



**Institut Maurice Hauriou**

**« Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ? »**

**Codirection :**

- **Pierre Esplugas** (Maître de conférences, Université Capitole Toulouse I – Institut Maurice Hauriou)
- **Xavier Bioy** (Professeur, Université Capitole Toulouse I – Institut Maurice Hauriou)

## 1. Introduction

### Adapter les règles du droit des campagnes électorales

(par Pierre Esplugas – Maître de conférences HDR, Université Capitole Toulouse I, Institut Maurice Hauriou)

L'adaptation du droit des campagnes électorales est aujourd'hui une idée partagée si l'on en juge par le foisonnement inédit de propositions visant depuis 2008 à réformer ce droit. Une partie de celles-ci a été provoquée indirectement par une décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2008 annulant l'élection du député de la 11<sup>ème</sup> circonscription du Rhône, Georges Fenech, pour avoir réglé directement des dépenses en lieu et place d'un mandataire financier comme l'exige la loi<sup>1</sup>. La question se posait alors de la proportionnalité de la sanction déclarant le député démissionnaire d'office et inéligible alors même que la bonne foi de l'intéressé pouvait être avancée. Doutant de cette proportionnalité, le président de l'Assemblée nationale, Bernard Accoyer, installa, en réaction, le 9 juin 2008, une mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne présidée par Pierre Mazeaud dont les conclusions ont été rendues en septembre 2009<sup>2</sup>. Piquée au vif par une telle initiative, la commission des lois du Sénat constitua à son tour un groupe de travail chargé de réfléchir d'une manière plus large à l'évolution de la législation sur les campagnes électorales<sup>3</sup>. A ces propositions parlementaires, il convient d'ajouter notamment les préconisations formulées par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) dans ses rapports d'activité de 2007<sup>4</sup>, 2008<sup>5</sup> et 2009<sup>6</sup> et les avis de la Commission supérieure de codification<sup>7</sup>. Enfin, certaines des propositions formulées ont trouvé leur traduction juridique dans ce qu'il est convenu d'appeler le « paquet électoral », composé de textes promulgués, par une heureuse coïncidence, le jour même où s'est tenu le présent colloque, soit le 14 avril 2011<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Cons. const., 27 mars 2008, *A.N. Rhône, 11<sup>e</sup> circ.*, note B. Maligner, *AJDA* 2008, p. 1496.

<sup>2</sup> « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », Doc. fr., 2009.

<sup>3</sup> Rapport d'information, Doc. Sénat, n° 186, 2010-2011, 15 déc. 2010, « Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner », *La Gazette des communes, des départements et des régions*, 11 févr. 2011.

<sup>4</sup> XI<sup>ème</sup> Rapport d'activité pour 2007, CNCCFP, Doc. fr., 2008, p. 53.

<sup>5</sup> XII<sup>ème</sup> Rapport d'activité pour 2008, CNCCFP, Doc. fr., 2009, p. 58 et s.

<sup>6</sup> XIII<sup>ème</sup> Rapport d'activité pour 2009, CNCCFP, Doc. fr., 2010, p. 31 et 99.

<sup>7</sup> Commission supérieure de codification, XX<sup>ème</sup> rapport d'activité pour 2009, Doc. fr, 2010, p. 32 ; XIX<sup>ème</sup> rapport d'activité pour 2008, Doc. fr, 2009, p. 50.

<sup>8</sup> LO n° 2011-10 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs, L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du Code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, L. n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France.

Ces adaptations proposées ou réalisées s'inscrivent dans une évolution du droit des campagnes électorales que l'on peut qualifier de sinusoïdale. Le niveau bas de la sinusoïde correspond à une période antérieure à 1988 où les règles en vigueur, complétées largement par la jurisprudence, ne sont destinées qu'à assurer la moralité et la sincérité du scrutin. Le point où la courbe fléchit vers le haut peut être rattaché aux deux premières lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique<sup>9</sup>. Il faut dire que la France a été longtemps, sur ce plan, une démocratie attardée. En effet, on sait que les premières législations sur le financement des campagnes électorales sont apparues dans les grandes démocraties bien plus tôt, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle pour la Grande-Bretagne (1883) et se sont étendues à partir des années 1960-70 dans la plupart des autres démocraties (Suède – 1966 -, Etats-Unis – 1972 -, Italie – 1974 -, Espagne – 1985 -). Une des explications de ce retard était que, historiquement, le droit électoral a pu être considéré comme un « droit politique »<sup>10</sup> et en quelque sorte comme la « chose des parties », des candidats et des élus en l'occurrence. C'est ce qu'illustre, par exemple, le système, en vigueur pour les élections parlementaires jusqu'en 1958, dit de la « vérification des pouvoirs » selon lequel les assemblées parlementaires étaient juges de l'élection de leurs membres. La législation applicable à partir de 1988 vient heureusement combler un vide en encadrant, dans un souci de transparence et d'égalité, les comptes de campagne des candidats. Depuis lors, cette législation n'a cessé d'être modifiée et complétée au point d'atteindre un pic de rigueur où la liberté de faire campagne des candidats serait entravée<sup>11</sup>. La question se pose donc aujourd'hui s'il convient de faire fléchir la courbe dessinant l'évolution de la législation électorale dans le sens d'un assouplissement des règles en vigueur. C'est la thèse que, pour notre part, nous défendons.

Toutefois, hormis la question du financement de la vie politique, il est étonnant d'observer à quel point la France reste, malgré l'ancienneté des règles, une démocratie primitive. Par exemple, en matière de codification, propagande, recours contentieux ou sanctions, le droit des campagnes électorales demeure à bien des égards incomplet, lacunaire, inintelligible et inefficace. Pour reprendre la précédente image de la courbe sinusoïdale, nous plaidons donc pour qu'un point d'équilibre soit trouvé ; ce dernier correspondrait au croisement entre une première courbe sur le financement de la vie politique montrant la libéralisation des règles applicables et une seconde courbe illustrant le renforcement de celles-ci. Ce renforcement s'appliquerait principalement à des domaines hors la question du financement de la vie politique sans pour autant exclure qu'à ce propos, il soit procédé à des aménagements ponctuels en ce sens.

L'objet de cette communication est ainsi de montrer la nécessité d'adapter doublement les règles, d'une part, dans un sens libéral (I), d'autre part, dans le sens d'un renforcement (II).

## **I. La libéralisation des règles**

---

<sup>9</sup> L. n° 88-226 et n° 88-227, 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

<sup>10</sup> En ce sens, v. F. Delpérée, *Le contentieux électoral*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 7 : « Il faut le reconnaître, le droit électoral est souvent ignoré, pour ne pas dire méprisé. Il relèverait de l'ordre du politique, plus que de l'ordre du juridique ».

<sup>11</sup> V. *infra*, X. Bioy, « La liberté de faire campagne ».

Deux idées communément répandues sont que le droit des campagnes électorales est complexe et rigoureux. Une évolution, déjà amorcée, devrait donc conduire en sens contraire à le libéraliser en le rendant à la fois moins complexe (A) et rigoureux (B).

### **A. La libéralisation des règles en vue d'un droit moins complexe**

Un signe de complexité du droit des campagnes électorales est que les candidats préfèrent, en pratique, se référer aux divers « guides d'emploi », « mémentos », « vade-mecum », d'ailleurs plutôt bien faits mais dont la normativité est nulle, édictés par la CNCCFP, le ministère de l'intérieur ou les préfetures, qu'aux textes eux-mêmes.

