



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

COUR (PLÉNIÈRE)

**AFFAIRE MARKT INTERN VERLAG GMBH ET KLAUS
BEERMANN c. ALLEMAGNE**

(Requête n° 10572/83)

ARRÊT

STRASBOURG

20 novembre 1989

En l'affaire markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann*,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 50 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. R. RYSSDAL, *président*,
J. CREMONA,
Thór VILHJÁLMSSON,
F. GÖLCÜKLÜ,
F. MATSCHER,
L.-E. PETTITI,
B. WALSH,
Sir Vincent EVANS,
MM. R. MACDONALD,
C. RUSSO,
R. BERNHARDT,
A. SPIELMANN,
J. DE MEYER,
J.A. CARRILLO SALCEDO,
N. VALTICOS,
S.K. MARTENS,

Mme E. PALM,
M. . FOIGHEL,

ainsi que de MM. M.-A. EISSEN, *greffier*, et H. PETZOLD, *greffier adjoint*,
Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 26 avril, 28 septembre et 25 octobre 1989,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date:

PROCEDURE

1. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission") le 14 mars 1988 et par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne (le "Gouvernement") le 18 avril 1988, dans le délai de trois mois qu'ouvrent les articles 32 § 1 et 47 (art. 32-1, art. 47) de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"). A son origine se trouve une requête (n° 10572/83) dirigée contre la République fédérale d'Allemagne et dont une maison allemande d'édition, le markt intern Verlag

* Note du greffe: L'affaire porte le n° 3/1988/147/201. Les deux premiers chiffres désignent son rang dans l'année d'introduction, les deux derniers sa place sur la liste des saisines de la Cour depuis l'origine et sur celle des requêtes initiales (à la Commission) correspondantes.

GmbH ("markt intern"), et le rédacteur en chef des bulletins d'information publiés par elle, M. Klaus Beermann, avaient saisi la Commission le 11 juillet 1983 en vertu de l'article 25 (art. 25).

La demande de la Commission renvoie aux articles 44 et 48 (art. 44, art. 48) ainsi qu'à la déclaration allemande reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46) (art. 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non un manquement de l'État défendeur aux exigences de l'article 10 (art. 10). La requête du Gouvernement, qui se réfère à l'article 48 (art. 48), prie la Cour de conclure à l'absence de pareille violation.

2. En réponse à l'invitation prévue à l'article 33 § 3 d) du règlement, les requérants ont manifesté le désir de participer à l'instance et ont désigné leur conseil (article 30).

3. La chambre à constituer comprenait de plein droit M. R. Bernhardt, juge élu de nationalité allemande (article 43 de la Convention) (art. 43), et M. R. Ryssdal, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 25 mars 1988, celui-ci en a désigné par tirage au sort les cinq autres membres, à savoir MM. J. Cremona, F. Gölcüklü, L.-E. Pettiti, C. Russo et J. De Meyer, en présence du greffier (articles 43 in fine de la Convention et 21 § 4 du règlement) (art. 43).

4. Ayant assumé la présidence de la chambre (article 21 § 5 du règlement), M. Ryssdal a consulté, par l'intermédiaire du greffier adjoint, l'agent du Gouvernement, le délégué de la Commission et les requérants au sujet de la nécessité d'une procédure écrite (article 37 § 1). Conformément à l'ordonnance ainsi rendue, le greffe a reçu, le 25 octobre 1988, le mémoire du Gouvernement puis, le 2 novembre 1988, celui des requérants, rédigé en allemand ainsi que le président y avait consenti (article 27 § 3).

Par une lettre du 20 décembre 1988, le secrétaire de la Commission a informé le greffier que le délégué s'exprimerait lors des audiences.

5. Après avoir pris l'avis des comparants par les soins du greffier adjoint, le président a fixé au 25 avril 1989 la date d'ouverture de la procédure orale (article 38 du règlement). Le 13 février 1989, il a autorisé les représentants du Gouvernement à plaider en allemand (article 27 § 2).

Les 17 mars et 25 avril, le greffier a reçu de la Commission et des requérants plusieurs documents qu'il leur avait demandés sur les instructions du président.

Le 30 mars 1989, la Chambre a décidé, en vertu de l'article 50 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

6. Les débats se sont déroulés en public le jour dit, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg. La Cour avait tenu immédiatement auparavant une réunion préparatoire.

Ont comparu:

- pour le Gouvernement

MM. J. MEYER-LADEWIG, Ministerialdirigent,

ministère fédéral de la Justice, *agent*,
A. VON MÜHLENDAHL, Regierungsdirektor,
ministère fédéral de la Justice,
Mme S. WERNER, juge
au tribunal cantonal (Amtsgericht), *conseillers*;
- pour la Commission
M. J.A. FROWEIN, *délégué*;
- pour les requérants
M. C. TOMUSCHAT, professeur
à l'Université de Bonn, *conseil*.

La Cour a entendu en leurs déclarations, ainsi qu'en leurs réponses à ses questions, MM. Meyer-Ladewig et von Mühlendahl pour le Gouvernement, M. Frowein pour la Commission et M. Tomuschat pour les requérants. Ce dernier a déposé plusieurs documents à l'audience.

7. À des dates diverses s'échelonnant du 30 mars au 17 mai, le greffe a reçu les prétentions des requérants au titre de l'article 50 (art. 50) de la Convention et les observations y relatives du Gouvernement.

EN FAIT

8. Le premier requérant, markt intern, est une maison d'édition dont le siège se trouve à Düsseldorf. Le deuxième, M. Klaus Beermann, en est le rédacteur en chef.

9. Fondé et dirigé par des journalistes, markt intern s'emploie à défendre les intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail face à la concurrence des grandes sociétés de distribution, tels les supermarchés et les maisons de vente par correspondance. Il assiste financièrement les premières dans des procès portant sur des questions de principe, intervient en leur faveur auprès des autorités publiques, des partis politiques et des organisations professionnelles et présente à l'occasion au législateur des propositions de loi.

Cependant, il sert surtout leur cause par l'édition d'une série de publications destinées à des secteurs commerciaux spécialisés, dont celui de la droguerie et des produits de beauté ("markt intern - Drogerie- und Parfümeriefachhandel"). Il s'agit de bulletins hebdomadaires qui informent leurs lecteurs sur l'évolution du marché et notamment sur les pratiques commerciales des grandes entreprises et de leurs fournisseurs. Imprimés en offset, ils se vendent par voie d'abonnements auxquels chacun peut souscrire; ils ne contiennent pas de publicité, ni d'articles commandités par les groupes pour lesquels ils prennent fait et cause.

Markt intern se déclare indépendant; ses recettes proviennent exclusivement des abonnements. Il publie du reste d'autres bulletins

d'information qui s'adressent plutôt au consommateur en général, tels "Steuertip", "Versicherungstip" et "Flugtip" qui visent respectivement les contribuables, les titulaires de polices d'assurance et les usagers des transports aériens.

10. À plusieurs occasions, des entreprises qui avaient pâti de critiques des requérants ou d'appels au boycottage lancés par eux les ont assignés en justice pour infraction à la loi du 7 juin 1909 contre la concurrence déloyale (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb - "la loi de 1909").

1. L'article publié dans le "markt intern - Drogerie- und Parfümeriefachhandel" du 20 novembre 1975

11. Le 20 novembre 1975, un article de M. Klaus Beermann parut dans le bulletin d'information consacré au secteur de la droguerie et des produits de beauté. Il relatait ainsi un incident mettant en cause une société anglaise de vente par correspondance, le Cosmetic Club International ("le Club"):

"Ai commandé et payé la trousse de beauté au Cosmetic-Club International ... d'avril, mais je l'ai renvoyée quelques jours plus tard parce que je n'en étais pas satisfaite. Bien que le bulletin de commande stipule en termes clairs et nets que j'ai le droit de renvoyer la trousse si je n'en suis pas satisfaite, et que je serai remboursée, je n'ai pas vu à ce jour le moindre pfennig. Mon rappel du 18 juin, dans lequel je fixais au 26 juin le dernier délai, n'a lui non plus suscité aucune réaction.' C'est en ces termes exaspérés que Maria Lüchau, droguiste à Celle, parle de l'activité commerciale du Club d'origine anglaise.

