

## **LE PLURALISME DES MEDIAS, CONDITION DE LA LIBERTE D'EXPRESSION ? À PROPOS DES ARRÊTS VGT GEGEN TIERFABRIKEN (2001) ET ANIMAL DEFENDERS INTERNATIONAL (2013) DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME**

**Pierre AURIEL**, Université Lyon 3 Jean Moulin, Institut de Recherches Philosophiques (IRPhIL- EA 4187)

**Charles GIRARD**, Université Lyon 3 Jean Moulin, Institut de Recherches Philosophiques (IRPhIL- EA 4187)

***Résumé :** Formulé initialement à propos des concentrations des entreprises de presse, le pluralisme des médias est devenu l'un des principes centraux du droit de la communication. S'il joue un rôle central dans la résolution d'importants litiges relatifs à la liberté d'expression, il est parfois présenté comme étant une condition de cette liberté. Une telle conception du pluralisme des médias invite à penser de nombreux conflits le mettant en jeu comme des conflits internes à la liberté d'expression. Cet article se propose de l'examiner en considérant deux décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme portant sur l'interdiction de la publicité politique (et atteignant des conclusions opposées à partir de circonstances pourtant similaires). Dans la décision VgT Gegen Tierfabriken de 2001, la Cour a ébauché une interprétation du pluralisme des médias comme fondé sur la liberté d'expression, avant de la contredire partiellement dans la décision Animal Defenders International de 2013. La comparaison des raisonnements de la Cour permet de confronter différentes versions rivales de cette interprétation du pluralisme, qui font prendre en compte différents titulaires (annonceurs potentiels, diffuseurs, membres du public) de la liberté d'expression. Elle permet d'évaluer les stratégies disponibles pour concilier l'exigence de pluralisme et la liberté de la communication publique.*

*Ce texte a été publié dans la Revue des droits et libertés fondamentaux dans le cadre d'un dossier consacré à la liberté d'expression en conflits. Cette recherche a été conduite dans le cadre du programme EGALIBEX, elle a bénéficié du soutien financier de l'Agence nationale de la recherche sous la convention de subvention Egalibex ANR-18-CE41-0010-01.*

**Citation :** Pierre Auriel et Charles Girard, « Le pluralisme des médias, condition de la liberté d'expression ? À propos des arrêts VgT Gegen Tierfabriken (2001) et Animal Defenders International (2013) de la Cour européenne des droits de l'homme », RDLF, 2020. En ligne : <http://www.revuedlf.com/cedh/le-pluralisme-des-medias-condition-de-la-liberte-dexpression-a-propos-des-arrets-vgt-gegen-tierfabriken-2001-et-animal-defenders-international-2013-de-la-cour-europeenne-des-droits-de/>. Publié le 21 décembre 2020



Le pluralisme des médias est désormais un principe essentiel du droit de la communication dans nombre de démocraties libérales. Il s'est imposé comme tel, au cours des dernières décennies, en droit français comme en droit européen. En France, le Conseil constitutionnel estime, depuis 1982, que « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » dans les médias constitue un objectif à valeur constitutionnelle<sup>1</sup>. Depuis 2008, l'article 4 de la Constitution indique que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions » en même temps que « la participation équitable des partis et groupements politiques » à la vie démocratique. Le « pluralisme » des médias figure en outre, avec leur liberté et leur indépendance, parmi les matières relevant au titre de l'article 34 du domaine de la loi. La Cour européenne des droits de l'homme affirme de son côté, depuis 1993, que chaque État signataire de la Convention européenne des droits de l'homme a l'obligation d'assurer « le pluralisme » en matière de communication des informations et des idées d'intérêt général, dans la mesure où il en est l'« ultime garant ». Cette obligation vaut particulièrement pour les médias audiovisuels, « car leurs programmes se diffusent à très grande échelle »<sup>2</sup>.

Le pluralisme des médias entretient toutefois un rapport équivoque avec la liberté d'expression. D'un côté, il s'agit d'un principe distinct de cette liberté et qui vient parfois la restreindre, par exemple lorsqu'il justifie l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels, la limitation de la concentration économique des entreprises de presse ou encore la répartition des temps de parole entre groupes politiques en période électorale. De l'autre côté, ce principe est fréquemment présenté comme dérivant de cette liberté ou comme présupposé par elle. La liberté d'expression ne saurait être effective<sup>3</sup>, selon le Conseil constitutionnel, ou ne saurait jouer « avec succès »<sup>4</sup> le rôle qui est le sien dans une société démocratique, selon la Cour européenne des droits de l'homme, si le pluralisme n'est pas assuré dans les médias<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CC, 27 juillet 1982, décision n°82-141 DC, *Loi sur la communication audiovisuelle*, cons. 5.

<sup>2</sup> CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, req. nos 13914/88, 15041/89, 15779/89 et al., ci-après *Lentia*, §38.

<sup>3</sup> CC, 10-11 octobre 1984, décision 84-161 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 52.

<sup>4</sup> *Lentia*, §38.

<sup>5</sup> Dans l'ordre juridique de l'Union européenne, ce lien est consacré à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux. Le paragraphe 1 pose le principe de la liberté d'expression, le paragraphe 2 en « explicite les conséquences » - selon l'expression retenue par les Explications du Praesidium - en ce qui concerne les médias, en en garantissant la liberté et le pluralisme.

Les conflits juridiques dans lesquelles des mesures justifiées par l'objectif de pluralisme limitent la liberté d'expression de certains acteurs – individus ou groupes cherchant à se faire entendre dans les médias, diffuseurs défendant leur liberté éditoriale – se présentent dès lors comme des conflits « internes » à la liberté d'expression : ils voient s'opposer des revendications qui sont toutes ultimement rattachées à cette liberté. Le raisonnement associant au droit à la libre expression une obligation positive pour l'État d'assurer le pluralisme dans les médias a toutefois souvent été remis en cause. Certains ordres juridiques l'ont d'ailleurs explicitement écarté, par exemple aux États-Unis<sup>6</sup>. Trois critiques peuvent être en particulier distinguées. Ce raisonnement conduirait d'abord à donner une valeur conventionnelle ou constitutionnelle à un objectif dont la portée et les implications juridiques sont en réalité incertaines. Il introduirait en outre une confusion problématique en laissant entendre à tort que le pluralisme des médias pourrait lui-même constituer un droit opposable. Il menacerait enfin la cohérence de la liberté d'expression, en ajoutant de façon contradictoire à l'obligation négative de non-interférence des obligations positives d'intervenir pour assurer le pluralisme. Peut-on vraiment voir dans le pluralisme des médias une condition de la liberté d'expression ?

L'équivoque du rapport entre ce principe et cette liberté est illustrée par deux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels. Dans *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*<sup>7</sup> (ci-après *VgT*), en 2001, et *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*<sup>8</sup> (ci-après *ADI*), en 2013, la Cour était confrontée à des revendications similaires. Des associations de défense des animaux avaient été privées de la possibilité de diffuser leurs messages sur des chaînes télévisuelles au motif que la loi interdisait, dans ces deux pays, la publicité politique dans les médias audiovisuels. Elles affirmaient qu'il s'agissait là d'une atteinte disproportionnée à leur liberté d'expression. La Suisse et le Royaume-Uni estimaient toutefois que cette ingérence dans la liberté d'expression des associations était justifiée par l'objectif de préservation du pluralisme des médias. Or la Cour est parvenue dans ces affaires similaires à des résultats opposés, concluant à la

---

<sup>6</sup> Eric BARENDT, *Freedom of Speech*, 2<sup>nd</sup> éd., Oxford : OUP, 2007, p. 35. Judith LITCHENBERG, « Foundations and Limits of Freedom of the Press », in Judith LITCHENBERG (dir.), *Democracy and the Mass Media. A Collection of Essays*, Cambridge : CUP, 1990, p. 102-135.

<sup>7</sup> CEDH, gde. ch., 28 septembre 2001, *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, req. n° 24699/94, ci-après *VgT*.

<sup>8</sup> CEDH, gde. ch., 22 avril 2013, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, req. n° 48876/06, ci-après *ADI*.

violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme dans *VgT*, mais non dans *ADI*.