Devant la complexité des règles, la tentation des candidats serait grande de s'exonérer de l'application de celles-ci. Toutefois, on doit remarquer que les taux de rejet des comptes de campagnes comptabilisés par la CNCCFP, toutes élections confondues, sont assez bas<sup>12</sup>. Cela signifie sans doute que les règles sur le financement des campagnes électorales sont aujourd'hui intégrées par les candidats sans pour autant dire qu'elles soient bien vécues. Faute de bien maîtriser une telle législation, les candidats sont en effet en pratique amenés à prendre, de peur de commettre un manquement, un luxe de précautions vécues comme autant de contraintes. La CNCCFP note elle-même que « les candidats ont parfois des difficultés à satisfaire aux obligations que leur impose le Code électoral, ou à bien saisir la portée des dispositions applicables et s'y conformer; ces difficultés sont à l'origine de nombreuses décisions de rejet des comptes de campagne, ou à tout le moins de réformations pas toujours bien comprises »<sup>13</sup>.

Les textes du « paquet électoral » se sont évertués quelque peu, par une série de mesures ponctuelles, à simplifier le droit des campagnes électorales. Ainsi, la loi ordinaire du 14 avril 2011 crée pour le mandataire financier un « droit au compte » consistant en un droit à l'ouverture d'un compte bancaire ou postal<sup>14</sup> et censé pallier les difficultés qu'ont les petits candidats de satisfaire à cette obligation légale. De plus, l'obligation d'établir un compte de campagne ne pèse plus désormais que sur les candidats qui ont obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés<sup>15</sup>. De même, est dispensé de déposer un compte présenté par un expert-comptable « le candidat ou la liste dont il est tête de liste a obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés et (...) n'a pas bénéficié de dons de personnes physiques (...) »<sup>16</sup>. Il s'agit là de mesures de bon sens qui ont pour but non seulement d'exonérer de démarches fastidieuses les petits candidats mais aussi de concentrer le contrôle sur les candidats dont le compte de campagne porte sur des sommes significatives.

---

<sup>12</sup> Les taux de rejet des comptes de campagne étaient, pour les élections législatives de 2007, de 2,50 %, pour les élections municipales de 2008, de 3,73 %, pour les élections cantonales de 2008, de 2,38 %, pour les élections européennes de 2009, de 11,87 % et, pour les élections régionales de 2010, de 5,12 % (source CNCCFP).

<sup>13</sup> CNCCFP, *Xème Rapport d'activité pour 2007*, Doc. fr., 2008, p. 53.

<sup>14</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 13).

<sup>15</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 10, 1°) ; C. élect., art. L 52-12.

<sup>16</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 10, 2°) ; C. élect., art. L 52-12.

La simplification opérée reste toutefois timide même s'il est vrai qu'il était peut-être difficile d'aller plus loin. En effet, si l'on observe dans le détail les motifs de rejets des comptes de campagnes, ceux-ci correspondent principalement à trois cas, le défaut de mandataire financier, le paiement direct et le défaut d'expert-comptable<sup>17</sup>. Or il s'agit de trois « formalités substantielles » de la législation sur le financement des campagnes dont on voit mal qu'elles soient supprimées au risque de bouleverser l'équilibre de cette législation. Au contraire, s'agissant de la question de la désignation du mandataire financier, le législateur en fait une condition de recevabilité de la candidature pour toutes les élections<sup>18</sup>. Le candidat doit désormais procéder à une telle désignation au moment de l'enregistrement de sa candidature. Une telle disposition a par nature pour effet de faire disparaître tout risque contentieux à ce sujet. Pour le reste, la marge d'adaptation est donc limitée.

### **B. La libéralisation des règles en vue d'un droit moins rigoureux**

C'est naturellement le régime des sanctions qui exprime toute la rigueur du droit des campagnes électorales. Une libéralisation des règles a déjà été accomplie par la réforme résultant de l'adoption du « paquet électoral » concernant à la fois les sanctions financières décidées par la CNCCFP et les sanctions électorales décidées par le juge de l'élection.

Concernant tout d'abord les pouvoirs de sanction de la CNCCFP, la situation antérieure était d'une rigueur, pour ne pas dire absurdité, absolue. La Commission était en effet placée devant l'alternative du « tout ou rien » : soit elle validait le compte ce qui ouvrait droit à un remboursement de dépenses, soit le compte était rejeté ce qui privait le candidat de ce remboursement sans qu'elle ne puisse tenir compte du degré de gravité des manquements.

Très logiquement, le législateur reconnaît donc désormais à la CNCCFP un pouvoir de modulation du remboursement. Celle-ci peut effectivement, « dans les cas où les irrégularités commises ne conduisent pas au rejet du compte (...), réduire le montant du remboursement forfaitaire en fonction du nombre et de la gravité de ces irrégularités »<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Le défaut de mandataire financier, le paiement direct et le défaut d'expert-comptable représentaient 79,1 % des cas de rejet des compte de campagne pour les élections législatives de 2007, 62,9 % pour les élections municipales de 2008, 79% pour les élections cantonales de 2008 et 94,6 % pour les élections européennes de 2009 (source CNCCFP).

<sup>18</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 12).

<sup>19</sup> C. élect., art. L 52-11-1, modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 10.

Concernant ensuite les sanctions prononcées par le juge électoral, la rigueur du droit longtemps en vigueur résultait du fait que le rejet du compte de campagne d'un candidat entraînait une inéligibilité du candidat dont la durée, fixée à un an, était non modulable<sup>20</sup>. Pour les élections parlementaires, l'inéligibilité était même automatique en ce sens que le Conseil constitutionnel ne pouvait prendre en compte la « bonne foi » du candidat<sup>21</sup> admise pour les autres élections<sup>22</sup>. Cependant, même pour ces dernières, la « bonne foi » était entendue très strictement par la jurisprudence administrative en n'étant reconnue que dans des cas exceptionnels et en fonction de critères objectifs qui laissaient en fait peu de place à l'absence d'intention frauduleuse du candidat<sup>23</sup>. Même si le Conseil constitutionnel est venu préciser que la rigueur d'une telle sanction était conforme à la Constitution<sup>24</sup>, une évolution de la législation pouvait être jugée opportune. Celle-ci était d'autant plus acceptable que la sanction d'inéligibilité connaît peu d'équivalents en droit comparé<sup>25</sup>.

Après avoir été suggérée notamment par les rapports d'activité de la CNCCFP<sup>26</sup> ou les observations du Conseil constitutionnel<sup>27</sup>, cette évolution fut accomplie à l'occasion de l'adoption du « paquet électoral » du 14 avril 2011. Les textes adoptés disposent ainsi que le juge de l'élection prononce l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de « volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales » et ajoutent que « l'inéligibilité (...) est prononcée pour une durée maximale de trois ans »<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup> C. élect., ancien art. L 118-3.

<sup>21</sup> C. élect., ancien art. LO 128.

<sup>22</sup> C. élect., ancien art. L 118-3.

<sup>23</sup> V. Par ex., CE, Ass., 30 oct. 1996, *Elections municipales de Cavillon*.

Pour une présentation globale des cas restrictifs où la jurisprudence admet la « bonne foi », v. B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, 2007, n° 898 ; L. Touvet, Y.-M. Doublet, *Droit des élections*, Economica, 2007, n° 473.

<sup>24</sup> Cons. const., n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*

<sup>25</sup> Laurent Touvet et Yves-Marie Doublet notent par exemple qu'une inéligibilité de 3 à 5 ans existe dans la loi britannique en ayant été instituée par *le Représentation of the people Act* de 1983 pour les candidats ayant dépassé le plafond des dépenses électorales ; en revanche, les propositions visant en Allemagne à introduire une telle sanction se sont soldées par un échec (*Droit des élections*, Economica, 2007, n° 472).

<sup>26</sup> Rapports d'activité CNCCFP pour 2007, 2008 et 2009.

<sup>27</sup> Observations du Conseil constitutionnel du 15 mai 2003 pour les élections législatives de 2002 et du 29 mai 2008 pour les élections législatives de 2007.

<sup>28</sup> LO n° 2011-410, 14 avril 2011 (at. 5), C. élect., nouvel art. LO 136-1 ; L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 16) ; C. élect., nouvel art. L 118-3.

