI gegenüberstehen⁸. Anzuführen ist jedoch, dass in letzter Zeit die Zahl von anwaltlich vertretenen Parteien zugenommen hat, woraus geschlossen werden könnte, dass sie von ihren Rechtsvertretern über den Spielraum der UBI informiert worden sind.

Eingeschränkt wird die UBI nicht nur durch die reduzierten praktischen Auswirkungen ihrer Entscheide, sondern auch durch den ihr zustehenden Rechtsrahmen. Die Beschwerdeinstanz kann nur auf das Programmrecht zurückgreifen, ein «Minimalrecht» vom Gesetz explizit als solches bezeichnet⁹. Eng ist, und darauf werde ich zurückkommen, auch ihr Entscheidungsspielraum, wenn es darum geht, eine allfällige Programmrechtsverletzung zu bewerten. Die UBI überprüft somit die beschwerdegegenständlichen Programme nicht anhand des gesamten Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts, sondern misst lediglich deren Vereinbarkeit mit den in Frage kommenden Programmrechtsbestimmungen, insbesondere mit Art. 4 RTVG. Letztere Norm konkretisiert den Auftrag von Art. 93 BV, welcher unter anderem eben Sachgerechtigkeit und Vielfalt vorschreibt¹⁰.

Die soeben erwähnte Verfassungsbestimmung formuliert den an Radio und Fernsehen insgesamt gerichteten «Leistungsauftrag»¹¹. Die der UBI gemäss RTVG zustehende Programmaufsicht dient dazu, diesen Leistungsauftrag zu konkretisieren¹². In der Realität wird die verfassungsmässige Mission der elektronischen Medien durch die Veranstalterin selbst verwirklicht. Mit der UBI wird lediglich die Möglichkeit geschaffen, die Vereinbarkeit der Programme mit dem Verfassungsauftrag¹³ nachträglich überprüfen zu lassen.

Der Radio und Fernsehen betreffende Verfassungsartikel umschreibt in seinem Abs. 5 die sogenannte Programmaufsicht. Diese dient dem Schutz der unverfälschten Willens- und Meinungsbildung der Öffentlichkeit und nicht in erster Linie der Durchsetzung privater Anliegen¹⁴. Besagte Aufsicht ist allerdings begrenzt: «Ein aufsichtsrechtliches Eingreifen des Staates in den pluralistischen Meinungsbildungsprozess rechtfertigt sich nur im Rahmen einer Interessenabwägung zwischen der Programmfreiheit des Veranstalters

7 Dies gilt umso mehr, als die Beschwerdeführer über die von der Veranstalterin getroffenen Massnahmen i.S. vom Art. 89 RTVG nicht informiert werden.

8 Eine interessante Frage ist diejenige nach dem Grund, weshalb vor der UBI Unternehmen, wichtige Parteien, bekannte Persönlichkeiten oder sozialrelevante Institutionen als Beschwerdeführer fast völlig fehlen.

9 Art. 4 RTVG trägt den expliziten Titel «Mindestanforderungen an den Programminhalt».

10 Art. 93 Abs 2 BV.

11 Graber Christoph Beat/Steiner Thomas, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, N7 ad Art. 93.

12 Graber/Steiner, op. cit., N27 ad Art. 93.

13 Art. 93 Abs. 2 BV.

14 Vgl. BGE 134 II 260 E. 6.2, S. 262, 149 II 209 E. 3.3 S. 211f.

einerseits und der Informationsfreiheit des Publikums bzw. anderer verfassungsmässiger Rechte andererseits (...). Eingriffe (...) sollen nicht über das hinausgehen, was zur Realisierung des Programmauftrags und des pluralistischen Wettbewerbs der Meinungen nötig erscheint.»¹⁵

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterstreicht: «Eine rundfunkrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht schon dann vor, wenn im Nachhinein und losgelöst von jedem zeitlichen Druck festgestellt werden kann, dass ein Beitrag anders und überzeugender hätte gestaltet werden können, sondern nur, wenn die programmrechtlichen Mindestanforderungen bezüglich des Sachgerechtigkeits-, Transparenz- und Vielfaltsgebots bzw. des kulturellen Mandats verletzt worden sind. Andere, untergeordnete Unvollkommenheiten fallen in die redaktionelle Verantwortung des Veranstalters und sind durch dessen Programmautonomie gedeckt»¹⁶. Die UBI übt deswegen keine Fachaufsicht aus, sondern hat sich auf eine Programmrechtskontrolle zu beschränken¹⁷.

In Hinblick auf den Handlungsspielraum der UBI ist ebenso zu erwähnen, dass sie von sich aus nicht tätig werden kann. Ihre Aktivierung setzt die Einreichung einer Beschwerde durch eine dazu legitimierte Partei voraus¹⁸. Die UBI kann somit nur reagieren und nicht agieren: Handeln von Amtes wegen ist ihr nicht gestattet¹⁹. Interessant ist diesbezüglich der Vergleich mit dem Presserat, also mit derjenigen Institution, welche auch, vorab bei den Printmedien, die Einhaltung der Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalisten überwacht (sog. Journalistenkodex)²⁰. Der Presserat kann, mit Mehrheitsentscheid seiner Mitglieder, einen Fall oder ein Thema *motu proprio* aufnehmen²¹. Ein solches Vorgehen ist der UBI hingegen nicht möglich. Das Verbot, von Amtes wegen vorzugehen, wird aber immerhin durch die Möglichkeit abgeschwächt, bei öffentlichem Interesse auf eine Beschwerde einzutreten, auch wenn diese nicht alle Formerfordernisse einhält, vorausgesetzt allerdings, dass sie rechtzeitig eingereicht worden ist²².

In diesem Zusammenhang ist auch daran zu erinnern, dass die UBI jährlich zwischen 30 und 40 Beschwerden materiell anlässlich von öffentlichen Beratungen zu beurteilen hat. Angesichts der Gesamtzahl ausgestrahlter Programme und der Publikumszahlen handelt es sich demzufolge bei den elektronischen Medien um einen Bereich innerhalb des Gesellschaftslebens, der die wenigsten Rechtsstreitigkeiten produziert. Radio, Fernsehen und Online-Medien stehen zwar im Zentrum der Individual- sowie gesellschafts-

15 BGE 134 I 2 E. 3.2.2; ähnlich BGE 137 I 167 E. 3.2.

16 BGE 134 I 2 E. 3.2.2; BGer-Entscheid 2C_859/2022 vom 20. September 2023 E. 5.4.

17 BGer-Entscheid 2C_383/2016 vom 26. Oktober 2016 E. 2.5.

18 Art. 94 RTVG.

19 Art. 86 Abs. 5 RTVG.

20 Siehe www.presserat.ch. Wenn auch ohne gesetzliche Grundlage und Weiterzugsmöglichkeit sowie auf privatrechtlicher Basis funktionierend, übt der Presserat eine der UBI im Grunde genommen vergleichbare Funktion aus.

21 Art. 7 Abs. 2 des Geschäftsreglements des Schweizer Presserats.

22 Art. 96 Abs. 1 RTVG.

politischen Interessen, und dies oftmals in kontroverser Weise. Allerdings erfolgt der Schritt zur formellen Auseinandersetzung in der vom RTVG vorgesehenen Form bis heute dann doch nur sehr selten, und dies trotz des einfachen und kostenfreien Verfahrens²³. Nicht unerwähnt bleiben kann aber, dass die Tätigkeit der verschiedenen Ombudsstellen i. S. von Art. 91–93 RTVG wohl manche programmrechtliche Auseinandersetzung vor der UBI vermeidet.

Die Rechtsprechung engt den Spielraum der UBI zusätzlich über die Begriffe «Gesamtwürdigung»²⁴ und/oder «Fehler im Nebenpunkt»²⁵ ein. Damit wird im Programmrecht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip hingewiesen, gleichzeitig jedoch auch eine nicht unerhebliche Relativierung von Mängeln in der Berichterstattung ermöglicht. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz hat somit nicht nur allfällige fragwürdige Elemente eines Beitrags einzeln zu bewerten, sondern muss auch die Gesamtwirkung auf das Publikum berücksichtigen. Ein Entscheid des Bundesgerichts in einem bekannten Fall²⁶ zeigt die potenziell beschränkende Wirkung solcher Kriterien, vor allem in Bezug auf sogenannte Grenzfälle.

Mit Blick auf Programme über Wahlen und Abstimmungen geht die Rechtsprechung demgegenüber einen strengeren Weg²⁷. In diesen Zusammenhängen muss die Veranstalterin eine besondere Sorgfalt walten lassen: «Notamment, et surtout s'il s'agit d'une émission-débats où les sources principales d'information ne sont pas les journalistes, mais les invités, le devoir de diligence journalistique commande une prudence particulière, qui doit porter entre autres sur le choix des participants, sur la manière de poser les questions au cours de la discussion ainsi que sur les mesures à prendre pour garantir le déroulement correct de la discussion et permettre aux opinions en présence de s'exprimer librement».²⁸

Somit verfügt die UBI in Bezug auf Wahl- oder Abstimmungsprogramme über einen grösseren Entscheidungsspielraum. Ist aufgrund solcher Umstände eine erhöhte publizistische Sorgfalt geboten, muss ein Fehler nicht – wie sonst üblich – als besonders relevant eingestuft werden, um eine Programmrechtsverletzung annehmen zu dürfen. Dies gilt übrigens ebenso für andere Bereiche: Eine erhöhte Aufmerksamkeit wird beispielsweise auch beim sogenannten anwaltschaftlichen Journalismus gefordert, oder wenn in einem Beitrag schwere Vorwürfe gegenüber einer Person erhoben werden²⁹. Daraus folgt, dass die erforderliche journalistische diligentia im Verhältnis zu den möglichen Folgen der jeweiligen Sendung stehen muss.

23 Art. 98 RTVG. Vollständigkeitshalber sollten auch allfällige zivil- und strafrechtliche Auseinandersetzungen miteinbezogen werden. Die Seltenheit prozessualer Rechtsstreite im Rahmen von Radio- und Fernsehprogrammen bleibt jedoch evident.

24 Z. B. BGE 132 II 290 E. 2.2, S. 293; UBI-Entscheid b. 961 vom 2. November 2023 E. 4.2.

25 Z. B. BGer-Entscheid 2C_406/2017 vom 27. November 2017 E. 4.1; UBI-Entscheid b. 550 vom 31. August 2007 4.1.

26 BGer-Entscheid 2C_112/2021 vom 2. Dezember 2021 E. 8 (Fall Quadroni).

27 BGE 125 II 497 E. 3cc/dd S. 503ff.

28 BGE 125 II 497 E. 3dd S. 405f.

29 Z. B. BGE 137 I 340 E. 3.2; UBI-Entscheid b. 586 vom 17. Oktober 2008 E. 3.2, bestätigt durch BG^{er}-Entscheid 2C_291/2009 vom 12. Oktober 2009.

Wie gezeigt, sind Aktions-, Prüfungs- und Entscheidungsspielraum der Beschwerdeinstanz begrenzt. Darüber wacht das Bundesgericht mit Argusaugen, sodass die UBI nicht allzu selten aus Lausanne zurückgepiffen wird³⁰. Im Hintergrund stehen Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 BV sowie Art. 6 Abs. 2 RTVG, welche die Freiheit von Radio und Fernsehen weitestgehend schützen. Die Medien- resp. Programmfreiheit kann nur so weit wie unbedingt nötig begrenzt werden und die UBI darf nicht zu einer Art «Chef-redaktion» verkommen, welche sich in die verfassungsmässig gewährleistete Programmautonomie³¹ einmischt und diese dadurch tangiert. Anders gesagt: Man will vermeiden, dass die neun Mitglieder der Unabhängigen Beschwerdeinstanz³² Stil, Art und Themen der journalistischen Tätigkeit unmittelbar beeinflussen. Hat der Gesetzgeber mit Art. 4 RTVG aber, wie bereits ausgeführt, nur minimale Programmanforderungen festgesetzt, so ist es nur folgerichtig, dass der UBI ein nur ebenso minimales Eingreifen gestattet ist.

Kann die UBI unter diesen Bedingungen die Einhaltung des an die elektronischen Medien gerichteten Programmauftrags effektiv überwachen und eine auftragskohärente Programmqualität beeinflussen? Schliesslich urteilt sie (a) nur mit beschränktem Spielraum, berücksichtigt (b) nur die Gesamtwirkung eines Beitrags und entscheidet (c) nur feststellend und nicht anordnend. Ich würde diese Frage bejahen.

Die Machtbeschränkung der UBI ist nicht nur rechtlich vorgeschrieben, sondern auch opportun. Sie trägt dazu bei, die verfassungsmässig verankerte³³ Unabhängigkeit und Programmautonomie von Radio und Fernsehen zu verwirklichen. Sind ihrer Tätigkeit bereits solche Grenzen gesetzt, ist es allerdings wichtig, dass sich die Beschwerdeinstanz bei der Wahrnehmung ihrer eigenen rechtlich geschützten³⁴ Autonomie nicht – bewusst oder unbewusst – selbst zusätzlich einengt. Dabei spielen weniger Rechtsfragen als vielmehr kulturelle Faktoren eine Rolle.

Ein erster «Risikofaktor» ist in diesem Zusammenhang das einer jeden Beurteilung von intellektuellen Produkten innewohnende Unbehagen. Da Begriffe wie «Qualität» oder «Zumutbarkeit» heutzutage beinahe unobjektivierbar geworden sind, liegt die Befürchtung nahe, dass die eigenen subjektiven Vorlieben in Beurteilungsspielräume verwandelt werden könnten. Naturgemäss entsteht dadurch eine Art vorsorgliche Zurückhaltung, negative Bewertungen auszusprechen, was auch für Radio- und Fernsehbeiträge gilt. Programmrechtliche Einschätzungen stützen sich jedoch auf einen prozeduralen Qualitätsbegriff, der möglichst frei von ästhetisch-subjektiven Färbungen sein sollte. An und für sich irrelevant sind etwa individuelle Vorlieben, Absichten oder Empfindlichkeiten der Programmschaffenden bzw. der Beschwerdeführenden oder der beurteilenden Perso-

30 Z. B. BGer-Entscheid 2C_112/2021 vom 2. Dezember 2021 (Fall Quadroni).

31 Art. 93 Abs. 3 BV.

32 Dies gilt auch, im späteren Rechtsmittelverfahren, für die urteilenden Bundesrichter.

33 Art. 93 Abs. 3 BV.

34 Art. 93 Abs. 5 BV.

nen. Den Grundparameter dafür setzt Art. 4 RTVG, der gleichzeitig Verbote (Abs. 1 und 3) und Gebote (Abs. 2 und 4) enthält. Mit Blick auf diese Bestimmungen haben Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebot sowie das Recht des Publikums, sich eine eigene Meinung bilden zu können, die weit grössere praktische Relevanz. Zugegebenermassen sind die Hinweise von Art. 4 RTVG jedoch eher peremptorisch im Ton als präzise im Inhalt. Im Grunde genommen handelt es sich um auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe. Deren fallbezogene Anwendung erfordert analytische Sorgfalt, argumentative Präzision und Kohärenz. In diesem Zusammenhang besonders wichtig sind der öffentliche und kontradiktorische Charakter der Beratungen der UBI sowie eine effektive und transparente Dialektik innerhalb der Behörde³⁵. Im Verhältnis zu der soeben erwähnten methodologischen Aufmerksamkeit ist überdies eine Trennung zwischen der Beurteilung nach den von Art. 4 RTVG verlangten Kriterien und der Berücksichtigung der Gesamtwirkung des Beitrags auf das Publikum anzustreben. Dies scheint umso wichtiger, als der Hinweis auf «Durchschnittlichkeit» der Zuhörenden bzw. Zuschauenden heikel ist, weil es sich dabei nicht um eine empirisch definier- bzw. verifizierbare Grösse, sondern um eine subjektiv ermittelte Gegebenheit handelt. Die Bewertung der hypothetischen Wirkung einer Sendung auf ein ebenso hypothetisches Durchschnittspublikum erfordert eine besondere Sorgfalt, ansonsten das Risiko besteht, letztlich die eigene Meinung mit derjenigen des Durchschnittszuschauers oder Zuhörers zu identifizieren.

Zuletzt ein Thema, welches gewiss eine umfassendere Aufmerksamkeit verdient hätte. Es geht um die mögliche Befürchtung, die Feststellung einer Programmrechtsverletzung könnte Folgen für die Medienfreiheit zeitigen, d. h. eine Art chilling effect im Sinne der europäischen Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK³⁶ auslösen. Ein UBI-Entscheid könnte, pro futuro, eine Begrenzung der Programmfreiheit bewirken, wenn sie durch den Beschwerdeführer oder aus anderen Kreisen instrumentalisiert würde. Gerade aus Furcht vor einem solchen Szenario wäre man gegebenenfalls geneigt, eine Programmrechtsverletzung eher nicht anzunehmen. Ein weiteres Selbstbegrenzungsmotiv könnte aus einem Verständnis der Medienfreiheit entstehen, welches Rechtsordnung und Rechtsinstanzen letztlich nicht als Stütz- und Schutzpunkte besagter Freiheit ansieht, sondern vielmehr als mögliche Instrumente zu ihrer Begrenzung – erst recht, wenn eine redaktions-, unternehmens- oder berufsexterne Instanz am Werk ist. Derartige Ängste sind selbstredend nicht nur in der Medienwelt, sondern auch in anderen Bereichen anzutreffen. Das Gesundheitswesen beispielsweise ist oft überzeugt, dass die Justiz medizinische Fragen nicht gebührend zu verstehen vermag. Allgemein ist kaum eine Berufsgruppe – umso mehr, wenn sie eine starke Identität besitzt – erfreut, wenn Externe ihre Arbeit bewerten.

35 Welche übrigens tatsächlich stattfindet, wie die nicht seltenen Mehrheitsbeschlüsse der UBI bezeugen.

36 Siehe z. B. EGMR-Entscheid «Bédat c. Schweiz», Nr. 56925/08, vom 29. März 2016, Ziff. 79-81.

Hier muss jedoch daran erinnert werden, dass die UBI bei der Anwendung des Programmrechts weder die Beschwerdeführenden noch die Programmveranstalterinnen, sondern lediglich das Publikum zu schützen hat. Art. 4 Abs. 2 RTVG bezweckt explizit das Recht des Publikums auf eigene Meinungsbildung und Abs. 4 derselben Norm dasjenige auf Vielfalt. Bundesgericht und UBI halten fest, dass nicht der Standpunkt der beschwerdeführenden Person oder der Medienschaffenden entscheidend ist, sondern derjenige des «durchschnittlichen» Zuschauers³⁷. Ausserdem ist nur das Ausgestrahlte von Relevanz, nicht hingegen die Absicht der Programmschaffenden. Schliesslich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die UBI-Entscheide lediglich Feststellungscharakter haben, ohne jegliche Sanktionswirkung³⁸. Unter diesen Umständen ist es schwierig, an einen Einschüchterungseffekt gegenüber der Veranstalterin oder dem Journalisten zu denken. Abschliessend ist festzuhalten, dass die UBI – wie jede andere rechtsanwendende Instanz – ihre Entscheide ohne Rücksicht auf deren hypothetische Folgen oder Akzeptanz bei den Verfahrensparteien und/oder den verschiedenen gesellschaftspolitischen Akteuren treffen kann und muss. In einer Zeit intensiver Auseinandersetzung mit dem öffentlichen Radio- und Fernsehwesen ist es sinnvoll, daran zu erinnern.

37 Z. B. BGE 134 I 2 E. 3.3.2, S. 7; BGer-Entscheid 2C_859/2022 vom 20. September 2023 E. 5.5.3.

38 Vgl. EGMR-Entscheid SRG c. Schweiz, Nr. 68995/13, vom 12. November 2019, Ziff. 72-79.



Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression ? Suites de l'ATF 149 I 2

Yaniv Benhamou

Membre de AIEP, avocat, Professeur de droit du numérique et de l'information à l'Université de Genève

Table des matières

1. Introduction.....	33
2. ATF 149 I 2 (suppression de commentaires sur les forums en ligne).....	33
2.1 Résumé de l'arrêt	34
2.2 Critiques	35
2.3 Réponses aux critiques	36
3. Conditions à la suppression des commentaires sur les forums en ligne	38
3.1 Remarques préalables : décision d'ouvrir la colonne de commentaire.....	38
3.2 Base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst.	39
3.2.1 Examen de la base légale comme 1 ^{ère} condition	39
3.2.2 Base légale formelle ou matérielle.....	39
3.2.3 Netiquette comme base légale.....	40
3.2.4 Protection civile ou pénale de la personnalité et LRTV comme base légale.....	41
3.3 Intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.	44
3.4 Proportionnalité au sens de l'art. 36 al. 3 Cst.	45
3.5 Casuistique : tentative de catégorisation des cas de suppression de commentaires	46
4. Recommandations et conclusion.....	48

Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression ? Suites de l'ATF 149 I 2¹

1. Introduction

Les réseaux sociaux et autres forums en ligne sont de plus en plus utilisés par les jeunes et les moins jeunes comme source d'information et/ou pour s'exprimer et commenter l'actualité à travers des commentaires. Cela concerne aussi bien les forums en ligne privés (p.ex. compte Instagram individuel d'un-e internaute) (ci-après « médias privés ») que les forums en ligne de radiodiffuseurs suisses soumis à la surveillance LRTV (p.ex. compte Instagram de SRF News) (ci-après « médias traditionnels »). En effet, la SSR (ou tout autre radiodiffuseur suisse soumis à la surveillance LRTV) utilise souvent les réseaux sociaux pour communiquer ses publications et permettre au public de réagir. Les commentaires peuvent être illicites lorsqu'ils contreviennent au cadre légal, par exemple des commentaires haineux ou offensants violant les normes civiles ou pénales, ou véhiculant de fausses informations contraires au principe d'objectivité. Ils peuvent être aussi « indésirables » au sens des règles internes des médias traditionnels (appelées souvent « Netiquette ») ou des conditions générales d'utilisation (CGU) des médias privés lorsqu'ils contreviennent à ces règles, par exemple des commentaires jugés choquants ou immoraux. Ces commentaires illicites et/ou indésirables peuvent être alors retirés et les comptes bloqués en cas de violation du cadre légal et/ou des règles internes. Cette suppression des commentaires ou le blocage de comptes pose la question de la modération des forums en ligne et des commentaires, en particulier du contrôle judiciaire de cette modération y compris de la désinformation. Cette question a été traitée dans l'ATF 149 I 2, mais beaucoup de points restent encore à clarifier. La présente contribution vise à faire le point.

2. ATF 149 I 2 (suppression de commentaires sur les forums en ligne)

Avant l'ATF 149 I 2, les commentaires et autres contenus générés par les utilisateurs (*user generated content*, UGC) publiés sur les forums en ligne des médias traditionnels étaient

1 Cette contribution a été développée dans un autre article « Contrôle judiciaire des commentaires en ligne et de la désinformation » de la Semaine judiciaire avec l'ajout de chapitres III et IV (contrôle judiciaire des forums publics et privés). Les propos contenus dans la présente contribution n'engagent que son auteur. L'auteur remercie vivement Prof. Bertil Cottier ainsi que les membres de l'AIEP, dont M. Armon Vital (membre de l'AIEP) et M. Pierre Rieder (secrétaire général de l'AIEP) pour leurs commentaires sur ce sujet ainsi que M. Ilya Skurikhin (auxiliaire de recherche au Digital Law Center) pour son aide à la finalisation du manuscrit.

considérés comme non soumis aux règles en matière de programme et de surveillance LRTV, mais uniquement soumis aux règles internes du média concerné communiquées sous forme de « Netiquette » (règles internes de la SSR qui définissent les bonnes pratiques de communication sur Internet)². L'organisme de médiation de la SSR jugeait toutefois important que la SSR filtre ou corrige les commentaires problématiques à travers sa Netiquette (p.ex. contenus malveillants ou tendanciellement racistes), afin que le public puisse continuer de s'exprimer sur ces forums³. Dans l'ATF 149 I 2, le TF a renversé cette conception et reconnu la compétence de l'AIEP pour juger de la modération des commentaires en ligne par les médias traditionnels au motif que les commentaires des internautes forment une unité avec la rédaction et font ainsi aussi partie des « autres services journalistiques » de la SSR. Depuis, l'AIEP doit juger, sur plainte, si la suppression de tels ou tels commentaires est admissible.

2.1 Résumé de l'arrêt

En 2021, une internaute a posté un commentaire sur le compte Instagram de la SSR répondant à un article de SRF News « *Deutschland schafft kostenlose Corona-Tests ab* » (L'Allemagne supprime les tests Covid gratuits). Le commentaire a été supprimé quelques heures plus tard par la rédaction de SRF News au motif qu'il était incompatible avec la « Netiquette ». L'auteure du commentaire a d'abord saisi l'organe de médiation de la SSR puis l'AIEP qui n'est pas entrée en matière sur la plainte de l'intéressée.⁴

Le TF admet le recours et la compétence pour juger si la suppression de commentaires était admissible. Pour fonder une telle compétence, le TF considère que les commentaires font partie des « autres services journalistiques » (« *übriges publizistisches Angebot (üPA)* ») de la SSR (tâche publique soumise à concession) qui permettent d'échanger des avis au sujet de la contribution rédactionnelle en question et forment une unité avec la rédaction⁵. Si la SSR met à disposition de tels forums d'expression en dehors de ses programmes, elle doit le faire conformément aux droits fondamentaux et tenir compte de son rôle de fournisseur

2 Message LRTV, ch. 2.2.2; CF, Rapport Cadre juridique, p. 9; cf. Schürch, rappelant que la SSR connaît deux types de Netiquette: (i) l'une applicable aux UGC publiés sur le site de la SSR, lorsque l'option « commenter » est ouverte; (ii) l'autre applicable aux UGC publiés sur les réseaux sociaux de la SSR. Dans cette dernière la SSR réserve le droit d'effacer tout commentaire ou de bloquer l'accès aux pages SSR lorsque les contenus suivants sont publiés.

3 CF, Rapport cadre juridique; OFCOM, Netiquette SRF, examinant la pratique de la SSR en lien avec la modération d'UGC publié sur le site internet de la SSR, recommandant d'informer les utilisateurs lorsque des commentaires sont effacés ou ne sont pas publiés.

4 ATF 149 I 2 p. 3.

5 ATF 149 I 2 consid. 2.2.3 (« Die Kommentarfunktion zu den Social-Media-Beiträgen im übrigen publizistischen Angebot (üPA) steht in engem Zusammenhang mit den der SRG diesbezüglich übertragenen und aus den Radio- und Fernsehgebühren finanzierten konzessionsrechtlichen Aufgaben im Programmbereich [...]. Sie dient dem Meinungsaustausch und der Meinungsbildung rund um einen redaktionellen Beitrag der SRG in ihrem übrigen publizistischen Angebot (üPA) und bildet eine Einheit mit diesem, weshalb ihre Beschränkung funktional die entsprechende öffentlichrechtliche Rechtsnatur teilt »).

titulaire d'une concession dans le domaine de la radio-TV⁶. En supprimant des commentaires ou en bloquant des comptes individuels, à titre temporaire ou permanent, la SSR porte atteinte à la liberté d'expression des personnes concernées. Une voie de droit respectant les exigences constitutionnelles (article 29a Cst.) doit donc être ouverte⁷. À cet égard, les voies de droit civil et pénal ne sont pas des recours suffisamment effectifs: la suppression d'un commentaire ne constitue pas en principe une atteinte à la personnalité ou à l'honneur ouvrant la voie civile ou pénale et une procédure administrative de surveillance de l'OFCOM est généralement insuffisante⁸. On ne saurait donc envisager une autre voie de droit que l'AIEP (chargée de traiter les plaintes concernant des publications rédactionnelles). Ainsi, si la SSR supprime un commentaire relatif à une contribution rédactionnelle dans le cadre de ses autres services journalistiques, elle accomplit également un acte rédactionnel⁹. La SSR ne peut restreindre la liberté d'expression (dans le domaine de la publicité) que si des motifs importants le justifient¹⁰. L'AIEP doit examiner, sur recours, si la SSR a porté une atteinte admissible à la liberté d'expression de l'auteur d'un commentaire supprimé.

2.2 Critiques

Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques¹¹. Une première critique est que le TF a procédé à une interprétation *contra legem*, puisque le législateur avait précisé lors de la révision LRTV que les commentaires ne font pas partie de l'offre éditoriale nécessitant un contrôle administratif de l'AIEP et que les commentaires ne forment pas une unité avec l'offre journalistique¹². Ils consistent uniquement en des opinions personnelles. Ils ne sont pas conçus pour permettre un dialogue avec la population.

Une deuxième critique est que les voies de recours civiles et pénales sont suffisantes et que le contrôle de la Netiquette est une norme d'auto-régulation, dont l'admissibilité

6 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln und ihrer Rolle als dominierende, von Gesetzes wegen weitgehend aus den Radio- und Fernsehgebühren finanzierte gesamtschweizerisch konzessionierte Anbieterin im Radio- und Fernsehbereich Rechnung tragen »).

7 ATF 149 I 2 consid. 3.1 (« Mit der Löschung von Kommentaren oder dem individuellen, temporären oder dauernden Ausschluss vom Zugang zu ihrem Social-Media-Angebot greift die SRG – unbestrittenermassen – in die Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 2 BV) der betroffenen Personen ein. Im Zusammenhang mit der Anwendung der «Netiquette» muss deshalb ein den Anforderungen von Art. 29a BV genügender Rechtsweg offenstehen »).

8 ATF 149 I 2 consid. 3.2.2 (« Obwohl grundsätzlich auch ein zivilrechtliches Rechtsmittel die Voraussetzungen der Rechtsweggarantie erfüllen kann [...] ist dies im vorliegenden Zusammenhang nur ausnahmsweise der Fall [...] Die Streichung eines Kommentars [...] gegenüber den Kommentierenden in der Regel keine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ff. ZGB oder eine strafrechtlich sanktionierte Ehrverletzung dar »).

9 ATF 149 I 2 consid. 3.3.1 (« Löscht die SRG aktiv einen Kommentar zu einem redaktionellen Beitrag im übrigen publizistischen Angebot (üpa) und greift sie damit in die Meinungsfreiheit der kommentierenden Person ein, liegt hierin – wegen der engen Verbundenheit zwischen dem redaktionellen Beitrag und den Kommentaren dazu [...] ein wertender redaktioneller Akt »).

10 ATF 149 I 2 consid. 2.3.3 (« des contenus publicitaires ne peuvent être refusés qu'en présence de motifs importants tels que la violation d'intérêts prépondérants de tiers [p. ex. contenus discriminatoires, haineux, mettant en danger les mœurs, ou dépréciant les croyances religieuses ou les opinions politiques] »).

11 AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 16; Dumermuth, p. 1042; Sidler, UBI muss behandeln.

12 Message LRTV, ch. 2.2.1 et 2.2; AIEP b. 945/49, Abweichende Meinung, 16.

incombe à l'OFCOM¹³. De plus, chaque personne concernée a le droit de demander à une autorité, ici l'OFCOM, une décision susceptible de recours, ouvrant ainsi la voie légale pour faire valoir ses droits¹⁴.

Une troisième critique est que la liberté d'expression des internautes peut entrer en conflit avec la liberté des médias (dont l'autonomie des programmes, art. 17 et 93 al. 3 Cst)¹⁵.

Une quatrième critique est qu'il semble contraire au système de plainte AIEP de l'étendre aux commentaires en ligne, sachant que le système de plainte de l'AIEP a pour objectif que chacun puisse accéder aux médias, en particulier pendant les périodes de votation et pour assurer des conditions de concurrence équitables dans la campagne électorale et de votation¹⁶. N'importe quel commentaire en ligne semble ainsi éloigné de tels objectifs.

Une cinquième critique est que l'arrêt conduit à qualifier chaque commentaire d'internaute d'offre journalistique. Chaque internaute pourrait ainsi demander à corriger un contenu éditorial jugé inadéquat. Le commentaire devrait aussi se conformer aux règles de programme, ce qui ouvre la voie à une possible avalanche de plaintes auprès de l'AIEP¹⁷.

2.3 Réponses aux critiques

Les critiques émises à l'encontre de l'ATF 149 I 2 sont légitimes et bien étayées. Il est toutefois possible d'y répondre comme suit.

S'agissant de la première critique, l'interprétation des commentaires comme formant une unité journalistique peut être justifiée par le fait que ce ne sont pas les commentaires eux-mêmes qui font partie d'une unité journalistique mais uniquement leur suppression par la SSR, laquelle est qualifiée d'acte rédactionnel¹⁸. Les commentaires permettent par ailleurs bien un dialogue avec la population, chacun pouvant ainsi exprimer ses opinions, ce qui participe à l'offre journalistique.

La compétence de l'AIEP pourrait être par ailleurs limitée aux seuls commentaires formant une unité avec la rédaction. Elle serait ainsi admise lorsque les commentaires répondent à l'article correspondant ou critiquent la position des radiodiffuseurs suisses, mais serait exclue lorsque les commentaires n'ont aucun lien avec l'article correspon-

13 AIEP b. 945/49, *Abweichende Meinung*, 17. L'OFCOM a d'ailleurs procédé à une évaluation de la Netiquette et de la modération des contenus, en recommandant une transparence complète en cas de non-publication pour violation de la netiquette, cf. OFCOM, *Netiquette SRF*.

14 AIEP b. 945/49, *Abweichende Meinung*, 18.

15 AIEP b. 945/49, *Abweichende Meinung*, 16.

16 Dumermuth, p. 1049.

17 AIEP b. 945/49, *Abweichende Meinung*, 19.

18 ATF 149 I 2 consid. 3.3.1 («Lösch die SRG aktiv einen Kommentar [...] liegt hierin – wegen der engen Verbundenheit zwischen dem redaktionellen Beitrag und den Kommentaren dazu [...] ein wertender redaktioneller Akt»).

dant¹⁹. Si cette approche a le mérite d'éviter que tout commentaire quel qu'il soit ne soit soumis à la surveillance LRTV, elle conduirait toutefois à décaler le problème puisque la rédaction puis cas échéant l'AIEP auraient la délicate tâche de déterminer quand un commentaire a un lien avec l'article correspondant. Cela conduirait à complexifier le contrôle judiciaire des commentaires puisque les requérants pourraient contester la compétence de l'AIEP déjà sur cette question.

S'agissant de la deuxième critique, les voies de recours civiles ou pénales semblent bien insuffisantes pour l'auteur du commentaire puisqu'il peut difficilement invoquer une atteinte à la personnalité ou à l'honneur. Ces voies sont encore davantage insuffisantes pour d'autres plaignants, puisque les autres griefs, tels que la désinformation (violation du principe d'objectivité) échappent aux voies civiles et pénales²⁰.