Notre télex du 4 novembre à la gérante du Club, Doreen Miller: 'S'agit-il d'un incident isolé ou ce comportement traduit-il votre politique officielle?' Dans sa prompte réponse du lendemain, le Club prétend tout ignorer tant de la trousse renvoyée par Mme Lüchau que de son rappel de juin. Il promet cependant d'enquêter immédiatement sur ce cas et de l'élucider en prenant contact avec la droguiste à Celle.

Indépendamment de cette réponse provisoire d'Ettlingen, voici notre question à tous les collègues du secteur de la droguerie et des produits de beauté: Avez-vous eu avec le Club des expériences analogues à celle de Mme Lüchau? Ou avez-vous connaissance de cas analogues? Il est de la plus haute importance, pour porter un jugement sur la politique du Club, de savoir si ce cas est isolé ou s'il y en eu d'autres."

"Habe beim Cosmetic-Club International das Schönheits-Set ... von April bestellt und bezahlt, aber wegen Nichtgefallen nach wenigen Tagen zurückgesandt. Obwohl auf dem Bestellcoupon klar und deutlich geschrieben steht, dass ich bei Nichtgefallen berechtigt bin, das Set zurückzusenden und mir Erstattung zugesichert wird, habe ich bis heute keinen Pfennig wiedergesehen. Auch auf meine Abmahnung vom 18. Juni mit Fristsetzung 26. Juni erfolgte keine Reaktion.' So der empörte Bericht der Celler Drogistin Maria Lüchau über die Geschäftstätigkeit des aus England importierten Cosmetic-Clubs.

Unser Telex vom 4. November an CCI-Geschäftsführerin Doreen Miller: 'Handelt es sich hier um eine Einzelpanne, oder gehört dieses Verhalten zu Ihrer offiziellen Politik?' In seiner prompten Antwort tags drauf will der CCI weder etwas von Frau

Lüchhaus Set-Retoure noch von ihrer Abmahnung im Juni wissen. Er verspricht aber eine sofortige Untersuchung des Falles sowie eine klärende Kontaktaufnahme mit der Drogistin in Celle.

Unabhängig von dieser vorläufigen Antwort aus Ettlingen unsere Frage an alle Drogerie/Parfümerie-Kollegen: Haben Sie ähnliche Erfahrungen wie Frau Lüchhaus mit dem Cosmetic-Club gesammelt? Oder sind Ihnen ähnliche Fälle bekannt? Die Ein- oder Mehrmaligkeit solcher Fälle ist für die Beurteilung der CCI-Politik äusserst wichtig."

12. Les 20 septembre et 18 octobre 1974 ainsi que le 29 octobre 1975, markt intern avait déjà publié au sujet du Club et conseillé au commerce de détail et à l'industrie d'observer envers lui une certaine réserve, car il usait de fausses dates et promesses. Le 29 octobre 1975, markt intern citait comme exact un passage d'un mémoire du Club, d'après lequel "un changement d'attitude de l'industrie montr[ait] que les appels au boycottage [n'avaient] pas manqué d'impressionner".

2. L'ordonnance de référé (einstweilige Verfügung)

13. Saisi par le Club, le tribunal régional (Landgericht) de Hambourg rendit le 12 décembre 1975, en vertu des articles 936 et 944 du code de procédure civile, une ordonnance de référé interdisant à markt intern de répéter les déclarations publiées le 20 novembre.

3. La procédure au principal (Hauptsache)

a) La procédure devant le tribunal régional de Hambourg

14. Comme les requérants avaient demandé une décision au principal (articles 936 et 926 du code de procédure civile), le Club engagea l'action dans le délai fixé par le tribunal. Il invitait ce dernier à enjoindre à markt intern

"de s'abstenir d'insérer dans ses bulletins d'information les déclarations suivantes:

1) Mme Lüchhaus aurait donné, sur l'activité commerciale du Club, en des termes exaspérés, un renseignement selon lequel elle avait renvoyé la trousse de beauté - parce qu'elle n'en était pas satisfaite -, mais n'avait pas été remboursée malgré un rappel,

sans déclarer en même temps que le Club avait immédiatement envoyé à Mme Lüchhaus une demande d'enquête préparée par lui et destinée aux services postaux, et lui avait assuré le remboursement de ses frais éventuels;

2) dans sa réponse immédiate du lendemain à markt intern, le Club aurait affirmé tout ignorer du renvoi de la trousse de beauté et du rappel de juin,

sans indiquer en même temps qu'on ne voulait pas exprimer des doutes sur l'exactitude de la déclaration du Club;

3) et de poser à tous les collègues du secteur de la droguerie et des produits de beauté la question de savoir s'ils avaient des expériences analogues à celle de Mme Lüchau ou connaissance de cas analogues - il serait de la plus haute importance, pour porter un jugement sur la politique du Club, de savoir si ce cas était isolé ou s'il y en avait eu d'autres,

sans préciser en même temps qu'on ne voulait pas insinuer que le Club pouvait avoir pour politique officielle d'encaisser des paiements et de ne pas fournir simultanément les produits dus."

15. Le tribunal régional statua le 2 juillet 1976. Il rejeta la première demande du Club: la déclaration était exacte et il n'existait aucune raison de penser que markt intern la diffuserait derechef sans indiquer ce qui s'était passé depuis sa publication du 20 novembre 1975 (recherches sollicitées auprès des postes, etc.). Il retint en revanche les deux autres demandes en se fondant sur l'article 824 du code civil, aux termes duquel "quiconque affirme ou diffuse, au mépris de la vérité, un fait propre à porter atteinte au crédit d'une personne ou à lui causer d'autres désavantages quant à ses revenus ou sa carrière, doit l'indemniser du dommage qu'il lui aura occasionné (...)". Il écarta l'applicabilité de l'article 823 du code civil et laissa de côté le point de savoir si le Club pouvait également invoquer la loi de 1909.

En écrivant que le Club prétendait tout ignorer du renvoi de la trousse de beauté et du rappel de Mme Lüchau (deuxième demande), markt intern avait non seulement exprimé des doutes sur l'exactitude de ces renseignements mais presque affirmé, sans fournir aucune preuve, qu'ils étaient mensongers.

En invitant les droguistes à lui signaler leurs "expériences analogues" avec le Club (troisième demande), markt intern avait proposé qu'on lui fournît des renseignements, si possible défavorables, sur celui-ci bien qu'il n'existât pas encore assez de raisons de penser qu'il menait une politique commerciale condamnable.

Tout en admettant que l'économie est sujette au contrôle critique de la presse, le tribunal régional estima que les principes de la défense d'intérêts légitimes (article 193 du code pénal) et de la liberté d'expression (article 5 de la Loi fondamentale) ne protégeaient pas le maintien d'assertions mensongères.

L'action des requérants était fautive: markt intern n'aurait pas dû généraliser le cas de Mme Lüchau, non encore tiré au clair à l'époque, et l'utiliser pour formuler des reproches à l'encontre du Club. Cette manière de procéder ne répondait pas aux devoirs des journalistes. Les défenseurs auraient dû commencer par pousser plus loin leurs recherches, mais autrement que sous la forme de leur invitation aux droguistes.