Le nouveau texte repose donc sur un balancement entre, d'une part, une restriction des cas où l'inéligibilité est prononcée – la volonté de fraude ou le manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales – et, d'autre part, une plus grande sévérité - l'aggravation de la durée maximale de l'inéligibilité étendue de 1 à 3 ans. Cette évolution nous paraît logique : en établissant une « présomption de bonne foi » pour les candidats<sup>29</sup> et en renversant ainsi la charge de la preuve au juge de l'élection pour établir le comportement fautif, le droit électoral rejoint le droit commun des sanctions ; de même, le fait que le juge module la sanction en fonction de la gravité d'un manquement relève bien de son office. L'assouplissement est toutefois relatif car, comme le relève justement Bernard Maligner, le fait que le juge « prononce » l'inéligibilité et non plus « peut » la prononcer transforme une faculté en obligation<sup>30</sup>. S'agissant de la durée de l'inéligibilité, notons que si la volonté du législateur était, en contrepartie de la restriction des cas, de l'aggraver, la rédaction retenue autorise également un assouplissement puisqu'il n'existe plus de « plancher » ; la sanction prononcée par le juge peut donc n'être, théoriquement, que de quelques jours ou semaines.

Par ailleurs, en matière de propagande, le législateur a enfin supprimé l'interdiction de distribution de tracts en période électorale<sup>31</sup>. Celle-ci n'était en effet pas respectée et était obsolète car ces dispositions trouvaient leur origine dans la volonté des pouvoirs publics après-guerre de limiter la consommation de papier dans un contexte de pénurie.

A ce stade, on peut s'interroger pour savoir si cette libéralisation est suffisante. Au risque de faire preuve de sacrilège, nous souhaiterions mettre l'accent sur un certain nombre d'adaptations possibles auxquelles s'est refusé jusqu'à présent le législateur car elles toucheraient, il est vrai, à l'économie générale de la législation mise en place depuis 1988.

Au cœur de cette législation figure le régime des dons pour lequel le législateur s'est voulu extrêmement rigoureux afin d'éviter les financements occultes et les pressions des puissances financières. Un des grands apports des lois intervenues à partir de 1990<sup>32</sup> est ainsi d'interdire les dons des personnes morales, autres que ceux des partis politiques, et de limiter ceux des personnes physiques<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> H. Portelli, « Adoption définitive du paquet électoral », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, n° 16, 18 avril 2011, n° 286.

<sup>30</sup> V. *infra*, B. Maligner, « Faut-il adapter la législation sur le financement des campagnes électorales ? ».

<sup>31</sup> Les articles du Code électoral L.165 pour les élections législatives, L. 211 pour les élections cantonales et L. 240 pour les élections municipales interdisaient « l'impression et l'utilisation, sous quelque forme que ce soit, de circulaires, tracts, affiches et bulletins de vote pour la propagande électorale, en dehors des conditions fixées par les dispositions en vigueur ». Ces dispositions ont été modifiées par l'article 7 de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 par la suppression de la mention des « tracts ».

<sup>32</sup> L. n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques modifiée en particulier par L. n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

<sup>33</sup> C. élect., art. L 52-8.

Pourtant, la situation étant désormais assainie, on peut s'interroger sur l'opportunité d'assouplir ce régime. En ce sens, on doit noter que le plafond pour les dons des personnes physiques, aujourd'hui fixé à 4600 €, est très bas et n'a pas été modifié depuis 1990. La question peut donc se poser de savoir s'il ne serait pas temps de le relever. C'est ce qu'a d'ailleurs entendu, modestement, le législateur puisque désormais ce plafond sera actualisé tous les ans par décret sur la base de l'indice des prix à la consommation des ménages<sup>34</sup>.

Doit-on aller plus loin et autoriser des dons accordés par des personnes morales ? Une réponse positive a été donnée récemment par la Cour suprême américaine en autorisant, au nom de la liberté d'expression déduite du 1<sup>er</sup> amendement à la Constitution, une personne morale à financer une cause, par exemple par un film, défendue par un candidat<sup>35</sup>. En France, la question est sans doute actuellement taboue tant le goût pour l'égalité est fort ce que permet précisément la législation en vigueur. Nous n'osons ainsi à peine avancer qu'une voie moyenne pourrait être d'autoriser des dons plafonnés ou des aides indirectes de personnes morales, ce qui permettrait à des candidats, toujours en recherche de moyens de financement, de faire plus librement campagne.

Ces adaptations pourraient concerner ensuite le principe de l'interdiction de l'utilisation de moyens publics posé, très logiquement, afin d'éviter le mélange des genres et d'assurer l'égalité entre candidats<sup>36</sup>. On notera qu'à ce sujet le Conseil constitutionnel a tendance à se montrer plus sévère à l'égard d'un petit candidat (par exemple, le compte de campagne de Bruno Mégret pour l'élection présidentielle de 2002 a été rejeté pour avoir utilisé des moyens communaux<sup>37</sup>) que pour des candidats présumés plus importants (pour la même élection, le président de la République sortant, Jacques Chirac, ne dissimule pas dans ses « Mémoires » s'appuyer sur des personnes affectées à la présidence de la République, notamment le Secrétaire général Dominique de Villepin et le Secrétaire général adjoint Philippe Bas<sup>38</sup>).

Passons encore sur les « acrobaties » matérielles que ce principe peut impliquer : par exemple, un ministre ou un élu d'une collectivité territoriale effectue un déplacement et couple son déplacement lié à sa fonction avec un déplacement de campagne : on peut le voir, en plein trajet, changer de voiture pour passer de la voiture de fonction à une voiture de location.

---

<sup>34</sup> L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 (art. 8).

<sup>35</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 21 janv. 2010, *Citizens united v. Federal election commission*, Comm. W. Mastor, *Constitution*, 2010, p. 456.

<sup>36</sup> Le principe de l'interdiction de l'utilisation de moyens publics n'a pas été affirmé directement par le code électoral mais se déduit d'un ensemble de dispositions de ce code concernant par exemple l'interdiction faite à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaire des candidats (art. L 50), l'interdiction de promotion de réalisation d'une collectivité publique (art. L 52-1) ou l'interdiction de dons par une personne morale (art. L 52-8).

<sup>37</sup> Cons. const, 26 sept. 2002.

<sup>38</sup> « Mémoires » de J. Chirac, T. 2, *Le temps présidentiel*, Nil, 2011.



Nous voudrions simplement dénoncer l'hypocrisie dans l'application de cette disposition. En principe, un collaborateur de cabinet d'une collectivité publique ne saurait participer à une campagne électorale. Cependant, par essence, celui-ci fait partie des plus proches collaborateurs de l'élu. Il n'est donc pas illogique que lorsque l'élu devient candidat, il s'appuie sur ses collaborateurs de cabinet. Sans évoquer des pratiques illégales dont on ne peut exclure qu'elles existent, une technique permettant de contourner l'interdiction d'utiliser des moyens publics est que ces collaborateurs soit démissionnent, ce qui est assez lourd et contraignant pour eux, soit prennent leurs congés... pour travailler sur la campagne. Sans vouloir paraître trop audacieux, ne faudrait-il pas lever cette hypocrisie et autoriser que des collaborateurs accompagnent leurs élus au cours de la campagne quitte à inclure une partie de leur rémunération dans le compte de campagne de l'élu-candidat ?

Une autre conséquence de ce principe est l'interdiction de faire de la promotion de la réalisation d'une action d'une collectivité publique, en particulier territoriale, six mois avant une élection<sup>39</sup>. On peut objecter à l'encontre de cette disposition que les collectivités territoriales ne s'arrêtent pas de fonctionner lors d'une campagne électorale et ne doivent pas être la « belle au bois dormant ». Il peut donc paraître excessif, de ce point de vue, de sanctuariser cette période en les empêchant de valoriser leurs actions. Or cette législation conduit en pratique les responsables d'une collectivité territoriale à faire preuve d'une excessive prudence et à bloquer toute opération de communication. Par exemple, le présent colloque, se déroulant en période d'élection cantonales, n'a pu être parrainé, en application d'une lecture stricte de cette prescription, par le Conseil général du territoire où il se déroulait. Une adaptation possible aurait pu être de réduire le délai de six mois pendant lequel s'applique cette interdiction. Ce délai aurait été de la sorte aligné sur celui concernant l'interdiction, comparable et insérée d'ailleurs dans la même disposition du code électoral, d'utiliser des procédés de publicité commerciale qui était de trois mois<sup>40</sup>. C'est bien la logique de l'alignement qui a prévalu mais dans le sens, que nous regrettons, du durcissement de l'interdiction d'utiliser de tels procédés pendant six mois au lieu de trois<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> C. élect., art. L 52-1, al. 2.