S'agissant de la troisième critique, la liberté d'expression des internautes peut entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux, dont celui de la liberté des médias, ce qui est typique en matière de droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*) et suppose une pesée de intérêts du législateur ou à défaut du juge²¹.

S'agissant de la quatrième critique, si l'arrêt conduit à ce que chaque commentaire doive se conformer aux règles de programme et à un risque d'avalanche de plaintes auprès de l'AIEP, c'est peut-être une bonne chose: chaque auteur d'un commentaire doit se responsabiliser et se demander si son commentaire est pertinent, cas échéant s'il ne véhicule pas de fausse information, d'autant plus qu'il peut ensuite invoquer sa liberté d'expression devant l'AIEP s'il estime que la suppression de son commentaire viole les conditions de l'art. 36 Cst. Ce n'est pas à l'AIEP ni au public de supporter le manque de moyens dont l'administration dispose pour traiter des plaintes. Cette garantie d'accès à un juge indépendant est une tendance à l'international et, vu l'internationalisation des médias et des réseaux sociaux, il semble important que la Suisse suive ces développements²².

Enfin et surtout, maintenant que l'arrêt a été rendu (et publié aux ATF), il convient de l'appliquer, si bien que l'AIEP doit entrer en matière en cas de plainte concernant la suppression de commentaires en ligne sur les forums opérés par la SSR, ce que l'AIEP a fait depuis²³. Précisons encore que le TF se prononcera à nouveau sur ces questions prochainement puisque l'une des décisions de l'AIEP fait actuellement l'objet d'un recours au TF. Il s'agit de la décision b. 966 (« Kim Jong-un reist in kugelsicherem Zug ») dans laquelle

19 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln »).

20 ATF 149 I 2 consid. 3.2.2.

21 Ci-après II. C.

22 Ci-après, Conclusion.

23 AIEP b. 945/949; AIEP b. 960; AIEP b. 966/972. Cf. Oliver Sidler, *medialex* 2024.

l'AIEP a confirmé la légitimité de supprimer un commentaire au motif qu'il portait inutilement atteinte à la personnalité des modérateurs de la rédaction²⁴.

3. Conditions à la suppression des commentaires sur les forums en ligne

3.1 Remarques préalables: décision d'ouvrir la colonne de commentaire

A titre préalable, on peut se demander s'il existe une obligation pour les médias traditionnels d'ouvrir la colonne de commentaires respectivement s'il existe un droit des internautes à commenter les publications, sachant que la pratique des médias suisses est tantôt d'ouvrir la colonne de commentaires tantôt de la fermer ?

Selon nous, la réponse doit être négative. Le TF a précisé que « *si la SSR met à disposition des forums d'expression en ligne, elle doit agir de la manière la plus conforme possible aux droits fondamentaux* » et tenir compte de son rôle de fournisseur titulaire d'une concession radio-TV, sous entendant qu'il n'y a aucune obligation d'exploiter un forum²⁵.

En revanche, si la SSR décide d'ouvrir la colonne de commentaires, elle doit non seulement respecter les conditions de l'art. 36 Cst. pour supprimer les commentaires, mais aussi les règles minimales de la LRTV. Cela concerne par exemple le principe d'objectivité (art. 4 al. 2 LRTV). En particulier, la SSR doit s'assurer que des commentaires ne véhiculent pas de fausses informations () que le public percevrait comme une information objective, et non comme des opinions personnelles²⁶. Cela concerne aussi le principe de non-discrimination (art. 4 al. 1 LRTV). En particulier, la SSR doit s'assurer de traiter tout internaute de la même manière. Or, il semble que la possibilité de commenter les publications de la SSR sur les réseaux sociaux est parfois limitée à certains internautes au détriment d'autres. Par exemple, en avril 2024, il n'était plus systématiquement possible de commenter les publications de RTSinfo sur Instagram²⁷. Certaines Netiquettes SSR n'autorisent par ailleurs que l'allemand standard, à l'exclusion des dialectes²⁸. On pourrait considérer qu'il s'agit d'une atteinte au principe de non-discrimination, voire à la liberté d'information

24 AIEP b. 966/972 consid. 4.6 (« Der Kommentar des Beschwerdeführers beschränkt sich aber nicht auf eine sachliche Kritik von Thema und Fokus des Artikels, sondern greift die verantwortlichen Redaktionsmitglieder von <SRF News> an. [...] Den Fragestil erachtet er als <infantil>, was ein negativ konnotiertes Attribut darstellt »).

25 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 (« Bietet sie solche Foren an und vermischen sich dabei – wie hier – auf ihren Social-Media-Plattformen Beitrag und Nutzerkommentar zu einer Einheit, muss sie grundrechtskonform handeln und ihrer Rolle als [...] konzessionierte Anbieterin im Radio- und Fernsehbereich Rechnung tragen »); Sidler, UBI muss behandeln.

26 Les décisions relatives au principe d'objectivité sont nombreuses. Pour un exemple ATF 137 I 340 consid. 3.1.

Pour le surplus, cf. commentaire LRTV, Masmejan ad art. 4 al. 2.

27 Cf. <https://www.instagram.com/rtsinfo> (22.04.2024). Selon les observations de l'auteur et de ses collaborateurs, les publications de RTSinfo sur Instagram n'étaient ouvertes à commentaires que pour certains utilisateurs et pas pour d'autres, sans qu'il soit clair si ces restrictions proviennent de RTSinfo ou de la plateforme Instagram. Par ailleurs, RTSinfo semble exclure les commentaires pour tous les utilisateurs sur certaines publications.

28 Voir p. ex. la Netiquette Valeur publique SSR: « les commentaires sont rédigés en allemand standard, dans une langue nationale suisse ou en anglais » <https://publicvalue.srgsr.ch/fr/netiquette/> (25.07.2024).

des internautes puisque certains semblent avoir accès à une telle fonction, d'autres pas, sans savoir par ailleurs pourquoi.

En résumé, la décision d'ouvrir la colonne de commentaire est une décision libre de la rédaction mais doit se faire dans le respect des règles LRTV, dont le principe de non-discrimination.

3.2 Base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst.

La suppression de commentaires par la SSR (ou tout autre radiodiffuseur suisse soumis à la LRTV qui assume une tâche étatique d'informer le public) relève de la liberté d'expression²⁹. Il s'agit donc d'une restriction aux droits fondamentaux qui doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst. : toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (art. 36 al. 1), être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2) et être proportionnée au but visé (art. 36 al. 3). L'essence du droit est par ailleurs inviolable (art. 36 al. 3)³⁰. Les trois 1^{ères} conditions (base légale, intérêt public, proportionnalité) sont analysées ci-dessous, la 4^{ème} (essence du droit) se confondant généralement avec la 3^{ème} condition de proportionnalité³¹.

3.2.1 Examen de la base légale comme 1^{ère} condition

Lors d'une plainte concernant la suppression d'un commentaire, la question se pose de savoir s'il faut dans tous les cas vérifier toutes les conditions de l'art. 36 Cst. (base légale, intérêt public, proportionnalité, essence du droit). La réponse est négative. La jurisprudence du TF a établi une hiérarchie entre les motifs justificatifs (base légale, intérêt public ou droit fondamental d'autrui). Si la 1^{ère} condition de base légale fait défaut (art. 36 al. 1 Cst.), les tribunaux n'examinent plus l'existence des autres conditions³². Par ailleurs, si la base légale est vague, le principe de proportionnalité doit être analysé de façon plus stricte³³.

3.2.2 Base légale formelle ou matérielle

La base légale au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. justifiant une restriction aux droits fondamentaux peut être matérielle et, lorsqu'elle atteint un degré de gravité, doit être formelle (art. 36 al. 1 2^{ème} phrase Cst.). La gravité de la restriction est analysée au cas par cas à la lumière des critères développés par la jurisprudence, tels que : (1) faculté dont le titulaire

29 ATF 149 I 2 consid. 2.2.3; cf. aussi Müller.

30 Pour une analyse des conditions, cf. BSK BV-Epiney, ad art. 36 N 1 ss; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 1ss; Schweizer/Krebs, N 1 ss.

31 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 127 et les références.

32 ATF 146 I 11 consid. 4.3; ATF 139 I 280 consid. 5.6; Schweizer/Krebs, N 17.

33 ATF 147 I 103 consid. 16, 130; ATF 136 I 87 consid. 3.1; Schweizer/Krebs, N 17.

est privé (essentielle, ordinaire, négligeable), (2) étendue et durée de la mesure étatique litigieuse (interdiction avec ou sans possibilité de dérogation, provisoire ou durable), et (3) nombre de personnes touchées par la mesure à qualifier³⁴. Cela pose la question de savoir si la suppression de commentaires est une atteinte grave qui nécessiterait une base légale formelle ou, si ce n'est pas le cas, si seule une base légale matérielle suffit et laquelle ?

A notre avis, la suppression du commentaire n'est pas une restriction grave vu son caractère temporaire et que cela ne touche que l'auteur du commentaire, cas échéant les personnes visées par le commentaire. Seule une base légale matérielle suffit donc. Il convient toutefois d'analyser encore laquelle.

3.2.3 *Netiquette comme base légale*

La SSR indique généralement les règles de comportement des internautes sur les forums en ligne (page officielle du média sur les réseaux sociaux ou sur son site web) à travers la netiquette (« Netiquette »), ce qui est comparable aux règles communautaires des réseaux sociaux en matière de modération des contenus³⁵. Cela pose la question de savoir si la Netiquette peut être qualifiée de base légale suffisante pour restreindre la liberté d'expression des internautes ?

Selon nous, la réponse doit être négative. La Netiquette est une règle d'organisation interne (autocontrôle) qui prévoit comment les internautes doivent se comporter et comment le média concerné gère les commentaires. Elle n'a pas de portée juridique propre. Elle n'est en effet pas un acte matériel étatique ni une norme contraignante au sens de l'art. 36 Cst. car elle ne touche pas un nombre indéterminé d'utilisateurs (elle touche seulement ceux ayant créé un compte sur le média concerné pour accéder à la fonctionnalité « commentaires ») et n'est pas adoptée selon un processus étatique (elle est adoptée unilatéralement par le média concerné sans processus démocratique)³⁶. Elle peut être donc qualifiée de mesure d'organisation interne sans effet contraignant (*soft law*)³⁷, comparable aux CGU des plateformes, à la différence que la Netiquette n'est pas acceptée par les internautes sur les plateformes³⁸.

34 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 42 et les nombreuses références, indiquant que la gravité de la restriction a été admise en cas de restriction de la liberté de mouvement (art. 10 Cst.) sous forme de condamnation d'une personne à une peine privative de liberté, de la liberté d'information (art. 13 et 16 Cst.) ou en cas de restriction à la liberté religieuse (art. 15 Cst.) sous forme d'interdiction du port du voile aux élèves de l'école.

35 Pour des exemples de Netiquette, cf. celle Swissinfo.ch : <https://www.swissinfo.ch/fre/economie/netiquette-et-conditions-d-utilisation-dialogue/48752962> (26.07.2024) et de RTSinfo sur Instagram : <https://www.instagram.com/stories/highlights/17933151505597665/?hl=en> (26.07.2024) ; Pour un aperçu des règles communautaires d'une vingtaine de plateformes, cf. <http://www.tommasoventurini.it/CG/> (26.07.2024).

36 Bergianti/Riedo, écartant encore la qualification de « décision de suspension générale et abstraite » au motif qu'elle n'est pas générale et abstraite mais individuelle.

37 Bergianti/Riedo, p. 263.

38 ATF 149 I 2 consid. 2.3.2 ; Dummermuth, p. 1057.

Enfin, si le TF se réfère à la Netiquette pour restreindre la liberté d'expression dans l'ATF 149 I 2³⁹, il le fait selon nous après avoir démontré que les motifs de la Netiquette reflètent d'autres fondements légaux et après avoir rappelé que sa jurisprudence antérieure en matière de publicité continue de s'appliquer. Sa jurisprudence antérieure est l'ATF 139 I 306, dans laquelle le TF a précisé que des CGU ne sont pas une base légale suffisante pour restreindre les droits fondamentaux⁴⁰.

Ainsi, la Netiquette ne peut être qualifiée de base légale au sens de l'art. 36 Cst. pour restreindre la liberté d'expression. Elle ne fait que « traduire », rendre aux internautes intelligibles les bases légales justifiant la restriction à la liberté d'expression (p. ex. droits fondamentaux concrétisés par la LRTV et la protection civile et pénale de la personnalité) (cf. ci-dessous 4). Par analogie, on peut songer aux moteurs de recherche (p. ex. Google, Bing) qui ont transposé leurs formulaires le droit à l'oubli reconnu par la jurisprudence de la CJUE et ancré dans le RGPD. Ce formulaire et les conditions générales des moteurs de recherche ne sont pas une base légale justifiant l'admission ou le refus du droit à l'oubli, ils ne font que se référer et rappeler aux internautes les bases légales, sur lesquelles exercer un tel droit⁴¹.

Il convient de s'interroger sur d'autres fondements légaux justifiant la suppression des commentaires.

3.2.4 Protection civile ou pénale de la personnalité et LRTV comme base légale

Comme fondements légaux justifiant la suppression des commentaires, on peut songer aux autres droits fondamentaux de tiers visés par un commentaire litigieux (protection de la sphère privée) concrétisés par les lois fédérales, telles que les normes privées consacrant la protection civile de la personnalité ou les normes pénales réprimant les délits contre l'honneur (CC 28, CP 173 ss) ou encore la concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. a LCD).⁴² On peut même songer au droit d'auteur (LDA), lorsqu'un commentaire contient

39 ATF 149 I 2 consid. 4.2 (« Die Grenze für die Löschung eines in die Meinungsäusserungsfreiheit der Nutzer fallenden Kommentars, welche die SRG als grundrechtsgebundene Veranstalterin zu respektieren und nicht grundlos zu beschränken hat, liegt dort, wo gar keine relevante Beeinträchtigung im Sinne der Vorgaben der «Netiquette» selber (mehr) vorliegt »).

40 ATF 149 I 2 consid. 4.3, en référence à l'ATF 139 I 406 consid. 4.1 (« Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der publisuisse SA genügen mit Blick auf die Grundrechtsbindung der SRG hierzu nicht, auch wenn sie ausdrücklich vorsehen, dass geschäfts- oder imageschädigende Werbungen zurückgewiesen werden können. Dabei handelt es sich nicht um eine gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 36 BV »).

41 Pour un exemple, cf. le formulaire de Google <https://support.google.com/legal/answer/10769224?hl=fr> (« Pour déterminer quoi supprimer, les moteurs de recherche doivent déterminer si les informations mises en cause sont « inexactes, inadéquates, non pertinentes ou excessives » et s'il est d'intérêt public qu'elles restent disponibles dans les résultats de recherche. »).

42 ATF 149 I 2 consid. 2.3.3 en matière de réseaux sociaux, en référence à l'ATF 139 I 306 consid. 4.2 en matière de publicité (« Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit der Werbetreibenden seitens der SRG zulässig sein könne [für Inhalte die] irreführend oder unlauter seien oder aber zu einem Verhalten anregen, welches die Gesundheit, die Umwelt oder die persönliche Sicherheit gefährdeten oder persönlichkeitsverletzend erschienen persönlichkeitsverletzend erschienen »).

des contenus en violation du droit d'auteur (p. ex. des images, vidéos ou textes publiées sans autorisation des ayants droit), voire aux infractions pénales informatiques (p. ex. art. 143, 143bis, 144bis, 179novies CP), lorsque le commentaire est une tentative de *phishing*⁴³.

Dans le contexte de la LRTV, on peut encore songer à la liberté des médias (art. 93 al. 3 Cst.), concrétisée par l'autonomie des médias dans la conception de leurs programmes (art. 6 LRTV) ainsi que les règles en matière de programmes, telles que le respect de la dignité humaine et la non-discrimination (notamment ne pas porter de haine raciale, atteinte à la moralité publique ou faire l'apologie de la violence) (LRTV 4 al. 1). Cela pose la question de savoir si ces normes sont des bases légales suffisantes pour justifier la suppression de commentaires ?

Avec la suppression de commentaires, il existe par ailleurs une situation de conflit de droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*) puisque le même acte étatique (la suppression du commentaire) entre dans le domaine de protection de droits fondamentaux de deux ou plusieurs personnes différentes dont les intérêts sont opposés dans la situation visée⁴⁴ : la protection de l'auteur du commentaire (liberté d'expression), du radiodiffuseur (liberté des médias) et, suivant les cas, de tiers (p.ex. protection de la sphère privée lorsqu'un commentaire porte atteinte à la personnalité d'autrui).

Les règles de rang constitutionnel consacrant les droits fondamentaux étant généralement formulées de manière insuffisamment claire et précise pour atteindre la densité requise pour porter atteinte à un autre droit fondamental, c'est leur concrétisation dans des lois qui permettra de restreindre le droit fondamental en question⁴⁵.

La concrétisation des droits fondamentaux doit être effectuée en premier lieu par le législateur. Lorsqu'il s'avère toutefois que la loi n'a pas été suffisamment concrétisée, que la protection offerte par les droits fondamentaux n'a été conçue que de manière incomplète, le juge ou toute autre autorité chargée d'appliquer la loi doit garantir le respect des droits fondamentaux par des moyens d'interprétation. En particulier, il doit résoudre le conflit entre droits fondamentaux, soit examiner l'admissibilité de l'atteinte en procédant à une pesée des intérêts en présence, cas échéant en comblant les lacunes⁴⁶. La base légale doit être toutefois suffisamment claire et précise pour que l'administré puisse adapter son comportement et comprendre les conséquences (principe de prévisibilité)⁴⁷. Il ne semble donc pas possible de renoncer totalement à la condition de base légale lors de la pesée des intérêts entre plusieurs droits fondamentaux. On doit au moins disposer

43 A propos des infractions pénales informatiques, cf. Benhamou/Wang, 81.

44 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 68.

45 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 78.

46 Müller, N 13; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 68. A propos de la pesée des intérêts par le juge, cf. II.C. et II.D.

47 Schweizer/Krebs, N 25; CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 70 et 73.

de bases légales rudimentaires qui doivent être interprétées de manière conforme aux droits fondamentaux et, au besoin, compléter les lacunes.

A notre avis, les autres droits fondamentaux (p. ex. protection de la sphère privée, liberté des médias) peuvent remplir la condition de base légale au sens de l'art. 36 Cst. mais dans des conditions limitées.

A titre d'exemple, la protection de la sphère privée (concrétisée par la protection civile et pénale de la personnalité) ne peut servir de base légale au sens de l'art. 36 al. 1 que si les normes d'interdiction de droit civil, pénal ou de droit de la concurrence sont concrètement touchées, soit parce qu'une personne a été directement visée par le commentaire⁴⁸.

Comme autre exemple, l'interdiction des discriminations (concrétisée par l'art. 4 LRTV) ne peut servir de base légale que pour les contenus extrêmes, qui violent clairement une autre disposition légale. Les commentaires qui se bornent à présenter l'opinion de l'auteur, même si provocateur ou faux, ne peuvent être effacés sur cette base⁴⁹. De même, les émissions ou propos immoraux, haineux ou insultants au sens de l'art. 4 LRTV sont interdits, si bien qu'il est interdit de ridiculiser inutilement des personnes ou de les présenter de manière humiliante⁵⁰. Ces règles en matière de programme au sens de l'art. 4 LRTV devraient s'appliquer *mutatis mutandis* aux commentaires des internautes, d'autant que, selon l'ATF 149 I 2, les commentaires et les contributions rédactionnelles forment un tout⁵¹.

Par ailleurs, si la base légale est vague, le principe de proportionnalité doit être analysé de façon plus stricte⁵², si bien que la suppression devra être admise uniquement si elle apparaît strictement nécessaire pour protéger les autres droits fondamentaux⁵³. Cela sera analysé sous l'angle de la proportionnalité⁵⁴. En résumé, la condition de base légale nous semble remplie pour la suppression des commentaires avec la LRTV, en particulier les règles en matière de programme (art. 4 ss LRTV) couplée à l'autonomie du diffuseur (art.

48 Dans ce sens, cf. décision AIEP b. 966, mentionnée précédemment (I. C), concluant que le commentaire portait atteinte à la personnalité civile des membres de la rédaction SRF.

49 Le principe de non-discrimination a été interprété par l'AIEP et par le TF comme permettant un large spectre de programmation (ex. émission dans laquelle un participant a affirmé que l'islam n'est pas une religion mais une déclaration de guerre, du moment que les autres intervenants ont pu y répliquer). Ainsi, l'art. 4 LRTV permet une large liberté d'expression au sein du contenu rédactionnel de la SSR, qui ne saurait limiter la liberté dans les commentaires des utilisateurs, d'autant que les commentaires n'émanent pas de la SSR elle-même, et n'ont pas la même visibilité que le contenu rédactionnel. Cf. AIEP b.565, décision du 10 mars 2008, Les minarets de la discorde, consid. 10.

50 AIEP b. 736 c. 5.5 s. « Persönlich »; AIEP b. 580 c. 8ss « Vom Reinfällen am Rheinfall », AIEP b. 448 du 15 mars 2002, c. 6 ss. « Sex: The Annabel Chong Story »; AIEP b. 380 c. 6.2 « 24 Minuten mit Cleo ».

51 Ci-dessus I. A.

52 ATF 147 I 103 consid. 16 p. 130; ATF 136 I 87 consid. 3.1; Schweizer/Krebs, N 17.

53 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 119 ss.

54 Ci-dessous II.D.

6 LRTV) ainsi que les autres lois fédérales, telles que les normes privées consacrant la protection civile de la personnalité ou les normes pénales réprimant les délits contre l'honneur (CC 28, CP 173 ss) ou encore la concurrence déloyale (art. 3 al. 1 let. a LCD).

Une exception toutefois: le blocage du compte d'un internaute (p. ex. pendant 6 mois comme plusieurs médias traditionnels le prévoit après avertissements) nous semble être une atteinte à la liberté d'expression sensiblement plus grave que la suppression d'un commentaire, si bien qu'il faudrait exiger une base légale formelle⁵⁵. Dans un tel cas, la base légale formelle nous semble manquer, si bien qu'il s'agit d'une véritable lacune pour le blocage de compte que l'AIEP peut combler en attendant que le législateur adopte une base légale formelle expresse pour le blocage des comptes, ou à tout le moins la base légale est trop vague pour une telle restriction, si bien qu'il faudra renforcer les deux autres conditions de l'art. 36 analysées ci-dessous.

3.3 Intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui au sens de l'art. 36 al. 2 Cst.

La restriction au droit fondamental doit être aussi justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 36 al. 2). Par « intérêt public », on peut songer au respect des droits fondamentaux par l'État, à travers la SSR qui exerce une tâche publique. Par « protection d'un droit fondamental d'autrui », on peut songer à la situation de conflit de droits fondamentaux évoqués plus haut (*Grundrechtskollision*) entre, d'une part, la liberté d'expression de l'internaute et, d'autre part, la liberté des médias de la SSR, cas échéant aussi la protection civile et pénale d'autrui.

Cela pose la question de savoir dans quelle mesure la SSR peut tenir compte de ses propres intérêts (*Eigeninteresse*) et/ou la protection d'autrui dans la situation visée? Autrement dit, la liberté des médias de la SSR (ou la protection de tiers) peut-elle prévaloir sur la liberté d'expression de l'internaute?

Selon nous, la réponse doit être positive. En cas de suppression des commentaires, il existe un conflit entre plusieurs droits fondamentaux (*Grundrechtskollision*), dont la protection de tiers (civile, pénale ou concrétisée dans la LRTV) ainsi que le droit de la SSR à l'indépendance et l'autonomie dans la conception des programmes (art. 93 al. 3 Cst., art. 6 LRTV), ce qu'a rappelé le TF dans l'ATF 149 I 2⁵⁶.

En cas de conflit de droits fondamentaux, il revient en priorité au législateur et, à défaut, au juge d'arbitrer entre eux en les conciliant et en les ménageant le plus possible afin

⁵⁵ Ci-dessus II.A.2.

⁵⁶ ATF 149 I 2 consid. 3.3.5 (« diesbezüglich hat [die SRG] jeweils die Interessen der SRG als im Programmbereich grundrechtsgeschützte Veranstalterin (Art. 93 Abs. 3 BV; Art. 6 RTVG) und jene der sich auf einen verfassungsrechtlichen Zugangsanspruch berufenden Person gegeneinander abzuwägen »).

d'assurer la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35 al. 1 Cst.)⁵⁷. Lors de la suppression de commentaires, le juge doit ainsi arbitrer entre la liberté d'expression de l'internaute, la liberté des médias (dont l'autonomie du diffuseurs) et d'éventuels autres droits fondamentaux, en particulier les normes de protection de tiers (p.ex. protection de la personnalité en droit civil et pénal).

Par ailleurs, les règles de droit constitutionnel consacrant les droits fondamentaux étant généralement formulées de manière insuffisamment claire et précise pour atteindre la densité requise pour porter atteinte à un autre droit fondamental, c'est leur concrétisation dans des lois qui permettra de restreindre le droit fondamental en question⁵⁸. Ainsi, la liberté des médias est concrétisée dans la LRTV, notamment avec l'autonomie dans la conception des programmes (art. 6 LRTV). Cela permet à la SSR de plaider et au juge de tenir compte d'une certaine souplesse dans la modération des contenus, notamment dans le choix de la rédaction de supprimer tel ou tel commentaire plutôt qu'un autre et d'utiliser des outils automatiques ou manuels de filtrage.

3.4 Proportionnalité au sens de l'art. 36 al. 3 Cst.

La restriction au droit fondamental doit être aussi proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst). Ce principe de la proportionnalité se traduit en trois critères (sous-conditions cumulatives): l'aptitude et la nécessité (mesure apte et nécessaire à la réalisation du but ou à favoriser sa réalisation) et l'exigibilité raisonnable (mesure raisonnablement exigible de la part de son titulaire au regard de sa gravité)⁵⁹.

Le 3^{ème} critère d'exigibilité raisonnable consiste à mettre en balance les intérêts en conflit pour comparer leur importance respective au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, c'est-à-dire: (1) d'un côté, l'intérêt lésé par l'atteinte protégé par un droit fondamental; (2) de l'autre côté, l'intérêt visé par la mesure en cause, qu'il s'agisse d'un intérêt public (situation de restriction simple d'un droit) et/ou de l'intérêt d'un autre particulier aussi protégé en tant que droit fondamental (situation liée à un conflit de droits)⁶⁰. Cela suppose d'avoir une décision suffisamment motivée qui tienne compte de tous les éléments en présence. S'agissant de l'intérêt privé lésé, les éléments en présence incluent notamment le besoin de protection particulier de son titulaire, la

57 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 71 et 103, indiquant que le législateur sera(it) bien inspiré de laisser à cette autorité d'application la marge de manœuvre nécessaire pour ce faire, ou de procéder lui-même à une réglementation assez circonstanciée des différentes situations de fait visées.

58 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 103, nbp 293, citant un précédent à l'occasion duquel le TF a admis qu'une restriction fût fondée directement sur une autre garantie constitutionnelle: ATF 123 I 296 consid. 3, où le TF a fondé l'interdiction faite à une enseignante genevoise de porter un voile en classe sur l'art. 27 al. 3 aCst., qui consacrait en substance la laïcité de l'enseignement public obligatoire, au motif que la restriction à la liberté de conscience et de croyance frappait une agente de l'État engagée dans un rapport de droit spécial par rapport à l'État, ce qui justifiait l'assouplissement de l'exigence de densité normative.

59 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 116 ss.

60 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 122.

proximité de la position juridique touchée avec le noyau du droit en cause, la gravité de sa lésion (matérielle, personnelle, temporelle). S'agissant de l'intérêt public visé par l'atteinte et/ou du droit fondamental d'autrui, les éléments en présence incluent notamment la qualification de l'intérêt comme intérêt de police ou social, la gravité et la probabilité des conséquences en cas de passivité de l'autorité, et le coût supplémentaire de mesures également aptes⁶¹.

Sur cette base, le juge devra procéder à une pesée des intérêts, en particulier à un double contrôle de la proportionnalité. Chaque partie ne peut porter atteinte aux positions de l'autre en matière de droits fondamentaux que d'une manière proportionnée aux circonstances. Il existe un devoir réciproque de proportionnalité. Les deux positions juridiques doivent être rapprochées le plus possible en les ménageant et être amenées à une concordance pratique⁶².

3.5 Casuistique: tentative de catégorisation des cas de suppression de commentaires

Sur la base des principes énoncés précédemment (en particulier celui de proportionnalité sous D, la condition de base légale étant généralement remplie), on peut essayer de former des catégories de suppression admissible de commentaires (*taxonomie*), afin de résoudre les conflits entre la liberté d'expression d'une part et la liberté des médias et la protection des tiers d'autre part :

- (1) Il existe un intérêt privé de l'auteur du commentaire à pouvoir s'exprimer librement, non seulement sur l'article de la rédaction commenté, mais aussi de manière générale et critique sur le fonctionnement des médias⁶³. Ainsi, toutes les opinions et expressions doivent être protégées dans leur diversité sans restriction quant à leur contenu, même si elles sont perçues comme blessantes, choquantes ou dérangeantes. L'ironie, la satire ou même la provocation constituent ainsi dans certaines circonstances des figures rhétoriques reconnues dans les discussions⁶⁴. Ce n'est que si un commentaire contient un propos qui dépasse une certaine intensité et porte atteinte à l'intérêt public ou à autrui qu'il est possible de le restreindre.
- A ce propos, la suppression du commentaire semble une mesure plutôt légère. Elle ne touche pas le noyau de la liberté d'expression de l'auteur du commentaire et la gravité

61 CR Cst.-Dubey, ad art. 36, N 122.

62 Müller; CR Cst.-Dubey, ad art. 36.

63 ATF 149 I 2 consid 4.3, en référence à l'ATF 139 I 406 consid. 4.3 (« Die Meinungsäusserungsfreiheit dient (auch) dazu, Kritik an staatlichen Behörden bzw. Dritten, welche entsprechende Aufgaben wahrnehmen, äussern zu können »).

64 CEDH, arrêt du 1.10.2013 – 20147/06, point 28 – Cholakov/Bulgarie.

de la lésion semble assez faible puisque la suppression est contextuelle (il ne s'agit pas d'une suspension complète du compte, mais uniquement du commentaire lié à un article de la rédaction).

- En revanche, s'il y a blocage du compte lui-même, la mesure est sensiblement plus grave, si bien qu'il faudrait exiger une base légale formelle (art. 36 al. 1 Cst.) – laquelle semble manquer vue le caractère trop vague des bases légales existantes et pourrait être comblée par l'AIEP⁶⁵ – ou au moins être plus stricte dans la pesée des intérêts et la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst).
- (2) Il existe un intérêt public de la SSR à assurer le respect des droits fondamentaux d'autrui et un intérêt privé de la SSR à son autonomie et à une gestion raisonnable des commentaires (*risk management*). Il peut aussi exister un intérêt privé de tiers en cas de commentaire qui porte atteinte à un ou des tiers.
- Ainsi, en cas de commentaires haineux ou portant atteinte à une ou des personnes en particulier, la suppression du commentaire répond à un intérêt privé des tiers à protéger et un intérêt public de police puisque la SSR doit s'assurer de protéger les droits fondamentaux de tiers dans un espace public virtuel, de même que les autorités de police doivent s'assurer de protéger les personnes sur l'espace public. La suppression répond aussi à un intérêt social de permettre à d'autres d'échanger sur les forums de façon sereine sans être agressés, importunés par d'autres auteurs de commentaires et, en cas de passivité de la SSR, le lésé risque de continuer à être importuné sans garantie d'avoir d'autres recours pour supprimer le commentaire.
- Il en va de même de commentaires contenant de fausses informations, puisque la SSR a un intérêt, un devoir même de respecter un devoir d'objectivité.
- Il en va de même en cas de commentaires susceptibles de violer les droits d'auteur de tiers (p. ex. images, vidéos, textes en violation de droit d'auteur) ou de commentaires suscitant des soupçons de fraudes ou de *phishing*⁶⁶. Leur suppression répond à un intérêt privé des tiers à protéger et un intérêt public de la SSR de protéger ces intérêts privés, voire son propre intérêt à ne pas être co-responsable de diffuser de tels contenus.
- En revanche, en cas de commentaires critiques sur les médias, leur suppression ne répondrait pas à un intérêt public et privé, étant rappelé l'auteur du commentaire à pouvoir s'exprimer librement, non seulement sur l'article de la rédaction commenté, mais aussi de manière générale et critique sur le fonctionnement des médias.

65 Ci-dessus II.B.4.

66 Ci-dessus II.B.4.

- Enfin, en cas de commentaires contenant des hyperliens renvoyant vers d'autres sites web ou du matériel téléchargeable (p. ex. fichier PDF), la question se pose de savoir s'il existe un intérêt (privé ou public) de supprimer le lien, voire le commentaire dans son entier. On rappellera que la légalité des hyperliens ne fait pas encore l'objet d'une réponse claire en droit suisse. Les tribunaux suisses n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer clairement sur la question⁶⁷, contrairement à la CJUE⁶⁸. Selon nous, il convient d'autoriser globalement les commentaires contenant des hyperliens au nom de la liberté d'expression (on rappellera au passage que le web lui-même, dont les moteurs de recherche, fonctionne sur la base d'hyperliens renvoyant vers des contenus hébergés ailleurs). Ce n'est qu'en cas de doute quant à la légalité de leur contenu – un tel doute pouvant exister du seul fait qu'un hyperlien apparaît non vérifiable parce qu'il est trop volumineux, trop nombreux et/ou susceptible d'entraîner des problèmes de cybersécurité à l'hébergeur du commentaire/hyperlien – que la SSR pourrait être autorisée à supprimer l'hyperlien. Dans ces hypothèses, on peut même se demander si la proportionnalité ne commande pas de ne supprimer que l'hyperlien, et non l'intégralité du commentaire. Une telle pratique inciterait les internautes à préciser leurs sources plutôt que de copier-coller des hyperliens tous azimuts. En fin de compte, le média a latitude pour décider quand un hyperlien doit être supprimé et l'étendue de la suppression (seulement l'hyperlien ou le commentaire entier).

4. Recommandations et conclusion

La jurisprudence commentée ici (ATF 149 I 2) a le mérite de clarifier le contrôle judiciaire des commentaires sur les forums en ligne⁶⁹. Elle ne concerne toutefois que les médias traditionnels et conduit à creuser encore davantage la différence de traitement entre les médias traditionnels et les médias privés, ce qui est problématique dans notre société d'information. Les médias traditionnels sont soumis à un contrôle judiciaire accru puisqu'ils peuvent faire l'objet de plaintes à l'AIEP (notamment pour les fausses informations violant le principe d'objectivité) et à une modération *a priori*. Les médias privés sont quant à eux limités aux règles générales de droit privé et pénal qui n'incluent pas l'obligation d'objectivité (p. ex. fausses informations) et conduit à une simple modération *a*

67 TF, 6 mai 2015, 5A_658/2014, consid. 4 « Carl Hirschmann », considérant qu'il n'y a pas de participation à une atteinte à la personnalité par le simple fait d'insérer un hyperlien général d'un média à un autre média; TF, 7 février 2011, 6B_757/2010, consid. 4 « Internet-Piraterie », considérant qu'un site répertoriant des liens magnet (permettant simultanément le téléchargement et le chargement de fichiers protégés par le droit d'auteur) est un cas de complicité de violation de droit d'auteur. Pour une analyse de la légalité des hyperliens sous l'angle du droit d'auteur, Benhamou, Blocage de sites web, 3.