Si des facteurs multiples expliquent ces conclusions opposées<sup>9</sup>, celles-ci reflètent notamment une compréhension mouvante du pluralisme des médias et du rapport qu'il entretient avec la liberté d'expression. Cette compréhension varie non seulement d'un arrêt à l'autre, mais d'une opinion à l'autre au sein d'une même affaire. Si *VgT*, qui fait explicitement dériver le pluralisme des médias de la liberté d'expression, est rendu à l'unanimité, ce n'est pas le cas d'*ADI*, adopté par une très courte majorité. Ce dernier arrêt s'accompagne de vigoureuses opinions concordante et dissidente qui reviennent de façon critique, mais divergente, sur le raisonnement élaboré douze ans plus tôt. Des interprétations adverses du lien entre liberté d'expression et pluralisme des médias s'affirment ainsi, explicitement ou implicitement, dans la jurisprudence instable sinon « incohérente »<sup>10</sup> de la Cour à propos de la publicité politique. Pour identifier ces interprétations et en éprouver la robustesse, il faut considérer comment la question des implications de la garantie de pluralisme pour la publicité politique se pose à la Cour dans ces deux affaires (I), avant d'examiner l'enracinement de cette garantie dans la liberté d'expression opéré par *VgT* (II), puis la réévaluation de cette fondation dans *ADI* (III).

## **I. La Cour européenne des droits de l'homme et la publicité politique : une jurisprudence instable**

Les solutions opposées retenues par la Cour à propos de l'interdiction de la publicité politique en 2001 et 2013 (A) peuvent être rapportées à l'évolution du rapport qu'elle entretient avec les juridictions nationales durant cette période (B), mais ce revirement de jurisprudence manifeste également l'indétermination relative du principe de pluralisme (C).

### **A. *VgT* et *ADI* : des solutions opposées**

Les publicités que les associations requérantes souhaitaient diffuser dans les affaires suisse et britannique reposaient sur des logiques similaires : comparer les

---

<sup>9</sup> Rory O'CONNELL, *Law, Democracy and the European Court of Human Rights*, Cambridge : CUP, 2020, p. 112-115.

<sup>10</sup> Jan OSTER, *Media Freedom as a Fundamental Right*, Cambridge : CUP, 2015, p. 263.

capacités et qualités d'animaux à celles d'êtres humains afin de montrer que les traitements qui leur étaient infligés étaient indignes. En Suisse, l'association *VgT* avait élaboré deux spots télévisés. Le premier représentait un cochon construisant un abri pour ses petits, afin d'évoquer le sens de la famille de cet animal. Dans le second, un hangar rempli de cochons parqués dans des enclos et s'attaquant aux grilles de leurs cages était comparé à un camp de concentration. Au Royaume-Uni, l'association *ADI* avait de son côté réalisé un film montrant une petite fille dans une cage. Le commentaire du film comparait la situation de la fillette à celle des chimpanzés et présentait leurs intelligences comme équivalentes. Le spot se concluait par un appel à la libération des primates.

Les associations ont soumis ces films aux autorités compétentes. En Suisse, le spot a été proposé à une chaîne de télévision qui a refusé de le diffuser. L'association a alors saisi l'autorité de régulation. Cette dernière a confirmé ce refus au nom de l'interdiction de la publicité politique, refus qui fut de nouveau confirmé par le Tribunal fédéral suisse. Au Royaume-Uni, la publicité a été soumise à une autorité administrative chargée de vérifier la légalité de la publicité, autorité qui en a refusé la diffusion. Un recours a été formé contre cette décision. Saisi, le Comité judiciaire de la Chambre des Lords a confirmé ce refus.

À la suite de ces arrêts, les associations ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme. Les parties se sont accordées dans les deux affaires sur l'existence d'une ingérence dans la liberté d'expression des associations et sur le fait que cette ingérence était prévue par la loi. Le cœur de la discussion a porté à chaque fois sur la proportionnalité de cette interdiction et en particulier sur le point de savoir si elle était nécessaire. L'article 10, paragraphe 2, de la Convention autorise en effet des limitations à la liberté d'expression si ces limitations « constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique », à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs : sécurité nationale, indépendance du pouvoir judiciaire, protection des droits d'autrui, etc. Dans les deux affaires, la Cour a jugé que dans la mesure où l'interdiction de la publicité politique visait, comme l'affirmaient les gouvernements suisse et anglais, à éviter que le débat sur des questions d'intérêt public ne soit faussé par des groupes financièrement puissants, elle visait « la protection des droits d'autrui »<sup>11</sup>. Restait, toutefois, à évaluer le caractère nécessaire d'une telle mesure.

---

<sup>11</sup> *VgT*, §61-62 ; *ADI*, §78.

Malgré la grande similitude de ces affaires, la Cour a adopté deux solutions opposées. En 2001, elle a sanctionné la Suisse pour avoir interdit la diffusion de la publicité, jugeant que « les autorités nationales n'ont pas démontré de manière « pertinente et suffisante » en quoi les motifs généralement avancés pour légitimer l'interdiction de la publicité à caractère politique peuvent également servir à justifier l'ingérence dans les circonstances particulières de l'affaire de l'association requérante », laquelle ne cherchait pas à « abuser d'un avantage concurrentiel »<sup>12</sup>. En 2013, alors même que les autorités britanniques avaient avancé des arguments identiques à ceux employés par la Suisse, La Cour a jugé à l'inverse « les motifs avancés par les autorités nationales pour justifier l'interdiction faite à la requérante de diffuser sa publicité [...] pertinents et suffisants »<sup>13</sup>. Les conséquences particulières de cette mesure pour l'association « ne l'emportent pas »<sup>14</sup>, dans ce cas, sur les justifications générales avancées en sa faveur. Plusieurs facteurs peuvent expliquer la différence entre ces arrêts.

## **B. La procéduralisation du pouvoir législatif**

Certains commentateurs ont relevé en particulier que la décision de 2013 s'inscrivait dans une « procéduralisation du pouvoir législatif »<sup>15</sup>. Cette expression désigne la tendance de la Cour, depuis la déclaration de Brighton de 2012<sup>16</sup>, à ne plus contrôler « la mesure appliquée au requérant, mais [à examiner] plus largement le mécanisme de production du droit interne de façon abstraite. C'est alors la procédure des actes législatifs qui fait l'objet de l'examen du juge européen »<sup>17</sup>, lequel s'attache à vérifier qu'elle prend en compte la Convention et garantit le respect des droits conventionnels.

---

<sup>12</sup> *VgT*, §75.

<sup>13</sup> *ADI*, §125.

<sup>14</sup> *Ibid.*, §124.

<sup>15</sup> Peggy DUCOULOMBIER, « *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *Journal européen des droits de l'homme*, n° 1, 2014, p. 3-28 ; Tom LEWIS, « *Animal Defenders International v United Kingdom: Sensible Dialogue or a Bad Case of Strasbourg Jitters?* », *The Modern Law Review*, vol. 77, n° 3, 2014, p. 460-474 ; O'CONNELL, *op. cit.* (note 9), p. 113 ; Patricia POPELIER, « Procedural Rationality Review after *Animal Defenders International*: A Constructively Critical Approach », *EuConst*, vol. 15, 2019, p. 272-293.

<sup>16</sup> Concernant cette déclaration, v. Françoise TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *Cah. dr. eur.*, n° 2, 2012, p. 305-343.

<sup>17</sup> Nina LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme - Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 502.

Or, la loi de 1954 interdisant la publicité politique au Royaume-Uni a été réformée en 2002, soit un an après *VgT*, qui fut longuement étudié lors de la procédure parlementaire. Le Parlement et le Gouvernement britanniques estimèrent, malgré l'arrêt de la Cour, qu'une telle loi était le seul moyen de garantir que le débat politique ne soit pas faussé en faveur des groupes disposant des plus grandes ressources financières. Des interdictions plus fines – par exemple une interdiction de certaines publicités seulement, une limitation des sommes d'argent pouvant être investies ou encore une interdiction de la publicité émanant uniquement de partis politiques – risquaient soit de confier aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation excessif, soit de produire des règles si complexes que les groupes puissants parviendraient à découvrir des failles pour les contourner. La simplicité de l'interdiction complète des publicités politiques protégerait, à l'inverse, de l'arbitraire et des abus<sup>18</sup>. La possibilité d'une incompatibilité fut donc soigneusement prise en compte<sup>19</sup> et l'on prit le risque d'une condamnation ultérieure par la Cour, en arguant de l'impossibilité de choisir d'autres solutions pour garantir le caractère équitable du débat politique<sup>20</sup>. Dans sa décision de 2013, la Cour a pris acte de cet examen et a insisté sur les garanties ainsi apportées par la procédure parlementaire quant à la protection des droits fondamentaux<sup>21</sup>.