<sup>40</sup> C. élect., art. L 52-1, al. 1.

<sup>41</sup> LO n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 6.

Il conviendrait encore, à notre sens, de raccourcir la période excessivement longue d'un an couverte par le compte de campagne<sup>42</sup>. La CNCCFP note elle-même, à propos de l'élection présidentielle de 2007 que « les candidats n'entrent le plus souvent en campagne que quelques mois avant cette date, dès qu'ils sont officiellement investis par leur parti »<sup>43</sup>. Cela est encore plus vrai pour les élections autres que présidentielle qui en pratique se ramènent à quelques mois, voire quelques semaines. De plus, le président de la CNCCFP, François Logerot, a pu faire valoir que le suivi des dépenses par sa Commission sur une période aussi longue était très complexe à effectuer<sup>44</sup>. C'est pourquoi un raccourcissement de la période de référence à six mois, d'ailleurs proposé par les missions d'informations instituées par l'Assemblée nationale<sup>45</sup> et le Sénat<sup>46</sup>, paraîtrait raisonnable. Un tel délai aurait pour mérite de s'aligner sur celui désormais en vigueur pour les interdictions en matière de propagande<sup>47</sup>.

Enfin, le droit des campagnes électorales applicable aux médias audiovisuels mériterait, de notre point de vue, d'être libéralisé, du moins pour l'élection présidentielle. En effet, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a sensiblement renforcé ce droit spécifiquement pour l'élection présidentielle de 2007. Dans le cadre de sa mission générale de garant du pluralisme de l'expression des courants de pensée et d'opinion, celui-ci adresse avant chaque élection des recommandations aux éditeurs de services de radio et de télévision pour organiser le traitement médiatique de la campagne de l'élection concernée<sup>48</sup>. Pour l'élection présidentielle de 2007, la recommandation du 7 novembre 2006 alourdit le cadre juridique applicable, d'une part, concernant la date, qui est avancée par rapport à l'élection présidentielle de 2002 d'un mois<sup>49</sup>, d'autre part, en organisant, non plus deux, mais trois périodes fixant des contraintes pour les services de radio et de télévision afin de garantir le pluralisme. Ainsi, une première période dite « préliminaire » (courant du début de l'application de la recommandation à la veille de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel) est caractérisée par « l'équité des temps de parole et d'antenne » au bénéfice des candidats déclarés ou présumés ; une « période intermédiaire » (courant du jour de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel à la veille du début de la campagne dite « officielle ») est caractérisée par « l'égalité des temps de parole » et « l'équité des temps d'antenne » au bénéfice des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel ; une « période de campagne » (du début de la campagne officielle jusqu' au jour du second tour de l'élection) est caractérisée par « l'égalité dans des conditions de programmation comparables » au bénéfice des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel.

---

<sup>42</sup> C. élect. art. L 52-4.

<sup>43</sup> CNCCFP, *Xème Rapport d'activité pour 2007*, Doc. fr., 2008, p. 22.

<sup>44</sup> Audition devant la mission d'information du Sénat, *op. cit.* p. 178.

<sup>45</sup> Rapport rendu par la mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne présidée par Pierre Mazeaud, *op.cit.* p. 13.

<sup>46</sup> Rapport d'information, proposition n° 13, *op. cit.* p. 187.

<sup>47</sup> *V. supra.*

<sup>48</sup> L. n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 16.

<sup>49</sup> Pour l'élection présidentielle de 2002, la recommandation du CSA du 23 octobre 2001 s'appliquait à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002 ; pour l'élection présidentielle de 2007, celle-ci s'appliquait à partir du 1<sup>er</sup> décembre 2002.

Ce régime repose donc, pour une part, sur la notion « d'équité » définie, de manière délibérément souple selon la méthode du faisceau d'indices, à partir de la représentativité des candidats en prenant en compte, en particulier, les résultats que le candidat ou la formation politique le soutenant ont obtenus aux plus récentes élections, notamment à l'élection présidentielle précédente et la capacité à manifester concrètement l'intention affirmée d'être candidat évaluée par des actes tels que l'organisation de réunions publiques, la participation à des débats, la désignation d'un mandataire financier, et, plus généralement, toute initiative permettant de porter à la connaissance du public les éléments du programme du candidat. Le régime repose encore, pour une autre part, sur « l'égalité », plus simple à définir mais aussi plus rigoureuse, qui implique que les temps de parole et d'antenne des candidats et de leurs soutiens soient égaux.

On comprend bien la volonté du CSA d'organiser un régime rigoureux permettant en particulier de « casser le cercle » selon lequel un « petit candidat » ne pourra jamais devenir un « grand candidat » s'il ne bénéficie pas du même traitement médiatique que d'autres. Cependant, l'égalité stricte rigidifie de manière excessive l'accès des candidats aux médias audiovisuels. Leurs responsables se bornent effectivement à une approche strictement comptable des temps de parole et d'antenne, sans que l'intérêt rédactionnel soit toujours pris en compte. Les rédactions sont en ce sens amenés à inviter ou filmer un candidat sans qu'un quelconque intérêt lié à l'actualité le justifie ou au contraire à traiter en quelques secondes un événement lié à l'actualité d'un candidat qui, pourtant, justifierait un traitement plus important. Pire encore, devant tant de rigidité, certains organes de presse préfèrent aujourd'hui radicalement ne pas traiter la campagne électorale. Le risque existe donc que le débat politique ait lieu essentiellement sur Internet partiellement hors de la juridiction du CSA.

Conscient de ces difficultés, le CSA propose lui-même dans son rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007, outre de réduire la durée d'application de la recommandation, de supprimer la période intermédiaire<sup>50</sup>. Il nous paraît nécessaire d'assouplir davantage le régime applicable à l'élection présidentielle et que celui-ci s'aligne sur celui applicable aux élections locales<sup>51</sup>, législatives<sup>52</sup> et européennes<sup>53</sup>. Pour ces élections, la règle est uniquement celle de l'équité et non celle de l'égalité ce qui permet de concilier efficacement le pluralisme des courants d'idées et d'opinion et la liberté de communication.

## **II. Le renforcement des règles**

Le renforcement des règles du droit des campagnes électorales a pour objectif de rendre celui-ci plus intelligible (A) et plus efficace (B).

### **A. Le renforcement des règles en vue d'un droit plus intelligible**

---

<sup>50</sup> *Rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007. Bilan et propositions*, adopté le 6 novembre 2007, Doc. fr., p. 8.

<sup>51</sup> Recommandation n° 2007-7 du 13 novembre 2007 en vue des élections cantonales et municipales de mars 2008.

<sup>52</sup> Recommandations des 18 avril et 10 mai 2007 en vue des élections législatives des 10 et 17 juin 2007.