68 CJUE C-466/12 du 13 février 2014, « Svensson »; CJUE C-348/13 du 21 octobre 2014, « BestWater », considérant que le fait de fournir des « liens cliquables vers des oeuvres librement disponibles sur un autre site Internet » n'est pas un acte de communication couvert par le droit d'auteur; CJUE C-160/15 du 8 septembre 2016, « GS Media BV »; CJUE, C-610/15 du 15 juin 2017, « The Pirate Bay », considérant que le fait de fournir des liens cliquables vers des oeuvres placées sans le consentement de l'auteur « en pleine connaissance du caractère illégal de cette publication » est un acte de communication. Cf. Benhamou, Blocage de sites web, 3.

69 Schürch, rappelant l'importance de clarifier ces questions en référence à une nouvelle action de la part du Credit Suisse à l'encontre du blog Inside Paradeplatz.

posteriori. Ce résultat conduit à ce que la SSR contrôle toutes les publications de tiers qui sont publiées sur leur site (modération *a priori*), tandis que les médias privés ne procèdent qu'à un contrôle *a posteriori* en cas de procédure de signalement et de retrait (*notice & takedown*; modération *a posteriori*). La publication sur les médias publics n'est ainsi pas instantanée, d'autant que le contrôle peut prendre plusieurs heures en journée, en dehors de la nuit et des weekends⁷⁰. Sur cette base, la SSR semble renoncer progressivement à cette fonction, en n'offrant plus aux internautes la possibilité de commenter les publications. Cela incite les internautes à continuer de se tourner vers les médias privés sur lesquels ils peuvent interagir. Cela renforce encore davantage la position dominante des médias privés et affaiblit celle des médias traditionnels.

À notre avis, cette situation n'est pas tenable à l'ère de la société d'information. Il convient de trouver des mesures, voire de changer de paradigmes. D'ailleurs, le CF continue de considérer qu'il n'existe pas de besoin de légiférer en matière de plateformes de communication mais reconnaît que « [I]es utilisateurs n'ont aucun droit ou n'ont que des droits insuffisants vis-à-vis des plateformes, ne peuvent pas ou insuffisamment se défendre contre des décisions de suppression de contenus, par exemple, et ne savent pas sur la base de quels critères ils peuvent voir quels contenus », sous-entendant que la protection civile ou pénale de la personnalité est insuffisante et souhaite « une large discussion sur la question l'implication sociale et de la gouvernance des intermédiaires est nécessaire en Suisse »⁷¹. Il reste donc à voir comment ce débat évoluera, tout en gardant à l'esprit qu'il est difficilement imaginable de s'écarter des tendances internationales lorsqu'il s'agit de légiférer dans un domaine tel qu'Internet.

Un aperçu des règles à l'étranger donne quelques pistes. Sur le plan international, l'UE et plusieurs États américains ont encadré les réseaux sociaux des grandes plateformes, notamment en exigeant la publication de rapports détaillés sur leurs pratiques en matière de modération de UGC⁷². Plus spécifiquement, dans l'UE, le règlement sur les services numériques (*Digital Services Act*, DSA) exige à l'égard des grandes plateformes (1) une procédure (interne) de règlement des litiges et (2) l'accès à un contrôle judiciaire auprès d'un organe indépendant. Dans beaucoup d'États, cet organe indépendant est le même que celui qui surveille les médias traditionnels, par exemple en France⁷³ et en Belgique⁷⁴.

70 Cf. Netiquette SSR: « Vos commentaires font l'objet d'une vérification éditoriale: dans des cas exceptionnels, cette vérification peut durer quelques heures. Si votre commentaire est refusé, une notification vous est envoyée par e-mail. Nous n'avons pas la possibilité d'échanger avec vous sur les commentaires publiés ou refusés. Aucun commentaire n'est publié pendant la nuit. » <https://publicvalue.srgssr.ch/fr/netiquette-2/>

71 CF, Communiqué réglementation des plateformes.

72 DSA; lois américaines p.ex. en Floride S. 7072, 2021 Leg., Reg. Sess. (Fl. 2021) et au Texas H.R. 20, 87th Leg., 2d Special Sess. (Tex. 2021), recensées par Goldman.

73 En France, l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) est l'autorité de régulation des médias traditionnels et de surveillance des réseaux sociaux.

74 En Belgique, une instance par région linguistique est chargée à la fois de la surveillance des médias traditionnels et des réseaux sociaux.

Nous nous permettons donc de conclure avec quelques propositions de mesures. S'agissant des médias traditionnels, il est recommandé de clarifier les bonnes pratiques en matière de modération d'UGC (ce que l'OFCOM a fait récemment)⁷⁵. Il est aussi recommandé de clarifier les règles pour le contrôle judiciaire en cas de suppression ou de blocage de contenu suite à l'ATF 149 I 2 (ce que la présente contribution tente de faire). Seule cette clarification permettra aux médias traditionnels d'adapter leur pratique en matière de modération des contenus cas échéant de (ré-)ouvrir la fonctionnalité de commentaires avec l'assurance que leur pratique est conforme au droit. Par ailleurs, il faudrait renforcer les moyens de l'AIEP si les plaintes augmentent, ce qui devra être suivi scrupuleusement⁷⁶.

S'agissant des médias privés, il est recommandé de renforcer les exigences de transparence afin que les utilisateurs soient informés en détail du fonctionnement de la plateforme⁷⁷. On peut aussi songer à l'obligation de prévoir un système de plaintes en cas de suppression ou de blocage de contenus (éventuellement aussi en cas de déclassement, soit d'affichage moins fréquent ou moins proéminent), soit à l'obligation de mettre en place une procédure (interne) de règlement des litiges indépendante et rapide (ce qui peut se faire de façon automatisée en première instance, puis être soumis à l'organe interne qui devra publier sa décision) et l'accès à un contrôle judiciaire auprès d'un organe indépendant (sur le modèle de l'AIEP). L'organe indépendant pourrait être une instance judiciaire existante ou à créer. Comme autres mesures, on peut encore songer à créer une nouvelle instance chargée de la désinformation⁷⁸, à une participation plus active aux initiatives européennes, à des programmes d'éducation, de renforcement de soutien au journalisme d'information voire à la création d'un réseau social d'utilité publique (p. ex. infrastructure rassemblant les médias, journalistes) qui serait soumis aux principes journalistiques.

75 OFCOM, Netiquette SRF.

76 Schürch, indiquant que l'ATF 149 I 2 mentionne au passage que la compétence l'AIEP n'impliquera qu'une charge de travail limitée et doutant de cette affirmation vues la quantité de contenus publiés et la vivacité des échanges que certains articles suscitent.

77 Schürch et OFCOM, Intermédiaires et plateformes; cette exigence peut prendre la forme de publication annuelle de rapports détaillés sur leurs pratiques en matière de modération de UGC et des données statistiques à cet égard (dans le jargon anglais on parle de compelled editorial transparency).

78 Thouvenin et al., p. 18. Il pourrait s'agir d'un « préposé à la désinformation » (sur le modèle du PFPDT) chargé d'observer le phénomène de la désinformation en Suisse, de détecter les fausses informations et de surveiller le respect des règles d'autorégulation ou de co-régulation ou, alternativement, d'un simple bureau de surveillance et d'observation de la désinformation au sein d'une autorité fédérale (p. ex. OFCOM) ou encore d'un organe d'autorégulation (sur le modèle du Conseil de la presse) chargé d'émettre des directives et des bonnes pratiques afin que les contenus problématiques soient traités de la même manière sur toutes les plateformes.

Bibliographie

- Auer Andreas/Malinverni Giorgio /Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, Volume II Les droits fondamentaux, 3e éd., Berne 2013 (cité : Auer/Malinverni/Hottelier).
- Benhamou Yaniv, Blocage de sites web en droit suisse: des injonction civiles et administratives de blockage au séquestre pénal, in Droit d'auteur 4.0, Genève (Schulthess éditions romandes) 2018, p. 1 (cité: Benhamou, Blocage de sites web).
- Bergianti Carla/Riedo Raphael, Der Staat als Nutzer Sozialer Medien – Kritische Beleuchtung staatlicher Verhaltensregeln, in Meier Julia/Zurkinden Nadine/Staffler Lukas (eds.), Recht und Innovation, St Gall (Dike) 2020, p. 257 (cité: Bergianti/Riedo).
- Conseil fédéral, Le Conseil fédéral souhaite un large débat sur la réglementation des plateformes de communication, 17 novembre 2021 (cité : CF, Communiqué réglementation des plateformes).
- Conseil fédéral, Un cadre juridique pour les médias sociaux: Nouvel état des lieux, 10 mai 2017 (cité : CF, Rapport cadre juridique).
- Conseil fédéral, Rapport d'analyse de la définition et des prestations du service public de la SSR compte tenu de la position et de la fonction des médias électroniques privés, 17 juin 2016 (cité : CF, Rapport Service public).
- Conseil fédéral, Message relatif à la modification de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 29 mai 2013, FF 2013 4425 (cité : Message LRTV).
- Cottier Bertil, Liberté d'expression et nouvelles technologies de la communication: vers un retour de la justice privée ?, in La liberté d'expression et ses juges: Nouveaux enjeux, Nouvelles perspectives, Beyrouth 2018 (cité : Cottier, Liberté d'expression).
- Cottier Bertil, Etude comparative sur le blocage, le filtrage et le retrait de contenus illégaux sur internet, Etude du Conseil de l'Europe préparée par l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne 2015, 681 ss (cité : Cottier, Etude blockage).
- Dummermuth Martin, Löschung von Kommentaren auf Instagram durch die SRG, Kommentar von BGE 149 I 2, AJP 2023 p. 1042 (cité : Dummermuth).
- Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (eds.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel (Helbing) 2015 (cité: BSK BV-Auteur).
- Francey Julien, La responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement et d'accès sur Internet, Zurich 2017 (cité : Francey).
- Goldman Eric, The Constitutionality of Mandating Editorial Transparency, Hastings Law Journal, Vol. 73/5 2022 p. 1203 (cité : Goldman).
- Martenet Vincent/Dubey Jacques (eds.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle (Helbing) 2021 (cité : CR Cst.-Auteur).
- Masméjan Denis, ad art. 4, in Masméjan Denis/Cottier Bertil/Capt Nicolas (eds.), Commentaire Stämpfli, Loi sur la radio-télévision (LRTV), Berne (Stämpfli) 2014 (cité : Masméjan).
- Musy Stéphanie, La répression du discours de haine sur les réseaux sociaux, SJ 2019 II 1 ss (cité : Musy).
- Müller Jörg Paul, Bedeutung komplexer (multipolarer) Grundrechtsverhältnisse, Jusletter, 18 novembre 2019 (cité : Müller).

- OFCOM, Netiquette SRF – Ergebnisse der Systemprüfung, 7 juin 2022 (cité: OFCOM, Netiquette SRF).
- OFCOM, Intermédiaires et plateformes de communication, 17 novembre 2021 (cité: OFCOM, Intermédiaires).
- Schoch Nik/Schüepf Michael, Provider-Haftung «de près ou de loin» ?, Jusletter, 13 mai 2013 (cité: Schoch/Schüepf).
- Schürch Simone, La suppression d'un commentaire Instagram par la SSR, LawInside, 7 janvier 2023 (cité: Schürch).
- Schweizer Rainer J./Krebs Alina, ad art. 36, in Ehrenzeller Bernhard et al., Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1-72, 4e éd., St Gall (Dike) 2023, (cité: Schweizer/Krebs).
- Sidler Oliver, Erste Praxis der UBI zum Umgang mit Kommentaren im übrigen publizistischen Angebot der SRG, medialex 06/24, 4 juillet 2024 (cité: Sidler, Erste Praxis)
- Sidler Oliver, UBI muss Beschwerden zu Löschungen von Kommentaren durch die SRG behandeln, medialex 02/23, 12 mars 2023 (cité: Sidler, UBI muss behandeln).
- Thouvenin Florent/Volz Stéphanie/Eisenegger Mark/Vogler Daniel/Jaffé Mariela, Governance von Desinformation in digitalisierten Öffentlichkeiten, Jusletter, 5 février 2024 (cité: Thouvenin et al.).



Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und ihre Rechtsprechung

Dr. Pierre Rieder
Leiter Sekretariat der UBI

Inhaltsverzeichnis

1. Die Medienfreiheit und ihre Schranken.....	56
1.1 Die Medienfreiheit	56
1.2 Die Schranken der Medienfreiheit	56
1.3 Der Radio- und Fernsehartikel in der BV	57
2. Die UBI – eine Chronologie	57
2.1 Bundesbeschluss von 1983.....	57
2.2 Erstes RTVG von 1991	58
2.3 Totalrevision des RTVG von 2006	59
2.4 Teilrevision des RTVG von 2014	59
2.5 Entwicklungen in den letzten Jahren	60
3. Die UBI heute.....	60
3.1 Gesetzliche Grundlagen	60
3.2 Status.....	61
3.3 Wahl und Zusammensetzung	61
3.4 Aufgaben.....	62
3.5 Organisation	62
3.6 Internationales	63
4. Das Verfahren.....	63
4.1 Beanstandungsverfahren vor der Ombudsstelle.....	63
4.2 Beschwerdeverfahren vor der UBI.....	64
4.2.1 <i>Beschwerdebefugnis</i>	64
4.2.2 <i>Ablauf des Beschwerdeverfahrens</i>	66
4.2.3 <i>Rechte der Verfahrensbeteiligten</i>	67
4.2.4 <i>Verfahrenskosten und Parteientschädigung</i>	67
4.3 Bundesgericht	68
4.4 Verfahren nach festgestellter Rechtsverletzung	69
5. Rechtsprechung.....	70
5.1 Prüfungsgegenstand	70
5.2 Programmautonomie	71
5.3 Beachtung der Grundrechte	72
5.3.1 <i>Grundsätze</i>	72
5.3.2 <i>Glaubensfreiheit</i>	72
5.3.3 <i>Unschuldsvermutung</i>	73
5.3.4 <i>Achtung der Menschenwürde</i>	73
5.3.5 <i>Diskriminierungsverbot</i>	74

5.3.6	Öffentliche Sittlichkeit	75
5.3.7	Gewaltverherrlichung und -verharmlosung	76
5.4	Sachgerechtigkeitsgebot	77
5.4.1	Allgemeines	77
5.4.2	Informationsgehalt	78
5.4.3	Korrekte und vollständige Vermittlung der wesentlichen Fakten	78
5.4.4	Schwere Vorwürfe	79
5.4.5	Transparenz.....	80
5.4.6	Journalistische Sorgfaltspflichten.....	82
5.4.7	Gesamteindruck.....	84
5.4.8	Schleichwerbung.....	85
5.5	Öffentliche Sicherheit.....	85
5.6	Vielfaltsgebot.....	86
5.6.1	Vielfaltsgebot im engeren Sinne.....	86
5.6.2	Erhöhte Sorgfaltspflichten vor Wahlen und Abstimmungen	87
5.7	Schutz Minderjähriger	90
5.8	Verweigerter Zugang	91
5.9	Meinungsäußerungsfreiheit in Online-Foren.....	93

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und ihre Rechtsprechung¹

1. Die Medienfreiheit und ihre Schranken

1.1 Die Medienfreiheit

Die Medienfreiheit stellt einen zentralen Pfeiler demokratischer Gesellschaften dar. Sie ist in Art. 17 der Bundesverfassung (BV) ausdrücklich verankert. Dieses Grundrecht sichert den ungehinderten Fluss von Nachrichten und den freien Meinungs austausch bei Presse, Radio, Fernsehen, Online- und anderen Medien². Sie umfasst den ganzen Arbeitsprozess von der Recherche bis zur Verbreitung. Staatliche Zensur ist untersagt (Art. 17 Abs. 2 BV) und der Schutz des Redaktionsgeheimnisses im Sinne eines Quellenschutzes gewährleistet (Art. 17 Abs. 3 BV). Den häufig als vierte Gewalt bezeichneten Medien kommt eine bedeutende Wächter- und Kontrollfunktion («public watchdog») gegenüber Behörden, Wirtschaft und anderen Machtträgern zu³.

Im Rahmen der Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) bildet die Medienfreiheit einen wichtigen Teil des in Art. 10 statuierten allgemeinen Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit.

1.2 Die Schranken der Medienfreiheit

Die Medienfreiheit gilt wie alle Grundrechte nicht unbegrenzt. Medienpublikationen können andere schutzwürdige Interessen berühren. Eingriffe in die Medienfreiheit sind jedoch nur erlaubt, soweit sie die in der Bundesverfassung (Art. 36) bzw. in der Europäischen Menschenrechtskonvention (Art. 10 Abs. 2) definierten Anforderungen erfüllen. Beschränkungen der Medienfreiheit bedürfen namentlich einer gesetzlichen

1 Bei diesem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete und aktualisierte Fassung des Textes, welcher 2014 in der Broschüre «Zwischen Medienfreiheit und Publikumsschutz» zum 30-Jahr-Jubiläum der UBI erschienen ist. Er gibt den Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung von Ende Oktober 2024 wieder. Dank gebührt Nadia Mencaccini für das Korrekturlesen.

2 BGE 137 I 209 E. 4.2 S. 211.

3 BGE 137 I 8 E. 2.5 S. 12, 136 IV 145 E. 3.1 S. 149.

Grundlage⁴. Entsprechende Bestimmungen bestehen namentlich im Zivilgesetzbuch (ZGB) mit dem Persönlichkeitsschutz⁵, im Strafgesetzbuch (StGB)⁶, im Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁷ sowie im Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG). Der Medienfreiheit stehen zudem die Informationsfreiheit des Publikums von Art. 16 BV und die verfassungsmässigen Rechte Dritter gegenüber, was eine Interessenabwägung zwischen diesen grundrechtlich geschützten Positionen erfordert⁸.

1.3 Der Radio- und Fernsehartikel in der BV

Im Zusammenhang mit Radio und Fernsehen beschränkt sich die BV nicht nur darauf, die Medienfreiheit zu gewährleisten. Sie beinhaltet im Gegensatz zur Presse auch eine spezielle Regelung für Radio und Fernsehen, um den Besonderheiten dieser elektronischen Medien Rechnung zu tragen⁹. Art. 93 BV sieht in Abs. 1 eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes bei Radio, Fernsehen sowie anderen «Formen der öffentlichen fernmelde-technischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen» vor. In Abs. 2 wird der Leistungsauftrag definiert, welcher Radio und Fernsehen insgesamt zu erfüllen haben. Abs. 3 gewährleistet die Programmautonomie und staatliche Unabhängigkeit der Veranstalter und Abs. 4 gebietet, dass auf andere Medien und insbesondere die Presse Rücksicht zu nehmen ist. Art. 93 Abs. 5 BV sieht schliesslich vor, dass Programmbeschwerden einer unabhängigen Beschwerdeinstanz vorgelegt werden können. Dies ist auch die heutige verfassungsrechtliche Grundlage für die Tätigkeit der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI).

2. Die UBI – eine Chronologie

2.1 Bundesbeschluss von 1983

Die UBI existiert seit dem 1. Februar 1984. Schon davor bestand eine Aufsicht über die Radio- und Fernsehprogramme der SRG, welche damals die einzige Schweizer Rundfunkveranstalterin war. Es gab sowohl ein SRG-internes Beschwerdewesen als auch eine Beschwerdemöglichkeit beim Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement, dem Vorgänger des heutigen Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)¹⁰. Der Mangel beider Regelungen lag darin, dass

4 Siehe zu den staatlichen Beschränkungen der Medienfreiheit, Markus Schefer/Franz Zeller, in: Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008, S. 450ff.

5 Stéphane Werly/Denis Barrelet, *Droit de la communication*, 3. Auflage, Bern 2024, S.619ff.

6 Werly/Barrelet, a.a.O., S. 485ff.

7 Werly/Barrelet, a.a.O., S. 749ff.

8 BGE 136 I 167 E. 2.2 S. 170, 135 II 224 E. 2.2.1 S. 228.

9 Schefer/Zeller, a.a.O., S. 482ff.

10 Siehe dazu Martin Dumermuth, *Die Programmaufsicht bei Radio und Fernsehen in der Schweiz*, Basel und Frankfurt a.M. 1992, S. 153ff.

die Aufsicht durch den Veranstalter selber bzw. durch den Staat wahrgenommen wurde. Das Parlament stimmte deshalb einer Motion des damaligen Ständerats Odilo Guntern zu, welche folgenden Wortlaut hatte. «Der Bundesrat wird ersucht, unverzüglich (ohne Rücksicht auf den zeitlichen Verlauf der Verfassungsgrundlage) eine staats- und verwaltungsunabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen zu schaffen.» Die Zustimmung erfolgte im Übrigen gegen den Willen des Bundesrats, welcher zwar nicht gegen die Schaffung einer unabhängigen Programmaufsicht war, sie aber im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Annahme des Verfassungsartikels für den Radio- und Fernsehbereich realisieren wollte.

Die Einsetzung der UBI beruhte auf einem Bundesbeschluss vom 7. Oktober 1983¹¹. Darin wurden die Aufgaben der UBI – die Behandlung von Beschwerden gegen ausgestrahlte Sendungen – und die Organisation – neun vom Bundesrat im Nebenamt gewählte Mitglieder – festgeschrieben. In der Botschaft zum befristeten Bundesbeschluss wies der Bundesrat auf die staats- und medienpolitischen Gründe hin, welche für eine verwaltungsunabhängige Aufsicht über den sensiblen Bereich der Radio- und Fernsehprogramme sprachen. Ein Einfluss auf die Programmgestaltung durch die Verwaltung sollte vermieden und damit eine «unabhängige gesellschaftliche Meinungsbildung» ermöglicht werden. Die Schaffung einer verwaltungsunabhängigen Programmaufsicht begründete der Bundesrat überdies mit der besonderen Wirkung der elektronischen Medien und der damit verbundenen Missbrauchsgefahr, welche einen Eingriff in die Medienfreiheit rechtfertigte. Die Beschwerdemöglichkeit gegen Sendungen war nicht als Rechtsschutz für den Einzelnen gedacht, sondern zur «Überprüfung von Sendungen im Interesse der Öffentlichkeit und ihrer ungehinderten Willensbildung als wichtiges Element der Demokratie». Neben dem Schutz des Publikums vor unzulässigen Sendungen sollte der UBI aber auch die Aufgabe zukommen, «die Veranstalter und die Programmschaffenden vor ungerechtfertigten Angriffen zu schützen».

2.2 Erstes RTVG von 1991

Der Verfassungsartikel über Radio und Fernsehen wurde in der Volksabstimmung vom 2. Dezember 1984 gutgeheissen¹². Absatz 5 der Bestimmung lautete wie folgt: «Der Bund schafft eine unabhängige Beschwerdeinstanz». Die Programmaufsicht der UBI wurde damit nachträglich verfassungsrechtlich verankert. Der Verfassungsartikel bildete den Anstoss, ein erstes Radio- und Fernsehgesetz auszuarbeiten, welches am 21. Juni 1991 verabschiedet wurde.

Der Bundesrat befand, dass sich die Regelung im befristeten Bundesbeschluss bewährt habe. Das Verfahren sollte weiterhin möglichst einfach sein. Es gehe dabei in erster Linie

11 BBl 1981 III 110.

12 Art. 55bis aBV.

um das Interesse an korrekten Sendungen und nicht um den Schutz privater Interessen, wofür andere Rechtsbehelfe und insbesondere das Zivilrecht zur Verfügung stünden. Im Rahmen der parlamentarischen Debatte erfuhr das System der Programmaufsicht aber wesentliche Änderungen mit der Einsetzung von der UBI vorgelagerten Ombudsstellen sowie der Möglichkeit des direkten Weiterzugs von UBI-Entscheidungen an das Bundesgericht.

2.3 Totalrevision des RTVG von 2006

Am 18. April 1999 stimmte das Schweizer Volk einer neuen nachgeführten Bundesverfassung mit der neuen Bestimmung von Art. 93 für Radio und Fernsehen zu. Dieser bildete auch Grundlage für den Entwurf des Bundesrats vom 18. Dezember 2002 für ein totalrevidiertes RTVG. Der Bundesrat wies in der Botschaft darauf hin, dass die technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen sowie die Internationalisierung die bisherigen Regelungen in Frage stellten. Der Entwurf des Bundesrats sah unter anderem eine Neuordnung der Behördenorganisation vor. Aufgrund der Konvergenz sollte künftig eine einzige, unabhängige Behörde für die Bereiche Rundfunk und Telekommunikation zuständig sein. Eine besondere Kammer dieser neuen Kommission hätte die Aufgaben der UBI übernommen. Die Räte lehnten jedoch die Bildung einer entsprechenden «Kommission für Fernmeldewesen und elektronische Medien» ab und beharrten auf der bisherigen Behördenorganisation mit dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), welches dem UVEK unterstellt ist, und der verwaltungsunabhängigen UBI. Auch ein Vorschlag aus dem Ständerat, die Aufsicht über die Werbung vom BAKOM auf die UBI zu übertragen, unterlag schliesslich im Differenzbereinigungsverfahren.

Trotzdem führte das RTVG vom 24. März 2006 für die UBI sowie das Beschwerdeverfahren zu einigen wichtigen Neuerungen. Neben Programmbeschwerden gegen ausgestrahlte Radio- und Fernsehsendungen wurde die UBI auch zuständig für die Behandlung von Beschwerden gegen die Verweigerung des Zugangs zum Programm. Die Öffentlichkeit der Entscheidberatungen, die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) auf das Beschwerdeverfahren, die Kompetenzen der UBI bei der Wahl und Aufsicht von Ombudsstellen sowie die Möglichkeit der Aussprechung von Verwaltungsanktionen bei der Verletzung gewisser Pflichten innerhalb eines Jahres nach Androhung waren weitere Neuerungen.

2.4 Teilrevision des RTVG von 2014

In der Volksabstimmung vom 14. Juni 2015 hiessen die Stimmberechtigten die von der Bundesversammlung am 26. September 2014 beschlossenen Änderungen des RTVG knapp gut. Im Zentrum dieser Teilrevision stand die Überführung der bisherigen Empfangsgebühr in eine allgemeine Abgabe für Radio und Fernsehen. Zusätzliche im RTVG vorgenommene Änderungen betrafen den Tätigkeitsbereich der UBI. Ihr wurde nämlich

die Aufsicht über das übrige publizistische Angebot der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) übertragen, welche bis anhin dem BAKOM oblag. Beschwerde bei der UBI kann nun auch gegen Inhalte des Online-Angebots der SRG oder des Teletextes erhoben werden. Die erst durch das Gesetz von 2006 eingeführte Kompetenz zur Androhung und zum Aussprechen von Verwaltungssanktionen für die UBI wurde dagegen wieder aufgehoben. Aufgrund eines Gutachtens war fraglich, ob die entsprechenden Regeln den Verfahrensgarantien der EMRK entsprachen. Überdies wurden diese Verwaltungssanktionen aus mehreren Gründen nie angewendet¹³. Mit der Einführung der Beschwerdemöglichkeit für ausländische Personen, welche von einer Sendung oder einer Zugangsverweigerung direkt betroffen sind, wurde zudem eine Lücke im RTVG geschlossen¹⁴.

2.5 Entwicklungen in den letzten Jahren

2018 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung für ein Gesetz für elektronische Medien durch, welches das RTVG hätte ersetzen sollen. Das Vorhaben bezweckte, der Digitalisierung der schweizerischen Medienlandschaft Rechnung zu tragen. Statt Radio- und Fernsehprogramme sollten Service-public-Medienangebote im Zentrum des Gesetzes stehen. Die Aufgaben der UBI hätten sich nicht grundsätzlich geändert. Aufgrund der Reaktionen im Vernehmlassungsverfahren verzichtete der Bundesrat aber auf eine Weiterverfolgung dieses Projekts zu Gunsten eines Massnahmenpakets zur Förderung der Medien, welches in der Volksabstimmung vom 13. Februar 2022 abgelehnt wurde.

Zu einer Erweiterung des Tätigkeitsbereichs der UBI führte ein Grundsatzurteil des Bundesgerichts vom 22. November 2022¹⁵. Demnach zählt auch die Kommentarfunktion zu redaktionellen Beiträgen in Online-Foren oder Social-Media-Kanälen zum übrigen publizistischen Angebot der SRG. Bei Streitigkeiten über deren Handhabung (z. B. Löschung oder Nichtaufschaltung von Kommentaren) steht daher der Rechtsweg über die Ombudsstellen und die UBI offen.

3. Die UBI heute

3.1 Gesetzliche Grundlagen

Neben der Verfassungsgrundlage von Art. 93 BV und den übrigen rundfunkrechtlichen Bestimmungen im RTVG, in der Radio- und Fernsehverordnung (RTVV) und im Geschäftsreglement sind auch andere Erlasse für die Tätigkeit der UBI relevant. Hinzuweisen ist auf Bestimmungen des VwVG, die Anwendung finden, soweit das RTVG nicht davon

13 BBl 2013 5034f.

14 BBl 2013 5018.

15 BGE 149 I 2.

abweicht¹⁶. Das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) und insbesondere die dazu gehörige Verordnung (RVOV) beinhalten organisationsrechtliche Regelungen für die UBI. Das anwendbare internationale Recht wie namentlich Art. 7 des Europäischen Übereinkommens über das grenzüberschreitende Fernsehen ist von geringer praktischer Bedeutung, da es keine weitergehenden materiell-rechtlichen Bestimmungen als das nationale Recht beinhaltet. Weit wichtiger ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK.

3.2 Status

Innerhalb der Organisation des Bundes stellt die UBI eine ausserparlamentarische Kommission gemäss Art. 57a RVOG dar und ist dem UVEK angegliedert. Da sie über Entscheidbefugnisse verfügt, handelt es sich um eine Behörden- und nicht um eine Verwaltungskommission¹⁷. Sie zählt dabei zu den marktorientierten Kommissionen¹⁸.

Das Bundesgericht hat die UBI im bereits erwähnten Urteil über die Zuständigkeit bei Online-Kommentarspalten als «fachkundiges Gericht» bezeichnet, das den in Art. 29a BV definierten Vorgaben für die Rechtsweggarantie genügt¹⁹. In vorhergehenden Urteilen sprach das Bundesgericht von einer gerichtsähnlichen Instanz²⁰ oder liess die Frage offen, ob es sich bei der UBI um eine klassische rechtliche Instanz handelt²¹. In einem Fall kam es zum Schluss, dass das Beschwerdeverfahren vor der UBI eher den Charakter einer besonders gelagerten Aufsichtsbeschwerde als eines gerichtlichen Verfahrens aufweist²².

3.3 Wahl und Zusammensetzung

Der Bundesrat wählt die neun nebenamtlich tätigen Mitglieder der UBI jeweils auf vier Jahre und bestimmt den Präsidenten oder die Präsidentin²³. Die Amtsdauer für UBI-Mitglieder ist auf maximal zwölf Jahre beschränkt. Bei der Wahl muss der Bundesrat für eine angemessene Vertretung der Geschlechter und der verschiedenen Sprachregionen sorgen²⁴. Es muss sich um unabhängige Sachverständige handeln. Im Zentrum stehen dabei juristische und medienpezifische Kenntnisse. In einer Einsetzungsverfügung hat der Bundesrat u. a. Pflichten, Anforderungsprofile sowie Beschäftigungsgrade für das Präsidium und die übrigen Mitglieder definiert²⁵. Die Grundlagen für die Entschädigung sind im Anhang 2 zur RVOV geregelt.

16 Art. 86 Abs. 3 RTVG.

17 Art. 8 Abs. 3 RVOV.

18 Anhang 2 der RVOV.

19 BGE 149 I 2 E. 3.3.4 S. 11.

20 BGE 147 II 476 E. 3.2.

21 BGE 137 I 340 E. 2.2.3 S. 344.

22 BGE 138 I 154 E. 2.7 S. 158f.

23 Art. 82 Abs. 1 und 2 RTVG. Die Vizepräsidentin oder der Vizepräsident wird von der UBI bestimmt.

24 Art. 75 RTVG.

25 Die aktuelle Einsetzungsverfügung datiert vom 22. November 2023.

Wer in einem Arbeitsverhältnis zu einem Programmveranstalter steht oder einem seiner Organe angehört, kann nicht in die UBI gewählt werden. Das trifft auch für Mitglieder der Bundesversammlung sowie Angestellte des Bundes zu²⁶. Die Interessenbindungen der Mitglieder aller ausserparlamentarischen Kommissionen sind auf einer Website des Bundes einsehbar.

3.4 Aufgaben

Die primäre Aufgabe der UBI besteht in der Behandlung von Beschwerden, die sich gegen den Inhalt redaktioneller Sendungen sowie den verweigerten Zugang zum Programm von schweizerischen Veranstaltern²⁷ oder des übrigen publizistischen Angebots der SRG richten²⁸. Die UBI darf nur auf Beschwerde hin tätig werden und nicht von Amtes wegen²⁹. Es ist ihr auch verwehrt, vorsorgliche Massnahmen zu treffen³⁰.

Neben der Behandlung von Beschwerden gehört die Wahl und Beaufsichtigung der drei sprachregionalen Ombudsstellen zu den eigentlichen Aufgaben der UBI³¹. Diese Ombudsstellen sind für alle unter das RTVG fallende Beanstandungen zuständig³², die nicht die SRG betreffen. Die SRG verfügt über fünf eigene Ombudsstellen, die von den Publikumsräten gewählt und vom BAKOM beaufsichtigt werden³³.

Dem Bundesrat hat die UBI jährlich einen Tätigkeitsbericht zu erstatten³⁴. Nach Kenntnissnahme durch den Bundesrat veröffentlicht die UBI ihren Tätigkeitsbericht in allen vier Landessprachen.

3.5 Organisation

Das RTVG sieht in Art. 85 Abs. 2 vor, dass sich die UBI selber organisiert. In einem vom Bundesrat genehmigten Geschäftsreglement³⁵ hält sie wichtige Grundsätze ihrer Organisation fest. Das betrifft etwa den Sitz in Bern, die Aufgaben des Präsidenten bzw. der Präsidentin und des Sekretariats, die Arbeitsverteilung unter den Mitgliedern, Regeln zur Beschlussfassung und zu den Beratungen, die Wahl und Aufsicht der Ombudsstellen sowie die Information der Öffentlichkeit.