Aux termes du jugement, ils encouraient pour chaque contravention une amende (Ordnungsgeld) ou une détention (Ordnungshaft), à fixer par le

tribunal et pouvant aller, respectivement, jusqu'à 500.000 DM ou à six mois.

b) La procédure devant la cour d'appel hanséatique (Hanseatisches Oberlandesgericht)

16. Accueillant les conclusions des requérants, la cour d'appel hanséatique infirma, le 31 mars 1977, le jugement du tribunal régional.

La loi de 1909 n'entraîne pas en ligne de compte: par son article du 20 novembre 1975, markt intern n'avait pas agi à des fins de concurrence, c'est-à-dire pour promouvoir le chiffre d'affaires des drogueries et des parfumeries au détriment du Club, mais pour aviser ses lecteurs que ce dernier n'avait pas réglé comme il le fallait un incident concernant un de ses propres clients. Le Club ne pouvait pas davantage s'appuyer sur les articles 824 et 823 du code civil, les allégations publiées le 20 novembre 1975 n'étant pas contraires à la vérité.

Quant au renvoi de la trousse de beauté et au rappel de Mme Lüchau (première demande du Club), les requérants avaient respecté leurs obligations de journalistes. Le code pénal (article 193) permettait en principe des commentaires défavorables sur les prestations du commerce pour autant qu'ils visent à défendre des intérêts légitimes; l'article 5 de la Loi fondamentale reconnaissait que la presse avait pour fonction de contribuer à la formation de l'opinion publique. Enfin, il n'existait aucun risque de répétition de cette partie des déclarations publiées par markt intern.

L'affirmation que le Club prétendait tout ignorer du renvoi de la trousse de beauté et du rappel de Mme Lüchau ("will ... weder ... noch ... wissen"), ne prêtait pas à objection dans les circonstances de la cause. La formule signalait, sans plus, aux lecteurs que markt intern ne pouvait contrôler les renseignements fournis par le Club.

Par son invitation aux droguistes (troisième demande du Club), markt intern n'avait pas avancé des faits ou allégations indiquant que l'incident litigieux relevait de la politique officielle du Club. Il avait seulement proposé à ses lecteurs de vérifier les pratiques commerciales de ce dernier et avait précisément laissé ouverte la question de savoir si le cas de Mme Lüchau était isolé. Sans doute avait-il exprimé l'opinion qu'il tenait pour possible l'existence de plusieurs autres du même genre, mais il s'agissait là d'un simple jugement de valeur.

c) La procédure devant la Cour fédérale de Justice (Bundesgerichtshof)

17. Saisie par le Club, la Cour fédérale de Justice cassa l'arrêt de la cour d'appel hanséatique le 16 janvier 1980; réformant le jugement du tribunal régional de Hambourg, elle interdit aux requérants de publier dans leur bulletin d'information les déclarations diffusées par markt intern le 20

novembre 1975, telles que le Club les avait reprises dans ses conclusions en première instance (paragraphe 14 ci-dessus).

Pour chaque contravention, les intéressés encouraient une amende ou une détention à fixer par le tribunal et pouvant aller jusqu'à, respectivement, 500.000 DM ou six mois.

18. La Cour fédérale de Justice fonda son arrêt sur l'article 1 de la loi de 1909, aux termes duquel

"Une action en cessation et en dommages-intérêts peut être introduite contre quiconque accomplit en affaires, à des fins de concurrence, des actes contraires aux bonnes moeurs."

"Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden."

a) Nonobstant l'absence de relations de concurrence entre markt intern et le Club, la loi de 1909 trouvait à s'appliquer: il suffisait pour cela que l'acte incriminé favorisât objectivement la position d'une entreprise au détriment d'un concurrent; or là résidait précisément le but poursuivi en l'occurrence. Sur ces points, la Cour fédérale renvoyait à la jurisprudence constante, notamment la sienne, relative à la loi de 1909.

Dans la mesure où la cour d'appel avait estimé que les requérants n'entendaient pas intervenir en faveur du commerce de détail spécialisé et au détriment du Club, son arrêt ne résistait pas à l'examen: elle n'avait pas assez tenu compte de toutes les circonstances ni apprécié à leur juste valeur les faits présentés. Vu notamment les publications antérieures de markt intern sur le Club (paragraphe 12 ci-dessus), elle aurait dû conclure que les requérants ne s'étaient pas bornés à informer en qualité d'organe de presse, mais avaient épousé les intérêts du commerce spécialisé de la droguerie et, pour les promouvoir, avaient mis en cause les pratiques commerciales du Club. Elle aurait par conséquent dû se dire que markt intern voulait agir en faveur du commerce spécialisé et au détriment du Club. Dans le domaine général de la presse et de l'information, il était fort inhabituel de citer un incident isolé comme celui de Mme Lüchau - selon markt intern il pouvait même s'agir d'une simple "panne" - pour soulever d'emblée en public la question polémique de savoir s'il reflétait la politique officielle du Club. Quant à l'appel de markt intern à ses lecteurs, les priant de lui signaler des expériences négatives analogues, la cour d'appel aurait dû y voir une initiative encore plus insolite, révélatrice elle aussi de l'intention d'intervenir sur le marché.

b) Applicable en l'espèce, l'article 1 de la loi de 1909 se trouvait enfreint car les déclarations litigieuses étaient contraires aux bonnes moeurs:

"Par leur publication incriminée (...), les défendeurs ont contrevenu aux bonnes moeurs au sens de l'article 1 de la loi de 1909. Peu importe ici que les déclarations correspondent à la réalité en ce qui concerne le témoin Lüchau (conclusion 1). Une

déclaration vraie mais commercialement nuisible n'échappe pas nécessairement, grâce à sa seule véracité, au reproche de violation des principes de la concurrence loyale. D'après les règles de la concurrence (...), de telles déclarations ne sont acceptables que s'il y a des raisons suffisantes de les formuler et si la nature et l'ampleur des critiques en question restent dans les limites exigées par la situation: il est contraire aux bonnes moeurs de faire de la concurrence par des déclarations dénigrantes sur ses concurrents (Cour fédérale de Justice, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht ("BGH GRUR") 1962, pp. 45 et 48 - Betonzusatzmittel). En l'occurrence, il n'existait pas, lors de la publication, de raisons suffisantes de signaler cet incident. Les circonstances exactes n'avaient pas encore été élucidées; le demandeur avait promis, dans sa réponse, de procéder à une enquête immédiate et consenti à prendre contact avec Mme Lüchau pour tirer la situation au clair. Les défendeurs savaient, pour avoir eux-mêmes qualifié de provisoire la réponse du demandeur, que les critiques adressées à ce dernier ne pourraient se justifier avec certitude tant que l'affaire ne serait pas éclaircie. Partant, ils auraient dû tenir compte de ce qu'une telle publication prématurée aurait forcément des répercussions nuisibles sur l'activité économique du demandeur: elle donnait aux détaillants spécialisés un argument efficace, pouvant être invoqué auprès de leur clientèle commune à l'encontre du demandeur, et pouvant servir même si l'incident se révélait isolé et n'autorisait aucune conclusion sur les pratiques commerciales du demandeur. Dans ces conditions, il n'y avait pas de raisons suffisantes, en tout cas au moment de la publication, pour rendre public cet incident isolé. Du reste, pareille conduite est très inhabituelle en matière de concurrence commerciale.