<sup>53</sup> Recommandation du 24 mars 2009 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen du 7 juin 2009.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui s'applique y compris en matière électorale<sup>54</sup>, est, s'agissant de cette matière, quelque peu malmené. Un premier facteur d'inintelligibilité résulte du caractère ancien de la source principale du droit des campagnes électorales qu'est le Code électoral. Ce dernier, datant de 1956<sup>55</sup>, a perdu de sa cohérence au fil de l'empilement des réformes successives. Son caractère obsolète se manifeste, par exemple, s'agissant du régime des inéligibilités. Certaines fonctions visées par le code électoral, en effet, soit n'existent plus, soit n'ont plus le caractère sensible ou important qui justifiait une inéligibilité. Il en est ainsi par exemple des fonctions, qui empêchent d'être élu conseiller général, comme « ingénieurs en chef chargés de la direction d'un établissement du service des manufactures de tabac », « inspecteurs des manufactures de tabac et directeurs du service de la culture et des magasins de tabac », « ingénieurs en chef, ingénieurs principaux, ingénieurs des travaux et autres agents du génie rural, des eaux et des forêts » ou encore « inspecteurs des instruments de mesure »<sup>56</sup>. Un progrès sensible a toutefois été accompli par la loi n° 2011-410 du 14 avril 2011 qui a actualisé les cas d'inéligibilité pour les fonctions de parlementaires<sup>57</sup>. Parmi les innovations notables figurent la définition de manière générale des fonctions de « directeurs, directeurs adjoints et chefs de service des administrations civiles de l'État dans la région ou le département »<sup>58</sup>. Une intervention du législateur sur le même modèle serait ainsi souhaitable pour l'ensemble des cas d'inéligibilité afin de substituer une énumération vaine de fonctions précises donnant lieu à incompatibilité ou inéligibilité par la mention de fonctions définies d'une manière plus générale.

En outre, non seulement le droit des inéligibilités et incompatibilités peut être à certains égards obsolète mais aussi incohérent. Ainsi, par exemple, les ingénieurs et chefs de section des travaux publics de l'Etat sont inéligibles dans le cadre d'un mandat municipal<sup>59</sup> alors que ces mêmes fonctions provoquent une incompatibilité avec un mandat de conseiller général<sup>60</sup> ou régional<sup>61</sup> sans qu'une quelconque logique vienne justifier ce régime différencié. Une uniformisation commune à toutes les élections du régime des inéligibilités et des incompatibilités serait donc utile.

---

<sup>54</sup> Cons. const., n° 2003-475 DC, 24 juill. 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*.

<sup>55</sup> Décret n° 56-981 du 1<sup>er</sup> octobre 1956.

<sup>56</sup> C. élect., art. L. 195, 13°, 14°, 15°.

<sup>57</sup> L. n° 2011-410 du 14 avril 2011, art. 1.

<sup>58</sup> C. élect., art. LO 132, 4°.

<sup>59</sup> C. élect., art. L 231.

<sup>60</sup> C. élect., art. L 207.

<sup>61</sup> C. élect., art. L 343.

Surtout, l'inintelligibilité du droit des campagnes électorales résulte du caractère disparate de ses sources en ce sens que toutes les élections ne sont pas régies par le Code électoral : ce sont en effet des lois non codifiées qui régissent l'élection présidentielle<sup>62</sup> et les élections européennes<sup>63</sup>. Une adaptation élémentaire serait de regrouper le régime de ces élections au sein du code électoral. Les consultations référendaires en application de l'article 11 ou 89 de la Constitution sont organisées par décrets. Au demeurant, le vote à l'occasion d'une consultation référendaire semble justifier, au vu de l'article 34 de la Constitution selon lequel « le législateur fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques », la compétence législative. Il paraîtrait pour le moins logique, sans qu'aucun obstacle technique ou juridique ne s'y oppose, de rattacher le régime législatif de ce qui s'apparente en des opérations électorales au code électoral. Enfin, les lois importantes n° 88-226 et n° 88-227 du 11 mars 1988 ne sont pas non plus contenues dans le code électoral. C'est précisément l'objet du travail entamé en 2007 par la Commission supérieure de codification que de procéder à une refonte complète du code électoral de façon à lui redonner une cohérence et un caractère exhaustif<sup>64</sup>. Les conclusions de cette Commission initialement attendues pour 2010 pourraient donner lieu à une codification par voie d'ordonnances qui doit intervenir avant le 14 octobre 2011 sous peine de rendre caduque l'habilitation législative<sup>65</sup>.

De plus, le droit des campagnes électorales n'est pas un droit homogène en ce sens que les règles sont différentes selon les types des élections. Les textes issus du « paquet électoral » pallient, dans une certaine mesure, cette difficulté. La loi du 14 avril 2001 étend ainsi la législation sur le financement des campagnes électorales aux élections sénatoriales<sup>66</sup>. On s'étonnera tout de même qu'il ait fallu attendre une vingtaine d'années après la mise en vigueur de cette législation pour les élections législatives pour unifier le droit des élections parlementaires.

En revanche, la législation sur le financement des campagnes électorales n'est toujours pas applicable aux circonscriptions comprises en 3500 et 9000 habitants ce qui concerne en pratique un grand nombre de communes et un certain nombre de cantons. Il s'agit là d'une hypothèse où une meilleure intelligibilité du droit (un même droit applicable à toutes les élections) se heurte à sa simplification. On peut en effet estimer raisonnable que dans des circonscriptions où les sommes engagées ne sont, en toutes hypothèses, pas excessives que la législation sur le financement des campagnes électorales n'ait pas été étendue. De surcroît, une telle extension aurait eu pour inconvénient d'alourdir considérablement la charge de travail de la CNCCFP.

---

<sup>62</sup> L. n° 62-1292, 6 nov. 1962.

<sup>63</sup> L. n° 77-729, 7 juill. 1977.

<sup>64</sup> Le périmètre et le plan du futur code électoral sont précisés par le 19<sup>ème</sup> rapport d'activité pour 2008 de la Commission supérieure de codification (Doc. fr, 2009, p. 50).

<sup>65</sup> L. n° 201-412 du 14 avril 2011 (art. 28).

<sup>66</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 20) ; C. élect., art. L. 308-1 al. 1<sup>er</sup> : « Le chapitre V bis du titre Ier du livre Ier est applicables aux candidats aux élections sénatoriales ».

Un autre facteur d'hétérogénéité du droit des campagnes électorales réside dans la diversité des dates requises selon les élections afin d'engager des démarches ou interdire des activités. De manière opportune, le législateur y a partiellement remédié en harmonisant les dates concernant le dépôt des comptes de campagne<sup>67</sup>. De même, une source de confusion était que la distribution de documents de propagande pouvait être effectuée la veille du scrutin alors même que la campagne était close dans les médias audiovisuels l'avant-veille du scrutin. Le législateur a supprimé cette source de confusion en alignant la date de clôture de la campagne électorale pour la distribution de documents de propagande sur celle applicable dans les médias audiovisuels<sup>68</sup>.

En revanche, il est regrettable que le législateur se soit, par exemple, abstenu d'harmoniser les dates et conditions de dépôt des déclarations de candidature, les dates d'ouverture des campagnes électorales ou encore les délais de recours contentieux contre les élections, autant d'éléments qui ne sont presque jamais les mêmes selon les élections.

L'absence d'homogénéité du droit des campagnes électorales tient encore au fait que les règles applicables aux organes de presse durant une telle période sont différentes selon la nature des médias en cause. Nous avons en effet précédemment dénoncé l'excès de rigidité des règles applicables aux médias audiovisuels alors même que celle-ci contraste avec la liberté des organes de presse écrite. Ces derniers sont en effectivement libres de prendre position en faveur de l'un ou l'autre des candidats dans le cadre des campagnes électorales sans que ces prises de position ne constituent des actes de propagande en faveur du candidat qui en bénéficie. On peut toutefois s'interroger si cette liberté ne doit pas impliquer une responsabilité particulière lorsque la presse quotidienne régionale est, comme c'est souvent le cas, en situation de monopole de fait. Il pourrait ainsi paraître opportun, du moins pour les élections locales, que les organes de presse écrite soient astreints également à une obligation de pluralisme et d'équité de traitement.