Die UBI ist gerichtsähnlich ausgestaltet. Sie funktioniert nach dem Referentenprinzip,

26 Art. 82 Abs. 4 RTVG.

27 Das betrifft sowohl konzessionierte als auch gemeldete Veranstalter im Sinne von Art. 3 RTVG.

28 Art. 83 Abs. 1 Bst. a RTVG.

29 Art. 86 Abs. 5 RTVG.

30 Art. 86 Abs. 4 RTVG.

31 Art. 83 Abs. 1 Bst. b RTVG.

32 Art. 91 Abs. 3 RTVG, siehe dazu auch hinten Ziff. 4.1.

33 Art. 91 Abs. 2 RTVG.

34 Art. 83 Abs. 2 RTVG.

35 Das geltende Geschäftsreglement stammt vom 1. März 2007.

indem jeweils ein Mitglied in der Beratung über eine Beschwerde Bericht erstattet und Antrag stellt. Die Kommission verfügt über ein Sekretariat, welches die Geschäfte der UBI fachlich und administrativ begleitet. Es besteht zurzeit aus drei Personen mit insgesamt 200 Stellenprozenten. Das Sekretariat instruiert die Beschwerdeverfahren, redigiert die Entscheide und vertritt die UBI gegenüber der Bundesverwaltung.

Administrativ ist die UBI dem Generalsekretariat des UVEK angegliedert. Dieses stellt auch die zur Erfüllung der Aufgaben der UBI notwendigen Personal- und Sachmittel bereit. Zusammen mit anderen ebenfalls dem UVEK angegliederten ausserparlamentarischen Kommissionen des Bundes gehört sie zu den Regulierungsbehörden Infrastruktur (RegInfra), die rechnungsmässig zusammengefasst werden. Es besteht zusätzlich eine Vereinbarung zur «Sicherstellung der administrativen und logistischen Unterstützung der UBI durch das GS-UVEK».

3.6 Internationales

Die UBI ist seit 1996 Mitglied der European Platform of Regulatory Authorities (EPRA). Bei der EPRA handelt es sich um eine unabhängige Organisation, welcher 55 Rundfunkbehörden aus 47 Ländern angehören. Im Vordergrund steht bei der EPRA der informelle Meinungs- und Informationsaustausch. Die UBI kann keine völkerrechtlichen Vereinbarungen für die Schweiz abschliessen. Im internationalen Kontext nimmt sie mit ihrer Ausgestaltung, ihren Zuständigkeiten und Kompetenzen eine Sonderrolle ein³⁶.

4. Das Verfahren

4.1 Beanstandungsverfahren vor der Ombudsstelle

Beschwerde bei der UBI kann erst nach Abschluss des Verfahrens vor der Ombudsstelle erhoben werden. Eine Beanstandung bei der zuständigen Ombudsstelle hat innert 20 Tagen nach Veröffentlichung einer redaktionellen Publikation oder einem abgelehnten Zugangsgesuch schriftlich und mit kurzer Begründung zu erfolgen³⁷. Es ist auch möglich, mehrere Beiträge zu beanstanden, wobei die erste nicht länger als drei Monate vor der letzten zurückliegen darf³⁸. Beim übrigen publizistischen Angebot der SRG sind entsprechende Zeitraumbeanstandungen auf Wahl- und Abstimmungsdossiers beschränkt³⁹.

36 Emmanuelle Machet, *La régulation des contenus audiovisuels en Suisse replacée dans son contexte européen – La Suisse un système sui generis?*, in: *medialex* 4/2010, S. 197ff.

37 Art. 92 Abs. 1, 2 und 5 RTVG. Betrifft die Beanstandung das dynamische übrigen publizistischen Angebot der SRG, ist zusätzlich ein Dokument der beanstandeten Publikation erforderlich.

38 Art. 92 Abs. 3 RTVG.

39 Art. 92 Abs. 4 RTVG.

Die insgesamt acht Ombudsstellen der Radio- und Fernsehveranstalter haben zwischen den Beteiligten zu vermitteln⁴⁰. Sie verfügen über keine Entscheidungs- und Weisungsbefugnis⁴¹. Das RTVG räumt den Ombudsstellen verschiedene Möglichkeiten zur Erledigung von Beanstandungen ein⁴². Die Praxis der einzelnen Ombudsstellen unterscheidet sich denn auch erheblich, bedingt u. a. auch durch den ganz unterschiedlichen Arbeitsanfall⁴³. Die Ombudsstellen orientieren die Beteiligten spätestens 40 Tage nach Einreichung der Beanstandung über die Ergebnisse ihrer Abklärungen und über die Art der Erledigung⁴⁴. Die Ombudsstellen nehmen im ganzen Verfahren eine wichtige Filterfunktion ein. In den letzten Jahren wurden regelmässig rund 95 Prozent der Beanstandungen auf dieser Stufe abgeschlossen⁴⁵.

Die Kosten der Verfahren vor der Ombudsstelle hat grundsätzlich der betroffene Veranstalter zu tragen⁴⁶. Ausnahmsweise kann die UBI auf Antrag der Ombudsstelle oder des Veranstalters bei Mutwilligkeit die Verfahrenskosten der Person auferlegen, welche die Beanstandung eingereicht hat. Bei einem potentiell mutwilligen Verhalten muss die betroffene Person durch die Ombudsstelle ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden, dass ihr bei einer nächsten gleichartigen Beanstandung allenfalls Kosten anfallen. Mutwilligkeit kann insbesondere bei einem querulatorischen Verhalten vorliegen oder bei wiederholten Beanstandungen gegen einen missliebigen Veranstalter, um diesem wirtschaftlich zu schaden⁴⁷.

4.2 Beschwerdeverfahren vor der UBI

4.2.1 Beschwerdebefugnis

Während jede Person ohne weitere Voraussetzung bei der Ombudsstelle eine Beanstandung einreichen kann, sind die Legitimationsvoraussetzungen vor der UBI strenger. Beschwerde kann führen, wer am Beanstandungsverfahren vor der Ombudsstelle beteiligt war und eine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Sendung nachweist oder dessen Besuch um Zugang zum Programm abgewiesen worden ist (Individual- oder Betroffenenbeschwerde)⁴⁸. Entsprechend beschwerdefähig können sowohl natürliche als auch juristische Personen wie Unternehmen, Verbände oder Behörden sein. Eine enge Beziehung zum Gegenstand einer Sendung liegt vor, wenn die Beschwerde führende Person in der beanstandeten Publikation erwähnt oder gezeigt wird oder in anderer

40 Art. 93 Abs. 1 RTVG.

41 Art. 93 Abs. 2 RTVG.

42 Art. 93 Abs. 1 Bst. a-d RTVG.

43 Roger Blum/Ignaz Staub (Hrsg.), Die Klagemauern der Schweizer Medien, Bern 2017.

44 Bei der 40-tägigen Frist gemäss Art. 93 Abs. 3 RTVG handelt es sich um eine Ordnungsfrist und nicht wie bei der 20-tägigen Beanstandungsfrist um eine Verwirkungsfrist.

45 Jahresbericht 2023 der UBI, Ziff. 7.1, S. 10f.

46 Art. 93 Abs. 5 RTVG und Art. 77 RTVV, wo auch der Stundenansatz geregelt ist.

47 Siehe zur bisherigen Praxis: Jahresbericht 2021 der UBI, Ziff. 5.2, S. 8ff.

48 Art. 94 Abs. 1 RTVG.

Weise auf sie Bezug genommen wird⁴⁹. Ein besonderes persönliches oder berufliches Interesse am behandelten Thema oder spezifische Kenntnisse zu diesem reichen dagegen nicht zur Legitimation.

Natürliche Personen, die keine enge Beziehung zum Gegenstand der beanstandeten Publikation aufweisen, können eine Beschwerde einreichen, wenn sie von mindestens 20 weiteren Personen unterstützt werden (Popularbeschwerde)⁵⁰. Dies bedingt, dass die entsprechende Eingabe die erforderlichen persönlichen Angaben und Unterschriften enthält. Natürliche Personen müssen mindestens 18 Jahre alt sein, über das Schweizerbürgerrecht oder eine Niederlassungs- oder Aufenthaltbewilligung verfügen, wenn sie Beschwerde führen oder eine Beschwerde unterstützen⁵¹.

Wenn ein öffentliches Interesse an einem Entscheid besteht, kann die UBI auch auf eine fristgerecht erhobene Eingabe eintreten, welche nicht alle formellen Voraussetzungen – wie die erforderlichen 20 Unterschriften für eine Popularbeschwerde – erfüllt⁵². Der Entscheid liegt im Ermessen der UBI. Sie bejaht ein öffentliches Interesse bei Publikationen, deren Gegenstand neue rechtliche Fragen aufwirft oder die von grundlegender Tragweite für die Programmgestaltung sind⁵³. Wenn eine Beschwerde gegen einen Beitrag primär Bestimmungen berührt, zu welchen noch keine etablierte Rechtsprechung besteht, hat die UBI ebenfalls schon ein öffentliches Interesse an einem Entscheid angenommen⁵⁴. In entsprechenden Fällen verfügt die Beschwerde führende Person über keine Parteirechte.

Ohne vorherige Beanstandung bei der Ombudsstelle und ohne von einer Sendung betroffen zu sein, kann das UVEK Beschwerde erheben⁵⁵. Von dieser Möglichkeit hat es bisher allerdings erst zweimal Gebrauch gemacht. So beanstandete das Departement das erotische Nachtprogramm eines privaten Fernsehsenders, weil Sequenzen den Eindruck von kinderpornographischen Inhalten erweckten⁵⁶.

Die UBI kann die Behandlung einer Beschwerde ablehnen oder sistieren, wenn der Beschwerde führenden Person zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Verfahren offenstehen⁵⁷. In der Praxis betrifft dies insbesondere den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz⁵⁸. Das Beschwerdeverfahren vor der UBI bezweckt die Überprüfung von

49 Urteil 2C_788/2019 des Bundesgerichts vom 12. August 2020 E. 2.4; UBI-Entscheid b. 693 vom 12. Dezember 2014 E. 2.

50 Art. 94 Abs. 2 RTVG.

51 Art. 94 Abs. 3 RTVG.

52 Art. 96 Abs. 1 RTVG.

53 UBI-Entscheid b. 564 vom 7. Dezember 2007, E. 2.2.

54 UBI-Entscheid b. 704/705 vom 5. Juni 2015 E. 2.4.

55 Art. 94 Abs. 4 RTVG und Art. 95 Abs. 2 RTVG.

56 UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009.

57 Art. 96 Abs. 3 RTVG.

58 UBI-Entscheid b. 959 vom 2. November 2023 E. 4.

Sendungen und anderen Publikationen im Interesse der Öffentlichkeit und soll nicht zur Durchsetzung von primär privaten Anliegen dienen⁵⁹.

4.2.2 *Ablauf des Beschwerdeverfahrens*

Bei eingegangenen Beschwerden, die in den Zuständigkeitsbereich der UBI fallen und nicht offensichtlich unbegründet sind (z. B. aufgrund der Nichteinhaltung der Beschwerdefrist), wird der Schriftenwechsel eröffnet⁶⁰. Wenn eine Person eine Beschwerde zwar fristgerecht aber unvollständig einreicht, gewährt ihm die UBI regelmässig eine Frist zur Nachbesserung. Unabhängig davon, ob es sich um eine Popular- oder Betroffenenbeschwerde handelt, führt die UBI zwei Schriftenwechsel durch, auch wenn dies nicht zwingend notwendig wäre⁶¹. Ausnahme bilden Beschwerden aufgrund eines öffentlichen Interesses, bei welchen die Beschwerde führende Person über keine Parteirechte verfügt. Die UBI hat die Möglichkeit, Expertinnen und Experten beizuziehen, nicht aber Zeugen zu befragen⁶². Vom betroffenen Veranstalter kann die UBI die zur Abklärung des relevanten Sachverhalts notwendigen Auskünfte sowie Aufzeichnungen, Materialien und Unterlagen verlangen⁶³.

Nach Abschluss des Schriftenwechsels findet die Entscheidungsberatung statt, die grundsätzlich öffentlich ist, ausser es bestehen schutzwürdige Privatinteressen⁶⁴. Ist dies strittig, erlässt die UBI eine beim Bundesgericht anfechtbare Zwischenverfügung. Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip hat die UBI in der Praxis bisher nur angenommen, wenn sich im entscheiderelevanten Dossier heikle Daten aus hängigen Gerichtsverfahren oder nicht-öffentliche Informationen aus der Privatsphäre einer Person befinden⁶⁵. Das Bundesgericht hat in einem Urteil die Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips hervorgehoben und ausgeführt, dass Ausnahmen nur restriktiv anzunehmen sind⁶⁶.

Die UBI hat die Beschwerdesachen, über welche öffentlich beraten wird, mindestens zehn Tage vor der Sitzung auf der Website zu publizieren⁶⁷. An der Beratung erstattet ein UBI-Mitglied Bericht und stellt Antrag. Die übrigen Mitglieder können sich danach äussern, allenfalls einen Gegenantrag stellen. Das juristische Sekretariat verfügt über eine beratende Stimme. Nach Abschluss der Diskussion wird abgestimmt. Die Mitglieder der UBI sind zur Stimmabgabe verpflichtet, Enthaltungen sind nicht möglich. Die Redaktion der schriftlichen Entscheidungsbegründung obliegt dem Sekretariat und ist von der Kommis-

59 BGE 134 II 260 E. 6.2 S. 262.

60 Art. 96 Abs. 2 RTVG.

61 BGE 138 I 154 E. 2.2f. S. 156.

62 Art. 14 Abs. 1 VwVG.

63 Art. 17 und 20 RTVG.

64 Art. 97 Abs. 1 RTVG.

65 Zwischenentscheid i. S. b. 616 vom 20. August 2010, E. 2.

66 BGE 147 II 476.

67 Der Ablauf der Beratungen ist in Art. 11 und 12 des Geschäftsreglements der UBI geregelt.

sion zu genehmigen. Die den Parteien eröffnete schriftliche Entscheidbegründung bildet die Grundlage für eine allfällige Beschwerde an das Bundesgericht.

4.2.3 Rechte der Verfahrensbeteiligten

Wenn eine Eingabe die gesetzlichen Voraussetzungen an eine Beschwerde erfüllt, hat die betreffende Person einen Anspruch darauf, dass die UBI das durch sie ausgelöste Verfahren durchführt und über die Beschwerde entscheidet⁶⁸. Das trifft auch dann zu, wenn der betroffene Veranstalter einen Fehler einräumt und diesen im gleichen Publikationsgefäss berichtigt⁶⁹. Ein besonderes Rechtsschutzinteresse ist nicht notwendig.

Die Verfahrensbeteiligten können Beweisanträge stellen, haben ein Recht auf Akteneinsicht und Anspruch auf rechtliches Gehör⁷⁰. Sie können sich zu allen Eingaben der Gegenpartei äussern, soweit diese zulässig sind und entscheidrelevante Elemente enthalten⁷¹. Bei der Einholung eines Gutachtens können die Verfahrensbeteiligten zur Person des Sachverständigen sowie zur Expertise Stellung nehmen. Die UBI hat alle relevanten Vorbringen der Parteien zu prüfen, ihren Entscheid schriftlich zu begründen und diesen mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass sich die UBI mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt⁷².

Die Verfahrensgarantien umfassen ebenfalls, dass die UBI über Beschwerden in der gesetzlich vorgesehenen Besetzung entscheidet⁷³. Alle neun UBI-Mitglieder haben grundsätzlich an der Entscheidberatung teilzunehmen⁷⁴. Ausnahmen bilden sachlich begründete Abwesenheiten wie ein Ausstandsgrund⁷⁵ oder eine Krankheit. Das Geschäftsreglement sieht in diesem Zusammenhang ein Mindestquorum von sechs Mitgliedern vor und dass die Präsidentin oder der Präsident bei einer Pattsituation den Stichtscheid⁷⁶ fällen kann.

4.2.4 Verfahrenskosten und Parteientschädigung

Das Beschwerdeverfahren vor der UBI ist grundsätzlich kostenlos⁷⁷. Ausnahmsweise kann die UBI Beschwerde führenden Personen bei Mutwilligkeit Verfahrenskosten auferlegen. Eine Beschwerde ist gemäss Rechtsprechung mutwillig, wenn eine Person

68 BGE 135 II 430 E. 3.1 S. 436.

69 UBI-Entscheid b. 724 vom 11. Dezember 2015 E. 4.

70 Art. 29 Abs. 2 BV.

71 BGE 138 I 154 E. 2.3.2 S. 156.

72 Urteil 2C_589/2018 des Bundesgerichts vom 5. April 2019 E. 2.1.

73 Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 30 Abs. 1 BV.

74 BGE 137 I 340 E. 2.2.3 S. 344.

75 Art. 10 Abs. 1 VwVG.

76 BGE 137 I 340 E. 2.2.3 S. 344.

77 Art. 98 RTVG.

wiederholt mit gleichartig motivierten, offensichtlich unbegründeten Eingaben an die UBI gelangt⁷⁸.

Ein Kostenrisiko besteht zudem für Personen, deren von der UBI gutgeheissene Betroffenenbeschwerde vom Veranstalter beim Bundesgericht angefochten wird. Obsiegt der Veranstalter mit seiner Beschwerde vor Bundesgericht, hat die vor der UBI Beschwerde führende Person die Verfahrenskosten zu tragen⁷⁹.

Ob, entsprechend der konstanten Praxis im Verfahren vor der UBI in keinem Fall eine Parteientschädigung ausgerichtet werden kann, prüft das Bundesgericht zurzeit aufgrund einer Beschwerde.

4.3 Bundesgericht

Gegen den Entscheid der UBI kann beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden⁸⁰. Diese Möglichkeit steht grundsätzlich allen in Verfahren vor der UBI unterlegenen Beschwerde führenden Personen offen, soweit eigentliche Verfahrensverletzungen geltend gemacht werden wie etwa die Missachtung eines Ausstandsgrunds bei einem UBI-Mitglied⁸¹. Rügen, die auf eine materielle Überprüfung des UBI-Entscheids abzielen, sind hingegen nur für Personen möglich, die von der strittigen Publikation besonders berührt sind. Dies hat regelmässig zur Folge, dass ausschliesslich Personen, die zur Betroffenenbeschwerde bei der UBI befugt waren, einen für sie negativen Entscheid beim Bundesgericht materiell anfechten können, nicht aber Popularbeschwerdeführende. Über eine entsprechend umfassende Legitimation zur Beschwerde an das Bundesgericht verfügen naturgemäss ebenfalls Programmveranstalter, wenn sie im Beschwerdeverfahren vor der UBI unterliegen.

Sachverhaltsfeststellungen der UBI können nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig sind⁸². Geltend gemacht kann vor Bundesgericht insbesondere, dass der UBI-Entscheid Bundes- oder Völkerrecht verletzt⁸³. Entscheide des Bundesgerichts können beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte angefochten werden⁸⁴.

78 UBI-Entscheide b. 909 vom 8. März 2012 E. 10.1f. und b. 633/638/641/648 vom 30. August 2012 E. 9ff.

79 Urteil 2C_112/2021 des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2021 E. 9.2.

80 Art. 99 RTVG in Verbindung mit Art. 82 Abs. 1 Bst. a, Art. 86 Abs. 1 Bst. c und Art. 89 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

81 BGE 135 II 430 E. 3.2ff. S 436f.

82 Art. 105 Abs. 2 BGG.

83 Art. 95 Bst. a und b BGG.

84 Siehe dazu den Beitrag von Ilaria Tassini, *La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, hinten S. 97ff.

4.4 Verfahren nach festgestellter Rechtsverletzung

Die Entscheide der UBI haben primär feststellenden Charakter⁸⁵. Stellt die UBI eine Rechtsverletzung fest und ist der Entscheid rechtskräftig, kann sie zudem das Massnahmenverfahren gemäss Art. 89 Abs. 1 RTVG durchführen. In der Praxis macht sie denn auch von diesem Recht Gebrauch, es sei denn, der Veranstalter habe die erforderlichen Massnahmen bereits freiwillig umgesetzt⁸⁶.

Das Massnahmenverfahren bezweckt, den festgestellten Mangel zu beheben und ähnliche Rechtsverletzungen in Zukunft zu verhindern. Dem fehlbaren Veranstalter setzt die UBI eine 30-tägige Frist, um Bericht über die getroffenen Vorkehren zu erstatten. Dabei handelt es sich einerseits um interne Massnahmen wie die Kommunikation des Entscheids, Weiterbildungen, Anpassungen der Organisation oder Verhaltensregeln. Andererseits verlangt die UBI, dass auf der Website des Veranstalters bei der betreffenden Publikation an geeigneter Stelle und gut erkennbar ein Hinweis und ein Link zum Entscheid der UBI bzw. des Bundesgerichts angebracht wird⁸⁷. Ein Entfernen bzw. Löschen der beanstandeten Publikation ist zumindest aus rundfunkrechtlicher Sicht nicht erforderlich. Bei Zugangsbeschwerden hat der Veranstalter dafür zu sorgen, dass die gesuchstellende Person ihr Recht auf Zugang zum Programm beanspruchen kann, soweit dies noch möglich und gewünscht ist⁸⁸.

Erachtet die UBI die getroffenen Vorkehren des Veranstalters als ungenügend, kann sie diese nicht selber durchsetzen. Sie kann jedoch dem UVEK beantragen, die Konzession anzupassen oder gar zu suspendieren oder zu entziehen⁸⁹. Bei den bisher einzigen Anträgen der UBI sah das UVEK keine Notwendigkeit, Massnahmen zu verfügen, weil es sich um Einzelvorkommnisse handle⁹⁰.

Das RTVG sieht zusätzlich vor, dass die UBI bei wiederholten schweren Verstössen gegen gewisse Bestimmungen beim UVEK beantragen kann, das Programm eines Veranstalters zu verbieten oder die Sendetätigkeit an Auflagen zu knüpfen⁹¹. Ein entsprechender Antrag erfolgte in der Praxis noch nie.

85 Art. 97 Abs. 2 RTVG.

86 UBI-Entscheid b. 967 vom 22. März 2024 E. 7.4.

87 Jahresbericht 2023 der UBI, Ziff. 7.6, S. 13f.

88 BGE 139 I 306 E. 5.2 S. 314.

89 Art. 89 Abs. 1 Bst. a RTVG.

90 Jahresbericht 2021 der UBI 2022, Ziff. 4.4, S. 8f.

91 Art. 97 Abs. 4 RTVG i. V. m. Art. 89 Abs. 2 RTVG. Ausgeschlossen sind Verletzungen des Sachgerechtigkeits- und Vielfaltsgebots.

5. Rechtsprechung

5.1 Prüfungsgegenstand

Die UBI hat im Rahmen der Beschwerdeverfahren namentlich festzustellen, ob die angefochtenen redaktionellen Publikationen die relevanten Bestimmungen über die inhaltlichen Grundsätze verletzen⁹². Es sind dies Art. 4, 5 und 5a RTVG⁹³.

Redaktionelle Publikationen stellen Sendungen bzw. Beiträge aus linearen Angeboten (Programme) von Veranstaltern dar. Das betrifft alle Inhalte mit Ausnahme von Werbung und behördlichen Bekanntmachungen⁹⁴, so etwa auch Trailer⁹⁵ oder Verkehrsinformationen⁹⁶. Beanstandungsfähig sind entsprechende redaktionelle Publikationen aller schweizerischer Programmveranstalter, unabhängig davon, ob es sich um konzessionierte oder gemeldete handelt⁹⁷.

Beschwerde kann ebenfalls erhoben werden gegen veröffentlichte redaktionelle Publikationen aus dem übrigen publizistischen Angebot der SRG. Der Umfang dieses übrigen publizistischen Angebots (Art. 25 Abs. 3 Bst. b RTVG) ist in der SRG-Konzession definiert⁹⁸. Im Zentrum steht das Online-Angebot, wozu auch soziale Medien wie etwa Facebook, X oder Instagram gehören⁹⁹. Bei der Prüfung von Beschwerden ist dem dynamischen Charakter von Online-Angeboten Rechnung zu tragen. Eine Änderung eines Online-Artikels, die nicht nur rein redaktioneller Natur ist, stellt eine neue beanstandungsfähige Publikation dar, die auch beim Datum entsprechend zu vermerken ist¹⁰⁰.

Nicht nur die Erstaussstrahlung einer Sendung bzw. die erstmalige Veröffentlichung einer Publikation im übrigen publizistischen Angebot der SRG kann beanstandet werden, sondern auch Wiederholungen¹⁰¹. Wenn in einer Eingabe sowohl ein Rundfunkbeitrag (Radio oder Fernsehen) als auch ein damit zusammenhängender Online-Artikel der SRG beanstandet werden, sind beide Publikationen getrennt voneinander zu beurteilen¹⁰².

92 Art. 97 Abs. 2 Bst. a RTVG.

93 Hinsichtlich des einschlägigen internationalen Rechts vgl. Ziff. 3.1.

94 Art. 2c RTVG und Art. 8 RTVG.

95 UBI-Entscheid b. 781 vom 22. Juni 2018 E. 3 und 6.1f.

96 UBI-Entscheid b. 940 vom 30. März 2023 E. 3.

97 Art. 3 RTVG.

98 Art. 18 SRG-Konzession vom 29. August 2018.

99 Siehe etwa UBI-Entscheide b. 959 vom 2. November 2023 E. 1 und b. 898 vom 9. Dezember 2021 E. 1.

100 UBI-Entscheid b. 962 vom 14. Dezember 2023 E. 4.2.

101 UBI-Entscheid b. 927 vom 3. November 2022 E. 1.

102 UBI-Entscheid b. 932 vom 2. Februar 2023 E. 4.5.

Auf Beschwerde hin ebenfalls festzustellen hat die UBI, ob eine rechtswidrige Verweigerung des Zugangs zu einem Programm eines schweizerischen Veranstalters oder zum übrigen publizistischen Angebot der SRG vorliegt¹⁰³. Während bei Programmen diese Möglichkeit sowohl den redaktionellen Teil als auch die Werbung umfasst, ist sie beim übrigen publizistischen Angebot der SRG auf redaktionelle Publikationen beschränkt. Anfechtungsobjekt ist bei Zugangsverweigerungen nicht eine veröffentlichte Publikation, sondern ein abgelehntes Begehren um Zugang¹⁰⁴. Bei Online-Foren im übrigen publizistischen Angebot der SRG ist ein die Meinungsäusserungsfreiheit von Nutzerinnen und Nutzern berührender Realakt¹⁰⁵ wie die Nichtaufschaltung oder Löschung eines Kommentars oder die Sperre eines Kommentaraccounts Beschwerdegegenstand.

Die UBI hat sich grundsätzlich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken¹⁰⁶. Sie soll keine Fachaufsicht ausüben und namentlich nicht über die Qualität, den Geschmack oder Stilfragen urteilen¹⁰⁷.

5.2 Programmautonomie

Die in der BV und im RTVG verankerte Programmautonomie gewährleistet die Freiheit der Radio- und Fernsehveranstalter in der Gestaltung ihrer Programme. Das betrifft die Art und der Weise der inhaltlichen Bearbeitung und der Darstellung sowie die Themenwahl¹⁰⁸. Es gibt kein Thema, das einer allenfalls auch kritischen Darstellung in einer redaktionellen Publikation entzogen ist¹⁰⁹.

Die Programmautonomie erlaubt dem Veranstalter, ein Thema oder ein Ereignis unter einem speziellen Blickwinkel zu beleuchten. Zu verweisen ist etwa auf Publikationen im Stil von anwaltschaftlichem Journalismus, bei welchem die Redaktion Stellung für eine Seite bezieht, wie z. B. in Konsumentenmagazinen¹¹⁰. Die Berichterstattung muss auch in Informationssendungen nicht sachlich nüchtern und neutral sein, sondern darf Emotionen wecken¹¹¹. Ein Thema oder eine Problematik kann anhand eines Einzelfalls dargestellt werden¹¹². Gedeckt von der Programmautonomie ist bei Diskussions- und Gesprächssendungen eine harte, aggressive oder provokative Gesprächsführung mit einem entsprechenden Fragestil gegenüber medienerfahrenen Personen¹¹³. Die Auswahl von

103 Art. 97 Abs. 2 Bst. b RTVG.

104 Art. 92 Abs. 2 RTVG.

105 BGE 149 I 2 E. 3.3.2 S. 11.

106 BGE 132 II 290 E. 3.2 S. 294.

107 Urteil 2C_383/2016 des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2016 E. 3.5, UBI-Entscheid b. 878 vom 10. Mai 2021 E. 3.1.

108 Art. 6 Abs. 2 RTVG.

109 BGE 149 II 209 E. 3.4 S. 212f.

110 Urteil 2C_483/2020 des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2020 E. 4.4f.

111 UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021 E. 6.9.1f.

112 Urteil 2C_664/2010 des Bundesgerichts vom 6. April 2011 E. 4.2.

113 UBI-Entscheide b. 762 vom 31. August 2017 E. 5.2 und b. 676 vom 6. Dezember 2013 E. 5.5.4.

Gästen oder einer Diskussionsrunde liegt ebenfalls in der Freiheit des Veranstalters, soweit es sich nicht um eine wahl- oder abstimmungsrelevante Publikation handelt¹¹⁴.

Die Programmautonomie gilt zwar grundsätzlich nur im Rahmen der inhaltlichen Grundsätze des RTVG¹¹⁵. Die UBI hat aber bei der Beurteilung von Beschwerden der Medienfreiheit und der Programmautonomie gebührend Rechnung zu tragen. Ein Eingreifen der UBI rechtfertigt sich daher nicht schon, wenn ein Beitrag nicht in jeder Hinsicht zu befriedigen vermag¹¹⁶.

5.3 Beachtung der Grundrechte

5.3.1. Grundsätze

Art. 4 Abs. 1 RTVG: *«Alle Sendungen eines Radio- und Fernsehprogramms müssen die Grundrechte beachten. Die Sendungen haben insbesondere die Menschenwürde zu achten, dürfen weder diskriminierend sein noch zu Rassenhass beitragen noch die öffentliche Sittlichkeit gefährden noch Gewalt verherrlichen oder verharmlosen.»*

Der erste Satz der Bestimmung gilt laut eines Entscheids des Bundesgerichts nur für rundfunkrechtlich relevante Grundrechte, «deren Einhaltung von der UBI überprüft werden kann, als es sich um programmrelevante, objektive Schutzziele handelt, wie zum Beispiel der Religionsfrieden, die Vermeidung von Rassenhass, der Jugendschutz». Neben den in Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG erwähnten Tatbeständen hat die UBI in der Praxis Fälle im Zusammenhang mit der Glaubensfreiheit und der Unschuldsvermutung als entsprechend grundrechtsrelevant erachtet.

5.3.2 Glaubensfreiheit

Der rundfunkrechtliche Schutz der religiösen Gefühle ist Ausfluss der in Art. 15 BV gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit¹¹⁷. Von Relevanz ist dabei vor allem die Sicherung des Religionsfriedens und damit das Toleranzgebot¹¹⁸.

In Bezug auf die Religion bildeten vor allem satirische Beiträge Gegenstand von Beschwerden¹¹⁹. Die UBI unterscheidet bei der Behandlung religiöser Themen zwischen zentralen Glaubensinhalten einerseits und der Kirche als Institution bzw. kirchlichen

114 Urteil 2C_139/2011 des Bundesgerichts vom 19. Dezember 2011 E. 3.3.1, UBI-Entscheide b. 884 vom 2. September 2021 E. 6.3ff., b. 858 vom 11. Dezember 2020 E. 11.2 und b. 807 vom 7. Juni 2019 E. 5.10.

115 BGE 131 II 253 E. 2.2 S. 257.

116 BGE 137 I 340 E. 4.6 S. 350.

117 UBI-Entscheide b. 739/740 vom 25. August 2016 E. 4.4 und b. 711 vom 26. Oktober 2015 E. 6.3ff.

118 BGE 142 I 49 E. 3.2 S. 52.

119 Siehe zur Rechtsprechung der UBI, Raphaela Cueni, Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2019, S. 569ff.

Würdenträgern andererseits. Einen besonderen Schutz geniessen nur die zentralen Glaubensinhalte, weil religiöse Gefühle und Überzeugungen von gläubigen Menschen über sie besonders leicht verletzt werden können. Berührt eine Sendung zentrale Glaubensinhalte erheblich in negativer Weise, verstösst dies gegen den gebotenen Schutz religiöser Gefühle¹²⁰. Als zentrale Glaubensinhalte hat die UBI in ihrer Rechtsprechung Gott¹²¹, Ostern mit der Kreuzigung und der Auferstehung von Jesus Christus¹²² sowie die sieben Sakramente bei den betroffenen Religionsgemeinschaften eingestuft¹²³.

5.3.3 *Unschuldsvermutung*

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung¹²⁴ spielt regelmässig bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren eine wichtige Rolle. Nachdem die UBI die Einhaltung der Unschuldsvermutung lange im Rahmen des Sachgerechtigkeitsgebots von Art. 4 Abs. 2 RTVG geprüft hat, beurteilt sie diese nun als selbstständigen Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 RTVG¹²⁵.

Der Grundsatz besagt, dass jeder Mensch als unschuldig gilt, solange er nicht in einem rechtmässig durchgeführten Verfahren rechtskräftig verurteilt worden ist. Bei der Berichterstattung über hängige Strafverfahren sind Vorverurteilungen deshalb zu vermeiden. Die Darstellung der Fakten, insbesondere des Verfahrens, und der unterschiedlichen Standpunkte hat präzise zu erfolgen¹²⁶. Es gebietet sich auch eine zurückhaltende Ausdrucksweise in Inhalt und Ton¹²⁷.

Eine Verletzung der Unschuldsvermutung liegt vor, wenn ein noch nicht rechtskräftiger Strafbefehl als Faktum dargestellt wird¹²⁸. Ein expliziter Hinweis auf die Unschuldsvermutung ist nicht in jedem Fall erforderlich¹²⁹. Wenn jedoch gravierende anonyme Anschuldigungen von Personen erhoben werden und der Standpunkt des Beschuldigten nicht zum Ausdruck kommt, ist ein entsprechender Hinweis zwingend¹³⁰.

5.3.4 *Achtung der Menschenwürde*

Die auch in Art. 7 BV verankerte Achtung der Menschenwürde «betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen

120 UBI-Entscheid b. 460 vom 21. März 2003 E. 8.

121 UBI-Entscheid b. 515 vom 1. Juli 2005 E. 5.6.

122 UBI-Entscheide b. 711 vom 26. Oktober 2015 E. 7.6 und b. 460 vom 21. März 2003 E. 6.1.1.

123 UBI-Entscheide b. 503 vom 4. Februar 2005 E. 5.3 und b. 453 vom 23. August 2002 E. 7.4.

124 Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 2 EMRK.