Quant à la conclusion 2, on ne peut non plus refuser d'accueillir le pourvoi, pour le seul motif que la phrase: "le Club prétendit tout ignorer de la trousse retournée par Mme Lüchau et de son rappel de juin", ne peut s'apprécier qu'en fonction de l'information, contraire à une concurrence loyale, mentionnée dans la conclusion 1. Simple complément non indépendant, elle justifie la même appréciation juridique, d'autant qu'elle risquait de renforcer l'impression défavorable devant inévitablement résulter de l'information relative à l'incident. La cour d'appel relève qu'il s'agit là, sans plus, d'une illustration de l'incapacité du journaliste à vérifier ce qu'on lui a indiqué, mais cette observation contredit sa conclusion précédente selon laquelle le tour de phrase incriminé exprime au moins des doutes considérables sur l'exactitude de l'information et qu'en l'espèce, par conséquent, la description des événements par le demandeur est présentée comme ne méritant probablement pas crédit. La cour d'appel aurait donc dû exposer sur quelle base elle arrivait à une conclusion contraire au sens ordinaire des mots. Elle ne l'a pas fait, de sorte que pour au moins une partie non négligeable des milieux visés, on peut présumer une interprétation conforme au langage courant qui risque de placer le demandeur sous un plus mauvais éclairage encore.

Le rejet de la conclusion 3 se fonde sur les considérations suivantes de la cour d'appel: la question posée à tous les collègues droguistes et détaillants en produits de beauté - avaient-ils eu des expériences analogues à celle de Mme Lüchau avec le Club, ou avaient-ils eu connaissance de cas analogues, chose très importante pour juger de la politique du Club? - montrait que les défendeurs estimaient possible que plusieurs cas de ce genre se fussent produits; toutefois, cela ne constituait qu'un jugement de valeur qui, comme tel, ne pouvait soulever d'objection. Or, au regard de l'article 1 de la loi de 1909, le point décisif ne consiste pas à savoir si la déclaration s'analyse en un jugement de valeur ou en l'affirmation d'un fait. L'expression d'un jugement de valeur peut elle aussi exercer, dans le domaine de la concurrence, une influence inacceptable d'après l'article 1 de la loi de 1909 (BGH GRUR 1962, p. 47 -

Betonzusatzmittel). En l'espèce, il n'y avait en tout cas pas de raison suffisante pour une suspicion de portée aussi grande. Un simple cas isolé de ce genre ne justifiait pas que l'on soupçonnât d'emblée le demandeur de politique commerciale frauduleuse. Il est en outre contraire aux bonnes moeurs commerciales d'appeler, dans de telles circonstances et dès ce stade, à l'envoi de matériel compromettant.

Comme les défendeurs connaissaient les circonstances autorisant à leur reprocher d'avoir agi à l'encontre des bonnes moeurs, leur condamnation en vertu de l'article 1 de la loi de 1909 n'inspire pas non plus d'hésitations sous l'angle subjectif. Quant au risque de répétition, il faut s'en tenir à la maxime consacrée par la jurisprudence de la Cour fédérale de Justice: en cas de violation des règles de la concurrence, l'existence de pareil risque se présume en fait (Cour fédérale de Justice, affaires civiles ("BGHZ") 14, pp. 163 et 171 - Constanze II). Il en va ainsi des articles de presse lorsque - comme ici - la nature des questions traitées donne à penser que la première publication n'a pas encore clôturé le débat (BGHZ 31, pp. 318 et 319 - Alte Herren; BGH, Neue Juristische Wochenschrift ("NJW") 1966, pp. 647 et 649 - Reichstagsbrand). Les défendeurs n'ont fourni aucun indice juridiquement valable de la disparition du danger."

**d) La procédure devant la Cour constitutionnelle fédérale
(Bundesverfassungsgericht)**

19. Les requérants saisirent ensuite la Cour constitutionnelle fédérale en dénonçant une atteinte à la liberté de la presse (article 5 § 1 de la Loi fondamentale).

Statuant en comité de trois juges, la Cour constitutionnelle décida, le 9 février 1983, de ne pas retenir le recours; elle l'estima dénué de chances suffisantes de succès, par les motifs suivants:

"Comme la Cour constitutionnelle fédérale en a décidé dans son arrêt du 15 novembre 1982 (1 BvR 108/80 et autres [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, volume 62, pp. 230-248]), les conditions requises pour que la liberté d'expression et de la presse prévale sur d'autres intérêts juridiques protégés par le droit commun, ne se trouvent pas remplies quand une publication par voie de presse a pour but de favoriser, dans le contexte de la concurrence commerciale, certains intérêts économiques au détriment d'autres. Or tel est le cas des déclarations interdites par la Cour fédérale de Justice. La deuxième phrase de l'article 5 § 1 de la Loi fondamentale n'exigeait donc pas d'interpréter et appliquer l'article 1 de la loi de 1909 d'une autre manière que l'arrêt attaqué.

Comme ce dernier ne se fonde pas sur une violation de la deuxième phrase de l'article 5 § 1 de la Loi fondamentale (liberté de la presse), le fait que la Cour fédérale de Justice ne s'est pas explicitement prononcée, dans ses attendus, sur la portée de la liberté de la presse dans le jeu de l'article 1 de la loi de 1909, ne tire pas à conséquence."

* * *

20. Mme Lüchau ne fut pas seule à se plaindre du Club: deux autres clients signalèrent aux requérants qu'ils avaient rencontré des difficultés analogues; le premier d'entre eux se manifesta avant la publication du 20 novembre 1975, le second après.

Selon ses propres indications, le Club vendit 157.929 trousse de beauté entre le 1er décembre 1974 et le 30 novembre 1975; en 1975, 11.870 personnes identifiables renvoyèrent l'article et furent remboursées.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

21. Dans leur requête du 11 juillet 1983 à la Commission (n° 10572/83), markt intern et M. Beermann se plaignaient des interdictions prononcées contre eux par les juridictions allemandes en vertu de l'article 1 de la loi de 1909.

22. La Commission a retenu la requête le 21 janvier 1986. Dans son rapport du 18 décembre 1987 (article 31) (art. 31), elle exprime, par douze voix contre une, l'opinion qu'il y a eu violation de l'article 10 (art. 10). Le texte intégral de son avis figure en annexe au présent arrêt*.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR PAR LE GOUVERNEMENT

23. À l'audience du 25 avril 1989, le Gouvernement a prié la Cour de "dire que la République fédérale d'Allemagne n'a pas, en l'espèce, violé la Convention".

EN DROIT

24. D'après les requérants, l'interdiction dont les juridictions allemandes les ont frappés en vertu de l'article 1 de la loi de 1909 et l'interprétation extensive donnée par elles à ce dernier ont enfreint l'article 10 (art. 10) de la Convention, aux termes duquel

"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 considération de frontière. Le présent article (art. 10) n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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,

* Note du greffier: Pour des raisons d'ordre pratique il n'y figurera que dans l'édition imprimée (volume n° 165 de la série A des publications de la Cour), mais chacun peut se le procurer auprès du greffe.

qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté 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."

Le Gouvernement combat cette thèse, tandis que la Commission y souscrit.

A. Sur l'applicabilité de l'article 10 (art. 10)

25. Le Gouvernement contestait à l'origine l'applicabilité de l'article 10 (art. 10). Devant la Cour, il plaide que si l'affaire était examinée sous l'angle de ce texte, elle se situerait, en raison du contenu de la publication du 20 novembre 1975 et de la nature des activités de markt intern, à l'extrême périphérie du domaine de l'article 10 (art. 10). De par son libellé et ses objectifs, le bulletin litigieux n'aurait pas eu pour but d'influencer ou mobiliser l'opinion publique, mais de promouvoir les intérêts économiques d'un groupe d'entreprises déterminé. Pareille activité ressortirait à la liberté d'entreprise et de concurrence, non garantie par la Convention.

Sans nier qu'ils défendent le commerce de détail spécialisé, les requérants affirment que markt intern n'intervient pas directement dans le jeu de l'offre et de la demande. La société dépendrait entièrement de ses abonnés et s'efforcerait, comme il se doit, de répondre à l'attente de ses lecteurs dont la grande presse négligerait les préoccupations. Limiter la liberté d'expression aux informations d'ordre politique ou culturel aboutirait à priver de toute protection une grande partie de la presse.