Faute de textes clairs ou complets, le juge administratif est naturellement venu combler la défaillance du législateur. Sa jurisprudence est certes souvent intelligente, parfois constructive, si ce n'est prétorienne<sup>69</sup>, mais, par nature, dans tous les cas ne présente pas les garanties d'accessibilité et de sécurité pour les citoyens inhérentes à celles d'un texte. L'intervention du juge s'est manifestée notamment en matière de propagande électorale. Au demeurant, ce terme même, auquel un livre du code électoral y est consacré<sup>70</sup>, peut apparaître quelque peu connoté et désuet. Le terme de « communication électorale » nous semble davantage correspondre à la réalité contemporaine des campagnes électorales.

---

<sup>67</sup> C. élect., art. L 52-12, 2<sup>ème</sup> al. modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 10 : « Au plus tard avant 18 heures le dixième vendredi suivant le premier tour de scrutin, chaque candidat ou candidat tête de liste présent au premier tour dépose à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques son compte de campagne ... ».

<sup>68</sup> C. élect., art L. 49 modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 4.

<sup>69</sup> En ce sens, v. Rapport d'information. Doc. Sénat, n° 186, 2010-2011, 15 déc. 2010, « Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner », *La Gazette*, 11 févr. 2011, p. 165.

<sup>70</sup> C. élect., Livre 1<sup>er</sup>, Titre 1<sup>er</sup>, chapitre V : « Propagande ».

Au delà de cette précision terminologique, l'inadaptation du code électoral tenait surtout à l'absence de prise en compte par les dispositions relatives à la propagande des technologies de l'information et de la communication (TIC), dont Internet, pourtant aujourd'hui utilisées massivement dans les campagnes électorales. Sans doute, cette lacune a t-elle-été compensée avec pragmatisme par la jurisprudence du Conseil d'Etat dont la ligne directrice est de soumettre les TIC à la législation de droit commun. Pour autant, la jurisprudence à ce sujet reste subtile : il a été décidé, par exemple, que la réalisation et l'utilisation d'un site de campagne constituent une forme de propagande électorale par voie de communication audiovisuelle mais non un procédé de publicité commerciale interdit par l'article L 52-1 du code électoral<sup>71</sup> ; en revanche, le référencement commercial d'un site de candidat sur un moteur de recherche constitue bien un procédé prohibé de publicité commerciale<sup>72</sup>. Compte tenu de ces subtilités, il est bienvenu que la loi du 14 avril 2011 ait explicitement décidé que « les interdictions et restrictions (prévues par le code électoral) en matière de propagande électorale sont applicables à tout message ayant le caractère de propagande électorale diffusé par tout moyen de communication au public *par voie électronique* »<sup>73</sup>.

Indépendamment de la question des TIC, le législateur a repris littéralement une jurisprudence classique en matière de propagande selon laquelle « il est interdit à tout candidat de porter à la connaissance du public un élément nouveau de polémique électorale à un moment tel que ses adversaires n'aient pas la possibilité d'y répondre utilement avant la fin de la campagne électorale »<sup>74</sup>. Même si cette disposition législative n'apporte rien de plus sur le fond, il est toujours préférable, ne serait-ce que pour des raisons d'accessibilité, qu'une règle, fut-elle bien établie, soit explicitement consacrée par un texte écrit.

En outre, le juge administratif est intervenu pour pallier l'absence, étonnante, de véritable définition d'une notion aussi centrale que celle de « dépenses électorales ». Celle-ci n'est effectivement définie par le législateur que de manière tautologique en étant présentées comme des « dépenses engagées en vue de l'élection »<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> CE, 8 juill. 2002, *Elections municipales de Rodez*.

<sup>72</sup> CE, 13 févr. 2009, *Elections municipales de Fuveau*.

<sup>73</sup> C. élect., art. L 48-1 créé par L. n°2011-412 du 14 avril 2011 - art. 2.

<sup>74</sup> C. élect., art. L 48-2 créé par L. n°2011-412 du 14 avril 2011 - art. 3.

<sup>75</sup> C. élect., art. L 52-4.

Très logiquement, la jurisprudence administrative a compris cette disposition de manière pragmatique en considérant que de telles dépenses sont « remboursables » et sont celles dont « la finalité est l'obtention des suffrages des électeurs »<sup>76</sup>. De la sorte, la jurisprudence retient une conception stricte de la notion de dépense électorale qui ne nous semble pas adaptée. Par exemple, elle a exclu les dépenses concernant les repas pris par le candidat avec son équipe de campagne et ses colistiers sauf « circonstances particulières »<sup>77</sup> ; pour autant, de tels repas paraissent bel et bien des « dépenses engagées en vue de l'élection » quand bien même leur finalité ne soit pas « l'obtention des suffrages des électeurs » ; ceci conduit au demeurant les membres de l'équipe et les colistiers à payer personnellement cette dépense alors que les uns sont dans un cadre professionnel, les autres dans celui de l'élection, ce qui nous paraît injuste. De même, une dépense électorale ne peut être engagée qu'à l'intérieur d'une circonscription ; par conséquent, par exemple, le déplacement d'un candidat aux élections européennes dans un pays membre de l'Union européenne pour débattre avec un autre candidat ne peut pas en principe être pris en compte comme une dépense électorale, ce qui nous paraît illogique ; toutefois, il est vrai que la CNCCFP et le Conseil d'Etat ont assoupli à ce sujet leur doctrine et leur jurisprudence en admettant que des dépenses correspondant à des frais de transports effectués en dehors de la circonscription qui présentent « un effet utile en vue de l'élection » pouvaient, sous conditions, notamment si le déplacement a comme point de départ l'intérieur de la circonscription, être comprises comme des dépenses électorales<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> CE, 27 juin 2005, *Gourlot*, n° 272551, comm. B. Maligner, *AJDA*, 2005, p. 2071.

<sup>77</sup> CE, 27 juin 2005, *Gourlot*, n° 272551. La jurisprudence administrative sur les frais de restauration de l'équipe de campagne reprend sur ce point la doctrine de la CNCCFP qui est en particulier exposée dans son XIII<sup>ème</sup> Rapport d'activité pour 2009 (Doc. fr., 2010, p. 88).

<sup>78</sup> CE, 23 avril 2009, M. *Duhautois*, note B. Maligner, *AJDA*, 2009, p. 1833.



Pour sa part, la CNCCFP, légitimement soucieuse de l'utilisation des deniers publics comprend de telles dépenses de manière encore plus stricte<sup>79</sup>. C'est cette logique qui a conduit la Commission à ne pas considérer, en principe, les dépenses engagées dans le cadre d'une élection primaire à l'élection présidentielle comme des « dépenses engagées en vue de recueillir le suffrage des électeurs » mais comme simplement des dépenses de pré-campagne<sup>80</sup>. Toutefois, la position de la Commission est en réalité plus nuancée et réserve l'hypothèse où « le candidat désigné à l'issue des primaires a engagé avant cette date des dépenses dont la finalité était l'obtention du suffrage des électeurs lors de l'élection présidentielle à venir, alors qu'il n'était encore que « pré-candidat », ces dépenses seraient à considérer, au cas par cas (...), comme des dépenses électorales remboursables à inscrire au compte de campagne ». L'absence de règles législatives claires oblige donc la CNCCFP à adopter une position « d'équilibriste » ne permettant pas de savoir avec certitude si toutes les dépenses engagées dans le cadre d'une élection primaire ne sont que des dépenses de pré-campagne. De plus, au-delà de la position de la Commission, il faut bien avoir conscience que ce type d'élections constitue en réalité des opérations de communication servant à promouvoir la personne ou le programme d'un candidat. Dans ces conditions, on peut tout à fait concevoir que les dépenses engagées pour des élections primaires soient des dépenses électorales. Pour l'ensemble de ces raisons, le législateur devrait donc préciser ce que sont les dépenses électorales qui constituent un des socles de la législation sur le financement des campagnes électorales. Une définition plus large pour soumettre en toute logique à la législation sur le financement des campagnes des dépenses qui sont bien engagées « en vue de l'élection », sans pour autant avoir *directement* pour finalité l'obtention des suffrages des électeurs, nous paraît davantage pertinente. A cet égard, Bernard Maligner propose de considérer que sont des dépenses électorales celles « exposées par les candidats, avec leur accord et par ceux qui le soutiennent, dans l'année qui précède l'élection jusqu'au jour où celle-ci est acquise, et qui servent à promouvoir la personne ou le programme d'un candidat, voire sa sécurité »<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Par exemple, pour la CNCCFP, l'achat de « gadgets électoraux » du types porte-clés, stylos, briquets, dans la mesure où ceux-ci ne servent qu'à promouvoir l'image du candidat, ne sont pas des dépenses électorales. Toutefois, la Commission n'ayant pas été suivie sur ce point par le Conseil d'Etat (CE, 14 juin 2010, *Mme Le Pen*), celle-ci est prête à revoir sa position (v. 13<sup>ème</sup> Rapport d'activités, 2010, Doc. fr., 2011, p. 74).