Cet élément nouveau, lié à l'évolution des relations entre la Cour et les autorités nationales, explique sans doute en partie son revirement de jurisprudence. Des conclusions aussi opposées n'ont toutefois pu être atteintes dans *VgT* et *ADI* que parce que le pluralisme invoqué dans les deux affaires constituait, dans la jurisprudence de la Cour, un principe suffisamment indéterminé pour se prêter à des raisonnements contradictoires.

### **C. La garantie de pluralisme : un principe indéterminé ?**

Que signifie, pour la Cour, la garantie de pluralisme des médias ?

---

<sup>18</sup> *ADI*, §35-55.

<sup>19</sup> Étant donné la contrariété manifeste entre la solution adoptée et l'arrêt *VgT*, le ministre britannique dut mettre en œuvre, pour la première fois, la procédure prévue à l'article 19, paragraphe 1, b) du *Human Rights Act* pour permettre l'adoption de la loi litigieuse. Cette procédure permet au Gouvernement de présenter une loi en déclarant qu'il n'est pas capable d'établir la compatibilité de la loi proposée avec la Convention, mais qu'il demande tout de même au Parlement de l'adopter.

<sup>20</sup> V. Brenda HALE OF RICHMOND, « Political Speech and Political Equality », in *Freedom of expression : Essays in honour of Nicolas Bratza*, Oisterwijk : Wolf Legal Publishers, 2012, p. 183-187.

<sup>21</sup> *ADI*, §113-115.

Elle l'a établie explicitement pour la première fois, en la reliant à la liberté d'expression, à l'occasion de l'arrêt *Lentia*, dans lequel elle avait considéré qu'un monopole public de l'audiovisuel constituait une violation de l'article 10. S'il est admis que « le rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique » consiste notamment à « communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre », raisonne alors la Cour, « pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant »<sup>22</sup>. Le pluralisme est ainsi posé comme une condition nécessaire de l'exercice effectif de la liberté d'expression et de l'accomplissement de sa fonction démocratique, en particulier dans les médias dont la puissance de diffusion est la plus massive. Les États se voient en conséquence assigner l'obligation positive de le garantir. Pour autant, l'objet, la visée et la nature du pluralisme dont ils sont les ultimes garants restent incertains.

*Sur quoi* porte le pluralisme ? Il convient de distinguer, derrière les formulations variables associées à cette notion – pluralisme « des médias », « dans les médias » ou « médiatique » – trois objets possibles : les *contenus médiatiques*, c'est-à-dire les informations et opinions diffusées ; les *organes médiatiques*, c'est-à-dire les canaux de diffusion ; et les *sources médiatiques*, c'est-à-dire les acteurs qui possèdent ou contrôlent les canaux de diffusion<sup>23</sup>. Ces objets sont tour à tour visés par les réglementations invoquant le pluralisme, qui entendent favoriser, selon la terminologie retenue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le « pluralisme structurel » des médias – celui des sources et des organes –, d'un côté, et la « diversité des contenus médiatiques »<sup>24</sup>, de l'autre. L'articulation précise de ces différentes composantes dépend toutefois des fins qui sont poursuivies.

*À quoi* sert le pluralisme ? Les mesures législatives portant sur les sources et organes – limitant par exemple la concentration économique des entreprises de presse ou écartant tout monopole public audiovisuel – sont souvent présentées comme visant ultimement à assurer la diversité des contenus. Il est courant de supposer, en

---

<sup>22</sup> *Lentia*, §38.

<sup>23</sup> Petra BÁRD et Judith BAYER, *A Comparative Analysis of Media Freedom and Pluralism in the EU Member States*, Bruxelles : European Parliament's Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 2016, p. 34 ; Tarlach MCGONAGLE, *Minority Rights Freedom of Expression and of the Media. Dynamics and Dilemmas*, Cambridge : Intersentia, 2011, p. 429-449.

<sup>24</sup> Recommandation CM/Rec(2007)2 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe relative au pluralisme des médias et à la diversité du contenu des médias. La jurisprudence de la Cour fait par la suite référence à cette recommandation (CEDH, 7 juin 2012, *Centro Europe 7 S.r.l. et DI Stefano c Italie*, req. n° 38433/09, §134).

effet, que la diffusion d'informations et d'opinions diverses est mieux garantie par des médias nombreux relayant des messages de provenances variées<sup>25</sup>. Le pluralisme structurel des médias a donc une valeur instrumentale, dans la mesure où il favorise effectivement la variété des opinions et des informations transmises au public. Il peut toutefois aussi se voir reconnaître une valeur indépendante de cette variété, si la diversité des sources et des organes rend plus égales les chances qu'ont les individus ou les groupes de participer à la communication publique. La variété géographique, linguistique ou technologique des canaux, notamment, peut faciliter l'accès à la parole, mais aussi à l'écoute. Le pluralisme peut ainsi promouvoir soit la plus grande égalité des chances de communiquer à travers les médias soit la diversité des contenus qui sont diffusés à travers eux.

En quoi consiste, dès lors, le pluralisme qu'il s'agit de garantir ? S'il est, en général, communément compris comme exprimant une exigence de *diversité*, celle-ci s'accompagne, selon les objets auxquels il s'applique et la visée qui lui est assignée, d'autres exigences, plus précises : accès *équitable* ou traitement *impartial* pour les acteurs cherchant à se faire entendre du public, qui ne devraient pas être arbitrairement désavantagés dans la compétition pour l'expression dans les médias ; *antagonisme* ou *représentativité* des opinions diffusées, qui devraient présenter au public un débat contradictoire ou lui proposer un tableau fidèle de la répartition sociale des opinions. Or, ces exigences peuvent s'avérer contradictoires. Là où certaines opinions s'avèrent fortement dominantes, l'égalité d'accès à la communication publique peut affaiblir la diversité des messages diffusés. Inversement, les politiques visant à assurer la visibilité des opinions minoritaires peuvent instituer de nouvelles inégalités dans l'accès à la parole médiatique.

Loin d'être univoque, la notion de pluralisme se prête ainsi, dans le contexte des médias, à des interprétations plurielles. Cette équivocité peut toutefois être levée si l'objet, la visée et la nature des exigences du pluralisme sont précisées<sup>26</sup>. Sur ces questions,

---

<sup>25</sup> La concurrence entre une pluralité d'organes médiatiques peut toutefois favoriser une certaine homogénéité des contenus diffusés (C. Edwin BAKER, *Media, Markets, and Democracy*, Cambridge : CUP, 2002, p. 176-178 ; Gary HEWITT, « Les fusions dans les médias - Note de référence », *Revue sur le droit et la politique de la concurrence*, vol. 5, n° 4, 2003, p. 128).

<sup>26</sup> L'exigence de pluralisme est parfois traduite par une série d'indicateurs empiriques. Le *Media Pluralism Monitor* du *Centre for Media Pluralism* utilise ainsi 166 indicateurs pour évaluer les menaces pesant sur le pluralisme des médias en Europe. Un tel effort d'opérationnalisation ne peut toutefois contourner les questions définitionnelles sans lesquelles une liste d'indicateurs ne peut être justifiée et interprétée. V. Kari KARPPINEN, *Rethinking Media Pluralism*, New York : FUP, 2013, p. 169 et suiv.

la jurisprudence de la Cour est toutefois longtemps restée silencieuse<sup>27</sup>, autorisant des interprétations plurielles du pluralisme des médias, de son rapport à la liberté d'expression et des obligations qu'il impose à l'État.

