

Faut-il autoriser la publicité politique à la radio-TV?

Denis Barrelet

Professeur aux Universités de Neuchâtel et Fribourg

I. Introduction

La Suisse possède un système de droits politiques développé comme nulle part ailleurs. Celui-ci, pour bien fonctionner, suppose que les arguments puissent s'échanger et que rien ne vienne freiner le débat. Or il est un domaine où la Suisse a tout bonnement proscrit la communication de nature politique : c'est celui de la publicité à la radio et à la télévision. Depuis l'introduction de la publicité à la télévision en 1964, cette interdiction a toujours été acceptée comme allant de soi.¹ Aujourd'hui, l'heure est à une remise en cause fondamentale. C'est un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 2001, désavouant la Suisse, qui y oblige². La révision totale de la loi sur la radio et la télévision, prévue de longue date, tombe à point nommé.

- 1 Voir néanmoins P.-A. CHEVALIER, L'interdiction de la «propagande politique» à la radio-TV: un casse-tête, *medialex* 1996, p. 61 ss. Annonceur des difficultés rencontrées ultérieurement par la Suisse sur le plan européen: L. BOISSON DE CHAZÉOUNES, Publicité commerciale et liberté d'expression dans le cadre du Conseil de l'Europe, *Revue générale de droit international public* 1988, p. 949 ss. Cette interdiction a été introduite par les Instructions du Conseil fédéral pour la publicité à la télévision, du 24 avril 1964. B. ROSTAN, Le service public de radio et de télévision, thèse Lausanne 1982, p. 82.
- 2 Affaire VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, du 28 juin 2001 (n° 24299/94). Cf. aussi notre notice critique in *medialex* 2001, p. 159 s.
- 3 Sur cette terminologie française approximative: CHEVALIER (n. 1), p. 61.
- 4 Cette interdiction cadre mal avec la définition que l'art. 11 al. 1er ORTV donne de la publicité. Est considérée comme telle «toute annonce publique effectuée (...) pour promouvoir une cause ou une idée». La formulation a été reprise de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, du 5 mai 1989 (CETT, RS 0.784.405), qui, elle, n'interdit pas la publicité politique. CHEVALIER (n. 1), p. 61, parle d'incohérence.
- 5 JAAC 1993, p. 410 ss.

Après une description de la loi actuelle et de la jurisprudence des autorités fédérales (II), nous examinerons l'arrêt européen en cause (III), pour nous interroger sur la manière de réglementer la publicité politique à la radio et à la télévision de manière à satisfaire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (IV), avant de conclure (V).

II. La situation de lege lata

La loi sur la radio et la télévision du 21 juin 1991 (LRTV, RS 7684.40) est claire. Son art. 18 al. 5 interdit la publicité à caractère religieux ou politique. Elle utilise, il est vrai, le terme de «propagande», ce qui n'est pas très précis. C'est bien uniquement le contenu de la partie publicitaire payante qui est visé par cette interdiction. La version allemande de la loi, qui parle de «Werbung», est correcte, elle.³ L'interdiction de la publicité à caractère religieux ou politique est répétée à l'art. 15 al. 1er let. a de l'ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV, RS 784.401).

La jurisprudence développée par les autorités suisses est tout aussi claire. Non seulement elle confirme la justesse de cette interdiction. Mais elle colmate également les voies de détournement que des esprits malins pourraient être tentés d'emprunter. Le 4 octobre 1991, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision avait à juger d'un spot en faveur de l'Aide suisse à la montagne, présenté par un certain Ueli Maurer, candidat UDC au Conseil d'Etat zurichois, rappelant ses origines de fils de paysan de montagne et faisant appel à la générosité du public.⁵ Le sens et le but de cette interdiction, a dit l'Autorité, sont d'assurer la libre formation de l'opinion du public. Seule une interdiction générale peut empêcher que des en-

Zusammenfassung: Seit der Einführung der Fernsehwerbung im Jahre 1964 wurde das Verbot politischer Werbung als selbstverständlich betrachtet. Heute jedoch muss die Schweiz über die Bücher gehen. Sie wird von einem Urteil des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes von 2001 dazu gezwungen. Danach kann sie zwar an Unterschieden gegenüber der geschriebenen Presse festhalten, jedoch nur zurückhaltend und soweit es in einer demokratischen Gesellschaft notwendig erscheint. Das Risiko einer Schwächung der politischen Parteien durch kostenintensive Werbekampagnen kann ein Verbot der Werbung über und von Parteien rechtfertigen. Politische Werbung anlässlich von Referendumskampagnen zu verbieten, wäre wohl übertrieben. Um zu verhindern, dass finanzkräftige Gruppen ein zu grosses politisches Gewicht erwerben, sollte dem Bundesrat im neuen Radio- und Fernsehgesetz die Kompetenz erteilt werden, Quoten festzulegen.