125 UBI-Entscheid b. 911 vom 23. Juni 2022 E. 5.7.

126 UBI-Entscheid b. 629 vom 29. Mai 2020 E. 5.3.

127 UBI-Entscheide b. 617 vom 27. August 2010 E. 6.3 und b. 616 vom 3. Dezember 2010 E. 5.4.

128 UBI-Entscheid b. 817 vom 13. September 2019 E. 10.2.

129 Urteil 2C_432/2022 des Bundesgerichts vom 31. Oktober 2022 E. 4.3.

130 UBI-Entscheid b. 616 vom 3. Dezember 2010 E. 5.3.

ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit»¹³¹. Menschen sollen mit dem gebührenden Respekt und nicht als blosse Objekte behandelt werden¹³². Die rundfunkrechtlich gebotene Achtung der Menschenwürde verbietet insbesondere die unnötige Blossstellung, das Lächerlichmachen oder erniedrigende Darstellungen¹³³. Unerheblich ist dabei, ob die strittigen Szenen von den gezeigten bzw. betroffenen Menschen autorisiert wurden. Wenn in einer Dokumentation über den Alltag einer Domina ausführlich erniedrigende Praktiken an einem Sklaven gezeigt werden, steht dies im Widerspruch zur gebotenen Menschenwürde¹³⁴. Keine entsprechende Programmrechtsverletzung liegt vor, wenn Bilder von einem Dissidenten in Belarus gezeigt werden, der offensichtlich unter Zwang im staatlichen Fernsehen seine Schuld eingesteht, weil die Aufnahmen von zeitgeschichtlicher Bedeutung sind¹³⁵. Soweit (insbesondere mediengewandte) Personen in Publikationen hart, konfrontativ und/oder provokativ für ein bestimmtes Verhalten oder für ihre Haltung in einer Sache hart kritisiert werden, berührt dies die Bestimmung über die Menschenwürde nicht¹³⁶. Bei Personen, die ein hohes politisches Amt bekleiden, darf auch über ihre psychische Gesundheit debattiert werden¹³⁷. Der rundfunkrechtliche Schutz der Menschenwürde dient der Achtung und Anerkennung der menschlichen Individualität und damit dem Allgemeininteresse. Er ist vom individualrechtlichen Persönlichkeitsschutz zu unterscheiden, wofür spezielle straf- und zivilrechtliche Rechtsbehelfe offenstehen.

5.3.5 Diskriminierungsverbot

Die BV sieht in Art. 8 Abs. 2 ein Diskriminierungsverbot vor. Die entsprechende rundfunkrechtliche Bestimmung untersagt Pauschalurteile gegen Menschen oder eine Ausgrenzung bzw. Herabwürdigung aufgrund von bestimmten Merkmalen. Entsprechende Merkmale sind etwa die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, die sexuelle Ausrichtung, das Alter, die Religion, eine geistige oder körperliche Behinderung und die weltanschauliche oder politische Überzeugung. Kein relevantes Merkmal stellt das Autofahren bzw. Nicht-Autofahren¹³⁸ oder verhaltensauffällige Kinder¹³⁹ dar. Ob dies bei der Zugehörigkeit zu einer Zunft zutrifft, ist zumindest fraglich¹⁴⁰. Nicht jede Ungleichbehandlung begründet eine Diskriminierung. Der Tatbestand setzt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen voraus¹⁴¹.

131 BGE 132 I 49 E. 5.1 S. 55.

132 BGE 127 I 6 E. 5b S. 14.

133 UBI-Entscheid b. 580 vom 4. Juli 2008 E. 8ff.

134 UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.2.

135 UBI-Entscheid b. 931 vom 2. Februar 2023 E. 8.3.

136 UBI-Entscheide b. 762 vom 31. August 2017 E. 6.3 und b. 676 vom 6. Dezember 2013 E. 6.2.

137 UBI-Entscheid b. 784 vom 14. Dezember 2018 E. 8.3.

138 UBI-Entscheid b. 940 vom 30. März 2023 E. 7.3.

139 UBI-Entscheid b. 962 vom 14. Dezember 2023 E. 5.2.

140 UBI-Entscheid b. 958 vom 2. November 2023 E. 5.6.

141 UBI-Entscheid b. 704/705 vom 5. Juni 2015 E. 6.2.

Wenn eine Frau in einem Beitrag zur Fussball-Weltmeisterschaft der Männer in stereotypischer Weise auf ihre sekundären Geschlechtsmerkmale beschränkt wird, handelt es sich trotz des humoristischen Charakters der Publikation um eine rundfunkrechtlich relevante Diskriminierung¹⁴². Nicht sexistisch und damit keine Diskriminierung ist dagegen, wenn eine Eiskunstläuferin in einem Trailer zu den olympischen Winterspielen bei einem Sprung zu sehen ist, bei welchem der untere Teil ihres Trikots unter dem Rock sichtbar wird, wie dies auch bei Wettkämpfen regelmässig der Fall ist¹⁴³.

Entscheidendes Kriterium ist letztlich die durch die strittige Darstellung vermittelte Botschaft¹⁴⁴. Die Verwendung eines tendenziell diskriminierenden Begriffs in einer Satire¹⁴⁵, diskriminierende bzw. rassistische Aussagen in einer historischen Dramaserie¹⁴⁶ oder diskriminierende Aussagen einer Person in einer Diskussionssendung¹⁴⁷ stellen für sich allein noch keine Verletzung von Art. 4 Abs. 1 RTVG dar. Es gilt immer auch den Kontext zu beachten. Die Bestimmung ist verletzt, wenn die Botschaft der Publikation bzw. der beanstandeten Sequenz diskriminierend ist.

5.3.6 Öffentliche Sittlichkeit

Der Begriff der «unsittlichen Sendung» ist weit zu fassen. Die Bestimmung bezweckt neben der Wahrung des Sittlichkeitsgefühls in geschlechtlichen Dingen den Schutz grundlegender kultureller und gesellschaftlicher Werte¹⁴⁸. Bei der Beurteilung ist ein objektiver Massstab anzuwenden und dem gesellschaftlichen Wertewandel Rechnung zu tragen. Der Nachweis einer konkreten Gefährdung der öffentlichen Sittlichkeit durch die strittige Publikation ist zur Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich¹⁴⁹.

Wenn in einem erotischen Unterhaltungsprogramm Szenen ausgestrahlt werden, in welchen Minderjährige als Sexobjekte für Erwachsene mit entsprechenden Neigungen entwürdigt werden, ist Art. 4 Abs. 1 RTVG verletzt¹⁵⁰. Dagegen gefährdet eine Dokumentation über einen sexuellen Rekordversuch einer Pornodarstellerin trotz vieler bildlicher und verbaler Sexdarstellungen die öffentliche Sittlichkeit nicht, weil letztlich die Protagonistin im Zentrum steht und die sexuellen Handlungen durch zahlreiche Stellungnahmen hinterfragt und relativiert werden¹⁵¹. Sie bleibt selbstbewusstes Subjekt und wird nicht zum Lustobjekt degradiert¹⁵².

142 UBI-Entscheid b. 797 vom 1. Februar 2019 E. 4.3.

143 UBI-Entscheid b. 686 vom 5. September 2014 E. 5ff.

144 UBI-Entscheid b. 592 vom 5. Dezember 2008 E. 7.2ff.

145 UBI-Entscheid b. 927 vom 3. November 2022 E. 5.3.

146 UBI-Entscheid b. 871 vom 29. März 2021 E. 7.1 und 7.4.

147 UBI-Entscheid b. 888 vom 3. November 2021 E. 6.3.

148 BGE 133 II 136 E. 5.3.1 S. 144.

149 Siehe zur Rechtsprechung der UBI die Zusammenfassung und Würdigung bei Aisha Paloma Braun, Die öffentliche Sittlichkeit im Kontext der Rechtsstaatlichkeit, Zürich 2024, S. 69ff.

150 UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 3.3ff.

151 UBI-Entscheid b. 448 vom 15. März 2002 E. 6.6ff.

152 UBI-Entscheid b. 380 vom 23. April 1999 E. 6.1.3.

Die Schilderung eines ärztlich assistierten Suizids in einer Diskussionssendung zu diesem Thema war nicht sittenwidrig, weil die betreffende Ärztin und Sterbebegleiterin ihr Verhalten auf eine entsprechende Frage der Moderatorin hin begründete und es sich nicht um eine Anleitung zu einem Suizid handelte¹⁵³. Auch die Auskünfte einer Wahrsagerin gegenüber Ratsuchenden widerspricht dem Sittlichkeitstatbestand nicht¹⁵⁴. Eine Instrumentalisierung von lebenden Tieren zu Unterhaltungszwecken wie beispielsweise ein Fangspiel mit lebenden Forellen zur Belustigung des Publikums ist dagegen geeignet, Art. 4 Abs. 1 RTVG zu verletzen¹⁵⁵.

Die Bestimmung über die Sittlichkeit umfasst ebenfalls einen angemessenen Sprachausdruck. Das betrifft etwa ausfällige oder beleidigende Äusserungen des Moderators gegenüber einem Gast¹⁵⁶. Einzelne sprachliche Entgleisungen von Teilnehmenden einer Diskussion vermögen jedoch noch keine Verletzung der Bestimmung über die Sittlichkeit zu begründen¹⁵⁷.

5.3.7 Gewaltverherrlichung und -verharmlosung

Art. 4 Abs. 1 Satz 2 RTVG sieht weiter vor, dass Sendungen nicht Gewalt verherrlichen oder verharmlosen dürfen. Bei der Darstellung von Gewalt ist zwischen Informationssendungen und fiktionalen Beiträgen zu unterscheiden.

Im Rahmen von Informationssendungen ist eine Verherrlichung oder Verharmlosung von Gewalt anzunehmen, wenn Gewaltdarstellungen reinen Selbstzwecken dienen und unverhältnismässig sind. In ihrer Rechtsprechung prüft die UBI, ob die ausgestrahlten Gewaltszenen für eine sachgerechte Informationsvermittlung notwendig sind. Dies befürwortete die UBI etwa in einem tagesaktuellen Nachrichtenbeitrag bei Bildern der Leichen von Saddam Husseins Söhnen, weil es am Ausstrahlungstag das zentrale Ereignis und in den Kontext der Berichterstattung über den Irak eingebettet war¹⁵⁸. Ebenfalls als programmrechtskonform erachtete die UBI die Ausstrahlung von Videoaufnahmen von gewalttätigen Festnahmen mit teilweise tödlichem Ausgang, um im Rahmen eines Beitrags über eine Polizeireform in den USA den Anlass und die Hintergründe zu dokumentieren¹⁵⁹. Bei der Kriegsberichterstattung vermögen allenfalls schockierende Bilder mit leidenden, verwundeten Kindern die Realität sachengerecht zu illustrieren¹⁶⁰. Das gilt auch für drastische verbale Darstellungen von Gräueln¹⁶¹.

153 UBI-Entscheid b. 807 vom 7. Juni 2019 E. 7.

154 UBI-Entscheid b. 971 vom 22. März 2024 E. 7.1ff.

155 UBI-Entscheid b. 595 vom 20. Februar 2009 E. 4.4ff.

156 UBI-Entscheid b. 762 vom 31. August 2017 E. 6.4.

157 UBI-Entscheid b. 858 vom 11. Dezember 2020 E. 11.4.

158 UBI-Entscheid b. 479 vom 5. Dezember 2003 E. 4.1.3.

159 UBI-Entscheid b. 858 vom 11. Dezember 2020 E. 7.1ff.

160 UBI-Entscheid b. 800 vom 10. Mai 2019 E. 11.

161 UBI-Entscheid b. 980 vom 16. Mai 2024 E. 7.2f.

Im Bereich der Fiktion ist dagegen primär entscheidend, ob die Ausstrahlung dem Publikum eine gebührende Distanz zu den gezeigten Gewaltdarstellungen ermöglicht. So können etwa die besondere Machart eines Films sowie der Einsatz besonderer formaler und ästhetischer Mittel eine entsprechende Distanz schaffen, selbst bei eindringlichen Gewaltbildern¹⁶². Zusätzlich ist im Rahmen des Tatbestands der Gewaltverherrlichung bzw. Gewaltverharmlosung jeweils auch die Intensität bzw. Eindringlichkeit der ausgestrahlten Gewaltdarstellungen zu prüfen. Schliesslich gilt es, die Art der Einbettung in das Programm zu berücksichtigen.

Gewalt in vielen Ausdrucksformen ist Bestandteil von Kriminalfilmen, bei welchen es regelmässig um die Aufdeckung von Tötungsdelikten geht. Das Publikum, welches entsprechende Serien konsumiert, muss damit rechnen, dass es mit Gewaltszenen verschiedenster Art konfrontiert wird. Bei der rundfunkrechtlichen Beurteilung gilt es zudem, der Entwicklung dieser Formate in den letzten Jahrzehnten Rechnung zu tragen. Sowohl in einschlägigen Spiel- wie auch Kriminalfilmen mit fiktivem Charakter wird physische und andere Gewalt heute viel mehr und expliziter dargestellt¹⁶³.

5.4 Sachgerechtigkeitsgebot

5.4.1 Allgemeines

Art. 4 Abs. 2 RTVG: *«Redaktionelle Sendungen mit Informationsgehalt müssen Tatsachen und Ereignisse sachgerecht darstellen, so dass sich das Publikum eine eigene Meinung bilden kann. Ansichten und Kommentare müssen als solche erkennbar sein.»*

Das Sachgerechtigkeitsgebot ist die bei Beschwerden mit grossem Abstand meist angerufene Bestimmung. Es schützt die freie Meinungsbildung des Publikums. Wenn diese aufgrund einer Missachtung von journalistischen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit einer redaktionellen Publikation nicht gewährleistet ist, liegt eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vor.

Das Sachgerechtigkeitsgebot gilt grundsätzlich für alle schweizerischen Programmveranstalter. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 10 EMRK hat das Bundesgericht aber erwogen, dass an konzessionierte Veranstalter wegen ihrer «besonderen Rolle und Aufgabe im öffentlichen Meinungsbildungsprozess» ein anderer Massstab an die Sachgerechtigkeit gestellt werden dürfe als bei den übrigen Veranstaltern¹⁶⁴. Generell hohe Anforderungen an eine Beschränkung der Medienfreiheit gelten bei Publikationen, die den politischen Diskurs und das allgemeine Interesse betreffen.

162 UBI-Entscheid b. 522 vom 27. Januar 2006 E. 6.1.

163 UBI-Entscheid b. 781 vom 22. Juni 2018 E. 5.2.

164 BGE 137 I 340 E. 3.3 S. 346f.

Entscheidend bei der Beurteilung des Sachgerechtigkeitsgebots ist die Wirkung der beanstandeten Sendung oder Publikation auf das Durchschnittspublikum¹⁶⁵. Dieses unterscheidet sich jeweils aufgrund der Zielgruppe des betroffenen Publikationsgefässes, was im Hinblick auf das bei der Prüfung zu berücksichtigende Vorwissen des Publikums von Bedeutung ist¹⁶⁶.

5.4.2 Informationsgehalt

Das Sachgerechtigkeitsgebot ist ausschliesslich auf redaktionelle Publikationen mit Informationsgehalt anwendbar. Dies ist nicht der Fall bei fiktiven Unterhaltungssendungen, obwohl sich diese in der Regel am realen Leben orientieren. Auch wenn das Publikum gezeigte Handlungen aus entsprechenden Sendeformaten irrtümlicherweise als sachengerecht annimmt, ist das Sachgerechtigkeitsgebot nicht anwendbar¹⁶⁷. Die Antworten bei einer unterhaltenden Quizsendung unterliegen ebenfalls nicht Art. 4 Abs. 2 RTVG¹⁶⁸. Dagegen hat die UBI bei einer Radiosendung, in welcher eine Wahrsagerin Zuhörende beriet, die Unterstellung unter Art. 4 Abs. 2 RTVG bejaht¹⁶⁹.

Auf satirische und andere humoristische Sendungen ist das Sachgerechtigkeitsgebot nur beschränkt anwendbar, da es dabei nicht darum geht, das Publikum ernsthaft zu informieren¹⁷⁰. Erforderlich ist, dass der satirische bzw. humoristische Charakter der Publikation für das Publikum transparent ist¹⁷¹. Satire sollte zudem einen zutreffenden Tatsachenkern enthalten¹⁷².

5.4.3 Korrekte und vollständige Vermittlung der wesentlichen Fakten

Die Einhaltung des Sachgerechtigkeitsgebots bedingt, dass die wesentlichen Fakten zum behandelten Thema oder Ereignis korrekt und vollständig erwähnt werden. Bei der Prüfung ist dabei auf die bekannte und gesicherte Faktenlage zum Zeitpunkt der Ausstrahlung bzw. Veröffentlichung abzustellen¹⁷³.

Wesentliche Fakten werden etwa in meinungsverfälschender Weise dargestellt, wenn in einem Nachrichtenbeitrag von der Entlassung von zwei Direktoren die Rede ist, obwohl diese freigestellt wurden¹⁷⁴, wenn in einem Instagram-Beitrag die Haltung der Gesellschaft der deutschen Sprache zur gendergerechten Sprache unrichtig wiedergegeben

165 BGE 132 II 290 E. 3.2.3 S. 297, Urteil 2C_112/2021 des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2021 vom E. 8.2.

166 BGE 138 I 107 E. 3.1 S. 111.

167 UBI-Entscheide b. 871 vom 22. Juni 2018 und b. 468 vom 19. März 2004 E. 5.4ff.

168 BBl 2003 1669.

169 UBI-Entscheid b. 971 vom 22. März 2024 E. 4.3.

170 BGE 132 II 290 E. 3.2.1 S. 295.

171 UBI-Entscheid b. 771 vom 2. Februar 2018 E. 5.1ff.

172 UBI-Entscheid b. 958 vom 2. November 2023 E. 5.3.

173 UBI-Entscheide b. 980 vom 16. Mai 2024 E. 6.2.1. und b. 923 vom 3. November 2022 E. 5.5.

174 UBI-Entscheid b. 378/379 vom 23. April 1999 E. 7.1ff.

wird¹⁷⁵ oder wenn in einer Nachrichtenmeldung ein ehemaliger EU-Kommissar als EU-Kommissar bezeichnet und so der Eindruck vermittelt wird, es handle sich um die Aussage eines wichtigen Repräsentanten der EU und nicht um die persönliche Ansicht eines ehemaligen Kommissars¹⁷⁶. Nicht sachgerecht ist ebenfalls eine einseitige, tendenziöse und irreführende Durchführung eines Faktenchecks zu einer Volksinitiative¹⁷⁷, die verkürzte und tendenziöse Schilderung eines in einem Konsumentenmagazin kritisierten Verkaufsgesprächs¹⁷⁸ oder wenn in einem Beitrag der Eindruck vermittelt wird, ein Unternehmen stehe kurz vor dem Konkurs, obwohl die Belege dafür ungenügend waren, was für das Publikum jedoch nicht erkennbar war¹⁷⁹.

Wenn dem Publikum ein bekanntes und für die Meinungsbildung wesentliches Faktum vorenthalten wird, begründet dies eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots¹⁸⁰. Als Beispiele dienen etwa eine Sondersendung zu Botox, in welcher nicht über die mit der Produktion dieses Stoffs verbundenen grausamen Tierversuche berichtet wird¹⁸¹, die unvollständige Darstellung der Verantwortlichkeiten beim Goldhandel im Rahmen eines Beitrags zu einem kritisierten Politiker¹⁸², eine fehlende wichtige Information bei einer Chronologie zum Rücktritt eines ehemaligen Nationalbankpräsidenten¹⁸³ und die unterlassene Information bei einem Online-Artikel über einen Testversuch zu Sonderschulklassen, dass es sich bei den beschriebenen verhaltensauffälligen Kindern um solche mit einer diagnostizierten Beeinträchtigung handelt¹⁸⁴.

5.4.4 Schwere Vorwürfe

Werden in einer Publikation schwere Vorwürfe erhoben, ist die betroffene Person mit dem belastenden Material zu konfrontieren¹⁸⁵. Ihre Stellungnahme mit ihren besten Argumenten ist in der Veröffentlichung angemessenen Platz einzuräumen, so dass sich das Publikum zu den Vorwürfen ein eigenes Bild machen kann. Es ist dagegen nicht Aufgabe der UBI, zu prüfen, ob die Vorwürfe objektiv berechtigt sind¹⁸⁶.

Ein schwerer Vorwurf liegt vor, wenn für die betroffene Person damit ein erhebliches materielles oder immaterielles Schadensrisiko verbunden ist¹⁸⁷. Heftige Kritik am Ma-

175 UBI-Entscheid b. 898 vom 9. Dezember 2021 E. 7.3.

176 UBI-Entscheid b. 877 vom 10. Mai 2021 E. 6.4ff.

177 UBI-Entscheid b. 778 vom 22. Juni 2018, E. 5.11f.

178 UBI-Entscheid b. 701 vom 13. März 2015 E. 7.3ff.

179 UBI-Entscheid b. 662 vom 22. Februar 2013 E. 5.7.

180 Urteil 2C_494/2015 des Bundesgerichts vom 22. Dezember 2015 E. 5.3.

181 Urteil 2C_1246/2012 des Bundesgerichts vom 12. April 2013 E. 2.2.2.

182 Urteil 2C_778/2019 des Bundesgerichts vom 28. August 2020 E. 6.7.2.

183 UBI-Entscheid b. 776 vom 23. März 2018 E. 6.1f.

184 UBI-Entscheid b. 962 vom 14. Dezember 2023 E. 5.6.

185 BGE 149 II 209 E. 3.5 S. 213.

186 BGE 137 I 340 E. 3.2 S. 346.

187 Urteil 2A.41/2005 des Bundesgerichts vom 22. August 2005 E. 3.1.

nagement und schlechte Arbeitsbedingungen¹⁸⁸, das Weisswaschen im Internet¹⁸⁹, ungenügende medizinische Abklärungen¹⁹⁰, eine irreführende Bewerbung eines Produkts¹⁹¹ oder Rassismus¹⁹² sind einige Beispiele für in Publikationen erhobene gravierende Vorwürfe aus der jüngsten Praxis der UBI, die zwingend einer Anhörung der Betroffenen bedürfen. Diesen ist eine angemessene Zeit zum Antworten einzuräumen¹⁹³.

Wenn die angegriffene Person nicht mit dem belastenden Material konfrontiert wird, stellt dies in der Regel eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots dar¹⁹⁴. Das trifft auch zu, wenn der Veranstalter die behauptete vergebliche Kontaktaufnahme nicht belegen kann¹⁹⁵. Eine Anhörung kann unterbleiben, wenn sich die Vorwürfe auf amtliche Dokumente (z. B. Vernehmlassungsunterlagen, Gerichtsurteil) stützen¹⁹⁶. Insbesondere in der politischen Debatte stellt nicht jede Kritik einen schweren Vorwurf dar, der einer Erwiderung bedarf¹⁹⁷.

Wird die Stellungnahme der betroffenen Person in der veröffentlichten Publikation nicht korrekt bzw. unvollständig und damit nicht mit ihren besten Argumenten wiedergegeben, ist eine freie Meinungsbildung des Publikums nicht möglich¹⁹⁸. Sie muss zudem so platziert werden, dass ihr im Beitrag kein pro-forma-Charakter zukommt¹⁹⁹. Wenn eine Person auf eine Stellungnahme verzichtet, hat die Redaktion auf diesen Umstand und die Gründe, soweit bekannt, hinzuweisen²⁰⁰.

5.4.5 *Transparenz*

Die transparente Vermittlung von Informationen stellt eine wichtige Grundlage für eine sachgerechte Publikation dar. Der Fokus eines Beitrags sollte für das Publikum ersichtlich sein, insbesondere wenn wie beim anwaltschaftlichen Journalismus ein Thema oder ein Ereignis aus einem bestimmten Blickwinkel beleuchtet wird²⁰¹. Persönliche Ansichten und Kommentare von Redaktionsmitgliedern, Gästen und anderen Personen müssen als solche erkennbar sein²⁰². Wenn die Redaktion in einem Radiobeitrag Gründe für den Wegzug eines multinationalen Unternehmens aus der Schweiz anführt, ohne dafür Belege vorweisen zu können, sollte deutlich werden, dass es sich um einen Kommentar handelt²⁰³.

188 UBI-Entscheid b. 941 vom 30. März 2023 E. 6.5.

189 Urteil 2C_142 des Bundesgerichts vom 27. September 2024 E. 5.6.2.

190 UBI-Entscheid b. 988 vom 27. Juni 2024 E. 5.3f.

191 UBI-Entscheid b. 935 vom 30. März 2023 E. 5.4.

192 UBI-Entscheid b. 920/921/922 vom 1. September 2022 E. 5.4ff.

193 UBI-Entscheid b. 701 vom 13. März 2015 E. 7.8.

194 UBI-Entscheide b. 724 vom 11. Dezember 2015 E. 6.3. und b. 634 vom 2. Dezember 2011 E.6.1.

195 UBI-Entscheid b. 879 vom 17. Juni 2021 E. 6.6.

196 Urteil 2C_483/2020 des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2020 E. 6.6.4.

197 UBI-Entscheid b. 989 vom 27. Juni 2024 E. 6.4.

198 Urteil 2A.653 des Bundesgerichts vom 9. März 2006 E. 4.3.1 und UBI-Entscheid b. 883 vom 17. Juni 2021 E. 6.10.

199 UBI-Entscheid b. 819 vom 8. November 2019 E. 6.10ff.

200 Urteil 2C_112/2021 des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2021 E. 7.2.

201 Urteil 2C_483/2020 des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2020 E. 6.1.

202 Art. 4 Abs. 2 Satz 2 RTVG.

203 UBI-Entscheid b. 693 vom 12. Dezember 2014 E. 6.6.

Das Publikum muss zwischen Fakten und Meinungen unterscheiden können, um sich eine eigene Meinung zu den vermittelten Informationen bilden zu können. Wird in einem Radiogespräch mit einem Historiker der Eindruck vermittelt, ein Staat verende in einem Konflikt Chemiewaffen, obwohl zum Zeitpunkt der Ausstrahlung keine Beweise dafür vorlagen, widerspricht dies dem Transparenzgebot²⁰⁴.

Ist eine Aussage umstritten, muss dies für das Publikum ebenfalls erkennbar sein. In einem Radiobeitrag zu den Arbeitsbedingungen und der Entlohnung der kubanischen Ärztebrigaden kamen ausschliesslich kritische Stimmen von Regierungsgegnern zu Wort, obwohl relevante gegenteilige Meinungen bestanden²⁰⁵. Gibt es unterschiedliche Ansichten zu einem Thema, muss dies aus der Publikation hervorgehen. Auch bei einer Mitwirkungsverweigerung sollte deutlich werden, wenn und allenfalls inwiefern eine Aussage (z. B. ein Vorwurf) umstritten ist²⁰⁶.

Von der Redaktion in Publikationen erwähnte Personen und eingeladene Gäste sind aus Transparenzgründen angemessen vorzustellen. Um komplexe Sachverhalte zu erklären und verständlich zu machen, ziehen Redaktionen regelmässig Expertinnen und Experten bei. Neben der Nennung bzw. Einblendung ihres Namens und ihrer Tätigkeit bzw. ihrer Funktion ist dabei eine Erwähnung von allfälligen themenrelevanten Interessenbindungen erforderlich²⁰⁷. Dies unterliess die zuständige Redaktion bei einem Beitrag zu einer Volksabstimmung, indem sie nicht darauf hinwies, dass der angehörte Experte bei einer Zeitschrift tätig ist, welche sich auf verschiedenen Ebenen gegen die Vorlage engagierte²⁰⁸. Im Zusammenhang mit Publikationen zur Rhetorik von Donald Trump fehlte bei der Vorstellung ein Hinweis auf die wiederholten negativen Kommentare der beigezogenen Expertin auf sozialen Medien gegenüber dem Politiker²⁰⁹. Soweit für die freie Meinungsbildung des Publikums erforderlich, ist es zudem Aufgabe der Redaktion, den Argumenten entsprechender Fachleute andere bestehende Ansichten gegenüberzustellen²¹⁰.

Anonym erhobene Vorwürfe gegen eine Person sind wegen der fehlenden Transparenz heikel und bedingen erhöhter Sorgfaltspflichten. Neben einer vertieften Abklärung der Fakten muss der Angegriffene auch angemessen Gelegenheit erhalten, sich zu den Vorhaltungen äussern zu können²¹¹. Bei einer verdeckten Recherche durch einen Veranstalter muss transparent sein, dass eine versteckte Kamera eingesetzt worden ist, und die Auswahl der gezeigten Aufnahmen darf nicht tendenziös sein²¹².

204 UBI-Entscheid b.683 vom 14. Februar 2014 E. 4.3.

205 UBI-Entscheid b. 862/866/867 vom 29. Januar 2021 E. 7.5ff.

206 Urteil 2C_112/2021 des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2021 E. 7.2

207 UBI-Entscheide b. 903 vom 3. Februar 2022 E. 3.2 und b. 856 vom 28. Januar 2021 E. 7.3.1.

208 UBI-Entscheid b. 777 vom 23. März 2018 E.4.6f.

209 UBI-Entscheid b. 989 vom 27. Juni 2024 E. 8.1.

210 UBI-Entscheid b. 598 vom 19. Juni 2009 E. 5.2.

211 UBI-Entscheide b. 676/677/678 vom 6. Dezember 2013 E. 5.1.3, b. 616 vom 3. Dezember 2010 E. 5.3 und b. 521 vom 27. Januar 2006 E. 6.2.

212 UBI-Entscheide b. 917 vom 1.9.2022 E. 6.7 und b. 823 vom 8. November 2019 E. 5.10.

Bei Nachrichten- und anderen Informationssendungen im Fernsehen kommen Bildern eine wichtige Rolle zu. Ein an sich korrekter Wortbeitrag kann durch eine nicht darauf abgestimmte Bildgestaltung zu einer Irreführung des Publikums führen²¹³. Das gilt insbesondere für Archivaufnahmen und Symbolbilder, die als solche zu kennzeichnen sind bzw. nicht in meinungsverfälschender Weise verwendet werden dürfen²¹⁴.

Eine Kennzeichnung als Wiederholung drängt sich auch für Sendungen auf, bei denen es sich nicht um eine Erstaussstrahlung handelt, um das Publikum bezüglich der Aktualität der vermittelten Informationen nicht zu täuschen²¹⁵.

5.4.6 Journalistische Sorgfaltspflichten

Eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots liegt erst vor, wenn die Missachtung von journalistischen Sorgfaltspflichten die freie Meinungsbildung des Publikums zu einer Publikation verunmöglicht. Dies ist in der Regel der Fall, es sei denn, ein Veranstalter könnte sich im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von unzutreffenden Informationen umfassend auf seriöse und glaubwürdige Quelle stützen²¹⁶. Viel eher kommt vor, dass zwar journalistische Sorgfaltspflichten nicht eingehalten werden, dies aber eine freie Meinungsbildung des Publikums nicht verunmöglicht und damit auch keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots bewirkt. So wurden in beanstandeten Sendungen u. a. mit der fehlenden Transparenz über eine problematische Quelle²¹⁷, dem Unterlassen einer Intervention eines Moderators nach einer unangemessenen Bemerkung eines Gastes²¹⁸ oder der ungenügenden Darstellung des Standpunkts einer kritisierten Person journalistische Sorgfaltspflichten nicht eingehalten²¹⁹. Im Rahmen der zu beurteilenden Beiträge verunmöglichten diese Mängel die freie Meinungsbildung des Publikums jedoch nicht, da sie Nebenpunkte betrafen.

Zu den in der Rechtsprechung relevanten journalistischen Sorgfaltspflichten zählen namentlich die Transparenz, die Fairness, eine genügende Recherche sowie die Unvoreingenommenheit²²⁰. Medienschaffende sollen sich nicht instrumentalisieren lassen und eine kritische Distanz zum Ergebnis von eigenen Recherchen und von Erklärungen Dritter wahren, selbst wenn dies die vertretene These schwächt²²¹. Mit einem Gast vor einem Studiogespräch getroffene Vereinbarungen hinsichtlich der Ausklammerung bestimmter

213 UBI-Entscheid b. 409 vom 5. Mai 2000 E. 6.4ff.

214 UBI-Entscheid b. 857 vom 30. Oktober 2020, E. 5.4.

215 Jahresbericht 2020 der UBI Ziffer 5.3 S. 10.

216 UBI-Entscheide b. 962 vom 14. Dezember 2023 E. 5.8 und b. 378/379 vom 23. April 1999 E. 8.1ff

217 UBI-Entscheid b. 568 vom 19. Oktober 2007 E. 3.3.

218 UBI-Entscheid b. 736 vom 17. Juni 2016 E. 4.3ff.

219 UBI-Entscheid b. 768 vom 15. Dezember 2017 E. 5.4f.

220 UBI-Entscheide b. 920/921/922 vom 1. September 2022 E. 5.13, b. 898 vom 9. Dezember 2021 E. 7.4, b. 819 vom 8. November 2019 E. 6.13 und b. 778 vom 22. Juni 2018, E. 5.12.

221 BGE 149 II 209 E. 3.4 S. 213.

Punkte sind einzuhalten²²². Dagegen ist es nicht notwendig, Interviewte im Vorfeld im Detail über alle Aspekte der geplanten Sendung zu informieren²²³.

Der Umfang der gebotenen Sorgfalt hängt von den konkreten Umständen und dem Charakter des Sende- bzw. Publikationsgefässes ab. Hohe Anforderungen an die journalistischen Sorgfaltspflichten bedingen Beiträge im Vorfeld von Wahlen und Volksabstimmungen, sowohl in Bezug auf die Einhaltung des Sachgerechtigkeits²²⁴ als auch des Vielfaltsgebots²²⁵, um eine unverfälschte Willensbildung der Stimmberechtigten zu gewährleisten. Das gilt auch für Publikationen, in denen die Ergebnisse von Meinungsumfragen thematisiert werden. Entsprechende Beiträge müssen nicht nur die Umfrageergebnisse korrekt wiedergeben, sondern auch den Auftraggeber, das betraute Institut, die Modalitäten der Umfrage (z. B. Zahl der Befragten), die Fehlermarge sowie den Befragungszeitraum nennen²²⁶.

Erhöhte Sorgfaltspflichten bestehen aufgrund des beträchtlichen Schadenpotentials auch bei Publikationen, in denen schwere Vorwürfe gegen Personen erhoben werden²²⁷. Das betrifft etwa Beiträge im Stil von anwaltschaftlichem Journalismus in Konsumentensendungen oder bei investigativem Journalismus in Politmagazinen.