## **II. Le pluralisme des médias, condition de la liberté d'expression (VgT)**

Dans *VgT*, la Cour a résolu le litige créé par l'interdiction de la publicité politique en le présentant comme un conflit entre deux revendications fondées sur la liberté d'expression. Toutefois, si la revendication des associations souhaitant diffuser une publicité est clairement identifiée, ce n'est pas le cas de celle qui lui est opposée du côté de l'État (A). De qui s'agit-il de protéger la liberté d'expression effective ? Trois candidats se présentent : les groupes politiques cherchant à s'exprimer (B), les diffuseurs exerçant leur liberté éditoriale (C) et le public qui a le droit de recevoir des opinions et informations diverses (D).

### **A. Un conflit intra-droit : la liberté d'expression contre elle-même**

L'interdiction de la publicité politique est justifiée, là où elle est en vigueur, par la nécessité de protéger la discussion publique sur des questions d'intérêt général contre l'influence excessive des groupes économiquement les plus puissants. La protection du débat politique, ou plus largement du processus démocratique, ne constitue toutefois pas l'un des buts permettant de fonder une restriction à la liberté d'expression, selon l'article 10, paragraphe 2 de la Convention<sup>28</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a donc dû plutôt chercher une telle justification dans la « protection des droits d'autrui », tant dans *VgT* que dans *ADI*. Mais la Cour n'a pas précisé dans ces deux arrêts quels étaient les droits en cause. Elle a ainsi paru faire sienne la manière dont les autorités suisses et britanniques présentaient le litige. Or si les premières invoquaient la liberté d'expression, les secondes mobilisaient le droit à des élections libres.

Dans *VgT*, la Cour note que l'examen de proportionnalité portant sur l'interdiction de diffusion de la publicité politique à la radio et à la télévision doit concilier la liberté d'expression de l'association requérante et les motifs avancés par les autorités suisses : « préserver l'opinion publique des pressions de puissants groupes

---

<sup>27</sup> MCGONAGLE, *op. cit.* (note 23), p. 452-457.

<sup>28</sup> DUCOULOMBIER, *op. cit.* (note 15), p. 9.

financiers et d'influences commerciales indues, assurer l'égalité des chances entre les différentes forces sociales, garantir l'indépendance des diffuseurs vis-à-vis des sponsors puissants quant à leur politique éditoriale et, enfin, soutenir la presse écrite »<sup>29</sup> (l'interdiction contribuant à son financement en redirigeant vers elle une part du marché de la publicité politique). Ces objectifs étaient rattachés par le Tribunal fédéral « au système pluraliste des médias offert par l'article 10 » de la Convention<sup>30</sup>. La Cour paraît admettre cette caractérisation dans un bref passage reprenant la formulation de *Lentia*, qui est aussi le seul de l'arrêt à faire jouer la notion de pluralisme à propos des médias :

« Certes, de puissants groupes financiers peuvent obtenir des avantages concurrentiels dans le domaine de la publicité commerciale et peuvent par ce moyen exercer des pressions sur les stations de radio et les chaînes de télévision diffusant les publicités et, finalement, compromettre la liberté de celles-ci. De telles situations portent atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quand elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre. Pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant. »<sup>31</sup>

En réaffirmant le lien entre le pluralisme des médias et la liberté d'expression, la Cour suggère qu'il peut constituer un objectif légitime, relevant de la protection des droits d'autrui : la liberté d'expression peut ici être invoquée pour chercher à justifier une atteinte à cette même liberté d'expression. Ce raisonnement ne conduit pas pour autant la Cour à accepter la réglementation suisse, car si cette dernière poursuit un objectif légitime elle ne constitue pas une mesure nécessaire dans une société démocratique : l'interdiction totale de la publicité politique constitue, selon la Cour, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression de l'association requérante, dont nul ne prétend qu'elle soit un groupe financier puissant jouissant d'avantages concurrentiels<sup>32</sup>. Bien qu'il ait pu être par la suite réemployé<sup>33</sup>, le raisonnement esquissé

---

<sup>29</sup> *VgT*, §72.

<sup>30</sup> Tribunal fédéral, 29 avril 2002, BGE 123 II 402 S. 415, BGE 123 II 402 p.414-415.

<sup>31</sup> *VgT*, §73.

<sup>32</sup> *Ibid.*, §79.

<sup>33</sup> CEDH, 11 décembre 2008, *TV Vest As et Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, req. n°21132/05, §70.

reste elliptique. Quel est le titulaire de la liberté d'expression que l'interdiction générale de la publicité permet de protéger en garantissant le pluralisme ?

### **B. La liberté d'expression des groupes politiques**

Un tri entre les candidats possibles est explicitement effectué, dans le passage de *VgT* cité plus haut, au regard des motifs invoqués par le Tribunal fédéral. La Cour insiste sur la liberté éditoriale des diffuseurs, et évoque en passant le droit du public à l'information, mais ne mentionne pas l'égalité des chances entre les « différentes forces sociales » cherchant à se faire entendre, pourtant clairement menacée par les « avantages concurrentiels » sur le marché de la publicité politique.

L'éviction de cette dernière hypothèse, reliant le pluralisme à l'accès égal à la parole publique, n'est pas motivée par la Cour. Elle peut surprendre dans la mesure où l'interdiction de la publicité est communément justifiée par le souci de préserver l'équité relative des conditions dans lesquelles les opinions politiques s'affrontent<sup>34</sup> (ce motif est invoqué par les autorités suisses et britanniques). Les règles du débat public deviennent trop inéquitables, si les partis politiques peuvent acquérir, en fonction de leurs ressources, des espaces publicitaires illimités, ou si des groupes d'intérêts bien dotés sont en mesure de décider quelles opinions sont les plus audibles<sup>35</sup>. Ce raisonnement confronterait, il est vrai, la Cour à deux problèmes épineux.

La première difficulté concerne l'identification des acteurs entre lesquels l'égalité des chances devrait être favorisée – une question souvent laissée en suspens par les interprétations du pluralisme des médias qui y associent une exigence de « représentation équitable » des courants d'opinions. L'accès à la parole dans les médias audiovisuels ne peut être distribué de façon égale entre tous les *individus* titulaires du droit à la liberté d'expression et la délimitation des *groupes* entre lesquels la distribution devrait être équitable est difficile et contestée. Le problème n'est toutefois pas insurmontable, car des exigences minimales peuvent être définies<sup>36</sup>. Il n'est pas toujours nécessaire de savoir ce que serait une situation pleinement équitable pour reconnaître que certaines mesures de régulation, ou certaines situations non régulées,

---

<sup>34</sup> Jacob ROWBOTTOM, *Democracy Distorted. Wealth, Influence and Democratic Politics*, Cambridge : CUP, 2007, p. 202-205.

<sup>35</sup> House of Lords, 12 mars 2008, R (*On The Application of Animal Defenders International*) V *Secretary of State For Culture, Media and Sport (Respondent)*, [2008] UKHL 15, opinion de Lord Bingham of Cornhill, §2.

<sup>36</sup> C. Edwin BAKER, *Media Concentration and Democracy: Why Ownership Matters*, Cambridge : CUP, 2006, p. 10-11.

introduisent des biais problématiques dans la répartition de l'accès à la parole dans les médias. Le danger que représente, à cet égard, le pouvoir accumulé par les « barons de la presse » les plus puissants est ainsi assez aisé à percevoir<sup>37</sup>.

La seconde difficulté tient à l'impossibilité de reconnaître à tout titulaire de la liberté d'expression un « droit d'antenne », qui ne pourrait en pratique être simultanément exercé par tous dans les médias audiovisuels et qui réduirait en outre drastiquement la liberté éditoriale des diffuseurs. Les ordres juridiques qui font du pluralisme des médias un principe central du droit de la communication s'abstiennent toutefois d'en faire un droit opposable par des individus ou des groupes. Qu'il soit rattaché à la liberté de ceux qui expriment, qui diffusent ou qui reçoivent les opinions et les informations, le pluralisme est une condition, et non une composante de la liberté d'expression : il crée des obligations pour les pouvoirs publics, sans définir pour autant un nouveau droit<sup>38</sup>. Il pourrait donc être rattaché à l'égalité des chances entre les acteurs du débat politique sans que la frontière entre le droit et sa condition soit pour autant effacée. La Cour, toutefois, ne s'engage pas dans cette voie.