Résumé: Depuis l'introduction de la publicité télévisée en 1964, l'interdiction de la publicité à contenu politique a été considérée comme allant de soi. Aujourd'hui, la Suisse doit revoir sa copie. Elle y est contrainte par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme de 2001. Elle pourra maintenir des différences avec la presse écrite, mais de façon restreinte, dans la mesure seulement où cela est «nécessaire dans une société démocratique». Le risque d'un affaiblissement des partis par des campagnes coûteuses peut justifier l'interdiction de la publicité pour et par les partis. Interdire la publicité politique lors de campagnes référendaires paraît exagéré. Pour éviter que des groupements n'acquière un avantage politique trop grand grâce à leur force financière, il y a lieu de donner au Conseil fédéral, dans la nouvelle loi sur la radio-TV, une compétence de fixer des quotas.

treprises, des associations, des partis ou des personnes financièrement puissantes n'acquiescent un avantage sur leurs concurrents et n'influencent de manière importante le comportement des citoyens aux urnes. Elle assure une certaine égalité des chances entre les acteurs politiques.⁶ Gardienne de la libre formation de l'opinion des auditeurs et téléspectateurs, l'Autorité a constaté que le spot en question visait bien à accroître la notoriété d'un homme politique en pleine campagne électorale, même s'il ne contenait pas de message politique. Autrement dit, pour juger de la licéité d'un spot sous l'angle de l'interdiction de la publicité politique, on ne se fondera pas seulement sur le message véhiculé, mais aussi sur le contexte et le moment de sa diffusion. L'Autorité n'a pas exclu toute participation d'hommes politiques à des spots publicitaires non politiques. Mais, a-t-elle dit, dès l'instant où une campagne est engagée, c'est-à-dire dès le moment de la désignation des candidats, une telle participation est interdite.⁷

Le 20 août 1997, le Tribunal fédéral s'est penché sur un refus de la SSR de diffuser un spot du Verein gegen Tierfabriken (VgT), dénonçant les mauvais traitements infligés aux animaux de rente (il faisait une comparaison avec les camps de concentration) et appelant le public à moins consommer de viande, «dans l'intérêt de sa santé, des animaux et de l'environnement».⁸ Le Tribunal fédéral a estimé que l'interdiction de la publicité politique est compatible avec la liberté d'expression de l'art. 10 CEDH; elle vise à protéger la formation de l'opinion politique d'influences économiques trop fortes. Cette interdiction, a-t-il ajouté, assure aussi l'indépendance des diffuseurs dans leurs programmes, qui serait mise en cause par des donneurs d'ordres publicitaires trop puissants.⁹ La presse périodique et non périodique reste le moyen n° 1 de diffusion de la publicité politique. Aujourd'hui déjà, les groupements riches jouissent d'un avantage non négligeable. Leur ouvrir la radio et la télévision, ce serait accentuer encore leur avantage, d'autant que l'influence de ces médias sur les citoyens est plus forte que celle de la presse. Le Tribunal fédéral a rappelé enfin l'importance de cette source de recettes pour la presse, et le fait que la Constitution elle-même (art.

93 al. 4) demande que le droit de la radiodiffusion soit aménagé de manière à tenir compte des besoins de la presse.¹⁰

Le Tribunal fédéral a souligné le fait qu'en refusant ce spot, la SSR avait agi en qualité d'entreprise privée. En principe, elle est libre de choisir avec qui elle entend entrer en relation commerciale lorsqu'il s'agit de publicité télévisée.¹¹ Elle l'est en tout cas lorsque la personne a d'autres moyens de se faire entendre. C'était le cas en l'espèce. Le VgT pouvait recourir à des tracts ou à la publicité dans les télévisions locales ou étrangères, au cinéma ou dans la presse. D'ailleurs, Publisuisse – l'entreprise créée par la SSR pour gérer la publicité télévisée – s'était déclarée d'accord de diffuser un spot qui insisterait sur les méthodes de garde cruelles et qui inviterait le consommateur à s'informer sur l'origine de la viande. Quant au principe de l'égalité, il n'a pas non plus été violé.¹² Le fait en tout cas que les professionnels de la viande aient, eux, pu diffuser un spot prônant la consommation de viande suisse n'était pas une raison pour donner suite à la demande du VgT. Les deux publicités se distinguaient fondamentalement de par leur contenu.¹³

En 1985, dans son message à l'appui de l'arrêté fédéral sur la radiodiffusion par satellite, le Conseil fédéral avait laissé entrevoir un assouplissement dans la future loi sur la radio et la télévision.¹⁴ Il relevait un conflit d'objectifs. Il y a d'une part, disait-il, le désir de ne pas renforcer l'avantage que constituent de gros moyens financiers pour poursuivre des buts politiques. Mais d'autre part, la publicité à la télévision atteint un public si vaste qu'elle pourrait «contribuer à accroître notablement la participation politique des citoyens et surtout à amplifier l'écho des partis». Pour résoudre ce conflit, le Conseil fédéral suggérerait de remplacer l'interdiction par une li-