26. La Cour rappelle que l'auteur de l'article en cause rendait compte du mécontentement d'une consommatrice qui n'avait pu obtenir le remboursement promis d'un produit acheté auprès d'une maison de vente par correspondance, le Club; il demandait aux lecteurs des précisions sur les pratiques commerciales de cette dernière. L'article incriminé s'adressait sans contredit à un cercle limité de commerçants et ne concernait pas directement le public dans son ensemble; cependant, il renfermait des informations de caractère commercial. Or elles ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 § 1 (art. 10-1), lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Müller et autres du 24 mai 1988, série A n° 133, p. 19, § 27).

B. Sur l'observation de l'article 10 (art. 10)

27. Aux yeux de la Cour, les requérants ont manifestement subi une "ingérence d'autorités publiques" dans l'exercice du droit garanti par l'article 10 (art. 10): elle résulte de l'injonction de la Cour fédérale de

Justice de ne pas répéter les déclarations figurant dans le bulletin du 20 novembre 1975. Pareille immixtion enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2). Il y a donc lieu de déterminer si elle était "prévues par la loi", inspirée par un ou des buts légitimes au regard dudit paragraphe et "nécessaire, dans une société démocratique", pour les atteindre.

1. "Prévues par la loi"

28. Selon le Gouvernement, la base légale de l'ingérence réside non seulement dans l'article 1 de la loi de 1909 sur la concurrence déloyale mais aussi, pour deux des trois déclarations litigieuses, dans les articles 14 de la même loi (interdiction des déclarations dénigrantes) et 824 du code civil (paragraphe 15 ci-dessus), tel que l'appliqua le tribunal régional de Hambourg.

La Cour relève avec la Commission que la Cour fédérale de Justice, tout en rétablissant pour l'essentiel le jugement rendu le 2 juillet 1976 en première instance, y substitua sa propre motivation dans son arrêt du 16 janvier 1980: elle se fonda uniquement sur l'article 1 de la loi de 1909 (paragraphe 18 ci-dessus). Il n'y a pas lieu de rechercher si elle aurait pu s'appuyer de surcroît sur les autres dispositions invoquées par le Gouvernement.

29. Les requérants estiment que l'ingérence litigieuse n'était pas "prévues par la loi", parce que non prévisible. La législation allemande en la matière n'indiquerait pas la frontière entre liberté de la presse et concurrence déloyale. Tout d'abord, l'article 1 se caractériserait par un incontestable manque de clarté: rédigé en termes vagues ("gute Sitten"/"bonnes moeurs"), il conférerait aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation et ne permettrait pas à chacun de prévoir, à un degré raisonnable, s'il se rend coupable d'une infraction. En second lieu, son application ne se justifierait pas en l'espèce, vu l'absence de concurrence directe entre markt intern et le Club: les requérants n'auraient pas agi "à des fins de concurrence", comme l'exige ledit article, mais simplement accompli leur devoir de journaliste.

Le Gouvernement affirme au contraire qu'en raison de leur riche expérience judiciaire, ils connaissaient le texte et l'interprétation de la loi de 1909 bien avant la publication de l'article incriminé. Suivi sur ce point par la Commission, il ajoute que les dispositions pertinentes de l'article 1 répondent aux exigences d'accessibilité et de prévisibilité dégagées par la jurisprudence de la Cour.

30. La Cour a déjà reconnu que souvent le libellé des lois ne présente pas une précision absolue. Il en va ainsi dans les domaines, tel celui de la concurrence, dont les données ne cessent de changer en fonction de l'évolution du marché ainsi que des moyens de communication (arrêts Barthold du 25 mars 1985, série A n° 90, p. 22, § 47, et, mutatis mutandis,

Müller et autres précité, série A n° 133, p. 20, § 29). L'interprétation et l'application de pareils textes dépendent, par la force des choses, de la pratique (arrêt Sunday Times du 26 avril 1979, série A n° 30, p. 31, § 49).

En l'occurrence, il existait une jurisprudence constante de la Cour fédérale de Justice (voir entre autres: BGHZ 14, pp. 163 et 170-172, Constanze II; BGHZ 31, pp. 308 et 318-319, Alte Herren; BGH GRUR 1962, pp. 45 et 48, Betonzusatzmittel; BGH NJW 1966, pp. 647 et 649, Reichstagsbrand). Nette, abondante et amplement commentée, elle était de nature à permettre aux milieux commerciaux et à leurs conseils de régler leur conduite en la matière.

2. But légitime

31. Pour le Gouvernement et la Commission, l'ingérence incriminée visait à protéger les "droits d'autrui". A l'origine, le premier invoquait en outre la "défense de l'ordre" et la "protection de la morale", mais il ne reprend pas cette thèse devant la Cour.

Selon les termes mêmes de l'arrêt du 16 janvier 1980, l'article litigieux risquait de provoquer des soupçons injustifiés quant à la politique commerciale du Club et de nuire ainsi à l'activité économique de ce dernier. La Cour constate que l'ingérence tendait donc à protéger la réputation et les droits d'autrui, fins légitimes au regard du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2).

3. "Nécessaire dans une société démocratique"

32. Les requérants prétendent que l'injonction litigieuse ne saurait passer pour "nécessaire dans une société démocratique". La Commission souscrit à leur thèse.

Le Gouvernement, lui, la conteste. D'après lui, l'article du 20 novembre 1975 ne contribuait pas à un débat intéressant le grand public, mais relevait d'une stratégie de concurrence illégale destinée à évincer du marché des produits de beauté un rival gênant pour les détaillants spécialisés; son auteur visait, par des moyens agressifs et contraires aux usages, à promouvoir la compétitivité de ces derniers. La Cour fédérale de Justice et la Cour constitutionnelle fédérale auraient statué dans le sens d'une jurisprudence bien établie, non sans avoir pesé tous les intérêts en présence (Güter- und Interessenabwägung).

En outre, dans le domaine de la concurrence les États jouiraient d'une ample latitude pour tenir compte de la situation spécifique du marché national et, ici, des conceptions nationales de la bonne foi en affaires. Des déclarations poursuivant "des fins de concurrence" n'entreraient pas dans le noyau fondamental de la liberté d'expression et bénéficieraient d'une moindre protection que d'autres "idées" ou "informations".

33. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les États contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence, mais elle va de pair avec 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 (voir en dernier lieu l'arrêt *Barfod* du 22 février 1989, série A n° 149, p. 12, § 28). Pareille marge d'appréciation est indispensable en matière commerciale, en particulier dans un domaine aussi complexe et fluctuant que celui de la concurrence déloyale. Sinon, la Cour européenne des Droits de l'Homme devrait se livrer à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de chaque cause; or elle doit se borner à rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient en principe et sont proportionnées (voir, entre autres, l'arrêt *Barthold* précité, série A n° 90, p. 25, § 55).

34. Pour déterminer si l'ingérence était proportionnée, il faut en l'espèce mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui avec la publication des informations en cause. Dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, la Cour doit considérer la décision judiciaire incriminée à la lumière de l'ensemble du dossier (arrêt *Barfod* précité, série A n° 149, p. 12, § 28).

Markt intern publia sur le Club plusieurs articles où il en critiquait les pratiques commerciales et ils ne restèrent pas sans effet, notamment celui du 20 novembre 1975 (paragraphe 12 ci-dessus). D'un autre côté, le Club tint sa promesse de rembourser les clients mécontents; en 1975, 11.870 d'entre eux rentrèrent ainsi dans leurs fonds (paragraphe 20 ci-dessus).