### C. La liberté éditoriale des diffuseurs

Si la Cour identifie dans *VgT* un conflit interne à la liberté d'expression, c'est plutôt la protection de la liberté éditoriale des diffuseurs qui doit être, à ses yeux, mise en regard de l'ingérence dans le droit de l'association requérante. La nature de la menace que ferait peser l'autorisation de la publicité *politique* sur leur liberté éditoriale reste toutefois incertaine.

Si l'inégale puissance financière des acteurs politiques se traduit à n'en pas douter par des chances inégales de se faire entendre en diffusant des publicités commerciales, elle ne constitue pas pour autant une « pression » limitant directement la liberté éditoriale des médias diffusant ces annonces. Elle influence évidemment les choix présidant à l'allocation des espaces publicitaires, mais ces espaces ont précisément vocation à être affectés en fonction de considérations économiques. Dès

---

<sup>37</sup> Jacob ROWBOTTOM, *Media Law*, Oxford : Hart Publishing, 2018, p. 296.

<sup>38</sup> V. Ewa KOMOREK, « Is Media Pluralism a Human Right? The European Court of Human Rights, the Council of Europe and the Issue of Media Pluralism », *European Human Rights Law Review*, n° 3, 2009, p. 395. En droit français, le pluralisme des médias a pu être reconnu, pour des raisons procédurales, comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative, afin d'ouvrir aux requérants l'accès au juge des référés (CE, ord., 24 février 2001, *Jean Tibéri*, req. n° 230611, publié au Recueil), mais il n'est pas pour autant considéré comme un droit opposable. V. Pierre de MONTALIVET, « Les droits et libertés constitutionnels invocables en matière de communication », *LEGICOM*, n° 48, n° 1, 2012, p. 5-11.

lors qu'il est clair que ces choix ne reflètent pas, ou pas seulement, la ligne éditoriale du média concerné, les avantages dont jouissent certains annonceurs pour imposer leur publicité ne semblent pas menacer directement sa liberté éditoriale.

La formulation privilégiée dans *VgT* laisse d'ailleurs entendre que l'existence d'avantages concurrentiels ne constitue pas en elle-même une pression pour les diffuseurs, mais plutôt un « moyen » dont on peut se servir pour les influencer. Les arrêts ultérieurs le confirment : « une situation dans laquelle une fraction économique ou politique de la société peut obtenir une position de domination sur les médias audiovisuels et exercer ainsi une pression sur les diffuseurs pour finalement restreindre leur liberté éditoriale porte atteinte au rôle fondamental »<sup>39</sup> de la liberté d'expression dans une société démocratique. Les annonceurs jouissant d'une position dominante peuvent en effet conditionner plus ou moins explicitement l'achat d'espaces publicitaires à certaines obligations en matière de ligne éditoriale. Mais ce mécanisme de dépendance économique<sup>40</sup> ne passe pas nécessairement par la publicité *politique*. Il ne peut donc guère justifier une mesure d'interdiction qui lui soit limitée. Il n'est pas besoin, en effet, de produire soi-même des annonces de nature politique pour encourager les médias que l'on finance via la publicité à privilégier, ou ignorer, certaines opinions politiques.

Il est d'autant plus difficile de cerner le danger précis qui pèse, selon la Cour, sur la liberté éditoriale des diffuseurs, qu'elle n'indique pas explicitement quel rapport le pluralisme entretient avec la compétition économique. Elle rappelle seulement qu'il ne lui appartient pas « d'indiquer à un État les moyens à utiliser pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la Convention »<sup>41</sup>. Le problème apparaît, il est vrai, dans tous les ordres juridiques où cette notion a émergé, à propos de la concentration des entreprises de médias<sup>42</sup> comme des monopoles audiovisuels publics<sup>43</sup>. Le pluralisme est invoqué tantôt pour renforcer et tantôt pour limiter le libre jeu de la concurrence, mais si la différence entre le premier et la seconde est souvent

---

<sup>39</sup> CEDH, 17 septembre 2009, *Manole et autres c. Moldavie*, req. n°13936/02, §98, ci-après Manole.

<sup>40</sup> C. Edwin BAKER, *Advertising and a Democratic Press*, Princeton : PUP, 1994.

<sup>41</sup> *VgT*, §78.

<sup>42</sup> En France, l'invocation du pluralisme est liée dès le départ à cette question, comme le montre le rapport de Georges Vedel, (*La gestion des entreprises de presse*, Paris : Conseil économique et social, 1979).

<sup>43</sup> C'est à ce sujet que la Cour européenne des droits de l'homme introduit cette notion, dans *Lentia*. Un texte pionnier sur la question en droit de l'Union européenne concernait l'ouverture des marchés des États membres à la concurrence de diffuseurs issus d'autres États membres (Commission, 23 décembre 1992, *Pluralism and Media Concentration in the Internal Market – An assessment of the need for Community action*, COM(92) 480 Final).

soulignée, sa nature est rarement explicitée<sup>44</sup>. Dans un rapport de 1979 offrant une tentative précoce de définition du pluralisme dans les médias, Georges Vedel notait ainsi qu'il n'exige ni la promotion systématique de la concurrence entre entreprises médiatiques ni sa limitation systématique, car elle peut selon les cas servir ou desservir la diversité des contenus diffusés. « Si la presse n'est pas un pur produit marchand, le mécanisme du marché n'est pas moins l'un des régulateurs assurant son utilité et sa qualité » ; en conséquence le rôle de l'État est seulement de « corriger les effets du jeu du marché lorsqu'ils tendent à étouffer le débat démocratique au lieu de le servir »<sup>45</sup>. Le problème est toutefois de savoir comment identifier ces situations. On peut douter que l'attention portée à la seule liberté éditoriale des diffuseurs suffise, dans le cas de la publicité politique, à cette tâche.

#### **D. Le droit du public à recevoir des opinions diverses**

La Cour suggère toutefois, sans l'explorer, une autre interprétation possible. L'interdiction de la publicité politique peut être comprise comme protégeant la liberté d'expression, non (ou non seulement) des acteurs cherchant à se faire entendre dans les médias ou des diffuseurs, mais des membres du public eux-mêmes.

La mention des « informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre » dans le passage cité plus haut, renvoie à l'une des composantes de la liberté garantie par l'article 10, paragraphe 1 : la liberté du *récepteur* de la communication. La Cour l'avait déjà souligné, dans divers arrêts antérieurs : si les exceptions admises à la liberté d'expression doivent faire l'objet d'une interprétation particulièrement étroite dans le cas de la presse, c'est qu'à « sa fonction » consistant à diffuser « des informations et des idées sur des questions d'intérêt public » « s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir »<sup>46</sup>. Le droit du public semble être mentionné ici pour justifier l'importance qu'il y a à protéger la liberté de la presse, mais son invocation

---

<sup>44</sup> Le « livre vert » de la Commission cité à la note précédente affirme par exemple que la concurrence et le pluralisme sont « des choses fondamentalement différentes », car la compétition entre les entreprises économiques « peut se refléter » ou non dans la « compétition entre les idées » (p. 83). Il en conclut prudemment que « le droit communautaire ne constitue pas toujours un instrument adapté pour maintenir le pluralisme, mais que ceci ne suffit pas à rendre nécessaire une action communautaire » (p. 87).

<sup>45</sup> VEDEL, *op. cit.* (note 42), p. 84.

<sup>46</sup> CEDH, plén., 26 novembre 1991, *Observer et Guardian c. Royaume Uni*, req. 13585/88, §59.

invite à élargir le raisonnement qui fonde le pluralisme médiatique sur la liberté d'expression.