6 JAAC 1993, p. 416.

7 JAAC 1993, p. 417.

8 ATF 123 II 402, Verein gegen Tierfabriken (VgT). Voir aussi notre notice critique in *medialex* 1997, p. 227.

9 Arrêt VgT, p. 414.

10 Arrêt VgT, p. 415.

11 Arrêt VgT, p. 412.

12 Arrêt VgT, p. 416 s.

13 Arrêt VgT, p. 418.

14 FF 1986 I 453.

mitation de la durée des émissions de publicité politique, assortie de dispositions tarifaires. Quelques mois plus tard, le projet de loi fédérale sur la radio et la télévision soumis en consultation maintenait l'interdiction de la publicité politique.¹⁵ Mais le commentaire d'accompagnement signalait le conflit d'objectifs en termes analogues.¹⁶

Ces hésitations, par la suite, ont disparu. En réponse à une interpellation visant à autoriser la publicité politique, du moins sur les chaînes de radio et de télévision locales et régionales, le Conseil fédéral a rejeté cette «déréglementation mal comprise».¹⁷ La formation de l'opinion politique est une valeur fondamentale dans l'Etat démocratique, a-t-il dit, et elle doit être protégée autant que possible face aux influences économiques. Relevant que les groupes financièrement puissants se sont assurés aujourd'hui déjà une place plus importante dans la partie publicitaire des journaux et périodiques, il a estimé que cette tendance ne devait pas être accentuée. «Ce serait d'autant plus choquant en raison du fait que la télévision surtout a, de par sa grande diffusion et le contact direct qu'elle établit, un effet plus grand sur le public que d'autres médias». Le Conseil fédéral a fait remarquer enfin que, par son refus, il exécute scrupuleusement la volonté du constituant, soucieux de garantir l'indépendance de la radio et de la télévision (art. 55^{bis} al. 3, aujourd'hui art. 93 al. 3 Cst.) et de préserver les ressources financières de la presse (art. 55^{bis} al. 4, aujourd'hui art. 93 al. 4 Cst.).

Lorsqu'en décembre 2000, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) soumet son projet de nouvelle loi sur la radio et la télévision à la procédure de consultation, il ne quitte pas la voie tracée. L'art. 10 al. 1^{er} let. d du projet maintient l'interdiction de la «propagande politique». Le rapport accompagnateur explique que la «propagande politique» pourrait, en raison de «l'effet particulièrement suggestif de la télévision surtout», exercer une influence négative sur la formation démocratique de l'opinion publique. La puissance économique pourrait encore plus être transformée en puissance politique. D'autre part, les moyens limités des partis et des groupes d'intérêts quitteraient mas-

sivement la presse au profit de la télévision, ce qui irait à l'encontre de la protection de la presse voulue à l'art. 93 al. 4 Cst. Les campagnes deviendraient beaucoup plus coûteuses et chargeraient considérablement les finances des partis politiques. Des problèmes de délimitation pouvant se poser, le rapport explicatif annonce que l'ordonnance apportera certaines clarifications.¹⁸

III. Le tournant: l'arrêt VgT c. Suisse

Le 28 juin 2001, la Cour européenne des droits de l'homme a été appelée à juger de l'arrêt rendu quatre ans plus tôt par Tribunal fédéral dans l'affaire VgT. Elle a donné tort à la Suisse et à ses juges suprêmes, estimant qu'il y avait eu violation de l'art. 10 CEDH. Elle a certes reconnu que l'interdiction faite au VgT de diffuser son spot repose sur une norme claire et prévisible. Elle a admis que les Etats, dans le domaine commercial, disposent d'une large marge d'appréciation. Mais elle a aussitôt ajouté qu'en l'occurrence, il ne s'agit pas de commerce au sens habituel du terme puisqu'il est question d'un appel à ne pas acheter un produit et que le débat sur la protection des animaux a pris incontestablement un caractère politique dans plusieurs pays d'Europe.¹⁹

La mesure était-elle proportionnée? La Cour a admis que des groupes financièrement puissants peuvent, à travers la publicité qu'ils confient à des diffuseurs, exercer des pressions et même réduire la liberté de la radio et de la télévision, et affaiblir le jeu démocratique, ce qui est spécialement problématique pour ces médias en raison de la large diffusion de leurs programmes. Mais selon elle, les différences de traitement ne doivent pas être schématiques pour autant. Interdire toute publicité politique pour certains médias, et ne rien faire contre d'autres ne peut pas être considéré comme «nécessaire dans une société démocratique».