<sup>80</sup> « S'agissant des candidats à l'investiture de leur parti (« précandidats »), la commission estime que les dépenses engagées, dans le cadre de manifestations internes au parti aux fins de désigner son candidat, visent uniquement à obtenir les suffrages des militants, des adhérents et des personnes intéressées par le processus de vote. Elles ne présentent donc pas, en principe, le caractère de dépenses engagées en vue de recueillir le suffrage des électeurs et n'ont donc pas à figurer au compte de campagne du candidat investi par le parti. » (Déc. CNCCFP, 11 avril 2011 relative à la présentation des comptes de campagne en vue de l'élection présidentielle, JORF n°0093 du 20 avril 2011, p. 6954).

<sup>81</sup> B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, 2007, n° 467 et s.

Cependant, une telle définition pourrait avoir pour effet, en l'état actuel de la jurisprudence administrative et de la pratique décisionnelle de la CNCCFP, d'élargir considérablement le champ des dépenses remboursables ce qui serait donc néfaste pour l'économie des deniers publics. L'élargissement de la notion de dépenses électorales devrait donc être accompagné d'une distinction en son sein entre des dépenses remboursables et celles non remboursables comme, par exemple, les dépenses engagées pour des « gadgets électoraux » ou dans le cadre d'une élection primaire.

## **B. Le renforcement des règles en vue d'un droit plus efficace**

L'efficacité d'une législation repose, pour partie, sur l'existence de sanctions applicables en cas de non respect de celle-ci. C'est précisément en vue de rendre le droit des campagnes électorales plus effectif que les sanctions en ce domaine ont été récemment renforcées dans trois hypothèses.

Ainsi, en premier lieu, une faille existait dans le système de déclaration de situation patrimoniale à laquelle sont astreints un certain nombre d'élus en début et en fin de mandat<sup>82</sup> ainsi que les candidats à l'élection présidentielle<sup>83</sup>. Des sanctions étaient sans doute prévues pour les personnes qui négligent de se conformer aux obligations de déclaration de leur situation patrimoniale<sup>84</sup> mais aucune pour celles ayant établi une déclaration mensongère. Logiquement, les lois du 14 avril 2011 ont corrigé cette lacune en punissant le fait d'établir une telle déclaration d'une amende et de l'interdiction des droits civiques<sup>85</sup>.

En second lieu, l'inefficacité des sanctions résultait de l'absence de « guichet unique » pour le remboursement des dépenses de campagne en cas de réformation de la décision de la CNCCFP par le juge électoral : soit ce dernier approuvait le compte rejeté par la CNCCFP, les candidats devaient de nouveau la saisir pour la fixation du remboursement des dépenses ; soit le juge électoral rejetait le compte approuvé par la CNCCFP, il n'existait pas alors de procédures permettant d'obtenir le reversement du remboursement. Désormais, le juge fixe lui-même dans sa décision le montant du remboursement forfaitaire dû ce qui abrègera la procédure et garantira le paiement des sommes dues<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> Pour les députés, C. élect., art. LO 135-1 ; pour les députés européens et les titulaires de fonctions exécutives locales, L. n° 88-227, 11 mars 1988, art. 2.

<sup>83</sup> L. 6 nov. 1962, art. 3.

<sup>84</sup> Au vu de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 (art. 5), les personnes ayant négligé de se conformer aux obligations de déclaration de leur situation patrimoniale encourent une inéligibilité temporaire d'un an aux fonctions exercées ainsi que l'absence de remboursement forfaitaire des dépenses électorales.

<sup>85</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 24 ; LO n° 2011-410 14 avril 2011, art. 2.

<sup>86</sup> C. élect., art. L 118-2 modifié par LO n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 15.

En troisième lieu, on pouvait trouver incohérent que les manquements aux règles relatives au financement des campagnes électorales soient sanctionnés par une inéligibilité alors que la fraude électorale n'était sanctionnée que par l'annulation de l'élection. De surcroît, dans cette dernière hypothèse, la sanction n'intervient que dans les seuls cas où l'écart de voix est suffisamment faible pour que le juge considère que la fraude a faussé les résultats du scrutin<sup>87</sup>. Un alignement des sanctions applicables semblait d'ailleurs d'autant plus se justifier que les manquements en matière de règles relatives au financement des campagnes comme en matière de fraude électorale ont eux-mêmes été alignés puisqu'ils supposent tous deux désormais une fraude délibérée<sup>88</sup>. C'est pourquoi, la loi du 14 avril 2011 a créé une sanction d'inéligibilité en cas de fraude électorale<sup>89</sup>. Il reste toutefois à savoir si le juge parachevera le rapprochement de ces deux logiques en usant de sa faculté de prononcer effectivement une inéligibilité en cas de fraude électorale ou s'il s'en tiendra à sa jurisprudence antérieure d'annuler simplement l'élection.

Indépendamment de la question des sanctions, l'efficacité du droit des campagnes électorales peut être améliorée s'agissant des sondages électoraux. Le cadre juridique est en l'occurrence aujourd'hui fixé par la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la « publication à la diffusion de certains sondages d'opinion ». Celle-ci a incontestablement constitué un progrès notable pour garantir l'honnêteté et la rigueur d'un sondage électoral en imposant un certain nombre d'obligations déontologiques aux sondeurs et aux médias sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante dite « Commission des sondages ». Depuis 1977, cette loi n'a été, à ce jour, aménagée qu'à une seule reprise en 2002<sup>90</sup>, alors même que les sondages se sont multipliés, leur influence est devenue grandissante et leurs techniques se sont singulièrement affinées.

---

<sup>87</sup> Toutefois, certains auteurs ne manquent pas de rappeler que, contrairement à une idée répandue, l'élément déterminant pris en compte par le juge est moins l'écart des voix que l'incidence d'une action sur l'électeur ou sur le dépouillement ayant altéré la sincérité du scrutin (v. *infra*, J.-P. Camby, « Faut-il adapter le rôle du juge et les sanctions ? »).

<sup>88</sup> En matière de manquement aux règles relatives aux financements des campagnes électorales, le nouvel article 118-3 du code électoral dispose que le juge de l'élection « prononce également l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de *volonté de fraude* ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales ».

<sup>89</sup> L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 17 et C. élect., art. L 118-4 : « Saisi d'une contestation formée contre l'élection, le juge de l'élection peut déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat qui a accompli des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin ».

<sup>90</sup> L. n° 2002-214, 19 févr. 2002.

Cependant, ainsi que l'a montré le rapport présenté par les sénateurs Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur<sup>91</sup>, cette législation souffre de certaines carences notamment en ne définissant pas un « sondage », en ne garantissant pas suffisamment sa sincérité dans la mesure où le public n'est pas toujours en mesure d'identifier clairement le commanditaire et l'acheteur du sondage et surtout compte tenu des moyens d'actions limités de la Commission des sondages. En effet, en cas de non respect de la législation, celle-ci peut simplement ordonner des « mises au point » par les organes d'information<sup>92</sup>. De surcroît, le rapport sénatorial précité note que la Commission fait « un usage plutôt timide » de la possibilité d'ordonner la publication de mises au point alors même que les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 sont loin en pratique d'être scrupuleusement respectées<sup>93</sup>.