Les juridictions nationales pesèrent effectivement les intérêts concurrents en jeu. Dans leurs décisions des 2 juillet 1976 et 31 mars 1977, le tribunal régional de Hambourg et la cour d'appel hanséatique mentionnèrent explicitement le droit à la liberté d'information et de la presse, tel que le garantit l'article 5 de la Loi fondamentale (paragraphe 15-16 ci-dessus), et dans son arrêt du 9 février 1983 la Cour constitutionnelle fédérale aborda le litige sous l'angle de cette disposition (paragraphe 19 ci-dessus). Dans son arrêt du 16 janvier 1980, la Cour fédérale de Justice s'appuya sur le caractère prématuré de la publication contestée et sur l'absence de motifs suffisants de divulguer dans le bulletin d'information un incident isolé; ce faisant, elle prit en compte les droits et intérêts juridiques dignes de protection (paragraphe 18 ci-dessus).

35. Dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques par ses concurrents. Sa stratégie commerciale et la manière dont elle honore ses engagements peuvent susciter des critiques des consommateurs et de la presse spécialisée. Pour mener sa tâche à bien, cette dernière doit pouvoir révéler des faits de nature à intéresser ses lecteurs et contribuer ainsi à la transparence des activités commerciales.

Toutefois, même la publication d'articles véridiques et décrivant des événements réels peut être prohibée dans certains cas: l'obligation de respecter la vie privée d'autrui, ou le devoir d'observer la confidentialité de certaines informations commerciales, en constituent des exemples. En outre, une affirmation exacte peut se doubler et se double souvent de remarques supplémentaires, de jugements de valeur, de suppositions voire d'insinuations. Il faut aussi reconnaître qu'un incident isolé peut appeler un examen plus approfondi avant d'être divulgué, sans quoi la mention exacte de pareil incident peut donner la fausse impression qu'il témoigne d'une pratique générale. Autant d'éléments pouvant légitimement aider à apprécier des déclarations formulées dans un contexte commercial; il appartient d'abord au juge national de préciser celles qui sont possibles et celles qui ne le sont pas.

36. Il s'agit ici d'un article rédigé dans un contexte commercial; markt intern n'était pas lui-même un concurrent du Club, mais voulait - à bon droit - protéger les intérêts des droguistes et des détaillants de produits de beauté. L'article lui-même contenait sans conteste des déclarations exactes, mais il exprimait aussi des doutes quant au crédit à accorder au Club, et il invitait les lecteurs à signaler des "expériences analogues" alors que le Club avait promis d'enquêter promptement sur le cas rapporté.

Selon la Cour fédérale de Justice (paragraphe 18 ci-dessus), il n'y avait pas de raison suffisante de relater l'incident au moment de la publication. Le Club avait accepté d'entreprendre des recherches immédiates pour tirer la situation au clair. Les requérants savaient d'ailleurs, pour avoir eux-mêmes qualifié de provisoire la réponse du Club, que leurs critiques contre lui ne pourraient se justifier avec certitude tant que l'affaire ne serait pas élucidée. D'après la Cour fédérale, ils auraient donc dû tenir compte que pareille divulgation prématurée de l'incident aurait forcément des répercussions nuisibles sur les activités du Club, car elle donnerait aux détaillants spécialisés un argument efficace pouvant être invoqué contre lui auprès de leur clientèle, et pouvant servir même si l'incident se révélait isolé et n'autorisait aucune conclusion sur les pratiques commerciales du demandeur.

37. Eu égard à ces constatations, ainsi qu'aux devoirs et responsabilités liés aux libertés garanties par l'article 10 (art. 10), on ne saurait dire que la décision finale de la Cour fédérale de Justice - confirmée du point de vue constitutionnel par la Cour constitutionnelle fédérale - ait dépassé la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales. Les opinions peuvent certes diverger sur le point de savoir si la réaction de la Cour fédérale fut la bonne ou si les déclarations litigieuses de markt intern devaient être permises ou tolérées, mais la Cour européenne des Droits de l'Homme ne saurait substituer en l'espèce son propre jugement à celui des juridictions nationales qui, par des motifs raisonnables, ont estimé nécessaires les restrictions en cause.

38. En conclusion, aucune violation de l'article 10 (art. 10) ne se trouve établie.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Dit par neuf voix contre neuf, avec la voix prépondérante du président (article 20 § 3 du règlement), qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 (art. 10) de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le 20 novembre 1989.

Rolv RYSSDAL
Président

Marc-André EISSEN
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 (art. 51-2) de la Convention et 52 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes:

- opinion dissidente commune à MM. les juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos;
- opinion dissidente individuelle de M. le juge Pettiti;
- opinion dissidente individuelle de M. le juge De Meyer;
- opinion dissidente de M. le juge Martens, approuvée par M. le juge Macdonald.

R.R.
M.-A.E.

OPINION DISSIDENTE COMMUNE À MM. LES JUGES
GÖLCÜKLÜ, PETTITI, RUSSO, SPIELMANN, DE MEYER,
CARRILLO SALCEDO ET VALTICOS

I.

Dans le domaine des droits de l'homme, ce ne sont pas les principes, mais les exceptions qui "appellent une interprétation étroite"¹.

Il doit tout particulièrement en être ainsi lorsqu'il s'agit de la liberté d'expression.

Celle-ci constitue "l'un des fondements essentiels" d'une société démocratique², "l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun"³: "elle vaut 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"⁴.

"Eu égard à la place éminente de la liberté d'expression dans une société démocratique"⁵, toute ingérence la concernant doit correspondre à un "besoin social impérieux", être "proportionnée au but légitime poursuivi" et se trouver justifiée par des motifs non pas simplement "raisonnables", mais "pertinents et suffisants"⁶.

Dans la présente affaire ces conditions, plusieurs fois énoncées dans les arrêts antérieurs de la Cour, n'étaient pas remplies.

En tout cas, compte tenu des critères reconnus jusqu'à présent par la Cour, la "nécessité" des mesures prises contre les requérants n'était pas "établie d'une manière convaincante"⁷.

La liberté d'expression doit être assurée tout autant à l'égard des pratiques d'une entreprise commerciale que, comme dans l'affaire Lingens,

¹ Voir notamment les arrêts *Klass et autres*, 6 septembre 1978, série A n° 28, p. 21, § 42, et *Sunday Times*, 26 avril 1979, Série A n° 30, p. 41, § 65.

² Arrêts *Handyside*, 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49, *Sunday Times*, précité, p. 40, § 65, *Barthold*, 25 mars 1985, série A n° 90, p. 26, § 58, *Lingens*, 8 juillet 1986, série A n° 103, p. 26, § 41, et *Müller et autres*, 24 mai 1988, série A n° 133, p. 22, § 33.

³ Arrêts précités *Handyside*, loc.cit., *Barthold*, loc. cit., *Lingens*, loc. cit., et *Müller et autres*, loc. cit.

⁴ Arrêts précités *Handyside*, loc. cit., *Sunday Times*, loc. cit., *Lingens*, loc. cit., et *Müller et autres*, loc. cit.

⁵ Arrêt *Barfod*, 22 février 1989, série A n° 149, p. 12, § 28. Voir aussi l'arrêt *Barthold*, précité, loc. cit.

⁶ Arrêts précités *Handyside*, pp. 22-24, §§ 48-50, *Sunday Times*, pp. 36 et 38, §§ 59 et 62, *Barthold*, p. 25, § 55, *Lingens*, pp. 25-26, §§ 39-40, et *Müller et autres*, p. 21, § 32.

⁷ Arrêt *Barthold* précité, p. 26, § 58.