15 Le terme utilisé était bien celui de publicité.

16 Projet du Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, juin 1986, p. 43. CHEVALIER (n. 1), p. 61.

17 Interpellation Reimann, du 6 juin 1995. BO CN 1995, p. 2247.

18 Rapport explicatif à l'appui d'une nouvelle loi sur la radio et la télévision (LRTV), Berne 2000, p. 53.

19 Arrêt CEDH VgT c. Suisse, § 70, *medialex* 2001, p. 158.

tique». D'autre part, a-t-elle fait remarquer, le VgT n'est pas une puissante organisation qui risque de fausser le jeu démocratique. Il n'abusait pas d'un avantage concurrentiel que lui donnait son argent. Il voulait simplement participer à un débat en cours.²⁰

La Cour n'exclut pas qu'une interdiction de la publicité politique soit compatible avec l'art. 10 CEDH. Mais il faudrait des raisons pertinentes et suffisantes (*relevant and sufficient*) au vu de la restriction apportée à l'art. 10.²¹ Or, constatent les juges de Strasbourg, le Tribunal fédéral n'a pas démontré de manière pertinente et suffisante pourquoi les raisons générales avancées pour justifier l'interdiction de la publicité politique justifient l'interdiction faite au VgT. Le Tribunal fédéral ne s'est occupé en rien du contenu du spot litigieux. Son argument selon lequel il y avait d'autres voies de diffuser des spots ne tient pas, car la SSR est le seul diffuseur d'importance nationale capable d'atteindre l'ensemble de la population.²²

L'épilogue judiciaire provisoire de cette affaire a été écrit par le Tribunal fédéral le 29 avril 2002. Les juges de Mon-Repos ont rejeté la demande de révision déposée par le VgT.²³ Ils ont estimé que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme avait suffisamment corrigé l'arrêt de 1997, également par l'indemnité allouée.²⁴ Le fait que le VgT se soit une nouvelle fois heurté au refus de Publisuisse ne leur a pas paru déterminant en l'occurrence. Il est vrai que le VgT entendait non seulement diffuser le spot écarté en 1994, mais aussi ajouter un texte indiquant le désaveu subi par la SSR et les autorités suisses devant la Cour eu-

ropéenne des droits de l'homme. Aux yeux du Tribunal fédéral, si le VgT tenait tant à diffuser ce spot, c'était pour faire état de sa victoire devant les téléspectateurs, et non pour défendre son idée de l'époque, dépassée par l'évolution du débat. Le Tribunal fédéral souligne le fait que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas mis à la charge de la SSR en tant qu'entreprise occupant une position dominante sur le marché une obligation d'accepter tous les spots publicitaires qui lui sont présentés ; elle ne s'est prononcée que sur l'interdiction de la publicité politique. Dès lors, si le VgT entend dénoncer un abus de position dominante, c'est devant les autorités chargées d'appliquer la législation sur la concurrence qu'il doit agir.²⁵

Le Tribunal fédéral nous paraît un peu formaliste. Certes, si la SSR a opposé un nouveau refus au VgT, ce n'est pas en raison de l'arrêt de 1997, ni parce qu'elle invoque l'interdiction légale de la publicité politique, comme elle l'avait fait huit ans plus tôt. Il n'empêche que c'est bien un spot de nature politique qu'elle a une nouvelle fois écarté, et une association toujours très active dans le débat sur les animaux qui a été frappée de silence. Aussi peut-on estimer qu'un arrêt du Tribunal fédéral disant clairement les obligations de la SSR en matière de diffusion de spots à caractère politique aurait apporté de la clarté et contribué à mettre fin à un état contraire à l'art. 10 CEDH, même sans aller jusqu'à ordonner la diffusion du spot.²⁶ Au lieu de cela, le Tribunal fédéral cautionne la SSR. Certes, il met l'accent sur les voies civiles qui s'offrent au VgT en l'espèce. Mais il apporte aussi un certain soutien à la SSR lorsqu'il affirme que le VgT, en exigeant la diffusion du spot écarté à l'époque, n'entendait pas défendre ses thèses sur la consommation de viande et la détention des animaux. L'assertion est pour le moins discutable lorsqu'on connaît les positions fondamentales de cette association et de son fondateur.²⁷

IV. La situation de lege ferenda

1. Les motifs invoqués à l'appui d'une interdiction de la publicité politique

La Suisse n'a pas le choix. Elle est aujourd'hui tenue d'assouplir son interdiction de