Une solution analogue s'est imposée en droit français<sup>47</sup>. Georges Vedel la suggérait déjà en 1979 : les « possibilités effectives de réalisation pratique » de la liberté de la presse ne doivent pas être dictées par « un droit pour tout individu ou groupe désireux de s'exprimer d'obtenir une prise en charge de cette expression par la collectivité », car un tel droit n'existe pas, mais par « un droit du public – actuel ou potentiel – à être informé »<sup>48</sup>. Ce raisonnement trouve une traduction claire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, à partir de 1982, fait du pluralisme un objectif à valeur constitutionnelle. Dans une série de décisions relatives à la communication audiovisuelle<sup>49</sup>, aux entreprises de presse<sup>50</sup>, et à la liberté de communication<sup>51</sup>, le Conseil s'est efforcé d'adapter le droit de la communication à des configurations économiques (concentration des entreprises de presse) et à des contraintes techniques (rareté des fréquences audiovisuelles) nouvelles. Il a aussi cherché à rendre plus effective la liberté d'expression et à la concilier avec d'autres droits, en particulier la liberté d'entreprendre. Le raisonnement élaboré à ces fins relie le pluralisme des médias à la liberté de communiquer du public, et par là au bloc de constitutionnalité français. Les membres du public – lecteurs, auditeurs, téléspectateurs – sont en effet placés « au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 » ; or cette liberté ne saurait être effective si le public n'est pas « à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents »<sup>52</sup>. L'objectif à valeur constitutionnelle peut ainsi justifier que le législateur restreigne la liberté de la presse – par exemple en imposant des limites à la concentration des entreprises de presse – afin de mieux réaliser le droit du public à recevoir des informations et opinions diverses<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> Au sein d'une imposante jurisprudence, v. CC, 27 juillet 1982, décision n°82-141 DC, précité, cons. 5 ; CC, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, précité, cons. 52 ; CC, 28 septembre 1986, décision n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 8 ; CC, 1<sup>er</sup> juillet 2004, décision n° 2001-450 DC, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, cons. 15 ; CC, 21 février 2012, décision n° 2012-233 QPC, *Marine Le Pen*, cons. 5.

<sup>48</sup> VEDEL, *op. cit.* (note 42), p. 84.

<sup>49</sup> CC, 27 juillet 1982, décision n° 82-141 DC, cons. 5.

<sup>50</sup> CC, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, cons. 38.

<sup>51</sup> CC, 18 septembre 1986, décision n° 86-217 DC, cons. 10.

<sup>52</sup> CC, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, cons. 38.

<sup>53</sup> Pierre BOURETZ, « Pluralisme et médias. À la recherche d'un critère juridique », *Esprit*, vol. 134, n° 1, 1988, p. 24-39.

Invoquer le droit du public, plutôt que la seule liberté éditoriale des diffuseurs, permet-il d'éclairer le problème que pose la publicité politique dans les médias audiovisuels du point de vue du pluralisme ?

L'importance particulière de la communication audiovisuelle, qui a « un effet plus important sur le public par sa distribution et son immédiateté que d'autres moyens de communication », selon le Tribunal fédéral suisse<sup>54</sup>, se comprend sans doute mieux lorsqu'elle est considérée du point de vue du droit du public à recevoir des informations que du point de vue de la seule liberté éditoriale des diffuseurs. C'est peut-être pour ne pas avoir adopté ce point de vue que la Cour conclut pour sa part que « l'interdiction de la publicité à caractère politique qui ne s'applique qu'à certains médias et non à d'autres ne semble pas procéder d'un besoin particulièrement impérieux »<sup>55</sup>. Elle note pourtant que les chaînes de la Société suisse de radiodiffusion et télévision sont les seules à toucher l'ensemble du public suisse<sup>56</sup> et rappelle par ailleurs avec constance dans sa jurisprudence que les médias audiovisuels ont des effets plus immédiats et puissants que la presse écrite<sup>57</sup>.

La prise en compte du droit du public rend en outre plus aisé à saisir le problème spécifique que posent, du point de vue de la liberté d'expression, les avantages concurrentiels acquis par les acteurs les plus puissants sur le marché de la publicité *politique*. Lorsque la communication politique audiovisuelle est dominée par les groupes financièrement les plus puissants, cet « avantage politique »<sup>58</sup> vient limiter la liberté qu'a le public d'accéder à des informations et opinions diverses. Le Conseil constitutionnel précise ainsi, en 1984, que « l'objectif à réaliser » est que les membres du public « soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché »<sup>59</sup>. La liberté de choix des membres du public exclut, en d'autres termes, qu'ils puissent eux-mêmes<sup>60</sup> faire l'objet d'une transaction

---

<sup>54</sup> Tribunal fédéral, 20 août 1997, ATF 119 IB 241, BGE 123 II 402 S. 415.

<sup>55</sup> *VgtI*, §74.

<sup>56</sup> *Ibid.*, §77.

<sup>57</sup> Comm. EDH, 16 avril 1991, *Purvell et autres c. Irlande*, p. 297 ; CEDH, 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, req. n°15890/89 §31 ; CEDH, 3 décembre 2012, *Murphy c. Irlande*, req. n°44179/98, §39.

<sup>58</sup> Tribunal fédéral, 20 août 1997, ATF 119 IB 241, BGE 123 II 402 S. 414.

<sup>59</sup> CC, 11 octobre 1984, décision n° 84-181 DC, cons. 38.

<sup>60</sup> La lecture du compte-rendu de séance du 10 octobre confirme que c'est bien aux lecteurs que renvoie la formule « ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché » dans la citation plus haut. La formule initialement envisagée était : « ni que l'on puisse disposer d'eux comme de marchandises ». Avant de proposer la reformulation finalement adoptée, Georges Vedel explicite l'idée, dont le sens échappe à un autre membre du Conseil, en ses termes : il n'est pas permis aux entrepreneurs de presse de « s'entendre

commerciale. Or c'est la logique même de la publicité commerciale que de transformer l'attention du public en un objet de transaction entre annonceurs et diffuseurs. L'articulation entre la logique de libre concurrence, qui fait intervenir le choix du public entre différentes offres médiatiques rivales, et la logique du pluralisme, qui entend ménager les conditions d'un choix *libre* du public, n'est pas pour autant entièrement éclaircie. Il reste à savoir quelles sont ces conditions.

Si la fondation du pluralisme médiatique sur la liberté d'expression du public n'est pas explicitement affirmée dans *VgT*, la jurisprudence ultérieure de la Cour paraît l'intégrer. Lorsqu'elle précise par la suite la nature de l'obligation positive qu'impose à l'État son statut d'« ultime garant » du pluralisme, elle invoque en effet, à parts égales, la liberté des diffuseurs et le droit du public. Les principes reliant l'exercice « réel et effectif » de la liberté d'expression à l'exigence de pluralisme « imposent à l'État l'obligation de garantir d'une part l'accès du public, par l'intermédiaire de la télévision et de la radio à des informations impartiales et exactes, ainsi qu'à une pluralité d'opinions et de commentaires reflétant notamment la diversité des opinions politiques dans le pays, et d'autre part la protection des journalistes et des autres professionnels des médias audiovisuels contre les entraves à la communication de ces informations et commentaires »<sup>61</sup>. C'est ce double ancrage qui paraît remis en cause dans *ADI*.

### **III. La garantie du pluralisme réévaluée (ADI)**

La solution arrêtée dans *VgT* est au cœur des argumentaires présentés à la Cour dans *ADI* : les requérants se réclament de ce précédent et le Royaume-Uni souligne qu'il a été pris en compte au moment de l'adoption de la loi en cause. Si la majorité rappelle que des groupes disposant d'un avantage concurrentiel dans le domaine de la publicité payante pourraient « porter atteinte à la liberté et au pluralisme du débat, dont l'État demeure l'ultime garant »<sup>62</sup>, elle évite toutefois de rattacher cette garantie à la liberté d'expression. Elle semble suivre l'analyse du gouvernement britannique, qui la rattache plutôt au droit à des élections libres (A). Une opinion dissidente suggère cependant que le raisonnement élaboré dans *VgT* guide toujours la Cour et doit être

---

comme cochons en foire et d'acheter des lecteurs comme des choses » (CC, Compte-rendu de la séance des mercredi 10 et jeudi 11 octobre 1984, p. 27).

<sup>61</sup> *Manole*, §100.

<sup>62</sup> *ADI*, §112.

dénoncé : l'interdiction de la publicité politique serait en effet une restriction non nécessaire (B), et le pluralisme des médias un motif de restriction illégitime (C), de la liberté d'expression.