à l'égard du comportement d'un chef de gouvernement. De même elle doit pouvoir être exercée aussi bien dans l'intérêt des acheteurs de produits de beauté que, comme dans l'affaire Barthold, dans celui des propriétaires d'animaux malades; en vérité, elle sert surtout l'intérêt général.

Au demeurant, ce n'est pas en défendant tel ou tel intérêt, économique ou autre, qu'on peut perdre le bénéfice de la liberté d'expression.

Pour assurer la transparence des activités économiques⁸, il importe que les informations et idées concernant les produits et services proposés aux consommateurs puissent être répandues librement: exposés à des procédés de distribution très efficaces et à des publicités souvent peu objectives, les consommateurs, ainsi que les détaillants, méritent, eux aussi, d'être protégés.

En l'espèce, les requérants avaient rapporté un incident dont la matérialité n'a pas été contestée⁹, et invité les détaillants à leur fournir des informations complémentaires. Ils avaient exercé tout à fait normalement leur droit fondamental à la liberté d'expression.

Celui-ci a, dès lors, été violé à leur égard par les mesures litigieuses.

II.

Ceci étant dit, il nous paraît nécessaire de faire encore trois observations à propos du présent arrêt.

Les considérations qui s'y trouvent développées au sujet de la "marge d'appréciation" des États¹⁰ nous inquiètent sérieusement. Comme le démontre le résultat auquel elles aboutissent en l'espèce, elles ont pour effet de réduire à peu de chose la liberté d'expression en matière commerciale.

En prétendant ne pas vouloir "procéder à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances" de la cause¹¹, la Cour renonce, en fait, à exercer le "contrôle européen"¹² qu'il lui incombe d'assurer en vertu de la Convention¹³ quant à la "conformité" des "mesures" litigieuses "avec les exigences de" celle-ci¹⁴.

⁸ § 35 de l'arrêt.

⁹ Il ne s'agissait d'ailleurs pas d'un cas "isolé" (§ 36 de l'arrêt), puisque, en 1975, l'entreprise en question eut à rembourser 11.870 de ses clients (§§ 20 et 34 de l'arrêt).

¹⁰ §§ 33 et 37 de l'arrêt.

¹¹ § 33 de l'arrêt.

¹² Arrêts précités Handyside, p. 23, § 49, et Sunday Times, p. 36, § 59, et § 33 du présent arrêt.

¹³ Article 19 de la Convention.

¹⁴ Arrêt sur l'affaire "relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique", 23 juillet 1968, Série A n° 6, p. 35, § 10.

20 ARRÊT MARKT INTERN VERLAG GMBH ET KLAUS BEERMANN c.
ALLEMAGNE
OPINION DISSIDENTE COMMUNE À MM. LES JUGES GÖLCÜKLÜ,
PETTITI, RUSSO, SPIELMANN, DE MEYER, CARRILLO SALCEDO ET
VALTICOS

En ce qui concerne la mise "en balance" des "intérêts concurrents en jeu"¹⁵, il nous suffit de constater qu'en cette affaire les intérêts que les requérants voulaient "légitimement" protéger¹⁶ n'ont été pris en compte en aucune manière¹⁷.

¹⁵ § 34 de l'arrêt.

¹⁶ § 36 de l'arrêt.

¹⁷ Pour le surplus, nous approuvons, dans une très large mesure, les considérations développées dans les paragraphes 3 à 7 de l'opinion dissidente de M. Martens, approuvée par M. Macdonald (voir pp. 28-30 ci-après).

OPINION DISSIDENTE INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE PETTITI
OPINION DISSIDENTE INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE
PETTITI

En sus des observations exprimées dans l'opinion dissidente commune, je crois utile d'ajouter:

La liberté d'expression est le pilier de la défense des droits fondamentaux. Sans liberté d'expression, il est impossible de connaître la violation des autres droits.

En ce domaine, il n'y a qu'une marge d'appréciation des plus minimes des États, sous contrôle de la Cour européenne. Ce n'est que dans des cas rares que l'on peut accepter des procédures visant des restrictions ou des interdictions de publication. Telle est la dominante dans les systèmes américains et européens depuis 1776 et 1789 (cf. amendement n° 1 de la Constitution des États-Unis, jurisprudence des cours suprêmes des États-Unis, du Canada, de la France, etc.).

Plus encore en matière de publicité commerciale ou de politique commerciale ou économique, où l'État ne peut prétendre défendre un intérêt général véritable car les intérêts des consommateurs sont contradictoires. En fait, l'État défend un intérêt particulier en voulant soutenir des groupes de pression - laboratoires et autres. Il se sert de l'alibi d'une loi sur la concurrence ou sur les prix pour faire prévaloir sa préférence en faveur d'un groupement sur un autre. La défense des intérêts des usagers et des consommateurs face aux positions dominantes dépend de la liberté de publication des critiques des produits, même les plus vives. La liberté doit être totale ou quasi totale sauf délit (publicité mensongère) ou action en concurrence déloyale, mais dans ce cas la solution n'est pas la censure mais la poursuite pénale ou l'action civile entre les entreprises. L'arsenal des lois punit la publicité mensongère.

La restriction de la liberté d'expression pour privilégier la marge d'appréciation des États et lui donner en quelque sorte priorité sur la défense des droits fondamentaux ne serait pas dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne ni dans sa vocation. Une telle tendance restrictive des libertés irait aussi à l'encontre des travaux du Conseil de l'Europe sur l'audiovisuel et les satellites transfrontières, conçus pour assurer la liberté d'expression et les droits d'autrui, y compris ceux des usagers et des consommateurs de la communication.

Le problème est d'autant plus grave que souvent les États qui veulent porter atteinte aux libertés utilisent l'alibi d'infractions économiques ou de législations économiques du type concurrence ou anti-trust pour engager des poursuites à des fins politiques ou pour protéger des intérêts mixtes (États - industriels) en vue d'entraver la liberté d'expression (les pays de l'Est fournissent de nombreux exemples, mais aussi des États du Conseil de l'Europe). Il ne faut pas méconnaître la pression financière que peuvent

OPINION DISSIDENTE INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE PETTITI

exercer certains groupes ou laboratoires. Dans certains cas, cette pression a été telle qu'elle a pu retarder la manifestation de la vérité et donc différer l'interdiction d'un médicament ou d'un produit dangereux pour la santé publique.

La presse économique de nombreux États membres publie chaque jour à des millions d'exemplaires des articles cent fois plus sévères contre des produits que ceux de l'affaire markt intern. C'est la liberté reconnue à cette presse qui assure la protection des personnes.

OPINION DISSIDENTE INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE DE MEYER
OPINION DISSIDENTE INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE DE
MEYER

En plus de ce qui a été dit dans l'opinion dissidente commune¹, il y a lieu, me semble-t-il, d'observer:

1. qu'on peut douter que le "but" auquel tendait l'ingérence contestée par les requérants fût assez "légitime" pour justifier celle-ci, puisqu'il s'agissait beaucoup moins de la défense de véritables "droits d'autrui" que de celle de simples intérêts commerciaux;

2. qu'en fait la Cour a procédé "à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de" la cause, en faisant sienne, dans les paragraphes 34 à 37 de l'arrêt, l'appréciation litigieuse des juridictions nationales.

¹ Voir pp. 23-25 ci-dessus

24 ARRÊT MARKT INTERN VERLAG GMBH ET KLAUS BEERMANN c.
ALLEMAGNE
OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MARTENS, APPROUVÉE PAR M.
LE JUGE MACDONALD
OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE MARTENS,
APPROUVÉE PAR M. LE JUGE MACDONALD

1. Je partage tout à fait et avec conviction l'opinion de la Cour que la publication incriminée de markt intern est en principe protégée par la liberté d'expression visée à l'article 10 (art. 10) de la Convention: dans nos sociétés modernes, la presse socio-économique présente un intérêt égal à celui de la presse politique ou culturelle pour le progrès desdites sociétés et pour l'épanouissement de chacun. Je me réfère à l'opinion dissidente commune à MM. Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carrillo Salcedo et Valticos (ci-dessus "l'opinion dissidente commune"), dont j'approuve la partie I.