20 Arrêt CEDH VgT c. Suisse, § 75, *medialex* 2001, p. 159.
21 Arrêt CEDH VgT c. Suisse, § 75, *medialex* 2001, p. 159.
22 Arrêt CEDH VgT c. Suisse, § 77, *medialex* 2001, p. 159.
23 Voir dans ce numéro ci-après, p. 157 s. Cet arrêt fait à son tour l'objet d'un recours à Strasbourg.
24 Cons. 3.3.
25 Cons. 4.3.
26 Comme le relève le Tribunal fédéral (cons. 4.4), celui-ci n'est pas compétent pour ordonner la diffusion d'un spot publicitaire. Il peut constater seulement que la non diffusion d'un spot est contraire aux libertés fondamentales. Cela découle de l'art. 93 al. 3 Cst. et de l'indépendance qu'il reconnaît à la radio et à la télévision. M. DUMERMUTH, Rundfunkrecht, in H. Koller/G. Müller/R. Rhinow/U. Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bâle/Francfort 1996, n° 491.
27 Ce n'est pas la première fois que le Tribunal fédéral se donne une allure de mauvais perdant, après une défaite devant la Cour de Strasbourg. Cf. ATF 125 II 185, Hertel, du 2 mars 1999, et la note critique de F. WERRO, *medialex* 1999, p. 101 s.

la publicité politique à la télévision. Elle n'est certes pas tenue de la lever complètement si elle parvient à avancer des raisons pertinentes et suffisantes justifiant son maintien partiel. Quels sont, parmi les arguments invoqués pour justifier de l'interdiction de la publicité politique à la télévision, ceux qui pourraient s'accorder avec les exigences de Strasbourg? Voyons un peu.

1. **La grande influence que l'image télévisée permet d'exercer sur les esprits.**

Cette justification n'est pas pertinente.²⁸ Il est question ici de spots de quelques secondes qui apparaissent clairement comme tels au milieu de blocs publicitaires, et non d'émissions entières bénéficiant de l'autorité attachée à la partie des programmes. Le pouvoir d'une affiche frappante sur les murs de la ville ou d'un slogan-choc répété pendant des semaines dans les grands journaux n'est pas moindre que celui d'un spot télévisé. D'autre part, si la SSR atteint un public considérable, il n'en va pas de même des diffuseurs locaux et régionaux, dont la diffusion est inférieure à celle des grands journaux d'importance nationale.

2. **La grande influence que le son de la radio permet d'exercer sur les esprits.**

Cette justification ne convainc pas davantage. La puissance d'une voix parvenant jusque dans les foyers n'est pas plus grande que celle de l'écrit. Bien signalée comme telle, et recourant à d'autres voix que celles des présentateurs de programmes, la publicité radio-phonique ne peut être confondue avec des messages rédactionnels.²⁹ La publicité commerciale véhiculée par les radios locales ne donne pas des résultats supérieurs à ceux obtenus par la publicité imprimée. En tout cas, la libéralisation progressive de la publicité à la radio n'a pas entraîné un recul significatif des recettes publicitaires des journaux opérant sur les mêmes marchés.

3. **Les risques pour l'indépendance des diffuseurs.** Le risque qu'un gros annonceur politique influence le contenu des programmes est inexistant en ce qui concerne la SSR, en raison de l'importance des revenus publicitaires de celle-ci, qui relativisent fortement le poids de l'annonceur en question. Le risque est

plus réel pour un petit diffuseur local ou régional. Mais le contrôle des programmes auquel les diffuseurs sont soumis à travers l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision est de nature à empêcher les dérives. De surcroît, c'est toute la publicité commerciale qui devrait être interdite à ces diffuseurs-là si on voulait garantir leur complète indépendance. Des entreprises commerciales peuvent avoir sur la ligne rédactionnelle une influence tout aussi négative qu'un parti politique ou une organisation diffusant des spots de nature politique. L'influence est même plus dangereuse, car elle pourra s'exercer de manière plus cachée que si elle provient d'un parti ou d'une organisation répandant ouvertement son idéologie à travers des spots payants.

4. **Les effets négatifs sur les recettes publicitaires de la presse écrite.**

Depuis l'introduction de la publicité télévisée, on a toujours veillé à limiter son ampleur par égards pour les journaux et périodiques. Ce souci de préserver les ressources de la presse a conduit à l'actuel art. 93 al. 4 Cst., selon lequel «la situation et le rôle des autres médias, en particulier de la presse, doivent être pris en considération» dans l'aménagement de la législation sur la radio-télévision. En réalité, les effets d'une ouverture de la radio et de la télévision à la publicité politique sur la presse seraient modestes. La publicité politique représente seulement 1 % environ des revenus publicitaires de la presse.³⁰

5. **Le coût de la publicité télévisée.** Effectivement, un spot est coûteux dans sa réalisation d'abord, dans sa diffusion ensuite. Autoriser cette publicité, c'est renchérir les campagnes électorales. A l'heure où les partis politiques manquent déjà cruellement de moyens pour assumer leur rôle de rouage de l'Etat dé-

28 Sur les effets de l'image télévisée, voir aussi D. BARRELET, *Droit de la communication*, Berne 1998, n° 218 ; id., *La surveillance des programmes de radio-télévision à l'avenir*, *medialex* 2000, p. 26 s.