Im Übrigen ist bei Informationssendungen zu unterscheiden, ob es sich um einen Hintergrundbericht oder einen Beitrag zu einem tagesaktuellen Ereignis in einer Nachrichtensendung handelt. Bei Letzterem sind die Anforderungen an die journalistischen Sorgfaltspflichten aufgrund der viel kürzeren Vorbereitungszeit weniger hoch²²⁸.

An Diskussions- und andere Gesprächssendungen können nicht die gleichen Anforderungen an die Sachgerechtigkeit wie an rein redaktionell aufbereitete Publikationen gestellt werden²²⁹. Im Vordergrund stehen bei entsprechenden Formaten die Meinungen der eingeladenen Gäste. Die Redaktion und Moderation können mit der Themenwahl und den Fragen zwar Einfluss auf die Diskussion nehmen. Damit aber auch Raum für eine spontane Entwicklung der Diskussion offensteht, müssen nicht zwingend alle Aspekte des Themas erörtert werden. Reduzierte Anforderungen an die Sachgerechtigkeit bestehen auch für Sendungsankündigungen und Sendebeschriebe im übrigen publizistischen Angebot der SRG²³⁰.

222 Urteil 2C_406/2017 des Bundesgerichts vom 27. November 2017 E. 3.2.7.

223 BGE 149 II 209 E. 4.4.2 S. 216.

224 UBI-Entscheid b. 967 vom 22. März 2024 E. 7ff.

225 Siehe dazu hinten Ziffer 5.6.2.

226 UBI-Entscheid b. 633/638/641/648 vom 30. August 2012 E. 3.4.

227 Siehe dazu vorne Ziffer 5.4.4.

228 UBI-Entscheid b. 662 vom 22. Februar 2013 E. 5.8.

229 BGE 139 II 519 E. 4.2 S. 524, UBI-Entscheide b. 875 vom 29. März 2021 E. 5.2 und b. 762 vom 31. August 2017 E. 5.4.

230 UBI-Entscheid b. 936/937/938 vom 25. Mai 2023 E. 7 und 8.

5.4.7 Gesamteindruck

Eine beanstandete Publikation ist in ihrer Gesamtheit auf ihre Vereinbarkeit mit dem Sachgerechtigkeitsgebot zu würdigen. Das ist insbesondere bei einer Publikation der Fall, die aus mehreren zusammenhängenden Teilen besteht²³¹ oder bei einem Beitrag mit einer Anmoderation, einem Filmbericht und einem anschliessendem Gespräch²³². Bestandteil dieser Gesamtbeurteilung sind zudem non-verbale Gestaltungselemente wie Bilder, die Musik oder der Ton. Ein irreführendes Bild²³³, ein abschätziger oder ironischer Tonfall²³⁴ oder eine musikalische Untermalung²³⁵ können die Meinungsbildung des Publikums beeinflussen.

Ein einseitiger Filmbericht kann durch ein anschliessendes Gespräch aufgewogen werden²³⁶. Das Sachgerechtigkeitsgebot ist auch nicht verletzt, wenn in der Anmoderation die Rechtslage zum behandelten Thema nur grob und verkürzt vermittelt wird²³⁷. Journalistische Vereinfachungen und redaktionelle Unvollkommenheiten sind hinzunehmen, soweit sie die Meinungsbildung nicht verfälschen. Keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots liegt ebenfalls vor, soweit der tendenziöse Charakter einer Sendung für das Publikum klar erkennbar ist²³⁸. Es müssen auch nicht alle bestehenden Sichtweisen zu einem Thema oder Ereignis quantitativ und qualitativ gleichwertig dargestellt werden²³⁹.

Zu beachten gilt es bei der Gesamtwürdigung das jeweilige Vorwissen des Publikums der betreffenden Sendung oder Publikation hinsichtlich der thematisierten Aspekte²⁴⁰. Ferner ist dem Umfang und der Komplexität des behandelten Themas in Relation zur Dauer bzw. Länge der Publikation Rechnung zu tragen²⁴¹.

Weist ein Beitrag Falschinformationen oder andere Mängel (z. B. bei der Transparenz oder die ungenügende Darstellung eines Standpunkts) auf, ist zu prüfen, ob diese den Gesamteindruck und damit die Meinungsbildung des Publikums insgesamt massgeblich beeinflussen oder ob diese Nebenpunkte im Rahmen der vermittelten Informationen und des behandelten Themas betreffen²⁴². Eine entsprechende Gesamtwürdigung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der in Ziff. 5.4.1 – 5.4.6 dargestellten Elemente und der

231 Urteil 2C_862/2008 des Bundesgerichts vom 1. Mai 2009 E. 6.2.

232 BGE 131 II 253 E. 3.4 S. 263, UBI-Entscheid b. 981 vom 16. Mai 2024 E. 5.5.

233 UBI-Entscheid b. 409 vom 5. Mai 2000 E. 6.7.

234 Urteil 2A.41/2005 des Bundesgerichts vom 22. August 2005 E. 4 und 2A.653/2005 vom 9. März 2006 E. 4.3.1.

235 UBI-Entscheid b. 819 vom 8. November 2019 E. 6.6.

236 UBI-Entscheid b. 716 vom 11. Dezember 2015 E. 5.7.

237 Urteil 2C_483 des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2020 E. 6.2.2f.

238 UBI-Entscheid b. 853 vom 11. Dezember 2020 E. 6.7.

239 BGE 138 I 107 E. 2.1 S. 109.

240 BGE 132 II 290 E. 3.2.1 S.295 und 131 II 253 E. 3.1 S. 258.

241 BGE 139 II 519 E. 4.3 S. 524.

242 BGE 137 I 340 E. 4.6 S. 350, Urteil 2C_778/2019 des Bundesgerichts vom 28. August 2020 E. 6.7 und UBI-Entscheid b. 920/921/922 vom 1. September 2022 E. 5.14ff.

Programmautonomie vorzunehmen. Nehmen die Mängel gesamthaft eine untergeordnete Rolle ein, liegt keine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots vor²⁴³.

5.4.8 Schleichwerbung

Zuständig für Beschwerden wegen möglicher Schleichwerbung ist primär das BAKOM und nicht die UBI²⁴⁴. Das gilt insbesondere, wenn es um die Trennung von Werbung und redaktionellem Teil geht²⁴⁵. Werbende Darstellungen oder Aussagen in redaktionellen Sendungen können aber auch die Meinungsbildung des Publikums beeinflussen und damit das Sachgerechtigkeitsgebots berühren²⁴⁶. Das betrifft insbesondere Werbebotschaften, die ohne jegliche redaktionelle Notwendigkeit in einem Beitrag platziert werden. Das Publikum nimmt sie als vermeintliche Information bzw. als realitätsgerechte Kulisse wahr. Eine Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots liegt diesbezüglich vor, wenn die mit einer Darstellung oder Aussage verbundene Werbewirkung nicht durch den Informationswert gedeckt wird oder Teil einer realitätsgerechten Umgebung bildet²⁴⁷. Nicht zu beanstanden ist denn auch, wenn bei Tests in Konsumentenmagazinen die geprüften Produkte genannt werden²⁴⁸ oder wenn eine Politikerin, die viele Ämter bekleidet, sich häufig in einem Programm äussert²⁴⁹.

5.5 Öffentliche Sicherheit

Art. 4 Abs. 3 RTVG: *«Die Sendungen dürfen die innere oder äussere Sicherheit des Bundes oder der Kantone, ihre verfassungsmässige Ordnung oder die Wahrnehmung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz nicht gefährden».*

Eine Gefährdung der Sicherheit im Sinne dieser Bestimmung ist nicht leichthin anzunehmen. Ein entsprechender Eingriff in die Medienfreiheit und die Programmautonomie rechtfertigt sich einzig, wenn der Rundfunkbeitrag als solcher eine konkrete Gefährdung der öffentlichen Ordnung bewirkt. Dies hindert aber Rundfunkveranstalter in keiner Weise, über für die Sicherheit von Bund und Kantonen heiklen Themen zu berichten. Zu verweisen ist etwa auf einen Beitrag in einer Nachrichtensendung, in welcher über eine Pressekonferenz von sechs verummumten Mitgliedern einer Gruppe berichtet wurde, die zu einer nicht bewilligten Demonstration gegen das World Economic Forum (WEF) in Davos aufriefen²⁵⁰. Wenn der Moderator einen Parlamentarier in einer Diskussionssendung an den Pranger stellt und ihm strafrechtlich relevantes Handeln vorwirft, ist die

243 Urteil 2C_112/2021 des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2021 E. 8.1f.

244 Art. 10 Abs. 3 RTVG.

245 Art. 9 Abs. 1 RTVG; Entscheid des BAKOM vom 17. Dezember 2020 i.S. «Sportpanorama»/«The Roger» E. 2.2.

246 UBI-Entscheid b. 792 vom 14. Dezember 2018 E. 5.2 und 6.8.

247 UBI-Entscheid b. 564 vom 7. Dezember 2007 E. 3.6ff.

248 UBI-Entscheid b. 563 vom 19. Oktober 2007 E. 4.

249 UBI-Entscheid b. 965 vom 22. März 2024 E. 6.2.

250 UBI-Entscheide b. 483 und b. 486 vom 14. Mai 2004 E. 5.1ff.

verfassungsmässige Ordnung nicht gefährdet²⁵¹. Das ist auch nicht der Fall, wenn im Nachgang zu einer Sendung heftig über diese diskutiert wird²⁵².

5.6 Vielfaltsgebot

Art. 4 Abs. 4 RTVG: *«Konzessionierte Programme müssen in der Gesamtheit ihrer redaktionellen Sendungen die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten angemessen zum Ausdruck bringen. Wird ein Versorgungsgebiet durch eine hinreichende Anzahl Programme abgedeckt, so kann die Konzessionsbehörde einen oder mehrere Veranstalter in der Konzession vom Vielfaltsgebot entbinden.»*

Das Vielfaltsgebot hat in der Rechtsprechung eine doppelte Ausprägung entfaltet. Neben seinem eigentlichen, dem Gesetzestext entsprechenden Sinn leitet die Praxis aus Art. 4 Abs. 4 RTVG auch besondere Sorgfaltspflichten für Publikationen mit einem Bezug zu bevorstehenden Wahlen und Abstimmungen ab. Gemeinsam ist beiden Ausrichtungen, dass sie ausschliesslich konzessionierte Veranstalter betreffen und die Ausgewogenheit der Berichterstattung im Zentrum steht.

5.6.1 Vielfaltsgebot im engeren Sinne

Das Vielfaltsgebot im engeren Sinne will einseitige Tendenzen in der Meinungsbildung durch Radio und Fernsehen verhindern. Es verbietet nicht nur die Einseitigkeit im Sinne einer zu starken Berücksichtigung extremer Anschauungen, sondern auch die ausschliessliche Vermittlung politisch oder gesellschaftlich gerade herrschender Ansichten. In ihren redaktionellen Sendungen sollen konzessionierte Veranstalter die politische und weltanschauliche Vielfalt widerspiegeln²⁵³. Über möglichst viele und insbesondere relevante Themen soll berichtet und diese sollen aus verschiedenen Blickwinkeln beleuchtet werden²⁵⁴. Im Gegensatz zum Sachgerechtigkeitsgebot richtet sich das Vielfaltsgebot an das Programm insgesamt. Voraussetzung ist deshalb eine Zeitraumbeschwerde²⁵⁵, welche sich gegen alle Sendungen eines Veranstalters zu einem Thema richtet, die während einer Periode von maximal drei Monaten ausgestrahlt wurden. Nicht anwendbar ist dieses Vielfaltsgebots im engeren Sinne auf das übrigen publizistische Angebot der SRG²⁵⁶.

Eine Verletzung des Vielfaltsgebots liegt vor, wenn zu einem Thema oder zu einem Ereignis, über welches wiederholt und vertieft berichtet wird, jeweils nur eine Sichtweise

251 UBI-Entscheide b. 920/921/922 vom 1. September 2022 E. 6ff.

252 UBI-Entscheide b. 753/756/757/758/759/760 vom 3. November 2017 E. 8.5.

253 Urteil 2C_859/2022 des Bundesgerichts vom 20. September 2023 E. 5.5.1.

254 UBI-Entscheid b. 948 vom 25. Mai 2023 E. 4.

255 Art. 92 Abs. 3 RTVG; BGE 123 II 115 E. 3a S. 121.

256 Art. 5a zweiter Satz RTVG und Art. 92 Abs. 4 RTVG.

zum Ausdruck kommt und der Gegenstandspunkt oder andere Meinungen kein Gehör finden²⁵⁷. Die verschiedenen Ansichten müssen nicht notwendigerweise gleichwertig zum Ausdruck kommen, um dem Vielfaltsgebot zu genügen. Wenn beispielsweise hinsichtlich Ursachen des Klimawandels in dem für die Beschwerde relevanten Zeitraum grossmehrheitlich die herrschende Lehre zum Ausdruck kommt, auch wegen aktueller Ereignisse, begründet dies keine Verletzung des Vielfaltsgebots²⁵⁸. Es können sachliche Gründe für eine mangelnde Ausgewogenheit während einer bestimmten Zeit bestehen. Wenn etwa eine Politikerin aufgrund ihrer vielen Funktionen eine überdurchschnittliche Präsenz in einem Programm aufweist, ist dies mit dem Vielfaltsgebot vereinbar²⁵⁹. Bei gewissen Themen wie der Schweizer Geschichte ist es selbst im Rahmen eines Themenmonats nicht möglich, alle relevanten Aspekte einigermaßen umfassend zu beleuchten²⁶⁰. Nicht vereinbar mit dem Vielfaltsgebot ist ein völliger Ausschluss von einzelnen relevanten Aspekten oder Meinungen zu einem in vertiefter Weise behandelten Thema²⁶¹.

Art. 4 Abs. 4 RTVG sieht keine Fristen vor, innerhalb welcher das Vielfaltsgebot eingehalten werden muss²⁶². Die Zeitraumbeschwerde setzt der UBI aber zeitliche Grenzen bei ihrer Prüfung²⁶³. Aufgrund der Vielzahl von möglichen behandlungswürdigen Themen erfordert die journalistische Arbeit auch bei konzessionierten Veranstaltern eine erhebliche Selektion²⁶⁴. Im Vordergrund steht dabei naturgemäss die Berichterstattung über aktuelle Themen und Ereignisse. Insbesondere auch im Vergleich zum Sachgerechtigkeitsgebot ist das Vielfaltsgebot im engeren Sinne nur bedingt justiziabel und hat primär programmatischen Charakter²⁶⁵.

5.6.2 Erhöhte Sorgfaltspflichten vor Wahlen und Abstimmungen

Publikationen zu bevorstehenden Wahlen oder Abstimmungen können diese beeinflussen. Die Sicherung der politischen Meinungsbildung stellt ein wichtiges Element der Demokratie dar und gehört daher zu den zentralen Aufgaben der rundfunkrechtlichen Programmaufsicht in der Schweiz²⁶⁶.

Aus dem Vielfaltsgebot von Art. 4 Abs. 4 RTVG hat die Rechtsprechung besondere Anforderungen an Wahl- und Abstimmungssendungen in der für die Meinungs- und Willensbildung sensiblen Periode vor dem Urnengang abgeleitet. Diese gelten im Gegensatz

257 UBI-Entscheid b. 500 vom 4. Februar 2005 E. 5.6.

258 UBI-Entscheid b. 813 vom 13. September 2019 E. 7.7.

259 UBI-Entscheid b. 965 vom 22. März 2024 E. 7ff.

260 UBI-Entscheid b. 684 vom 20. Juni 2014 E. 6.8.

261 UBI-Entscheid b. 619 vom 20. August 2010 E. 6.5.

262 UBI-Entscheid b. 733 vom 17. Juni 2016 E. 7.2.

263 BGE 136 I 167 E. 3.2.2 S. 172.

264 Urteil 2C_408/2011 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2012 E. 2.3.2

265 BBI 2003 1669, BGE 138 I 107 E. 2.1 S. 109.

266 BGE 132 II 290 E. 3.2.3 S. 296.

zum Vielfaltsgebot im engeren Sinne auch für einzelne Ausstrahlungen. Die erhöhten journalistischen Sorgfaltspflichten und namentlich die besonderen Anforderungen an die Ausgewogenheit bezwecken die Gewährleistung der Chancengleichheit zwischen den sich gegenüberstehenden Lagern, Parteien oder Kandidierenden. Auch der Europarat hat in einer Empfehlung zur Wahlberichterstattung in elektronischen Medien die Mitgliedstaaten angehalten, Massnahmen zu einer fairen, ausgewogenen und unparteiischen Berichterstattung zu treffen²⁶⁷.

Das Vielfaltsgebot ist entsprechend anwendbar nicht nur auf eigentliche Wahl- und Abstimmungssendungen, sondern auf alle Ausstrahlungen, die einen konkreten Bezug zu einem bevorstehenden Urnengang aufweisen und damit geeignet sind, diesen zu beeinflussen. Dazu gehört auch ein persönliches Porträt eines amtierenden Staatsrats kurz vor den Erneuerungswahlen²⁶⁸ oder eine Reportage zu einem gehässigen Abstimmungskampf²⁶⁹. Das Vielfaltsgebot ist jedoch beschränkt auf die für die Meinungs- und Willensbildung sensible Periode vor dem Abstimmungs- bzw. Wahltermin. Bei eidgenössischen Volksabstimmungen geht die UBI davon aus, dass die sensible Periode mit der Medienkonferenz des Bundesrats beginnt²⁷⁰. Bei Wahlen entspricht diese in der Praxis nicht präzis definierte Zeitspanne maximal den drei Monaten vor dem Urnengang²⁷¹. Die sensible Periode mit den entsprechenden Pflichten endet mit dem Abschluss des Urnengangs und findet auf die Berichterstattung über die Ergebnisse einer Volksabstimmung oder Wahlen nicht mehr Anwendung²⁷².

Bei Beschwerden prüft die UBI die Einhaltung dieser besonderen Anforderungen beim Radio- und beim Fernsehprogramm sowie bei den verschiedenen Unternehmenseinheiten der SRG zusätzlich beim übrigen publizistischen Angebot jeweils getrennt nach Medium²⁷³. Auf satirische Publikationen sind die aus dem Vielfaltsgebot abgeleiteten erhöhten Sorgfaltspflichten nur beschränkt anwendbar²⁷⁴. Gar keine Anwendung finden sie bei Wahlen und Abstimmungen, bei denen nicht die stimmberechtigte Bevölkerung, sondern das Parlament entscheidet²⁷⁵, und auf ausländische Urnengänge²⁷⁶. Nicht konzessionierte Veranstalter dürfen auch einseitig berichten, müssen sich jedoch an das Sachgerechtigkeitsgebot halten und dürfen keine politische Propaganda betreiben²⁷⁷. Beim übrigen publizistischen Angebot der SRG gilt das Vielfaltsgebot für Wahl- und Abstimmungsdossiers²⁷⁸.

267 CM/Rec (2007) 15, die vom Ministerkomitee am 7. November 2007 genehmigt wurde.

268 BGE 134 I 2 E. 4.1ff. S. 8f.

269 Urteil 2C_859/2022 des Bundesgerichts vom 20. September 2023 E. 5.6.1.

270 UBI-Entscheid b. 713 vom 26. Oktober 2015 E. 7.1.

271 UBI-Entscheid b. 965 vom 22. März 2024 E. 4.7.

272 UBI-Entscheid b. 963 vom 25. Januar 2024 E. 5.2.

273 UBI-Entscheid b. 578 vom 4. Juli 2008 E. 7ff.

274 UBI-Entscheid b. 878 vom 10. Mai 2021 E. 3.7f.

275 UBI-Entscheid b. 580 vom 4. Juli 2008 E. 6.3.

276 UBI-Entscheid b. 989 vom 27. Juni 2024 E. 4.1.

277 BGE 138 I 107 E. 2.2 S. 110.

278 Art. 5a zweiter Satz RTVG; UBI-Entscheide b. 967 vom 22. März 2024 E. 4.3 und b. 778 vom 22. Juni 2018 E. 4.4ff.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung für die Beurteilung von Sendungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen drei relevante Kriterien definiert. Es handelt sich dabei um den Zeitpunkt der Ausstrahlung, die ausgewogene Darstellung der Standpunkte sowie die Wirkung auf das Publikum²⁷⁹. Je näher vor dem Urnengang und je intensiver eine Stellungnahme erfolgt, desto höher sind die Anforderungen²⁸⁰.

Eine absolute Gleichbehandlung aller Parteien bzw. Kandidierenden ist in der Berichterstattung vor Wahlen in der Regel nicht möglich, gilt es doch auch den Bedürfnissen des Publikums und des Mediums Rechnung zu tragen²⁸¹. Abweichungen vom Gleichbehandlungsprinzip müssen jedoch auf objektiven und nicht-diskriminierenden Kriterien beruhen. Das ist etwa der Fall, wenn unterschieden wird, ob eine Partei bisher im Parlament über Fraktionsstärke verfügt hat oder im Parlament vertreten ist²⁸². Als Bemessungsgrundlage dienen entsprechend die Resultate vergangener nationaler und/oder kantonaler Wahlen.

Eine Verletzung des Vielfaltsgebots liegt vor, wenn kurz vor den Wahlen für eine kantonale Exekutive ohne sachlichen Grund ein wohlwollendes Porträt über einen der Kandidaten ausgestrahlt und dieser damit gegenüber den anderen Kandidierenden bevorteilt wird²⁸³. Unzulässig ist ebenfalls, in einem Konsumentenmagazin rund einen Monat vor den eidgenössischen Wahlen auf der Grundlage eines einseitigen redaktionsinternen Tests zur Konsumentenfreundlichkeit von Parteien implizit eine negative Wahlempfehlung gegenüber der SVP zu formulieren²⁸⁴. Wenn zu den Ständeratswahlen im Kanton Tessin mehrere Sendungen von RSI ausgestrahlt werden und von den insgesamt neun Kandidierenden nur die sechs von den etablierten Parteien eingeladen werden, ohne die drei übrigen überhaupt zu erwähnen, ist dies mit den erhöhten Sorgfaltspflichten vor Wahlen nicht vereinbar. Ein entsprechender vollständiger Ausschluss von der Wahlberichterstattung verletzt das Vielfaltsgebot²⁸⁵.

Bei Publikationen im Vorfeld von Volksabstimmungen kann das Prinzip der Ausgewogenheit strenger gehandhabt werden, stehen sich dort in der Regel nur ein befürwortendes und ein ablehnendes Lager gegenüber. So hat ein längerer Beitrag bei RTS über den Hass im Abstimmungskampf zum Covid-Gesetz das Vielfaltsgebot verletzt, weil darin praktisch nur die Vorlage befürwortende Politiker zu Wort kommen und ein sehr negatives Bild über die Gegnerschaft vermittelt wird²⁸⁶. Er war damit geeignet, die Volksabstimmung zu beeinflussen. Wenn in einem auf TeleBärn und M1 ausgestrahlten

279 Urteil 2C_859/2022 des Bundesgerichts vom 20. September 2023 E. 5.6ff.

280 BGE 134 I 2 E. 3.3.2 S. 7.

281 BGE 125 II 497 E. 3b/cc und dd S. 503ff., UBI-Entscheid b. 722 vom 11. Dezember 2015 E. 7.3f.

282 UBI-Entscheid b. 967 vom 22. März 2024 E. 5.6.

283 BGE 134 I 2 E. 4.2.3 S. 10.

284 UBI-Entscheid b. 727 vom 17. Juni 2016 E. 5.7.

285 UBI-Entscheid b. 833 vom 29. Mai 2020 E. 7.4f.

286 Urteil 2C_859/2022 des Bundesgerichts vom 20. September 2023 E. 5.6.4.

Beitrag zur Abstimmung über die Altersvorsorge 2020 zwei befürwortenden Stimmen nur eine ablehnende Stimme gegenübersteht, deren Votum zudem noch hinterfragt wird, entspricht dies den Anforderungen von Art. 4 Abs. 4 RTVG ebenfalls nicht. Dies trifft auch auf einen kurzen Beitrag von Radio SRF zum Energiegesetz zu, in welchem das wichtigste Argument des Nein-Komitees thematisiert und als unzutreffend dargestellt wird²⁸⁷. Hingegen hat das Bundesgericht im Gegensatz zur UBI die Ansprache des zuständigen Bundesrats zur Frontex-Vorlage auf Radio SRF als vereinbar mit dem Vielfaltsgebot erachtet²⁸⁸. Auf Bundesratsansprachen bei SRF ist demnach das Vielfaltsgebot nur beschränkt anwendbar, insbesondere da diese Ausstrahlungen Bestandteil der Informationstätigkeit des Bundesrats bilden und vom Publikum auch als solche wahrgenommen werden. Eine Verletzung des Vielfaltsgebots durch eine Bundesratsansprache ist nur denkbar, wenn ausser diesem besonderen Format keine weiteren Beiträge im Vorfeld einer Volksabstimmung ausgestrahlt und dadurch andere Positionen gar keine Plattform erhalten würden.

5.7 Schutz Minderjähriger

Art. 5 RTVG: *«Programmveranstalter haben durch die Wahl der Sendezeit oder sonstige Massnahmen dafür zu sorgen, dass Minderjährige nicht mit Sendungen konfrontiert werden, welche ihre körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung gefährden.»*

Art. 4 Abs. 1 RTVV: *«Veranstalter von frei von frei empfangbaren Fernsehprogrammen haben jugendgefährdende Sendungen akustisch anzukündigen oder während ihrer gesamten Sendedauer mit optischen Mitteln zu kennzeichnen.»*

Art. 4 Abs. 2 RTVV: *«Veranstalter von Abonnementsfernsehen müssen es ihren Abonnenten und Abonnentinnen durch geeignete technische Vorkehrungen ermöglichen, Minderjährige am Zugang zu jugendgefährdenden Inhalten zu hindern.»*

Die Ausstrahlungszeit hat aufgrund der Möglichkeit, Sendungen zeitverschoben zu konsumieren, viel von ihrer Bedeutung beim rundfunkrechtlichen Schutz von Minderjährigen verloren. Wichtiger erscheint die in der RTVV statuierte Kennzeichnungspflicht von jugendgefährdenden Inhalten. Eine einheitliche Kennzeichnungspraxis besteht in der Schweiz nicht, die Veranstalter sind frei, wie sie die entsprechende Bestimmung umsetzen. Die Kennzeichnung dient den Erziehungsberechtigten, indem sie diesen eine altersklassengerechte Transparenz über für Minderjährige problematische Rundfunkinhalte verschafft.

²⁸⁷ UBI-Entscheid b. 764 vom 3. November 2017 E. 5.11.

²⁸⁸ Urteil 2C_871/2022 des Bundesgerichts vom 28. August 2024 E. 6.2ff.

Keine Gefährdung der körperlichen, geistig-seelischen oder sozialen Entwicklung bestand bei einem Beitrag in der «Tagesschau» über LSD, weil der Konsum dieses Halluzinogens nicht verharmlost wird²⁸⁹. Auch eine Hintergrundsendung, in welcher das weltweite Versagen von Verboten in der Drogenpolitik thematisiert wurde, stand nicht im Widerspruch zum rundfunkrechtlichen Jugendschutz, da sich die Ausstrahlung aufgrund ihrer Gestaltung offenkundig an ein erwachsenes Publikum richtete²⁹⁰. Die nachmittägliche Ausstrahlung eines Trailers zu einem Kriminalfilm, in welchem ein bedrohlich bellender Hund zu sehen war, eignete sich ebenfalls nicht, die Entwicklung von Kindern zu gefährden, da entsprechende Szenen Teil ihres Alltags bilden²⁹¹.

Sowohl die UBI als auch das Bundesgericht beurteilten dagegen einen längeren Beitrag in der Hauptausgabe der Nachrichtensendung von RTS über eine Retrospektive zum Gorefilm im Rahmen eines Festivals als jugendgefährdend²⁹². Dieser beinhaltete eine Reihe von Szenen mit Mord, Folter und Horror, die ein gewalttätiges Gesamtbild vermittelten. Der Beitrag war geeignet, die Entwicklung von Minderjährigen zu beeinträchtigen, weil diese nicht wie Erwachsene die Tragweite dieser Ausschnitte einordnen und relativieren konnten. Die allgemeine Vorwarnung am Anfang des Beitrags erfüllte die Anforderungen an den rundfunkrechtlichen Jugendschutz nicht, weil die Eltern gar nicht die Zeit hatten, darauf zu reagieren und die Minderjährigen vom Konsum der gewalttätigen Bilder abzuhalten. Auch wenn eine optische Kennzeichnung nur zu Beginn der Ausstrahlung und jeweils nach Werbeblöcken eingeblendet wird, genügt dies den gesetzlichen Schutzanforderungen nicht²⁹³.

5.8 Verweigerter Zugang

Im Gegensatz zur Beschwerde gegen veröffentlichte Publikationen ist die Beschwerde wegen verweigertem Zugang zum Programm schweizerischer Veranstalter und zum redaktionellen Teil des übrigen publizistischen Angebots der SRG nur rudimentär im RTVG geregelt. Demnach kann Beschwerde erheben, dessen Gesuch um Zugang abgewiesen wurde²⁹⁴. Im Übrigen hat die UBI festzustellen, ob eine rechtswidrige Zugangsverweigerung vorliegt²⁹⁵. Wann eine Zugangsverweigerung rechtswidrig ist, wird im RTVG nicht ausgeführt.

Legitimiert zur Zugangsbeschwerde sind nur betroffene natürliche oder juristische Personen, Populärbeschwerden sind nicht möglich. Eine entsprechende Betroffenheit bedarf aber nicht zwingend eines explizit abgelehnten Gesuchs auf Zugang. Auch aufgrund der

289 UBI-Entscheid b. 585 vom 22. August 2008 E. 4.2f.

290 UBI-Entscheid b. 700 vom 30. Januar 2015 E. 8.2.

291 UBI-Entscheid b. 781 vom 22. Juni 2018 E. 6.2.

292 Urteil 2C_738/2012 des Bundesgerichts vom 27. November 2012.

293 UBI-Entscheid b. 597 vom 20. Februar 2009 E. 5.2.

294 Art. 91 Abs. 3 Bst. b RTVG, Art. 94 Abs. 1 Bst. b RTVG.

295 Siehe dazu vorne Ziffer 5.1.

Umstände bzw. eines konkludenten Verhaltens des Veranstalters kann eine Zugangsverweigerung angenommen werden²⁹⁶. Das trifft etwa zu, wenn eine systematische Diskriminierung im Sinne eines Boykotts oder die unterlassene Berichterstattung über das Zustandekommen einer Volksinitiative geltend gemacht werden²⁹⁷.

Im redaktionellen Teil ist aufgrund der Programmautonomie der Veranstalter eine Rechtswidrigkeit bei einer Zugangsverweigerung nur ausnahmsweise anzunehmen, soweit diese aufgrund der BV oder der EMRK als problematisch erscheint²⁹⁸. Ein entsprechender Rechtsanspruch liegt bei einer rechtsungleichen Behandlung bzw. einer Diskriminierung vor, wenn also Personen, Parteien oder Gruppierungen Zugang gewährt wird, dies aber vergleichbaren Personen, Parteien oder Gruppierungen ohne sachlichen Grund verwehrt wird²⁹⁹. Auch ein Boykott einer Person oder Organisation aus politischen oder weltanschaulichen Gründen stellt eine rechtswidrige Zugangsverweigerung dar. In ihrer Rechtsprechung haben die UBI und das Bundesgericht eine Rechtswidrigkeit im redaktionellen Teil wiederholt verneint. Zu verweisen ist etwa auf die Beschwerde einer Tierschutzorganisation, über welche Fernsehen SRF während eines längeren Zeitraums von mehreren Jahren trotz vieler Aktivitäten nur ganz wenige Beiträge in seinem Programm ausgestrahlt hat³⁰⁰. Dafür bestanden sachliche Gründe wie namentlich die beschränkte Sendezeit und der Umstand, dass zahlreiche Tierschutzorganisationen bestehen. Auch die unterlassene Berichterstattung über zwei Volksmotionen im Katholischen Konfessionsteil St. Gallen durch das «Regionaljournal Ostschweiz» von Radio SRF stellte keine rechtswidrige Zugangsverweigerung dar³⁰¹. Der Gesuchsteller wurde nicht rechtsungleich behandelt, Anhaltspunkte für politische oder religiöse Gründe für die fehlende Thematisierung der Volksmotionen bestanden nicht, dafür sachliche Gründe wie insbesondere die grosse Anzahl von möglichen Themen und Ereignissen zur Berichterstattung. Nicht rechtswidrig war ebenfalls, die Lieder eines Chansonniers bei «Option Musique» von Radio RTS nicht zu berücksichtigen, da bei diesem Programm andere Musikstile im Vordergrund stehen³⁰².

Besonderes Gewicht kommt der Zugangsbeschwerde bei Sendungen im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen zu, um dem Gebot der Chancengleichheit Genüge zu tun. Eine rechtswidrige Zugangsverweigerung liegt dabei vor, wenn eine Partei von allen relevanten Wahlsendungen ausgeschlossen wird, Parteien von vergleichbarer Bedeutung aber berücksichtigt werden³⁰³. Allerdings besteht bei entsprechenden Beschwerden ein zeitliches Problem, ist es doch vielfach nicht möglich, vor dem Urnengang einen rechts-

296 BGE 136 I 167 E. 3.3.3 S. 175.

297 BGE 125 II 624 E. 3b S. 627f.

298 BGE 136 I 167 E. 3.3.2 S. 174.

299 Urteil 2C_589/2018 des Bundesgerichts vom 5. April 2019 E. 3.2.

300 Urteil 2C_408/2011 des Bundesgerichts vom 24. Februar 2012 E. 2.3.3ff.

301 Urteil 2C_589/2018 des Bundesgerichts vom 5. April 2019 E. 4.2ff.

302 UBI-Entscheid b. 930 vom 15. Dezember 2022 E. 6.6.

303 UBI-Entscheid b. 640 vom 11. Oktober 2011 E. 6.1.

verbindlichen Entscheid darüber zu erwirken, ob die verweigerte Teilnahme an Wahlsendungen rechtswidrig war oder nicht³⁰⁴. Vorsorgliche Massnahmen kann die UBI bekanntlich nicht anordnen. Für die UBI stellt sich bei entsprechenden Eingaben zusätzlich die Frage, ob diese als Zugangs- oder Programmbeschwerde zu behandeln sind. Wird der Ausschluss von Wahlsendungen beanstandet, ist es auch möglich, diese nach Ausstrahlung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vielfaltsgebot prüfen zu lassen³⁰⁵. Entscheidendes Kriterium für die UBI, ob eine Zugangs- oder Programmbeschwerde vorliegt, ist der Zeitpunkt der Beanstandung an die Ombudsstelle³⁰⁶. Wird die verhinderte Teilnahme an einer Wahlsendung vor der Ausstrahlung beanstandet, behandelt die UBI die Eingabe als Zugangsbeschwerde, ansonsten als Programmbeschwerde gegen die ausgestrahlte Wahlsendung.