Je partage également l'opinion de la Cour que l'injonction de la Cour fédérale de Justice constitue une "ingérence d'autorités publiques" qui enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2). Dans ce contexte, je me réfère de nouveau à l'opinion dissidente commune.

Je partage enfin l'opinion de la Cour que ces exigences sont remplies quant aux expressions "prévue par la loi" et "but légitime", mais je ne saurais souscrire à l'affirmation que la Cour européenne, en tenant compte de la marge d'appréciation dont jouissent les États contractants, doit reconnaître que l'ingérence était "nécessaire dans une société démocratique". Sur ce point il est utile, à mon avis, de pousser l'analyse un peu plus loin que ne l'a fait l'opinion dissidente commune; c'est une des raisons pour lesquelles je ne m'y suis pas rallié.

2. A propos du troisième alinéa du paragraphe 34 de l'arrêt de la Cour, je tiens à faire remarquer tout d'abord qu'en exerçant le contrôle dont il s'agit au paragraphe précédent, la Cour n'aurait pas dû prendre en considération les décisions du tribunal régional de Hambourg et de la cour d'appel hanséatique, qui toutes deux ont été infirmées par une décision supérieure, celle de la Cour fédérale de Justice, la seule qui compte puisque la Cour constitutionnelle n'a pas retenu le recours.

3. Or, dans son arrêt, la Cour fédérale a fait relever du droit de la concurrence déloyale la question de savoir si la publication incriminée de markt intern était admissible, et c'est à cette qualification et aux appréciations qui s'en déduisent que la Cour européenne s'est ralliée (voir les paragraphes 33, 35, 36 et 37 de son arrêt). Ce faisant, la Cour européenne a consacré une approche qui, à mon avis, est incompatible avec le droit à la liberté d'expression, que la Convention garantit aussi à un organe de presse partial.

4. Le droit de la concurrence déloyale régit les rapports entre concurrents sur le marché. Il part de l'idée qu'en se livrant à une concurrence les concurrents ne cherchent qu'à servir leurs propres intérêts

tout en nuisant à ceux des autres. C'est pourquoi (comme la Cour fédérale le rappelle dans son arrêt) le droit allemand de la concurrence déloyale interdit de faire de la concurrence par des déclarations dénigrant ses concurrents: il est seulement admissible qu'un concurrent critique publiquement un autre s'il a des raisons suffisantes de le faire et si la nature et l'ampleur de sa critique restent dans les limites exigées par la situation. Dans ce domaine l'interdiction de publier des critiques est donc la règle, et c'est à celui qui se permet d'en publier une qu'incombe la charge de prouver que sa critique s'appuie sur une raison suffisante et se tient dans les bornes les plus strictes. En recherchant si cette preuve a été apportée, le juge ne met en balance que les intérêts des deux concurrents.

Or, dans le domaine de la liberté d'expression c'est l'inverse. Là, on part de l'idée qu'en usant de son droit on sert l'intérêt général, en particulier s'il s'agit de la presse, et c'est pourquoi dans ce domaine la liberté de critique est la règle. Ainsi, dans ce domaine, c'est à celui qui prétend que la critique n'est pas admissible qu'incombe la charge de la preuve. En recherchant si cette preuve a été apportée, le juge doit mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt particulier de la partie qui se prétend lésée.

5. Il s'ensuit que faire relever du droit de la concurrence déloyale la question de savoir si une publication d'un organe de presse est admissible, c'est mettre cet organe de presse dans une position juridique qui diffère fondamentalement de celle à laquelle il peut prétendre sous l'empire de l'article 10 (art. 10) de la Convention et qui lui est décidément défavorable. C'est pourquoi à mon avis une telle qualification constitue pour cet organe de presse une restriction considérable dans l'exercice des libertés que lui garantit le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1). Il y a donc lieu de se demander si dans une société démocratique il peut être nécessaire de restreindre de cette façon les droits et libertés fondamentaux d'un organe de presse pour la seule raison que cet organe a épousé certains intérêts économiques, à savoir ceux d'un secteur spécial du commerce spécialisé. Je ne doute aucunement que cette question doive recevoir une réponse négative. La preuve en est que, autant que je sache, une telle règle élargissant le domaine du droit de la concurrence déloyale au détriment des libertés de la presse est inconnue dans les autres États membres du Conseil de l'Europe. Et pour cause: ne faut-il pas reconnaître que sous certains rapports tous les journaux sont partiels, puisqu'ils épousent certains intérêts spéciaux?

6. Il découle à mes yeux de ces considérations que la Cour aurait dû estimer qu'en l'espèce elle avait à juger une affaire dans laquelle l'appréciation des autorités nationales était atteinte d'un vice fondamental, et que par là elle aurait elle-même à apprécier si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique. En effet, dans une telle situation la marge d'appréciation ne joue aucun rôle, parce qu'elle ne saurait justifier des

appréciations incompatibles avec les libertés garanties par la Convention. Je tiens à souligner ce point parce que, pour ma part, je ne conteste pas que dans le domaine de la liberté d'expression la Cour européenne puisse limiter son contrôle en laissant aux États une certaine marge d'appréciation.

7. Dans ce contexte, il faut noter que je ne peux pas non plus me rallier à l'opinion de la Cour pour autant qu'elle estime qu'en l'espèce, pour déterminer si l'ingérence était proportionnée, il faut mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui, d'une part, et la publication des informations en cause, de l'autre (voir le paragraphe 34 de l'arrêt).

A mon avis - et ici de nouveau je souscris à l'opinion dissidente commune -, on doit se demander si se trouve établi de manière convaincante (voir l'arrêt Barthold du 25 mars 1985, série A n° 90, p. 26, § 58) le fait que les intérêts privés du Club étaient plus importants que l'intérêt général qui voulait que non seulement les lecteurs spécialisés, mais aussi le public dans son ensemble puissent prendre connaissance des faits ayant une certaine importance dans le cadre de la lutte des petites et moyennes entreprises du commerce de détail contre les grandes sociétés de distribution. Ce faisant, j'arrive quant à moi, tout comme les auteurs de l'opinion dissidente commune, à la conclusion que la réponse à cette question doit être négative. Comme la Cour (voir le paragraphe 35 de son arrêt), je prends en considération la circonstance que dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques. C'est pourquoi le Club, qui se trouvait dans cette situation, ne saurait en principe se plaindre que la presse spécialisée, qui s'est donné pour tâche de défendre les intérêts de ses concurrents sur le marché, analyse sa stratégie commerciale et en publie des critiques. De telles critiques contribuent, la Cour l'a d'ailleurs souligné, à la transparence des activités commerciales. Comme la liberté d'expression vaut également pour les "informations" qui blessent, il y a lieu de ne pas juger trop vite qu'une telle critique est inadmissible parce qu'elle heurte l'entreprise critiquée. En l'espèce, il est indéniable que l'article publié par markt intern était défavorable au Club et révélait une attitude très critique à l'égard de celui-ci. D'un autre côté, il rapportait un incident dont la matérialité n'a pas été contestée; il n'exprimait pas un jugement définitif sur les pratiques commerciales du Club, mais invitait les détaillants à fournir des informations complémentaires. Pour ma part, je ne suis pas convaincu que dans une société démocratique il soit vraiment nécessaire d'interdire une telle publication.

8. C'est pour cette raison que j'ai voté pour la violation de l'article 10 (art. 10).