29 Il faudrait certes, pour la publicité politique, abandonner l'assouplissement accordé aux petits diffuseurs par l'art. 12 al. 3 LRTV ; eux aussi devraient alors recourir à des voix de personnes non engagées dans des programmes.

30 G. VON CSERNATONY, *Die wirtschaftliche Bedeutung der politischen Werbung*, in *Actes du colloque Publicité et droit 2002*, Neuchâtel 2002.

mocratique, ils s'en trouveront encore affaiblis. Certains verront croître leur dépendance de sources de financement occultes. Les petits partis risquent d'être simplement éliminés. Certes, aujourd'hui déjà, chacun ne peut pas se payer des pages entières de publicité dans les journaux. Mais l'inégalité serait nettement renforcée. Des effets sont également à craindre sur les campagnes référendaires, en ce sens que les comités référendaires proches des milieux économiques seront encore plus visibles qu'aujourd'hui par rapport aux comités sans parrains financièrement forts. Les effets paraissent moins redoutables en dehors des campagnes. On observe que le débat politique général et le calendrier politique, aujourd'hui, est peu influencé par des campagnes d'annonces, aussi denses et professionnelles soient-elles. Celles-ci peuvent même aller à fins contraires.

2. La préservation du libre jeu démocratique

On constate que le seul argument qui a suffisamment de poids pour justifier des restrictions de la publicité politique est celui des risques pour le libre jeu démocratique, plus précisément les inégalités créées par le coût de la publicité à la radio et à la télévision, et les incidences de celui-ci sur le bon fonctionnement des partis politiques. On admettra donc les restrictions qui visent à empêcher ces inégalités et l'affaiblissement des partis en général. Mais la fin ne justifie pas tous les moyens. Ou si on préfère: les restrictions devront être proportionnées. Pour juger, il faudra apprécier le sérieux des incidences de la publicité. Celles-ci varient selon les critères que l'on emploie. On peut retenir en gros quatre critères:

1. **L'objet visé.** Des spots politiques ont plus d'impact s'ils visent à influencer une prise de décision par les citoyens, dans le cadre d'une votation ou d'élections. Hésitant, cherchant à se rattacher à des certitudes, désireux de renforcer son information, pressé de se déterminer, le citoyen est particulièrement influençable, et c'est là aussi que la publicité est la plus utile et que les appels à investir dans ce type de communications seront les plus intenses. Lorsque la

publicité n'est pas liée étroitement à une décision populaire, les risques d'effets pervers seront moins marqués. La solution, selon ce critère, pourrait être d'interdire la publicité politique qui vise à influencer les décisions prises dans le cadre de votations ou d'élections. Ainsi, une publicité décourageant la consommation de viande, qui émanerait d'une association, ou même d'un parti politique, pourrait donc parfaitement se placer à la veille de votations si elle n'a aucun rapport avec celles-ci.

2. **Le moment de la diffusion.** La publicité politique intervenant à la veille d'une décision populaire sera de nature à influencer davantage le public que si elle est diffusée plusieurs mois avant. Mais même une publicité politique sans rapport avec une votation ou des élections peut avoir des effets indésirables si elle intervient à quelques jours de l'échéance démocratique. La solution, selon ce critère, serait de déclarer des périodes taboues et, pour le reste, d'autoriser la publicité politique sans restrictions.

3. **L'origine.** La publicité politique émanant des partis a des effets négatifs, dans la mesure où elle pousse ceux-ci à une surenchère qui peut s'avérer ruineuse et menace d'élimination les petits partis sans moyens, ou les nouveaux venus. Il en va de même pour les candidats à des élections. La publicité émanant de comités ou d'organisations engagées dans une campagne référendaire est elle aussi douteuse, dans la mesure où elle avantage ceux qui ont des moyens financiers importants, les autres étant condamnés au mutisme. La solution, selon ce critère, serait d'interdire la publicité qui émane d'acteurs engagés dans une campagne référendaire ou électorale. D'autres milieux pourraient en tout temps s'exprimer, pour peu qu'ils n'agissent pas en tant que satellites mandatés par les acteurs en question.