Beim Zugang zum Werbereich stellt sich die Situation zumindest für die im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV grundrechtsgebundene SRG anders dar als im redaktionellen Teil, da sie sich bei dieser Nebenaktivität nur beschränkt auf die Programmautonomie berufen kann³⁰⁷. Soweit die Verweigerung der Ausstrahlung eines Werbespots einen Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit³⁰⁸ oder eines anderen Grundrechts darstellt, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage oder eines anderen überwiegenden Interesses. Mangels Vorliegens dieser Voraussetzungen erachtete das Bundesgericht die Nichtausstrahlung einer bestimmten Version des Werbespots einer Tierschutzorganisation in der Werbung von SRF («Was das Schweizer Fernsehen totschweigt») als rechtswidrig³⁰⁹.

5.9 Meinungsäusserungsfreiheit in Online-Foren³¹⁰

Im Zusammenhang mit der erst seit dem Grundsatzurteil des Bundesgerichts vom 22. November 2023 bestehenden Zuständigkeit bei Beschwerden gegen die Handhabung der Kommentarspalte im übrigen publizistischen Angebot der SRG, sind die ersten Entscheide der UBI in Rechtskraft getreten. Anlass bildeten Beschwerden von zwei regelmässigen Nutzern von SRF-Kommentarspalten zu redaktionellen Online-Beiträgen. Gerügt wurden die Nichtaufschaltung bzw. die Löschung von Kommentaren sowie mehrmonatige Sperren von Kommentaraccounts. Die UBI hatte zu beurteilen, ob in diesen Fällen relevante Gründe für die damit einhergehende Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit der betreffenden Nutzer bestanden.

304 Jahresbericht 2011 der UBI, E. 5.4, S.11f.

305 Siehe dazu vorne Ziffer 5.6.2.

306 UBI-Entscheid b. 640 vom 11. Oktober 2011 E. 5.3.3.

307 BGE 139 I 306 E. 3.2.2 S. 311.

308 Art. 16 Abs. 2 BV, Art. 10 EMRK.

309 BGE 139 I 306 E. 5.1 S. 314.

310 Siehe dazu auch den Beitrag von Yaniv Benhamou, Commentaires en ligne et désinformation, quelles limites à la liberté d'expression? Suites de l'ATF 149 I 2, hinten S. 31ff.

SRF hat die Handhabung der Kommentarspalten für Eigenplattformen und Social Media jeweils in einer Netiquette geregelt. Das Bundesamt für Kommunikation beaufsichtigt, ob entsprechende Netiquetten bestehen und funktionieren³¹¹. Eine Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit bedarf bei einer grundrechtsgebundenen Veranstalterin einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses, muss verhältnismässig sein und darf den Kerngehalt des Grundrechts nicht antasten³¹². Gemäss der bisherigen Praxis der UBI stellt die Netiquette keine entsprechende gesetzliche Grundlage dar. Bei der Beurteilung der Beschwerden hat die UBI jedoch berücksichtigt, dass die anwendbare Netiquette laut Bundesgericht «grundsätzlich zulässigerweise» Beschränkungen für Kommentare zusammenfasst wie namentlich persönliche Angriffe, Beleidigungen, Diskriminierungen, gewaltverherrlichende oder pornographische Inhalte, andere rechtswidrige Inhalte, Kommentare in anderen Sprachen als der Landessprache bzw. des Englischen, kommerzielle oder politische Werbung, Kommentare, die nur einen Link enthalten und externe Links³¹³. Vorbehalte machte das Bundesgericht nur bei zwei Beschränkungen, nämlich für Kommentare, die keinen Bezug zum Thema haben und für solche, die auf Verallgemeinerungen, Unterstellungen oder Behauptungen beruhen, die sich nicht überprüfen lassen. Ob Streichungen mit Verweis auf diese Punkte zulässig sind, muss gemäss Bundesgericht im Einzelfall geprüft werden.

In mehreren Fällen hat die UBI festgestellt, dass eine unzulässige Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit vorliegt, wenn die Community-Redaktion von SRF Kommentare von Nutzern mit der Begründung «Nicht überprüfbare Behauptungen/Unterstellung» aus der relevanten Netiquette für Eigenplattformen nicht veröffentlicht³¹⁴. Bei Meinungsäusserungen in Foren handelt es sich regelmässig um nicht überprüfbare Behauptungen und kritische Aussagen ähneln zudem oft Unterstellungen. Entsprechende Kommentare bilden Bestandteil eines offenen Meinungsaustausches, wie er durch entsprechende Foren angestrebt wird. Wenn die SRG solche Kommentarspalten anbietet, muss sie überdies auch Kritik gegen sich selber zulassen.

In einer aktualisierten Version der Netiquette hat SRF den Ablehnungsgrund «Nicht überprüfbare Behauptungen/Unterstellungen» durch «Falschinformation» ersetzt. Die UBI führte dazu aus, dass unter diesem neuen Titel nicht die frühere, als rechtswidrige beurteilte Praxis fortgesetzt werden dürfe³¹⁵. Die Kriterien für die Annahme einer «Falschinformation» in einem Kommentar sollten klar sein und einheitlich angewendet werden. Auch zur Beschränkung «Kein Bezug zum Thema» hat sich die UBI im Zusammenhang mit einem nicht aufgeschalteten Kommentar zu einem Online-Artikel über «Overtourism in den Bergen» geäussert. Darin hatte ein Nutzer die Verwendung des englischen Begriffs

311 Bundesamt für Kommunikation, Ergebnisse der Systemprüfung Netiquette SRF vom 7. Juni 2022.

312 Art. 36 BV.

313 BGE 149 I 2 E. 4.2 S. 13.

314 UBI-Entscheid b. 945 vom 29. Juni 2023, E. 4.1ff.

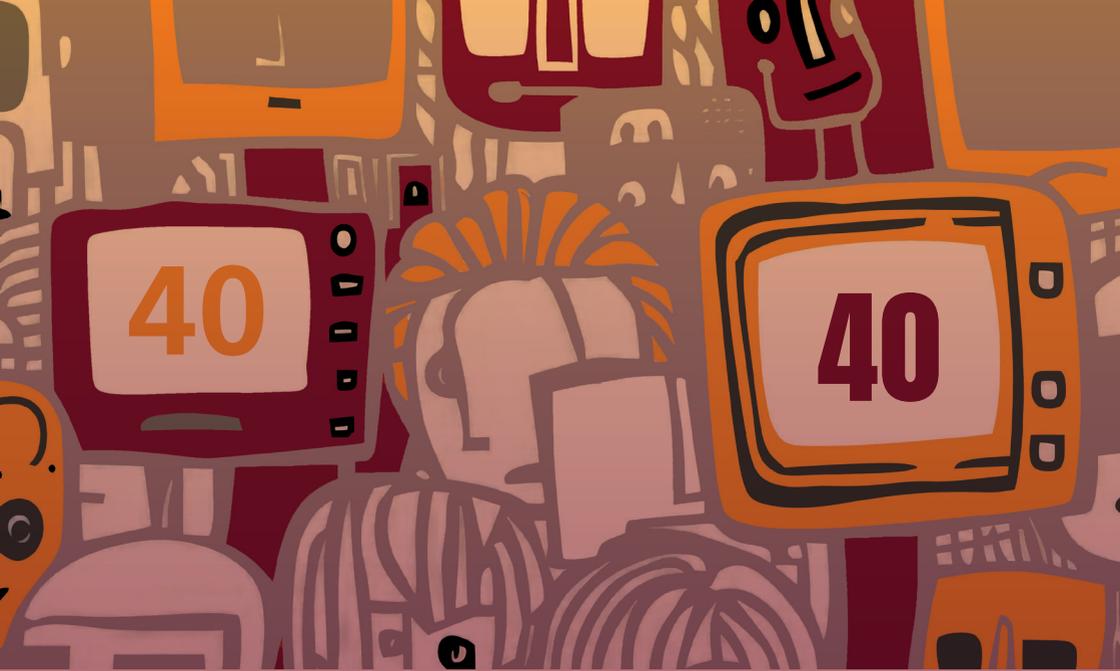
315 UBI-Entscheid b. 960 vom 2. November 2023 E. 4.5ff.

«Overtourism» kritisiert. Da dieser im Titel prominent genannt wurde und in der betreffenden Kommentarspalte überdies Auslöser einer Debatte über die Verwendung von Anglizismen bildete, erachtete die UBI die Nichtaufschaltung im Lichte der Meinungsäußerungsfreiheit als unzulässig.

Soweit die UBI die Nichtaufschaltung oder die Löschung von Kommentaren als gerechtfertigt erachtete, bildeten neben den im RTVG festgehaltenen inhaltlichen Programmgrundsätzen³¹⁶ der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz die erforderliche gesetzliche Grundlage für den damit verbundenen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit. In einem Fall bejahte die UBI ein überwiegendes Eigeninteresse³¹⁷.

316 Art. 4 – 6 RTVG.

317 UBI-Entscheid b. 949 vom 29. Juni 2023, E. 5.2 und 5.7.



La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme

Ilaria Tassini Jung
Secrétaire-juriste de l'AIEP

Table des matières

1. Introduction.....	99
2. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Cour européenne des Droits de l'Homme.....	99
3. La liberté d'expression	99
3.1 L'article 10 de la Convention.....	99
3.2 Considérations générales	
4. Saisir la Cour.....	100
4.1 Généralités.....	100
4.2 Conditions de recevabilité d'une requête et procédure.....	100
4.3 Requêtes individuelles	101
4.4 Les trois critères de l'examen au fond	102
5. Les arrêts et les décisions de la Cour contre la Suisse de 2006 à 2020 ...	103
5.1 Affaire Monnat contre la Suisse – Requête n° 73604/01.....	103
5.1.1 « L'honneur perdu de la Suisse »	103
5.1.2 Requête auprès de la Cour.....	104
5.1.3 Considérants de la Cour.....	104
5.2 Affaire Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft et autres contre la Suisse, émission « Puls » – Requête n° 68995/13.....	107
5.2.1 Emission « Puls » sur le Botox.....	107
5.2.2 Requête auprès de la Cour	107
5.2.3 Considérants de la Cour	108
5.3 Affaire Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft et Publisuisse SA contre la Suisse – Requête n° 41723/14	109
5.3.1 Spot publicitaire de VgT.....	109
5.3.2 Requête auprès de la Cour	110
5.3.3 Considérants de la Cour	110
6. Analyse des trois cas.....	112
6.1 Décisions / arrêts rendus par la Cour	112
6.2 Critères de recevabilité de la qualité de victime.....	112
6.3 Critères d'examen au fond	113
6.3.1 Généralités.....	113
6.3.2 Analyse.....	113
7. Critiques.....	114
8. Considérations finales.....	117

La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme

1. Introduction

La présente publication passe d'abord en revue la procédure devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (ci-après: la Cour) et analyse ensuite la jurisprudence de quelques cas suisses relevant de la compétence de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (ci-après: l'AIEP) traités ces dernières années par la Cour.

2. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Cour européenne des Droits de l'Homme

Instituée en 1959, la Cour est une juridiction internationale compétente pour statuer sur des requêtes alléguant des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme CEDH; ci-après: la Convention), tels le droit à la vie, l'interdiction de la torture, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté d'expression ou l'interdiction de discrimination. Le recours devant la Cour est le dernier recours disponible en Europe pour défendre ses droits fondamentaux. Signée le 4 novembre 1950 à Rome, la Convention est entrée en vigueur en 1953 et a été ratifiée par les 46 Etats membres du Conseil de l'Europe. La Suisse l'a ratifiée en 1974. La Convention est complétée par divers protocoles additionnels et de protocoles d'amendement.¹

3. La liberté d'expression.

3.1 L'article 10 de la Convention

Alinéa 1 : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considérations de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.* »

¹ Page officielle de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Alinéa 2 : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.* »

3.2 Considérations générales

Selon la Cour, la liberté d'expression constitue l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle a souligné l'importance de cet article qui joue non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent ; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique ». La liberté d'expression consacrée à l'article 10 CEDH est assortie d'exceptions (alinéa 2) qui appellent toutefois une interprétation stricte, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante. La Cour a développé dans sa jurisprudence des obligations positives – et non seulement négatives propres aux libertés – qui incombent aux Etats afin de protéger l'exercice de ce droit, qui, entre autres, impliquent que les Etats sont tenus de créer, tout en établissant un système efficace de protection des auteurs ou journalistes, un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes personnes concernées, leur permettant d'exprimer sans crainte leurs opinions et idées.²

4. Saisir la Cour

4.1 Généralités

Le droit de saisir la Cour est absolu et n'admet aucune entrave. Le système de protection des droits et libertés fondamentaux mis en place par la Convention se fonde sur le principe de la subsidiarité. C'est en premier lieu aux Etats parties à la Convention qu'il revient de garantir l'application de celle-ci, la Cour ne devant intervenir que là où les Etats ont manqué à leur devoir.

4.2 Conditions de recevabilité d'une requête et procédure

La Cour peut être saisie par tout Etat signataire de la Convention constatant un manquement imputable à un autre Etat signataire des obligations résultant de la Convention et

2 Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, p. 11.

de ses protocoles (art. 33 de la Convention) ou par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui s'estiment victime d'une violation commise par l'un des Etats membres d'un des droits garantis par la Convention (art. 34 de la Convention). Depuis sa création, la quasi-totalité des requêtes introduites sont individuelles.³

4.3 Requêtes individuelles

Les requêtes individuelles doivent respecter certaines conditions, sous peine d'être déclarées irrecevables par la Cour, sans même qu'elle examine les griefs. Elles doivent être présentées par écrit au moyen d'un formulaire fourni par le greffe de la Cour, contenir tous les renseignements demandés et établir de façon suffisamment détaillée en quoi les actes incriminés constituent une infraction à la Convention (art. 47 Règlement de la Cour). La Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, c'est-à-dire que la personne qui se plaint de la violation de ses droits doit avoir au préalable porté son affaire devant les juridictions de son pays jusqu'à la plus haute instance. En Suisse, l'AIEP est l'Autorité compétente pour statuer sur les plaintes introduites contre une publication rédactionnelle déjà parue ou contre le refus d'accorder l'accès au programme au sens de l'art. 94 LRTV. Ses décisions peuvent être contestées auprès du Tribunal fédéral (ci-après: le TF). Contre les arrêts rendus par le Tribunal fédéral, la partie déboutée peut alors déposer une requête auprès de la Cour dans le délai de quatre mois (art. 35 Convention). Le requérant doit, en outre, être personnellement et directement victime d'une violation de la Convention et établir avoir subi un préjudice important.

Après une analyse préliminaire, la Cour décide s'il faut saisir un juge unique (la requête ne remplit manifestement pas toutes les conditions de recevabilité), un comité de trois juges (la requête soulève des questions juridiques déjà traitées, elle est répétitive) ou une chambre de sept juges (la requête n'est pas considérée comme répétitive). Le juge unique rend une décision d'irrecevabilité (art. 27 de la Convention et art. 52a du règlement de la Cour), le comité de trois juges rend soit une décision d'irrecevabilité s'il décide que la requête n'est pas recevable, soit un arrêt sur la recevabilité et le fond (art. 28 de la Convention et art. 53 al. 1 du règlement de la Cour). La chambre de sept juges peut soit, comme le juge unique, rendre une décision d'irrecevabilité, soit statuer d'abord sur la recevabilité puis sur le fond et rendre une décision sur la recevabilité puis un arrêt sur le fond, soit rendre directement un arrêt sur la recevabilité et le fond (art. 29 de la Convention et art. 54 et 54a du règlement de la Cour) et, en dernier, elle peut se dessaisir au profit de la Grande Chambre (art. 30 de la Convention et art. 54 al. 1 du règlement de la Cour).

Si la requête n'est pas déclarée irrecevable, la Cour la communique au gouvernement défendeur. Pour la Suisse l'Etat défendeur est le Gouvernement suisse (ci-après: le Gou-

3 Art. 33 et 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

vernement) représenté par un agent de l'Office fédéral de la justice. La procédure peut alors se dérouler en deux phases consécutives – phase non contentieuse et phase contentieuse – ou en une seule phase lorsqu'il n'est pas approprié de la scinder. Durant la phase non contentieuse, les parties sont invitées à explorer les possibilités d'un règlement amiable dans un délai de douze semaines (art. 39 Convention et art. 62 al. 1 règlement de la Cour). Si tel est le cas – le plus souvent cela se traduit par le versement d'une somme d'argent au requérant, l'affaire est rayée du rôle par une décision comportant un bref résumé des faits et la solution adoptée. En cas d'échec des négociations, il s'ensuivra la phase contentieuse (art. 36 al. 2 règlement de la Cour), durant laquelle les parties échangent leurs observations sur le fond. La procédure peut aussi se dérouler en une seule phase. La Cour communique la requête au gouvernement défendeur et l'invite à soumettre des observations écrites sur la recevabilité et le fond de l'affaire (art. 54 règlement de la Cour).

Lorsque la Cour juge la requête recevable et en état d'être examinée au fond, elle peut adopter immédiatement un arrêt conformément à l'art. 54A al. 3 de son règlement, après en avoir informé les parties et sans échanges d'observations. Toutes communications avec le requérant durant la procédure doivent se faire dans l'une des langues officielles de la Cour (art. 34 al. 1 et 3 règlement de la Cour). Cette dernière prononce un arrêt pour toute requête qu'elle n'a pas rejetée. Un arrêt rendu par un comité de trois juges est immédiatement définitif, alors qu'un arrêt rendu par une chambre de sept juges est définitif à l'issue d'un délai de trois mois, pour autant qu'aucune des parties n'ait demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. Quant à la Grande Chambre, elle statue définitivement. L'exécution de tous les arrêts de la Cour est obligatoire pour les Etats défendeurs et le Comité des Ministres est chargé d'en surveiller l'exécution (art. 39 al. 4 Convention). La Cour accorde à la partie lésée une satisfaction équitable, en vertu de l'art. 41 Convention, lorsqu'elle conclut à une violation de la Convention, lorsque le droit national interne ne permet pas de remédier qu'imparfaitement aux conséquences de cette violation et lorsqu'une indemnisation est nécessaire. Une satisfaction équitable peut être accordée pour le dommage matériel et le préjudice moral subis, ainsi que pour les frais et les dépenses occasionnés.⁴

4.4 Les trois critères de l'examen au fond

L'ingérence dans la liberté d'expression enfreint l'art. 10 CEDH, sauf si elle remplit les exigences de l'alinéa 2 de cette disposition. La Cour examine donc si l'ingérence était « prévue par la loi », si « elle visait à préserver l'un des buts légitimes » et, enfin, si elle était « nécessaire dans une société démocratique », question décisive dans la majorité des cas pour la résolution de l'affaire. Afin de garantir le respect de l'Etat de droit, une restriction doit se fonder sur une base légale qui soit, premièrement, suffisamment ac-

4 Convention européenne des droits de l'homme et Règlement de la Cour.

cessible, précise et prévisible dans ses effets. Quant aux motifs légitimes d'ingérences dans l'exercice du droit à la liberté d'expression, ils sont énumérés exhaustivement à l'alinéa 2 de l'art. 10 CEDH. Une autorité nationale est de droit de rechercher à protéger la sécurité nationale, la sûreté publique, l'intégrité territoriale, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, par le biais de mesures, proportionnées, limitant la liberté d'expression, au sens large.⁵ Enfin, la question de la nécessité d'une ingérence dans une société démocratique est cardinale en matière de droits fondamentaux et de droits de l'homme. L'adjectif « nécessaire » implique un « besoin social impérieux ». Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10. Elle n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable: il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle est « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents ».⁶

5. Les arrêts et les décisions de la Cour contre la Suisse de 2006 à 2020

5.1 Affaire Monnat contre la Suisse – Requête n° 73604/01

5.1.1 «L'honneur perdu de la Suisse»

La Télévision suisse romande (TSR) a diffusé les 6 et 11 mars 1997, dans le cadre de l'émission télévisée « Temps Présent », un documentaire intitulé « L'honneur perdu de la Suisse ». Le documentaire a porté un regard critique sur la Suisse et ses relations avec l'Allemagne nazie durant la Seconde Guerre mondiale. Sa diffusion, en plein pendant la crise des fonds juifs en déshérence, a suscité de très vives réactions. Les deux plaintes populaires interjetées auprès de l'AIEP les 5 et 7 juin 1997 contre ce documentaire, dans lesquelles les plaignants dénonçaient le caractère partial, tendancieux et non conforme à la vérité, ont été admises par décisions du 27 août 1999. Un recours de droit adminis-

5 Guide sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, p. 21ss.

6 Affaire Stoll c. Suisse (Requête n° 69698/01, n° 101).

trafit au Tribunal fédéral (ci-après : le TF) a alors été interjeté contre les décisions de l'AIEP. Par arrêt du 21 novembre 2000, le TF a confirmé ces décisions. Il a relevé que le journaliste s'était fait l'avocat d'une seule thèse en émettant des critiques acerbes et que la technique utilisée, à savoir le journalisme engagé, n'avait pas été désignée comme telle. « L'honneur perdu de la Suisse » avait confronté la nouvelle vérité au « mythe » entretenu durant de longues années. Le documentaire avait omis d'indiquer l'existence de différentes interprétations parmi les historiens sur le rôle de la Suisse durant la Seconde Guerre mondiale. Il avait dû rendre transparent le fait qu'il ne révélait pas « la vérité », mais qu'il présentait une des interprétations possibles expliquant les relations entre la Suisse et l'Allemagne durant la période en question. Il a ainsi retenu que le public n'avait pas pu se forger librement une opinion en toute connaissance de cause.⁷

En mai 2020, la rediffusion du documentaire a été interdite par un huissier genevois qui a émis un « procès-verbal de constat » établissant que le documentaire était « sous embargo juridique ».

5.1.2 *Requête auprès de la Cour*

Le 13 juin 2001, Daniel Monnat (ci-après : le requérant), journaliste auprès de la SSR et auteur du documentaire « L'honneur perdu de la Suisse », a saisi la Cour en vertu de l'art. 34 de la Convention. Il a allégué que la surveillance des programmes instituée par la législation suisse ainsi que les décisions de l'AIEP, confirmées par le TF, l'avaient restreint dans l'exercice de sa liberté d'expression.

5.1.3 *Considérants de la Cour*

Dans son arrêt du 21 septembre 2006, la Cour s'est tout d'abord penchée sur l'examen de la recevabilité de la qualité de victime du requérant de la violation alléguée. Elle rappelle que par « victime », l'art. 34 de la Convention désigne la personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux, l'existence d'un manquement aux exigences de la Convention se concevant même en l'absence de préjudice. Pour se prétendre « victime », le requérant doit être ou avoir été directement touché par l'acte ou l'omission litigieux : il faut qu'il en subisse ou risque de subir directement les effets. Pour la Cour, il existait clairement un lien temporel et matériel entre l'admission des plaintes par les autorités suisses et la suspension de vente du documentaire du requérant, le « procès-verbal de constat » de la part de l'huissier genevois ayant été émis le 10 mai 2000, quelques mois après la décision d'admission de l'AIEP. Elle a ainsi considéré que le requérant, en tant qu'auteur du produit litigieux, était directement touché par cette suspension de vente et qu'il pouvait se prétendre « victime » d'une violation de la Convention. En revanche, La Cour était d'avis que le grief du requérant portant

7 Décision de l'AIEP b. 343a du 27 août 1999; arrêt du TF 2A.12/2000 du 21 novembre 2000.

sur l'inopportunité de la surveillance des programmes instituée par la loi fédérale sur la radio et la télévision (ci-après: la LRTV) devait être rejeté car le requérant avait contesté dans l'abstrait un régime juridique général prétendument contraire à la Convention.

La Cour s'est ensuite prononcée sur le fond de la requête. Elle a d'abord examiné si l'omission litigieuse constituait une ingérence dans la liberté d'expression du requérant. Elle a ainsi analysé si l'ingérence était « prévue par la loi », si elle était inspirée par un ou des buts légitimes et « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre.

La Cour a estimé que l'activité de l'AIEP était prévue par la loi. La Cour a également estimé que les reproches poursuivaient un but légitime, puisqu'ils visaient à protéger le droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente. La mesure se justifiait donc par « la protection (...) des droits d'autrui » au sens de l'art. 10 al. 2 de la Convention.

La question majeure à trancher était celle de savoir si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». La Cour a souligné que la recherche de la vérité historique faisait partie intégrante de la liberté d'expression, mais qu'elle ne lui revenait pas d'arbitrer la question de savoir quel rôle la Suisse avait effectivement joué pendant la Seconde Guerre mondiale. En revanche, elle avait pour tâche d'examiner si les mesures litigieuses étaient proportionnées au but poursuivi et que, à cette fin, elle devait mettre en balance les exigences de protection du droit des téléspectateurs de recevoir une information objective et transparente par rapport à la liberté d'expression du requérant. Elle a rappelé, en se référant à sa jurisprudence, que l'art. 10 al. 2 de la Convention ne laissait guère de place pour une restriction à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général et qu'elle devait faire preuve de la plus grande attention lorsque les mesures prises ou sanction infligées par les autorités nationales étaient de nature à dissuader les médias de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime. La Cour a constaté que le documentaire litigieux soulevait une question d'intérêt général des plus sérieuses – le rôle de la Suisse pendant la Seconde Guerre mondiale – et que la diffusion d'informations y relatives s'inscrivaient entièrement dans la mission que les médias se voyaient confier dans une société démocratique. De plus, il ne fallait pas perdre de vue que les limites de la critique admissible étaient plus larges pour les hommes politiques et les fonctionnaires agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielle que pour un simple particulier. Ainsi, la critique exprimée par le documentaire incriminé ne visait pas le peuple suisse et son attitude pendant la seconde guerre mondiale, mais les dirigeants de la Suisse pendant cette période. La marge d'appréciation des tribunaux suisses était, dès lors, plus étroite. La Cour a jugé que les autorités suisses ne disposaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour juger de l'existence d'un « besoin social impérieux » de prendre les mesures dont il était question contre le requérant, motif pour lequel elle procédait à

un examen scrupuleux de la proportionnalité de ces mesures au but légitime au sens de l'art. 10 al. 2 de la Convention. Elle a aussi relevé, s'agissant des événements historiques évoqués dans le documentaire litigieux, que le recul du temps entraînait qu'il ne convenait pas, cinquante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Concernant les « devoirs et responsabilités » d'un journaliste, l'impact potentiel du moyen d'expression concerné devait être pris en considération dans l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. Les médias audiovisuels ayant des effets beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite, les autorités internes jouissaient a priori d'une marge d'appréciation plus ample s'agissant, comme en l'espèce, d'un reportage télévisé. Au vu caractère sérieux du reportage litigieux et des recherches sur lesquelles il s'appuyait, la Cour a mis en doute le fait qu'on pouvait ou devait exiger de son auteur, de mettre davantage en relief qu'il ne s'agissait pas d'une « vérité historique unique ». Elle n'a pas retenu que le requérant avait manqué d'agir en toute bonne foi. La Cour n'a ainsi pas été convaincue que les motifs retenus par le TF étaient « pertinents et suffisants » pour justifier l'admission des plaintes.

S'agissant de la proportionnalité de l'ingérence litigieuse, la Cour rappelle que la nature et la lourdeur des sanctions infligées étaient aussi des éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agissait de mesurer la proportionnalité de l'ingérence. Elle a relevé que, dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt majeur, la sanction (« embargo juridique ») risquait de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion publique de questions qui intéressent la vie de la collectivité et d'entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle. Cette censure s'était plus tard matérialisée par l'émission du « procès-verbal de constat » par l'huissier judiciaire compétent de Genève qui avait mis le reportage « sous embargo juridique », interdisant ainsi formellement la vente du produit en cause à toute télévision européenne ou étrangère.

La Cour est ainsi arrivée à la conclusion que l'admission des plaintes par les autorités suisses ne représentait pas un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé compte tenu, notamment, de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté d'expression, de la marge d'appréciation réduite s'agissant d'informations d'intérêt général, du fait que la critique visait en l'espèce les agissements des hauts fonctionnaires gouvernementaux et d'hommes politiques, ainsi que de la nature sérieuse du reportage litigieux et des recherches sur lesquelles il s'appuyait. Elle a donc constaté une violation de l'art. 10 de la Convention.⁸

8 Arrêt de la Cour, Requête n° 73604/01, du 21 septembre 2006.

5.2 Affaire Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft et autres contre la Suisse, émission «Puls» – Requête n° 68995/13

5.2.1 Emission «Puls» sur le Botox

Le 2 janvier 2012, la Schweizer Fernsehen a diffusé dans le cadre du magazine de santé «Puls» une émission spéciale sur la neurotoxine botulique (Botox), d'une durée de 33 minutes environ. A travers cette émission, le public a obtenu diverses informations sur cette neurotoxine, sa découverte et les possibilités d'utilisation dans le domaine médical et cosmétique. L'émission a aussi abordé la question de la rapidité du développement des traitements esthétiques avec la neurotoxine botulique qui, en sus de rapporter beaucoup d'argent à ses producteurs, a permis l'ouverture de cliniques spécialisées. Dans une plainte de l'association «*Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT*» (ci-après : l'association), active en matière de protection des animaux et du consommateur, interjetée auprès de l'AIEP contre l'émission contestée, elle a fait valoir que l'émission avait omis de mentionner la problématique de la cruauté des expérimentations animales (tests DL-50) nécessaires à la production de cette neurotoxine. Le 30 août 2012, l'AIEP a admis la plainte estimant que l'information relative aux expérimentations animales était nécessaire pour garantir la libre formation de l'opinion du public et que le principe de la présentation fidèle des événements avait été violé. Par arrêt du 12 avril 2013, le TF a rejeté le recours de la SSR et a confirmé la décision d'admission de l'AIEP. Il a retenu que le fait d'avoir passé sous silence la manière dont la sécurité du dosage de ce produit, également utilisé en cosmétique, était testé pour chaque lot de production, revenait à exclure un point essentiel pour la formation de l'opinion du public en lien avec ce sujet. La question de la justification éthique des tests DL50 constituait une problématique reconnue aux plans national et international et représentait une information importante en relation avec le botox, de sorte qu'elle ne pouvait pas passer sous silence dans une émission spéciale de 33 minutes sur ce produit. Ce n'est qu'en mentionnant de manière adéquate les souffrances animales nécessairement liées à la production du botox, que le public aurait été en mesure de se forger une opinion complète et propre sur toutes les questions entourant son utilisation dans le domaine cosmétique. Le TF a en outre retenu que l'information complémentaire sur la problématique de l'expérimentation animale en relation avec le «botox», publiée par la rédaction de l'émission «Puls» sur son site Internet, ne suffisait pas à répondre aux exigences de présentation fidèle des événements.⁹

5.2.2 Requête auprès de la Cour

Le 25 octobre 2013, la SSR (la requérante) – une association de droit privé qui fournit dans le domaine de la radio et la télévision des prestations publiques au niveau national (service public) sur la base d'une concession étatique – et trois membres de la rédaction

9 Décision de l'AIEP b. 654 du 30 août 2012; arrêt du TF 2C_1246/2012 du 12 avril 2013.

de l'émission « Puls » (les trois autres requérants) ont saisi la Cour en vertu de l'art. 34 de la Convention. Ils ont allégué que la constatation des autorités internes selon laquelle ils avaient violé leur obligation de présenter les événements de manière fidèle aurait déjà un effet dissuasif (« chilling effect ») et constituerait une violation de leur liberté d'expression en vertu de l'art. 10 de la Convention.

5.2.3 Considérants de la Cour

Dans sa décision du 12 novembre 2019, la Cour a d'abord examiné si la société requérante et les trois autres requérants pouvaient se prétendre victimes d'une violation de l'art. 10 au sens de l'art. 34 de la Convention. S'agissant de la recevabilité de la qualité de victimes de trois autres requérants, la Cour a relevé qu'ils ne s'étaient pas constitués parties à la procédure devant le TF et qu'ils n'avaient donc pas épuisé les voies de recours internes. En effet, seule la SSR, en tant que concessionnaire et diffuseur de l'émission contestée, était partie à la procédure devant l'AIEP – la décision de cette instance était dirigée exclusivement contre la SSR – et devant le TF. Les trois requérants, employés de la société requérante et auteurs de l'émission litigieuse, n'avaient nullement expliqué pourquoi ils n'avaient pas recouru devant le TF et n'avaient pas fait valoir que cette voie de recours était illusoire. La Cour a ainsi rejeté leur requête, qu'elle a considérée comme irrecevable, en application de l'art. 35 al. 1 et 4 de la Convention, pour non-épuisement des voies de recours internes. En ce qui concerne la requérante, la Cour a relevé que de la même manière que la qualité de victime, la question de l'existence d'une ingérence dans le droit à la liberté d'expression était intimement liée à celle d'un effet dissuasif (« chilling effect ») sur l'exercice de ce droit. Or la requérante s'était contentée d'alléguer que les décisions internes comportaient un effet dissuasif, à savoir des lourdes conséquences sur la conception des programmes et une grande insécurité juridique, mais n'avait pas démontré que ces hypothèses s'étaient produites dans une situation concrète. Dans le présent cas, la Cour a constaté qu'aucune interdiction de diffuser l'émission litigieuse n'avait été prononcée par les autorités suisses. Seule a été constatée, l'omission d'un aspect important de la thématique présentée pour permettre au public de se forger librement son opinion. Il n'avait jamais été imposé à la requérante d'enlever l'émission litigieuse du portail vidéo. La requérante, en tant que concessionnaire et prestataire d'un service public, était seulement tenue, de par la loi, d'informer l'AIEP des dispositions prises afin d'éviter des violations semblables dans le futur. Bien que les mesures prises n'étaient que partiellement suffisantes, l'AIEP a clos la procédure. Cette dernière n'a engendré aucune conséquence factuelle ou juridique pour la requérante. Preuve en était le comportement de la requérante suite aux décisions internes dont la Cour n'a pu déduire que la requérante avait subi des lourdes conséquences ou une grande instabilité juridique. En effet, la requérante avait continué, dans ses émissions ultérieures sur le botox, à omettre la question des expérimentations animales, sans que cela entraîne de conséquences juridiques. Par ailleurs, la Cour n'a pas non plus décelé une « pénalisation » de la requérante du fait que l'AIEP avait informé celle-ci qu'il aurait été suffisant de mentionner l'existence des décisions internes sur le site web.