#### **A. Un conflit inter-droits : la liberté d'expression contre les droits démocratiques**

La Cour met en balance, dans *ADI*, la liberté d'expression de l'ONG et « le souci des autorités d'empêcher que le débat et le processus démocratiques ne soient faussés par des groupes financièrement puissants bénéficiant d'un accès privilégié aux médias influents »<sup>63</sup>. Selon les autorités britanniques, en effet, l'interdiction de la publicité politique est motivée par la protection des droits des citoyens à des élections libres, garantis par l'article 3 du premier protocole de la Convention. L'opinion majoritaire dans la décision du Comité judiciaire de la Chambre des Lords a ainsi présenté le litige comme mettant aux prises la liberté d'expression et les « droits démocratiques »<sup>64</sup>. Deux opinions concordantes ont précisé cette idée. Pour la Baronne Richmond of Hale, le conflit opposait la liberté d'expression aux « droits politiques »<sup>65</sup>, ou encore à « l'égalité des votants »<sup>66</sup>. Pour Lord Scott of Foscote, il l'opposait au « droit du public à un fonctionnement équitable d'une partie importante du processus démocratique »<sup>67</sup>. C'est ainsi que le litige a été présenté par le gouvernement britannique devant la Cour en faisant référence à l'arrêt *Bowman* dans lequel une loi punissant le fait d'investir de l'argent dans la promotion des idées d'un candidat avait été présentée comme créant un conflit entre la liberté d'expression et le droit à des élections libres<sup>68</sup>.

Si cette caractérisation n'est pas remise en cause par la Cour, elle ne va pas sans difficulté. Seule disposition protégeant les droits politiques invocable devant la Cour, l'article 3P1 dispose que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. » La position britannique suppose d'interpréter l'obligation d'assurer « la libre expression

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> House of Lords, 12 mars 2008, *ADI*, §26.

<sup>65</sup> *Ibid.*, §52.

<sup>66</sup> *Ibid.*, §52.

<sup>67</sup> *Ibid.*, §40.

<sup>68</sup> CEDH, 12 février 1998, *Bowman contre Royaume-Uni*, req. n°24839/94, ci-après *Bowman*, §42.

du peuple » comme recouvrant l'obligation de garantir les conditions d'un débat libre et pluraliste sur les questions politiques. Or cette compréhension très extensive du droit garanti par cet article est doublement problématique. D'une part, elle n'est pas stabilisée dans la jurisprudence de la Cour, qui inclut parfois l'encadrement de l'expression politique dans les périodes électorales dans le champ d'application de cette disposition, mais l'en exclut aussi dans d'autres affaires<sup>69</sup>. D'autre part, les travaux préparatoires de la Convention montrent que cet article a été conçu pour avoir une portée restreinte. Après un intense conflit entre le comité consultatif et le comité des ministres<sup>70</sup>, sa portée a été limitée à l'obligation de procéder à des élections libres<sup>71</sup>. Il ne s'agit que de protéger les droits politiques « individuels » (suffrage) et non les « institutions démocratiques »<sup>72</sup>.

Il n'est ainsi pas sûr que la Cour puisse ou veuille pleinement adopter une interprétation extensive des droits politiques dans *ADI*, comme l'exige l'hypothèse d'un conflit les opposant à la liberté d'expression. Il reste que la décision majoritaire s'abstient de reprendre explicitement l'interprétation alternative, établie dans *VgT*, qui voit dans l'interdiction de la publicité politique un conflit interne à la liberté d'expression sans pour autant la révoquer explicitement. Cette interprétation se voit toutefois réexposée et critiquée, dans des opinions minoritaires, concordante et dissidente, qui suggèrent qu'elle demeure, malgré tout, au cœur du raisonnement de la Cour.

## **B. L'interdiction de la publicité politique : une restriction non nécessaire ?**

Dans une opinion dissidente, cinq juges dénoncent la solution arrêtée par la majorité dans *ADI* en jugeant qu'elle contredit directement celle qui avait prévalu dans *VgT*, à propos d'une loi « pour l'essentiel identique dans les deux cas » : « Il nous est extrêmement difficile de comprendre pourquoi on applique ainsi deux poids et deux

---

<sup>69</sup> Pour de telles variations, voir Comm. EDH, 10 mars 1998, *Fournier contre France* ; Comm. EDH, 10 mars 1998, *Tête contre France* ; CEDH, 5 septembre 2000, *Mallarde contre France*, req. n° 46813/99 ; CEDH, 29 novembre 2007, *Partija « Jaune Demokrati » et Partija « Musu Zeme » contre Lettonie*, req. n° 10547/07 et 34049/07. Voir Yannick LECUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris : Dalloz, 2009, p. 277 et suiv.

<sup>70</sup> Doc. Ass., 1949, n°77, p.205 ; Doc. A 774, or. Angl ; Doc. CM/WP 1 (50) 1 ; A 847 ; Doc. CM/WP 1 (50) 15 ; A 924. Voir aussi Doc. CM/WP IV (50) 19 ; A 1447 ; CR, 1950, II, p.327 et 329 ; CR, 1950, II, p.505-507.

<sup>71</sup> Doc. AS/JA (2) 15, or. angl. Voir également CR, 1950, III, p.931.

<sup>72</sup> Doc. CM (50) 57 ; A 2781.

mesures dans le cadre de la Convention, dont les normes minimales doivent être mises en vigueur de la même façon dans la totalité des États parties »<sup>73</sup>. Une interdiction générale, frappant tous les diffuseurs et appliquée sans exception à la forme d'expression la plus protégée (relevant du débat sur les questions d'intérêt public) n'est pas plus « nécessaire dans une société démocratique », donc proportionnée, au Royaume-Uni qu'en Suisse. La tendance à la procéduralisation du pouvoir législatif n'y change rien : le fait que la conventionnalité de la mesure britannique ait été considérée lors de la procédure parlementaire ne signifie pas nécessairement qu'elle soit conforme à la Convention<sup>74</sup>.

Les cinq juges reviennent sur l'argumentaire de *VgT* en distinguant deux éléments, qu'il faut considérer tour à tour. Ils réaffirment, d'une part, le raisonnement qui avait établi le caractère non nécessaire de la restriction à la liberté d'expression dans *VGT*, et que la majorité écarterait à tort dans *ADI* : une mesure générale d'interdiction porte une atteinte disproportionnée au droit d'une association qui ne constituait pas un groupe financier puissant. Ils dénoncent, d'autre part, le raisonnement qui faisait du pluralisme des médias, condition de la liberté d'expression, un motif légitime de restriction de cette liberté. C'est ce raisonnement qui conduirait en réalité la majorité à « conclure, quoiqu'indirectement, que l'interdiction en vigueur vise un but légitime, à savoir la protection des droits d'autrui »<sup>75</sup>.

L'opinion dissidente rappelle tout d'abord que l'association requérante ne risque pas d'acquérir une position dominante à l'égard des médias audiovisuels : à supposer que l'interdiction de la publicité politique dans les médias audiovisuels puisse être parfois justifiée dans le cas de groupes dotés d'avantages concurrentiels importants, tel n'est pas le cas en l'espèce. Une mesure moins restrictive, car limitant l'interdiction à un éventail plus limité de discours (certaines annonces politiques seulement), ou soumettant chaque publicité à un examen au cas par cas, permettrait de contenir l'influence des groupes financièrement les plus puissants sur la communication audiovisuelle à un moindre coût pour la liberté d'expression. C'est là la conclusion à laquelle était arrivée la Cour dans *VgT* et que les parlementaires britanniques avaient délibérément écartée.

---

<sup>73</sup> *ADI*, opinion dissidente commune aux juges Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, *Vučinić* et De Gaetano, §1.

<sup>74</sup> *Ibid.*, §9.

<sup>75</sup> *Ibid.*, §11.

Il est pourtant des raisons de penser, comme le note le juge Bratza dans une opinion concordante, qu'un examen au cas par cas de la richesse ou de l'influence d'un individu, d'un parti politique ou d'une association, voire de la valeur politique d'un message, entraînerait « des risques de discrimination »<sup>76</sup> importants. L'erreur commise par la Cour dans *VgT* – et répétée, comprend-on, dans l'opinion dissidente –, mais évitée par la majorité dans *ADI*, n'est pas, selon lui, d'avoir rattaché l'interdiction de la publicité à la protection de la liberté d'expression, mais plutôt d'avoir examiné la justification de l'ingérence particulière dans la liberté d'expression de la requérante, plutôt que la justification de la règle générale dont elle découle. Or une telle règle peut être justifiée précisément parce qu'elle évite de faire reposer la régulation dans chaque cas sur le choix discrétionnaire d'un régulateur, qui pourrait en outre être vulnérable à l'influence de lobbys, et parce qu'elle rend la régulation plus impartiale et prévisible<sup>77</sup>.