4. **La quantité.** Quand la publicité devient massive, pléthorique, seuls les riches peuvent se la payer. C'est aussi lorsqu'elle devient trop massive que les partis politiques sont menacés d'affaiblissement économique. Certes, aujourd'hui déjà, il y a des différences entre partis ou groupements d'intérêts: certains peuvent s'offrir de larges campagnes d'annonces ou d'affiches, d'autres doivent

se contenter de quelques tracts. Mais cette inégalité était jusqu'ici atténuée par le fait que la télévision et la radio – moyens d'information importants s'il en est – ne faisaient pas de différence. Les programmes, eux, sont sous la surveillance du public et de l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision, qui veillent à l'équilibre. La solution, selon ce critère, serait de fixer des quotas, soit pour les partis seulement et ceux qui assurent leur promotion, soit pour tous les donateurs d'ordres publicitaires, soit en fonction des positions défendues sur tel ou tel objet soumis à votation. Une limitation du volume de la publicité politique obtenue à travers une limitation de celle-ci aux seuls diffuseurs locaux et régionaux ne paraît pas adéquate, les déséquilibres étant maintenus pour le jeu politique au niveau local ou régional.³¹

La solution va résider dans une combinaison de ces quatre critères, qu'il s'agira de doser avec précision. Il sera sans doute difficile de se passer de quotas si on veut éviter que des courants d'influence puissants financièrement n'exercent une véritable mainmise sur la vie politique du pays.

3. La situation dans quelques pays d'Europe

Ni la Directive de l'Union européenne visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (Directive Télévision sans frontières), du 3 octobre 1989, remaniée le 30 juin 1997, ni la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière ne se prononcent là-dessus.³² La Recommandation N° R (99) 15 relative à des mesures concernant la couverture des campagnes électorales par les médias, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 9 septembre 1999,³³ prévoit, au chapitre II chiffre 5, que «dans les Etats membres où les partis politiques et les candidats ont le droit d'acheter de l'espace publicitaire à des fins électorales, les cadres de régulation devraient faire en sorte que: - la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire soit accordée à tous les partis concurrents,

dans les mêmes conditions et sur la base de tarifs égaux; - le public sache que le message constitue une publicité politique payante. Les Etats membres pourraient étudier l'introduction dans leurs cadres de régulation d'une disposition limitant le volume d'espace publicitaire politique que les partis politiques ou les candidats peuvent acheter».³⁴

Un grand nombre de pays européens interdisent la publicité politique, contrairement aux Etats-Unis, où celle-ci joue un grand rôle, spécialement lors des élections. Mais il faut relever que par publicité politique, on entend souvent la publicité faite pour et par les partis. Il existe des interdictions en Allemagne (§ 7 al. 8 du Rundfunkstaatsvertrag, du 31 août 1991), en France (art. 14 al. 2 de la loi du 30 septembre 1986 résultant de la loi du 15 janvier 1990), en Belgique (art. 27 bis § 1^{er} du décret sur l'audiovisuel du 17 juillet 1987), en Grande-Bretagne et en Irlande. En Allemagne, le § 42 du Rundfunkstaatsvertrag accorde aux partis du temps d'émission durant les élections au Bundestag et au Parlement européen sur les chaînes privées d'importance nationale, au prix coûtant. L'art. L.167-1 du Code électoral français met une durée d'émission de trois heures à disposition des partis sur les antennes de service public lors du premier tour des élections à l'Assemblée nationale; des spots peuvent être insérés dans le cadre de ces émissions.

En Autriche (§ 13 du Rundfunkgesetz de 2001, en liaison avec le Privatfernsehgesetz de 2001, qui ne comprend pas de définition étroite de la publicité) et en Italie (art.3 al. 7 de la loi du 22 février 2000, n. 28), la publicité politique n'est autorisée que sur les chaînes de diffuseurs régionaux et locaux. Ces derniers, en Italie, doivent consentir un rabais de 50 pour cent sur les tarifs ordinaires. La publicité politique est

31 C'était l'idée de l'interpellation Reimann (n. 17). BO CN 1995, p. 2246 s.

32 La Convention donne cependant de la publicité une définition qui englobe la publicité politique. Cf. n. 4 ci-dessus.

33 [Http://cm.coe.int/ta/rec/1999/f99r15.htm](http://cm.coe.int/ta/rec/1999/f99r15.htm)

34 L'exposé des motifs (§ 47 ss) relève les diverses conceptions en Europe relatives à l'interdiction, raison pour laquelle, dit-il, la Recommandation renonce à trancher. Il signale qu'un des principaux avantages de la publicité politique réside dans la possibilité pour toutes les forces politiques de diffuser largement leurs messages et programmes.

autorisée en Pologne (restriction de la durée), en Hongrie et en Grèce.

IV. La nouvelle loi sur la radio et la télévision

La nouvelle loi sur la radio et la télévision assouplira l'interdiction de la publicité télévisée. L'art. 6 du texte soumis à la consultation des offices fédéraux en juin 2002 interdit la publicité «pour des partis politiques, des personnes titulaires de mandats politiques ou candidates à de tels mandats, ainsi que pour des thèmes qui sont l'objet de votations populaires».³⁵