La Cour a donc estimé que les décisions nationales n'avaient pas engendré un effet dissuasif et que la décision litigieuse n'avait pas constitué une « ingérence » dans l'exercice par la requérante de son droit à la liberté d'expression. Dès lors que les griefs tirés de l'art. 10 de la Convention étaient manifestement mal fondés, la requête a été rejetée en application de l'art. 35 al. 3 a) et 4 de la Convention et déclarée irrecevable.¹⁰

5.3 Affaire Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft et Publisuisse SA contre la Suisse – Requête n° 41723/14

5.3.1 Spot publicitaire de VgT

Le 29 septembre 2011, l'association « *Verein gegen Tierfabriken Schweiz VgT* » (ci-après : l'association) a réservé des espaces publicitaires auprès Publisuisse SA, responsable de la commercialisation des programmes et de la publicité de la SSR. Du 23 au 31 décembre 2011, le spot publicitaire de sept secondes de l'association a été diffusé 18 fois par la Télévision suisse alémanique (SF 1) montrant le logo et l'adresse Internet de l'association, ainsi que le texte « *Was andere Medien totschiweigen* » (Ce que les autres médias passent sous silence). L'adresse du site Internet et le texte étaient lus par une voix hors champ. Le 15 novembre 2011, l'association a demandé à Publisuisse SA de diffuser une version modifiée du spot publicitaire, dans lequel le texte initial avait été remplacé par « *Was das Schweizer Fernsehen totschiweigt* » (Ce que la télévision suisse passe sous silence). Sa diffusion a été refusée au motif qu'elle portait atteinte aux intérêts commerciaux et à l'image, conformément aux conditions générales de Publisuisse SA. Le 22 février 2012, l'association a interjeté une plainte auprès de l'AIEP contre la SSR, alléguant que le refus de diffuser la version modifiée du spot publicitaire s'analysait comme une forme de censure. Dans sa décision de rejet du 22 juin 2012, l'AIEP a estimé que le second spot était illicite et discriminatoire et répondait à des intérêts légitimes, à savoir la sauvegarde de la bonne réputation de la SSR. Saisi d'un recours en matière de droit public, le TF a admis le recours interjeté par l'association et annulé la décision de l'AIEP dans un arrêt de principe du 16 novembre 2013. Il a relevé que le refus de diffuser le spot publicitaire s'analysait comme une restriction à la liberté d'information de l'association. Le TF a estimé que la publicité litigieuse n'entraînait pas dans les catégories d'émissions dont la diffusion était interdite par la LRTV et que la SSR n'avait pas démontré qu'elle portait une atteinte illicite à sa personnalité ou au principe de loyauté de la concurrence. Il a estimé que cette publicité présentait certes la particularité d'attaquer directement le diffuseur, mais que la simple crainte qu'elle puisse nuire à la réputation de cette dernière ne suffisait pas à refuser sa diffusion.¹¹

10 Décision de la Cour, Requête n° 68995/13, du 12 novembre 2019.

11 Décision de l'AIEP b. b. 651 du 22 juin 2012; arrêt du TF 2C_1032/2012 du 16 novembre 2013.

5.3.2 *Requête auprès de la Cour*

Le 28 mai 2014, la SSR (première requérante) et Publisuisse SA (deuxième requérante) ont saisi la Cour en vertu de l'art. 34 de la Convention. Les requérantes ont allégué que l'obligation qui leur avait été faite de diffuser le spot publicitaire violait l'art. 10 de la Convention, à savoir qu'elle avait porté atteinte à leur réputation. Publisuisse SA a perdu sa personnalité juridique consécutivement à sa radiation du registre du commerce en 2016. La Cour a estimé qu'Admeira SA, société de commercialisation publicitaire qui a succédé à Publisuisse SA, remplissait les mêmes tâches pour la SSR. Dès lors que qu'Admeira SA (la deuxième requérante) a exprimé le souhait de maintenir la requête devant la Cour, celle-ci a admis sa qualité de poursuivre la requête au nom de Publisuisse SA.

5.3.3 *Considérants de la Cour*

Sur le fond de la requête, la Cour a constaté que l'obligation de diffuser un spot publicitaire litigieux s'analysait comme une ingérence des autorités publiques dans le droit des requérantes à la liberté d'expression. Elle a rappelé que pareille ingérence enfreignait l'art. 10 de la Convention, sauf si elle remplissait les exigences de l'art. 10 al. 2 de la Convention. Elle a analysé si l'ingérence était « prévue par la loi », inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'alinéa 2 et « nécessaire dans une société démocratique » pour atteindre ces buts.

La Cour a estimé que l'ingérence était prévue par la loi. La LRTV n'interdisait pas, en principe, la diffusion du spot litigieux en question. De plus, en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Sur la base des considérations du TF, la Cour a relevé que si la SSR pouvait se prévaloir pleinement de son autonomie dans la partie rédactionnelle de son programme, elle ne pouvait faire de même en matière de publicité dès lors que cette activité visait à générer des revenus destinés à financer ses programmes. Compte tenu de la marge d'appréciation dont jouissaient les Etats contractants, notamment dans le domaine de la publicité, la Cour était de l'avis que les considérations du TF n'étaient ni manifestement mal fondées, ni arbitraires, puisqu'elles découlaient de sa jurisprudence, notamment d'un autre arrêt concernant l'association VgT.¹² D'autre part, à la suite à d'une autre affaire de VgT¹³, le Conseil fédéral suisse avait retenu dans son message relatif à la révision de la loi fédérale sur la radio et la télévision qu'un « accès à la partie publicitaire du programme [...] pouvait exceptionnellement être déduit de la Constitution ».

12 VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, n° 32772/02, du 30 juin 2009.

13 VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, n° 24699/94, du 28 juin 2001.

Sur la question de la légitimité de l'ingérence, la Cour a souligné que l'ingérence visait la garantie du pluralisme nécessaire au bon fonctionnement d'une société démocratique et à la « protection des droits d'autrui » au sens de l'art. 10 al. 2 de la Convention.

Quant à la proportionnalité de l'ingérence, la Cour a observé que le spot litigieux échappait au contexte commercial normal dans lequel il s'agissait d'inciter le public à acheter un produit particulier. Ce spot faisait partie d'une campagne multi-médiale par le biais de laquelle l'association cherchait à faire connaître son site Internet et les informations relatives à la protection des animaux qui y étaient publiées. Estimant que ces informations n'étaient pas relayées dans les programmes des autres médias, et en particulier dans ceux de la SSR, l'association avait cherché aussi à attirer l'attention sur ce point, et pouvait pour ce faire se prévaloir de sa liberté d'expression. Le spot litigieux différait du spot initial uniquement parce qu'au lieu d'affirmer que les médias en général taisaient les informations diffusées par l'association, il sous-entendait que c'était la SSR qui les taisait. La Cour a retenu que cet aspect de la campagne de l'association touchait à un débat d'intérêt général. Elle a rappelé l'importance qu'elle accordait dans sa jurisprudence au rôle fondamental que joue dans une société démocratique la liberté d'expression telle que garantie par l'art. 10 de la Convention, ainsi que le rôle particulier des médias audiovisuels qui ont des effets plus immédiats que la presse écrite. La Cour a aussi considéré que la simple crainte que le spot litigieux puisse nuire à la réputation de la SSR ne suffisait pas à justifier un refus de diffusion, la liberté d'expression permettant notamment de critiquer, outre les pouvoirs publics, les particuliers ou entreprises privées qui assument des tâches de l'Etat. La SSR, au vu de sa position particulière dans le paysage médiatique suisse, était tenue d'accepter des avis critiques et de leur offrir un espace sur ses canaux de diffusion, même s'il s'agissait d'informations ou d'idées qui heurtaient, choquaient ou inquiétaient. C'est ainsi que le voulaient le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'était pas de société démocratique. De surcroît, elle a observé qu'il était évident pour les téléspectateurs qu'il s'agissait d'une publicité d'un tiers sans lien avec les programmes de la SSR. Enfin, la Cour a rappelé que les chaînes de télévision privées ou les blocs publicitaires diffusés sur une chaîne étrangère n'étaient pas en mesure d'atteindre en Suisse la même audience que la SSR.

Dans son arrêt du 22 décembre 2020, la Cour a retenu que l'obligation imposée aux requérantes de diffuser le spot publicitaire litigieux ne s'analysait pas en une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression, qu'elle était donc « nécessaire dans une société démocratique » au sens de l'art. 10 de la Convention et que, partant, il n'y avait pas de violation.¹⁴

14 Arrêt de la Cour, Requête n° 41723/14, du 22 décembre 2020.

6. Analyse des trois cas

6.1 Décisions / arrêts rendus par la Cour

Une décision est rendue en général par un juge unique, un comité ou une chambre de la Cour. Elle ne porte que sur la recevabilité de la requête et non sur le fond. Si une chambre examine la recevabilité et le fond de la requête simultanément, elle rendra alors un arrêt.

Après examen préliminaire, la Cour a décidé que les trios requêtes devaient être saisies par une chambre de sept juges, étant donné qu'elles n'étaient pas considérées comme répétitives. Dans la première affaire (« affaire Monnat »), la Cour a rendu un arrêt le 21 septembre 2006 déclarant la requête recevable et constatant une violation de l'art. 10 de la Convention. Elle a estimé que ce constat constituait une réparation suffisante pour le dommage subi par le requérant et a accordé un montant pour les frais et dépens. Les parties n'ayant pas demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, l'arrêt est devenu définitif le 21 décembre 2006. Dans la deuxième affaire (« affaire Puls »), la Cour a rendu une décision le 12 novembre 2019 rejetant la requête qu'elle a considérée comme irrecevable en vertu de l'art. 35 al. 3a) et 4 de la Convention. Dans la troisième affaire (« affaire spot publicitaire »), la Cour a rendu un arrêt le 22 décembre 2020, devenu définitif le 22 mars 2021, déclarant la requête recevable et ne constatant pas une violation de l'art. 10 de la Convention.

6.2 Critères de recevabilité de la qualité de victime

La question de savoir si un requérant peut se prétendre victime de la violation alléguée se pose à tous les stades de la procédure. Pour pouvoir introduire une requête au titre de l'art. 34 de la Convention, un requérant doit démontrer qu'il a été directement affecté par la mesure incriminée. Cette condition est indispensable à la mise en œuvre du mécanisme de protection de la Convention. Dans certaines conditions particulières, des victimes directes qui n'avaient pas pris part à la procédure interne ont été acceptées comme requérants devant la Cour (« affaire Monnat »). La qualité pour agir dans une procédure interne n'est donc pas déterminante, car la notion de « victime » est interprétée de manière autonome dans le système de la Convention. Cette notion n'implique pas la notion de préjudice. Un acte ayant un effet temporaire peut suffire (« affaire Monnat »).¹⁵

Dans l'« affaire Monnat », La Cour a accordé la qualité de victime au requérant. En tant qu'auteur du documentaire litigieux, il était directement touché par l'interdiction de rediffuser le documentaire et qu'elle pouvait avoir des répercussions importantes sur la

¹⁵ Guide sur la recevabilité de la Cour européenne des droits de l'homme, p. 11ss.

sécurité de son emploi de journaliste – et ce même que l’interdiction avait été levée avant que l’arrêt de la Cour ne devienne définitif. Devant les autorités nationales, le requérant n’était pas partie à la procédure devant l’AIEP et le TF lui avait dénié la qualité pour recourir au motif que seul l’intérêt de la SSR était en cause, même s’il était l’auteur du documentaire litigieux. Dans l’« affaire Puls », la qualité de victime a été accordée à la SSR en tant qu’organisation non gouvernementale (art. 34 de la Convention), alors qu’elle avait été niée aux trois autres requérants, puisqu’ils ne s’étaient pas constitués parties à la procédure devant le TF et n’avaient ainsi pas épuisé les voies de recours internes avant de saisir la Cour. Dans l’« affaire spot publicitaire », la qualité de victimes a été reconnue à la SSR, à Publisuisse SA et à Admeira SA ensuite, associations non gouvernementales.

6.3 Critères d’examen au fond

6.3.1 Généralités

Même lorsqu’une requête est compatible avec la Convention, et que toutes les conditions formelles de recevabilité ont été remplies, la Cour peut néanmoins la déclarer irrecevable pour des motifs tirés de l’examen au fond au sens de l’art. 35 al. 3 let. a). Parmi ces motifs, l’hypothèse la plus répandue est le rejet de la requête pour défaut manifeste de fondement. Est « manifestement mal fondée » toute requête qui, à la suite d’un examen préliminaire de son contenu matériel, ne révèle aucune apparence de violation des droits garantis par la Convention, de sorte que l’on peut la déclarer irrecevable d’emblée, sans passer au stade formel de l’examen du fond de l’affaire, qui aboutirait normalement à un arrêt. La majorité des requêtes mal fondées sont déclarées irrecevables par un juge unique ou un comité de trois juges, voire par une chambre ou, exceptionnellement, par la Grande Chambre. L’appréciation du préjudice important au sens de l’art. 35 al. 3 let. b) dépend de l’ensemble des circonstances de la cause. La gravité d’une violation doit être appréciée compte tenu à la fois de la perception subjective du requérant et de l’enjeu objectif d’une affaire donnée. L’impression subjective doit être justifiée par des motifs objectifs.¹⁶

6.3.2 Analyse

Dans les trois cas, la Cour s’est d’abord penchée sur l’examen de la recevabilité de la requête et en a ensuite examiné le bien fondé, à savoir si les décisions nationales avaient constitué une ingérence dans la liberté d’expression des requérants.

Dans l’« affaire Monnat », l’ingérence – l’interdiction de rediffusion – était prévue par la loi, se justifiait par la protection des droits d’autrui, notamment les droits des téléspectateurs à recevoir une information objective et transparente, mais elle n’était pas propor-

16 Guide sur la recevabilité de la Cour européenne des droits de l’homme, p. 78ss.

tionnée au but poursuivi. Dans l'« affaire Puls », la Cour a considéré que l'existence d'une ingérence dans la liberté d'expression était intimement liée à celle d'un effet dissuasif (« chilling effect ») sur l'exercice de ce droit. Contrairement à l'« affaire Monnat », l'« affaire Puls » ne concernait pas l'interdiction de diffuser une émission mais uniquement le constat qu'une émission n'avait pas respecté l'obligation de présenter les événements de manière fidèle. La Cour a constaté qu'aucune interdiction de diffuser l'émission litigieuse n'avait pas été prononcée, que la SSR n'avait pas été tenue d'enlever l'émission litigieuse du portail vidéo et que cette dernière n'avait pas démontré avoir subi de lourdes conséquences ou une grande instabilité juridique à la suite des décisions nationales, motif pour lequel ces dernières n'avaient pas engendré un effet dissuasif. Dans l'« affaire spot publicitaire », l'ingérence était prévue par la loi, visait la garantie du pluralisme nécessaire au fonctionnement d'une société démocratique et à la protection des droits d'autrui. Quant à la proportionnalité de l'ingérence, l'obligation imposée aux requérantes de diffuser le spot litigieux ne s'analysait pas en une ingérence disproportionnée et elle était « nécessaire dans une société démocratique ». Le spot litigieux échappait au contexte commercial normal et faisait partie d'une campagne multi-médiale. Au vu de sa position particulière dans le paysage médiatique suisse, la SSR était tenue d'accepter des avis critiques et d'offrir un espace sur ses canaux de diffusion.

7. Critiques

L'arrêt Monnat a fait l'objet de remarques de la part du professeur Christoph Beat Graber dans *Medialex*.¹⁷ Ce dernier a souligné que les appréciations de la Cour montraient clairement qu'elle méconnaissait le mécanisme de fonctionnement de la procédure de surveillance des programmes en Suisse, qui oblige les diffuseurs à respecter les principes d'information et qui sanctionne les violations de ces principes en leur demandant d'indiquer dans un rapport les mesures prises ou à prendre afin d'éviter que de telles violations se reproduisent à l'avenir.¹⁸ Pour la Cour, cette procédure, appliquée aux émissions qui traitent des thèmes politiques ou des questions d'intérêt général, s'apparente à de la censure. Dans ses considérations, la Cour a estimé que l'ingérence dans les droits du requérant au sens de l'art. 10 de la Convention résidait dans le fait qu'il n'était plus possible d'acquérir une copie du documentaire « L'honneur perdu de la Suisse » auprès du diffuseur ou ailleurs à la suite des décisions de l'AIEP, confirmées par le TF. Le requérant explique qu'un greffier genevois avait émis, en mai 2000, un « procès-verbal de constat » établissant que le documentaire contesté était « sous embargo juridique ». Le professeur Graber a fait remarquer qu'il ne ressortait toutefois pas de la motivation de l'arrêt de la Cour, dans quel contexte le mystérieux greffier avait émis un tel « procès-verbal de constat », quelle loi l'y autorisait et quels étaient sa signification et l'effet juridique. Sans se soucier de cette question, la Cour a retenu qu'il

17 *Medialex* 4/06, critique du prof. Christoph Beat Graber, p. 215.

18 Art. 89 LRTV.

existait « clairement » un lien temporel et matériel entre l'admission des plaintes par les autorités suisses et la suspension de vente du documentaire, dont le requérant en était l'auteur. Non seulement ce passage de l'arrêt, mais également les considérations sur la question de savoir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique ont montré que le Gouvernement suisse n'avait pas réussi à expliquer de manière suffisamment claire aux juges de Strasbourg le sens de la procédure de surveillance des programmes. Dans son arrêt, la Cour n'a absolument pas tenu compte du fait que la procédure de droit des programmes servait précisément à garantir la libre formation de l'opinion du public. Un jugement aussi tranchant aurait nécessité un examen différencié des conséquences de sa mise en œuvre pour la Constitution suisse et le droit des programmes, conclut le professeur Graber.

L'arrêt Monnat a également été l'objet d'une analyse de la part du professeur Emmanuel Dreyer de l'Université de Franche-Comté dans la Revue trimestrielle des droits de l'homme.¹⁹ Il observe que la Cour réaffirme son approche relativiste de l'histoire : elle est science et non vérité. Elle rappelle que la liberté d'expression vaut pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, pour celle qui heurtent, choquent ou inquiètent, mais aussi lorsqu'il s'agit d'un débat historique, « dans des domaines où la certitude était improbable et qui continuaient à faire l'objet de débat parmi les historiens ». Le professeur Dreyer relève que le travail d'investigation du chercheur n'est guère différent du travail d'investigation du journaliste. Il n'était nul besoin d'évoquer là un débat « historique » comme si tout fait passé pouvait être remis en cause et ne constituer qu'un chantier permanent. Il relève que pour la Cour, une sanction – quelle que soit sa gravité – pose problème dans son principe lorsqu'elle présente un caractère dissuasif pour les médias. Dans l'« affaire Monnat » l'interdiction de diffuser le documentaire « n'en a pas moins constitué une espèce de censure tendant à inciter à ne pas livrer désormais à des critiques formulées de la sorte ». La Cour lui a même conféré une portée dépassant le simple litige puisqu'elle a ajouté que « dans le contexte du débat sur un sujet d'intérêt général majeur, pareille sanction risque de dissuader les journalistes de contribuer à la discussion politique de questions qui intéressent la vie de la collectivité. Par là même, elle est de nature à entraver les médias dans l'accomplissement de leur tâche d'information et de contrôle ». Il est manifeste que la Cour veut prévenir un risque d'autocensure de la part des journalistes. Le professeur Dreyer estime, toutefois, que cette jurisprudence n'est pas entièrement convaincante, car elle prive le juge d'un outil d'appréciation important en l'enfermant dans une logique de tout ou rien : l'individualisation de la peine est une exigence qui devrait pouvoir jouer ici comme ailleurs dans la mesure où elle est gage de souplesse dans le traitement de chaque affaire. L'attitude de la Cour en la matière prive le principe de proportionnalité de toute substance. Dans le cas d'espèce, la Cour envisage la proportionnalité de l'ingérence, non par rapport aux moyens dont dispose le média qu'il s'agit de punir, mais par rapport à

19 Revue trimestrielle des droits de l'homme, 18^{ème} année, n° 71 (juil. 207), p. 617 à 635.

l'intérêt individuel lésé : cette mise en balance assure l'impunité du premier ou prive de tout sérieux la condamnation prononcée contre lui.

L'arrêt concernant l'émission « Puls » sur le Botox a été critiqué par le professeur Franz Zeller dans *Medialex*.²⁰ Ce dernier a considéré que la Cour avait perdu de vue les grandes lignes de la procédure suisse de surveillance des programmes, qui vise précisément à ce que les décisions juridiquement contraignantes de l'AIEP aient des conséquences pratiques et soient respectées par les diffuseurs incriminés. En d'autres termes, le but des décisions de l'AIEP est celui de mettre en balance la liberté du diffuseur, protégée par les droits fondamentaux, et la libre formation de l'opinion du public. Dans son examen au fond, la Cour a considéré que la SSR s'était contentée d'alléguer que les décisions internes comportaient un effet dissuasif, sans toutefois démontrer que les hypothèses émises s'étaient produites, motif pour lequel elle avait retenu que des « risques purement hypothétiques » de subir un effet dissuasif ne suffisaient pas pour constituer une ingérence au sens de l'article 10 Convention. Elle n'a dès lors pas examiné plus avant l'affaire. Le professeur Zeller estime, au contraire, que la Cour aurait dû examiner la question de savoir si la décision de l'AIEP causait un préjudice important au sens de l'art. 35 al. 3 let. b) Convention. La Cour a, en outre, observé qu'aucune interdiction de diffuser l'émission litigieuse n'avait pas été prononcée par les autorités suisses, qu'il n'avait jamais été imposé à la SSR d'enlever l'émission litigieuse du portail vidéo et que la SSR a été seulement tenue, de par la loi, d'informer l'AIEP des dispositions prises afin d'éviter que des violations semblables se reproduisent. Toutefois, selon le professeur Zeller, l'obligation juridique imposée à la SSR était bien réelle et non hypothétique et les décisions de l'AIEP ne limiteraient pas la liberté de la SSR uniquement si elle violait le droit et si les autorités suisses acceptaient cela sans réagir. Pour cette raison, la décision de la Cour devait être qualifiée de douteuse et préoccupante, au-delà du cas d'espèce, car elle dévalorisait la procédure suisse de surveillance des programmes et la rapprochait d'une autorégulation non contraignante. La Cour aurait pu parvenir au même résultat avec une autre ligne de raisonnement plus concluante.

L'arrêt « spot publicitaire » a fait l'objet d'observations de la part du professeur Bertil Cottier dans *Medialex*.²¹ Il relève que, à première vue, cet arrêt pouvait surprendre. Le jugement du 16 novembre 2013 du TF avait, en effet, suscité des remous dans la doctrine (voir notamment le commentaire critique de Thomas Steiner in *Medialex* 2014, p. 29). Deux reproches majeurs lui avaient été faits. D'abord, le jugement faisait peu de cas de l'autonomie du diffuseur consacrée par l'art. 93 al. 2 de la Constitution fédérale (et réaffirmée à l'art. 6 LRTV); ensuite, il méconnaissait la nature exceptionnelle du droit à l'antenne, un droit dont la portée a été très restrictivement circonscrite par le législateur (cf. art. 94 al. 1 LRTV). D'aucuns s'attendaient donc à ce que la Cour, qui s'était toujours

20 *Medialex* 10/2020, « Auf bekannten Pfaden, auf Neuland und auf Irrwegen », ch. 8 à 9 et 105 à 107.

21 *Medialex* 01/2021, « La Suisse devra diffuser un spot de VgT qui la critique ».

montrée intransigeante sur l'indépendance des médias, valide le jugement du TF. Elle a ainsi estimé que le message du spot publicitaire contribuait au débat public; de nature idéale et non commerciale, il devait bénéficier de la plus large audience possible, de sorte que le diffuseur devait tolérer une atteinte à sa réputation.

8. Considérations finales

Les arrêts de la Cour constituent le « socle » de la protection des droits fondamentaux dans tous les Etats parties. Ils ont souvent des répercussions qui vont au-delà de l'affaire qu'ils tranchent et donnent lieu à des modifications de la loi dans d'autres Etats membres. Depuis que la Suisse a ratifié la Convention, de nombreuses affaires ont été portées contre l'Etat suisse devant la Cour.

L'arrêt Monnat marque un jalon important dans la liberté d'expression, en particulier dans le contexte du journalisme audiovisuel. La Cour y a réaffirmé que les médias jouaient un rôle crucial dans une société démocratique et souligné que les Etats devaient faire preuve de retenue lorsqu'ils émettaient des restrictions disproportionnées à la liberté d'expression. Selon le professeur Graber les points faibles relevés dans l'arrêt Monnat (cf. point 7. 1^{er} ph. ci-dessus) indiquaient que la Cour n'avait pas suivi sa jurisprudence dans d'autres affaires. Dans la décision concernant l'« affaire Puls », la Cour a également rappelé le rôle clé des médias dans la diffusion d'informations et considéré que les décisions nationales n'avaient pas engendré un effet dissuasif sur les journalistes et les médias. Cette décision a également fait l'objet de vives critiques de la part du professeur Zeller (cf. point 7. 2^{ème} ph. ci-dessus) – qui espère que la décision, qui n'a pas été prise à l'unanimité, tombera dans l'oubli – et du professeur Dreyer. Quant à l'arrêt dans l'« affaire spot publicitaire », la Cour a réaffirmé l'importance de la liberté d'expression, en particulier lorsqu'il s'agissait de diffuser des informations d'intérêt général, et estimé que la simple crainte que le spot litigieux pouvait nuire à la réputation de la SSR ne suffisait pas à justifier un refus de diffusion, la liberté d'expression permettant notamment de critiquer, outre les pouvoirs publics, les particuliers ou les entreprises privées qui assument des tâches de l'Etat.

La question centrale qui se pose est celle de savoir comment la Cour va traiter les cas. Si elle n'a pas déclaré irrecevable la requête, elle l'examine au fond. Elle examine si les décisions nationales constituent ou pas une ingérence dans la liberté d'expression. Dans l'« affaire Monnat », la Cour a estimé que les décisions des autorités nationales avaient constituées une ingérence dans la liberté d'expression du requérant. Elle a alors examiné les conditions de l'art. 10 al. 2 de la Convention et considéré que l'art. 10 de la Convention avait été violé. Dans l'« affaire Puls », la Cour a constaté que les décisions nationales n'avaient pas engendré un effet dissuasif et n'avaient pas constitué une ingérence dans l'exercice pour la requérante de son droit à la liberté d'expression. Elle n'a, dès lors, pas examiné plus avant l'affaire, à savoir les conditions de l'art. 10 al. 2 de la Convention.

Dans l'« affaire spot publicitaire », la Cour a analysé les conditions de l'art. 10 al. 2 de la Convention pour juger que l'ingérence (obligation de diffuser le spot) n'était pas disproportionnée et qu'elle était nécessaire dans une société démocratique. De l'avis du professeur Zeller, les décisions nationales constituent toujours une ingérence dans la liberté d'expression et la Cour devrait systématiquement examiner les conditions de l'art. 10 al. 2 de la Convention, contrairement à l'avis du professeur Graber.

Il ressort de l'analyse de trois cas précités, qu'il est prématuré de tirer une conclusion claire sur leur implication réelle dans le cadre de la jurisprudence de la Cour. Il faudra probablement attendre la prochaine affaire jugée par la Cour et relevant de la compétence de l'AIEP – l'« Affaire Giroud » – pour y voir plus clair. En janvier 2015, l'émission « Temps Présent » avait diffusé un reportage intitulé « Affaire Giroud, du vin en eaux troubles » et émis des graves reproches sur les activités professionnelles de D. G. – un commerçant de vin valaisan – et sur des aspects personnels le concernant n'ayant rien à voir avec le thème annoncé. L'AIEP a alors admis la plainte formée par D. G., considérant que le principe de la présentation fidèle des événements avait été violé par le diffuseur.²² Le TF a confirmé la décision de l'AIEP.²³ La SSR a alors saisi la Cour et sa requête est actuellement pendante.

22 Décision de l'AIEP b. 718 du 25 août 2016.

23 Arrêt du TF 2C_125/2017 du 15 février 2018.

Anhang

Mitglieder der UBI seit 1984 / Membres de l'AIEP depuis 1984 / Membri dell'AIRR dal 1984:

Oskar Reck (Präsident/président/presidente), Marianne Kunz, Ursula Nordmann-Zimmermann (Präsidentin/présidente/presidente), Franz Riklin, Rolf Ritschard (Vizepräsident/vice-président/vicepresidente), Marco Solari, Gabriel Boinay, Jörg Paul Müller (Präsident/président/presidente), Giusep Capaul, Wilhelm Linder, Louis Bosshart, Anton Stadelmann, Bernard Béguin (Präsident/président/presidente), Sergio Caratti, Claudia Bolla-Vincenz, Marie-Louise Baumann-Bruckner (Vizepräsidentin/vice-présidente/vicepresidente), Felix Auer (Präsident/président/presidente), Christine Baltzer-Bader, Denis Barrelet (Präsident/président/presidente), Veronika Heller, Denis Masméjan, Regula Bähler (Vizepräsidentin/vice-présidente/vicepresidente), Barbara Janom Steiner, Alice Reichmuth Pfammatter, Heiner Käppeli, Carine Egger Scholl (Vizepräsidentin/vice-présidente/vicepresidente), Paolo Caratti, Claudia Schoch Zeller (Vizepräsidentin/vice-présidente/vicepresidente), Roger Blum (Präsident/président/presidente), Mariangela Wallimann-Bornatico, Stéphane Werly, Suzanne Pasquier Rossier, Vincent Augustin (Präsident/président/presidente), Catherine Müller (Vizepräsidentin/vice-présidente/vicepresidente), Reto Schlatter, Maja Sieber, Edy Salmina, Mascha Santschi Kallay (Präsidentin/présidente/presidente), Nadine Jürgensen, Armon Vital, Delphine Gendre, Yaniv Benhamou, Philipp Eng

Mitarbeitende im UBI-Sekretariat seit 1984 / Collaborateurs auprès du secrétariat de l'AIEP depuis 1984 / Collaboratori presso la segreteria dell'AIRR dal 1984:

Herbert Hürlimann, Marcel Regnotto, Béatrice Aubert, Danièle Gautier, Lienhard Ochsner, Franz X. von Weber, Andreas Damke, Catherine Schallenberger, Christoph Beat Graber, Heidi Raemy, Marianne Plancherel-Spicher, Scharaf Helmy, Pierre Rieder, Isabelle Clerc, Catherine Josephides Dunand, Nicolas Capt, Nadia Mencaccini, Marianne Rais Amrein, Réjane Ducrest, Ilaria Tassini Jung

Impressum

Dieses Buch erscheint aus Anlass des 40-Jahr-Jubiläums der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI.

Ce livre est publié à l'occasion du 40^e anniversaire de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision AIEP.

Questo libro è pubblicato in occasione del 40^o anniversario dell'Autorità indipendente di ricorso in materia radiotelevisiva AIRR.

Die Autorinnen und Autoren / les auteurs / gli autori:

Mascha Santschi Kallay

Catherine Müller

Edy Salmina

Yaniv Benhamou

Pierre Rieder

Ilaria Tassini Jung

Administration / administration / amministrazione:

Nadia Mencaccini

Italienische Übersetzung / traduction italienne / traduzione italiana:

Barbara Trapani

Illustration / illustration / illustrazione:

Christof Eugster

Layout und Druck: Bundesamt für Bauten und Logistik BBL

Mise en page et impression: Office fédéral des constructions e de la logistique OFCL

Impaginazione e stampa: Ufficio federale delle costruzioni e della logistica UFCL

Bern, im Dezember 2024 / Berne, décembre 2024 / Berna, dicembre 2024

Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen UBI

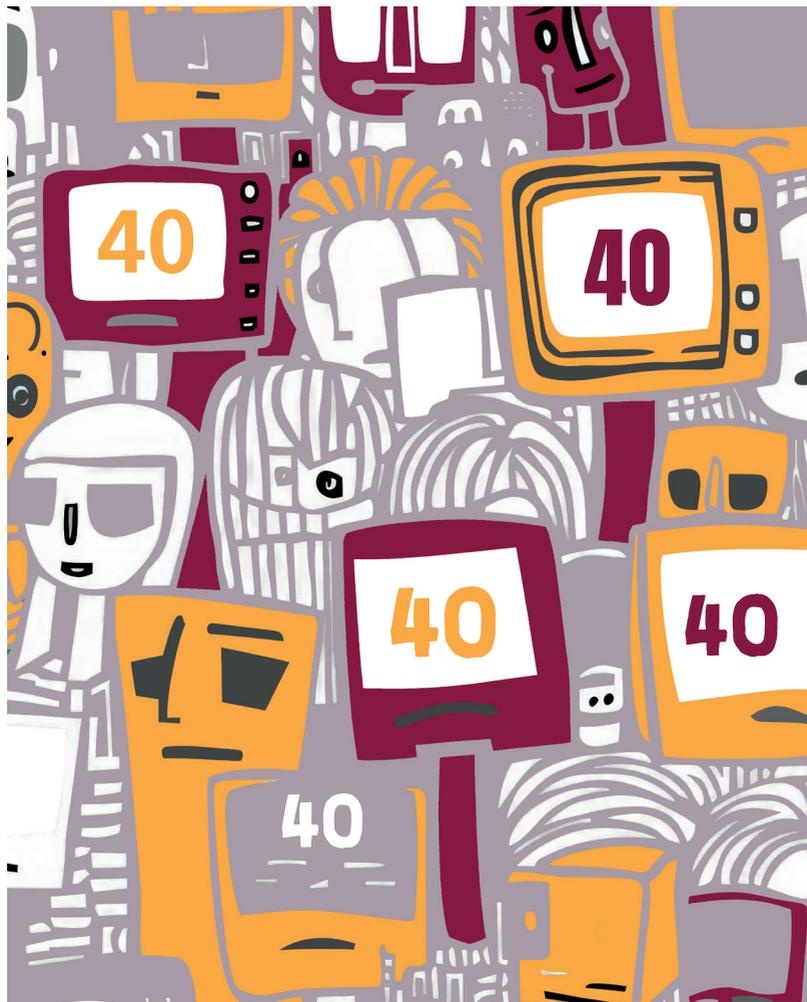
Christoffelgasse 5
3003 Bern
Tel. 058/462 55 38
www.ubi.admin.ch
info@ubi.admin.ch
X: @UBI_AIEP_AIRR

**Autorité indépendante d'examen des plaintes
en matière de radio-télévision AIEP**

Christoffelgasse 5
3003 Berne
Tel. 058/462 55 38
www.aiep.admin.ch
info@ubi.admin.ch
X: @UBI_AIEP_AIRR

Autorità indipendente di ricorso in materia radiotelevisiva AIRR

Christoffelgasse 5
3003 Berna
Tel. 058/462 55 38
www.airr.admin.ch
info@ubi.admin.ch
X: @UBI_AIEP_AIRR



Beiträge zum 40-Jahr-Jubiläum der UBI von:

Contributions à l'occasion du jubilé des 40 ans de l'AIEP de:

Contributi all'occasione del giubileo dei 40 anni dell'AIRR di:

Mascha Santschi Kallay

Catherine Müller

Edy Salmina

Yaniv Benhamou

Pierre Rieder

Ilaria Tassini Jung