### **C. Le pluralisme des médias : un motif illégitime de restriction ?**

Les signataires de l'opinion dissidente mettent en outre en doute la légitimité du motif supposé justifier l'interdiction de la publicité politique, indépendamment même de la proportionnalité de cette mesure. Il est en réalité contradictoire, suggèrent-ils, de restreindre la liberté des médias audiovisuels au nom de la protection de la démocratie. C'est la reconnaissance d'une obligation positive associée au principe du pluralisme qui est ultimement en cause : « à notre avis, l'interdiction générale frappant la publicité "politique" paraît relever d'une obligation positive assumée à tort par l'État afin de permettre aux gens de recevoir et de communiquer des informations »<sup>78</sup>. S'il est parfois acceptable qu'un État agisse pour assurer le caractère effectif d'un droit, cela ne saurait, selon l'opinion dissidente, justifier la restriction de ce droit : le risque est grand, en reconnaissant des obligations positives en vue de protéger des droits, de sacrifier l'obligation négative « fondamentale » qu'à l'État de « s'abstenir de toute ingérence »<sup>79</sup>. Admettre une telle obligation positive – à propos de la liberté de pensée ou encore de la liberté d'association –, c'est en effet s'exposer à ce que surgissent des conflits internes au même droit : « la démarche consistant à légiférer sur l'exercice de la liberté d'expression (des acteurs politiques) au nom de la liberté d'expression (des

---

<sup>76</sup> *ADI*, opinion concordante du juge Bratza, §7.

<sup>77</sup> ROWBOTTOM, *op. cit.* (note 37), p. 292.

<sup>78</sup> *ADI*, opinion concordante du juge Bratza, §12.

<sup>79</sup> *Ibid.*

diffuseurs) afin de promouvoir la démocratie, « dans des buts qui ne sont pas nécessairement confirmés aux buts légitimes prévus à l'article 10 §2, demeure un problème »<sup>80</sup>.

Si la nature de l'inquiétude exprimée est claire, l'opinion dissidente n'explique pas pourquoi des conflits opposant des obligations positives à des obligations négatives liées les unes et les autres à une même liberté seraient nécessairement plus à craindre que les conflits familiers opposant l'obligation négative attachée à cette liberté et les obligations positives issues d'autres dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme. Par exemple, dans sa jurisprudence relative à l'interdiction des partis politiques et associations religieuses, la Cour a relevé que l'obligation positive de garantir les droits et libertés des individus sous sa juridiction autorisait l'État à interdire certains discours et associations menaçant la stabilité de l'État<sup>81</sup>. Un tel raisonnement autorise des atteintes massives à la liberté d'expression, d'association ou de réunion, bien plus importantes que celles fondées sur le pluralisme des médias. En outre, il n'y a pas de raison de croire que les conflits intra-droit soient nécessairement plus difficiles à résoudre de façon réglée que les conflits inter-droits<sup>82</sup>, du point de vue de la théorie des conflits de droits, dès lors que les obligations associées à un droit peuvent être mises en balance ou hiérarchisées de la même manière que les obligations associées à des droits différents<sup>83</sup>.

L'interdiction générale de la publicité serait au fond vouée, selon l'opinion dissidente, à créer la situation qu'elle est censée éviter : « par crainte que de petites organisations ne puissent gagner la compétition des idées sur les ondes, elle les empêche carrément de participer à la compétition. C'est une chose que de niveler le terrain ; c'en est une autre que de fermer les portes du terrain de cricket »<sup>84</sup>. Cette analogie néglige toutefois la pluralité des terrains où se joue la confrontation entre les discours politiques : non seulement il est d'autres médias, comme la majorité le rappelle après le gouvernement britannique, mais il est d'autres espaces de diffusion audiovisuelle que les seuls espaces alloués à la publicité commerciale. L'objection

---

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Colombine MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris : Dalloz, 2013, p. 123. V. également Jean François AKANDJI-KOMBE, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 2006, p. 52 et suiv.

<sup>82</sup> V. Lorenzo ZUCCA, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford ; New York : OUP, 2007, p. 64-65.

<sup>83</sup> V. Jeremy WALDRON, « Rights in Conflict », *Ethics*, vol. 99, n° 3, 1989, p. 503-519.

<sup>84</sup> *ADI*, §12.

ignore, en outre, le double enracinement du principe de pluralisme esquissé dans la jurisprudence de la Cour : sa finalité n'est pas simplement de renforcer l'égalité des chances entre les forces sociales cherchant à s'exprimer, mais de protéger la liberté éditoriale des diffuseurs, d'une part, et rendre effectif le droit du public à recevoir des idées et des informations diverses, de l'autre.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme opère, d'une décision à l'autre, un chassé-croisé remarquable. L'arrêt rendu en 2001 fait du pluralisme des médias une condition de la liberté d'expression et établit que l'État a l'obligation positive de veiller à ce que les groupes financiers les plus puissants n'acquiescent pas une position dominante vis-à-vis des médias audiovisuels. Mais il conclut néanmoins que l'interdiction générale de la publicité politique à la radio et à la télévision adoptée par les autorités suisses porte une atteinte non nécessaire à la liberté d'expression de l'association *VgT Verein Gegen Tierfabriken*. L'arrêt rendu en 2013 conclut, à l'inverse, que l'interdiction similaire promulguée par les autorités britanniques impose une ingérence proportionnée, et donc justifiée, dans la liberté d'expression de l'association *Animal Defenders International*. Mais la majorité des juges ne reprend pas explicitement, et une minorité dénonce, le raisonnement, esquissé douze ans plus tôt, qui rattache le pluralisme à la liberté d'expression. L'analyse des interprétations antagonistes qui s'expriment ainsi dans la jurisprudence de la Cour permet, sans préjuger de son évolution future, de conclure par quelques observations. L'assise incertaine du pluralisme médiatique tient à la nécessité où se trouve la Cour, face à des mesures visant à préserver les conditions du débat politique, d'invoquer la protection des « droits d'autrui », pour reconnaître un motif légitime de restriction de la liberté d'expression. Elle s'appuie pour cela soit sur le droit à des élections libres (ce qui donne lieu à un conflit externe, entre deux droits), soit sur la liberté d'expression elle-même (marquée alors par un conflit interne). Si la première stratégie oblige à une interprétation extensive, et inhabituelle, du droit à des élections libres garanti par la Cour, la seconde, mieux établie dans sa jurisprudence, exige que l'on explique *de qui* il s'agit de protéger la liberté d'expression effective : des groupes politiques cherchant à s'exprimer dans les médias, des diffuseurs susceptibles de relayer leurs messages, ou du public ayant le droit de recevoir des opinions et informations diverses ? Ces hypothèses ont des implications diverses et suscitent des difficultés variées ; mais elles

ne s'excluent pas nécessairement. L'accent mis par la Cour sur la liberté éditoriale des médias audiovisuels ne suffit en tout cas pas, lorsque celle-ci est considérée indépendamment du droit du public à recevoir des opinions diverses ou du droit des acteurs politiques à s'exprimer, à soutenir cette seconde stratégie dans le cas de l'interdiction de la publicité politique.

Faire du pluralisme des médias une condition de la liberté d'expression amène à reconnaître de nouveaux conflits internes à cette liberté, sans que cela menace pour autant sa cohérence. Un tel raisonnement, en effet, n'oblige ni à faire du pluralisme lui-même un droit opposable ni à renoncer aux méthodes habituelles de résolution des conflits de droits. Il n'est donc pas invalidé par les critiques qui lui sont adressées sur ce point, y compris au sein même de la Cour. Ce raisonnement, en revanche, ne dissipe pas à lui seul l'indétermination qui affecte trop souvent le principe du pluralisme : il faut encore en élucider les fins propres et les exigences constitutives.