Cette formulation a le mérite d'une certaine simplicité, et elle concorde avec les réglementations restrictives qui prédominent en Europe en la matière. Elle correspond probablement aussi à la sensibilité populaire.³⁶ Mais il n'est pas certain qu'elle mette la Suisse à l'abri de nouveaux désaveux de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. Si on peut justifier l'interdiction de la publicité à la radio et à la télévision pour des partis, en invoquant la nécessité de préserver leurs bases financières,³⁷ il est plus difficile d'expliquer pourquoi la publicité politique durant les campagnes référendaires est autorisée sans restrictions dans la presse, mais non à la radio et à la télévision. Dans son arrêt VgT,

la Cour européenne des droits de l'homme se montre sensible à l'égalité de traitement entre les médias. Si elle rejette les arguments du Tribunal fédéral, tel par exemple celui consistant à dire que des groupes financièrement forts pourraient exercer une influence indue sur le plan politique, c'est parce que l'argument, selon elle, est aussi valable dans le domaine de la presse³⁸. Cette protection des campagnes référendaires pourrait être la source de difficultés futures. Une manière de les éviter consisterait à ne pas empêcher la publicité politique faite par des organisations ou des entreprises, mais à la soumettre à des quotas.

De manière générale, il serait sans doute prudent d'inscrire dans la loi une compétence pour le Conseil fédéral de fixer des quotas.³⁹

V. Conclusion

Quelles sont, parmi les restrictions à la liberté d'expression, celles qui sont véritablement «nécessaires dans une société démocratique»? C'est la question obsédante que la Convention européenne des droits de l'homme pose aux Etats signataires et que la Cour répète inlassablement. En Suisse, dans le domaine de la publicité politique, le Tribunal fédéral, les autorités politiques, les auteurs - tous s'étaient un peu endormis sur des certitudes confortables.

Faut-il, pour satisfaire aux exigences de la Cour, introduire à la radio et à la télévision la même liberté complète qui prévaut dans la presse pour la publicité politique? Ou prévoir des restrictions pour la presse? Est-ce ainsi seulement qu'on se mettra à l'abri de condamnations? Nous ne le pensons pas. Le souci de préserver le libre jeu démocratique n'est certainement pas étranger à la philosophie du Conseil de l'Europe et de sa Convention des droits de l'homme. Et depuis toujours, des différences ont été admises entre la radio et la télévision d'une part, la presse d'autre part. Ainsi par exemple, la Convention européenne sur la télévision transfrontière oblige les radiodiffuseurs à veiller «que les journaux télévisés présentent loyalement les faits et les événements et favorisent la libre formation des opinions» (art. 7 al. 3). Il n'existe rien d'analogue pour la presse. Une liberté plus grande pour la presse, même en ce qui

35 Traduction. Le texte allemand est libellé ainsi: «Unzulässig sind Werbung und Verkaufsangebote: (...) c. für politische Parteien, für Personen, die politische Ämter innehaben oder dafür kandidieren sowie für Themen, welche Gegenstand von Volksabstimmungen sind». Est également interdite la publicité «pour les professions de foi religieuses et les institutions et personnes qui les représentent» (trad.) («... d. für religiöse Bekenntnisse und die sie vertretende Institutionen und Personen».)

36 CHEVALIER (n. 1), p. 63, serait prêt à admettre le maintien de l'interdiction également pour des thèmes faisant l'objet d'une récolte de signatures.

37 La justification serait certes plus évidente encore si elle s'accompagnait d'une obligation à la charge des diffuseurs d'accorder un certain temps d'antenne aux partis, durant des périodes déterminées. D'autre part, si on veut éviter un affaiblissement des partis, il faudrait leur interdire toute publicité, même celle qui n'a pas de connotation électorale directe. Cela, il est vrai, pourrait accentuer encore leur dévalorisation au profit des organisations économiques et autres groupements d'intérêts.

38 Arrêt CEDH VgT c. Suisse, § 73, *medialex* 2001, p. 159.

39 Admettant la possibilité de fixer des quotas, sans les prôner: Recommandation précitée (n. 33), II 5. Ceux-ci ayant pour but d'assurer le pluralisme, on peut considérer qu'ils n'entreraient pas en conflit avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui attribue à l'Etat le rôle d'ultime garant du pluralisme dans le domaine de la radiodiffusion. Arrêt CEDH Informationsverein Lentia c. Autriche, du 24 novembre 1993, § 38.

concerne le contenu, n'est pas un corps étranger dans la conception européenne.⁴⁰

L'important, pour le législateur suisse aujourd'hui, est de rendre plausible pourquoi une liberté complète en matière de publicité politique à la radio et à la télévision est une menace pour le libre jeu démocratique. Il n'y parviendra pas en décrétant des interdictions carrées et sans nuances. Telle est la leçon de l'arrêt de 2001 qu'il

convient de garder à l'esprit pour s'éviter des surprises à l'avenir. ■

40 Cf. aussi arrêt CEDH Informationsverein Lentia c. Autriche, § 32, et BARRELET, Droit de la communication (n. 28), n° 391 s. Voir également la Recommandation précitée (n. 33), point 3 du préambule et II.5.