C'est pourquoi le renforcement du cadre législatif prévu par la proposition de loi déposée par le sénateur Hugues Portelli le 25 octobre 2010<sup>94</sup> et reprenant les conclusions du rapport sénatorial précité est bienvenu. Sans qu'il soit question à ce stade d'évoquer dans le détail l'ensemble des modifications prévues, de surcroît susceptibles d'évolutions au cours de la discussion parlementaire, notons simplement que ce texte s'appliquerait en particulier aux « sondages publiés, diffusés ou rendus publics, portant sur des sujets liés au débat politique ou électoral » ; l'acheteur et le commanditaire devraient être identifiés ; la Commission serait dotée d'une compétence générale pour vérifier que les sondages politiques ont été commandés, réalisés, publiés ou diffusés conformément à la loi et aux règlements ; les pouvoirs de cette commission seraient renforcés à la fois *a priori* par la possibilité d'établir des observations quant à la méthodologie dans le mois précédant un scrutin, qui seraient obligatoirement publiées en même temps que le sondage et *a posteriori* par des amendes prononcées en cas de violation du dispositif législatif et réglementaire ainsi que par la création d'un « délit d'entrave » à son action.

Si, au total, cette proposition de loi adapte sensiblement l'effectivité du droit des sondages électoraux, on peut encore souhaiter que le délai, fixé par voie réglementaire<sup>95</sup>, de cinq jours suivant la publication ou la diffusion d'un sondage afin de saisir la Commission des sondages, soit étendu ou même supprimé. Ce délai très court est actuellement sans doute un des obstacles qui explique la faible fréquence de saisine de cette Commission.

---

<sup>91</sup> Rapport d'information sénatorial du 20 octobre 2010 rédigé au nom de la Commission des lois par MM. Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur.

<sup>92</sup> Loi n° 77-808, 19 juillet 1977, art. 9.

<sup>93</sup> En ce sens, v. Rapport d'information sénatorial, *op. cit.*, p. 47.

<sup>94</sup> Proposition de loi n° 61 sur les sondages visant à mieux garantir la sincérité du débat politique et électoral, présentée par M. H. Portelli le 25 octobre 2010.

<sup>95</sup> D. n° 78-79 25 janv. 1978, art. 11.

Enfin, reste en suspens la question de la divulgation d'indications sur les résultats d'élection à partir de sondages, diffusés notamment sur Internet, avant la clôture du totale du scrutin. Une telle divulgation pose effectivement problème au regard de la sincérité du scrutin. Une solution proposée par le Conseil constitutionnel<sup>96</sup>, la Commission nationale de contrôle<sup>97</sup> et le Conseil supérieur de l'audiovisuel<sup>98</sup> dans leur rapport d'observations sur l'élection présidentielle de 2007 est une fermeture de l'ensemble des bureaux de vote en métropole à *la même heure*, ce qui suppose concrètement de repousser celle-ci, pour une partie des communes, de 18 h à 20 h. Si cette solution peut avoir pour effet de compliquer le travail des sondeurs en ne permettant plus des sondages à partir de résultats obtenus dans des bureaux de vote où le scrutin est clos, il n'est pas certain qu'elle soit une garantie absolue. Le principe de territorialité du droit applicable empêche de légiférer s'agissant de la diffusion de sondages à l'étranger. Toute solution strictement française ne peut en ce domaine n'être qu'une « ligne Maginot » inadaptée à des techniques désormais ignorantes des frontières.

En définitive, la question initialement posée au cours de cette étude « d'adapter les règles » aurait pu être dépassée à la suite de l'entrée en vigueur du « paquet électoral ». Il est vrai que les textes adoptés ont non seulement procédé à des ajustements techniques longtemps attendus (uniformisation des dates de dépôt des comptes de campagne, alignement de la date de clôture de la campagne sur celle applicables dans les médias audiovisuels, simplification des obligations des candidats et des mandataires financiers, prise en compte des nouvelles technologies) mais également à des modifications de fond, qui sans bouleverser l'équilibre de la législation construit depuis 1988, sont loin d'être négligeables (application de la législation sur le financement des campagnes électorales aux élections sénatoriales, pouvoir de modulation des sanctions reconnus à la CNCCFP et au juge de l'élection, « présomption de bonne foi » reconnue aux candidats). Pour autant, le thème de l'adaptation des règles reste d'actualité. Le « paquet électoral » est loin d'avoir remédié à toutes les imperfections ou incohérences du droit des campagnes électorales. Il est vrai qu'il était, à ce stade, difficile pour le législateur d'aller plus loin. Il n'est en effet pas souhaitable dans une démocratie mature de modifier en profondeur l'équilibre d'une législation, comme cela a été fait par le passé trop souvent, un an avant un cycle électoral constitué par les élections présidentielle et législatives. De plus, l'indispensable travail de refonte du code électoral ne pourra être effectif que lorsque la Commission supérieure de codification aura rendu ses conclusions.

---

<sup>96</sup> Cons. const., Observations sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, délibération des 31 mai et 7 juin 2007.

<sup>97</sup> Rapport établi par la Commission nationale de contrôle de la campagne pour l'élection présidentielle (scrutins des 22 avril et 6 mai 2007), JORF n° 235, 10 oct. 2007, p. 16544.

<sup>98</sup> *Rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007. Bilan et propositions*, adopté le 6 novembre 2007, Proposition n° 11, Doc. fr., 2007, p. 7.

Il reste donc de nombreuses évolutions à accomplir. Il nous semble ainsi souhaitable que le législateur s'empare de la définition de « dépenses électorales » qui conditionne – pas moins - l'établissement du compte de campagne par les candidats. L'effort d'uniformisation du droit applicable selon les élections doit être poursuivi. L'unification des sources du droit des campagnes électorales aura franchi une étape décisive lorsque sera repris par le Parlement ou le Gouvernement agissant par voie d'ordonnances les travaux de recodification du code électoral entrepris par la Commission supérieure de codification.

Sans doute, le temps n'est-il pas encore de rompre l'équilibre difficilement construit par les lois sur le financement de la vie politique. L'exigence de transparence, de moralité voulue par nos contemporains et aussi, disons-le, le sentiment éprouvé par eux de méfiance vis-vis du personnel politique font que l'heure n'est pas encore venue pour une franche libéralisation des règles des campagnes électorales. Nous convenons que certaines propositions visant à libéraliser le droit des campagnes électorales, que nous avons formulées au cours de cette étude, sont, à ce jour, iconoclastes (concours, encadré, des personnes morales, prise en compte, sous conditions, de la participation des collaborateurs de cabinet aux campagnes électorales) et ont peu de chances d'être suivies d'effet. Pour autant, il convient de prendre garde à ne pas risquer de décourager toute une frange de la population désireuse de s'engager en politique. Le raffinement des règles ne doit pas gâcher cette volonté ; les campagnes électorales ne doivent pas être l'affaire que de juristes. L'adaptation des règles est donc un ouvrage sans cesse à remettre sur le métier.

## **La liberté de faire campagne**

**Par Xavier Bioy**

**Professeur de droit public *Université Toulouse 1 Capitole*  
*Institut Maurice Hauriou***

Cicéron construit son *Manuel de campagne électorale* autour du thème de l'amitié. L'amitié qui requiert une grande liberté politique. S'adressant à son frère Marcus qui sera candidat, il lui prodigue entre autres ce conseil<sup>99</sup>: « Mets-toi bien dans l'esprit qu'il va falloir faire semblant d'accomplir avec naturel des choses qui ne sont pas dans ta nature. (...) La flatterie est beaucoup moins critiquable quand elle renforce l'amitié et, de toute façon, elle est obligatoire pour un candidat dont le front, le visage et les discours doivent changer et s'adapter, selon ses idées et ses sentiments, à l'interlocuteur du moment. » Pour l'avocat qu'il était, cette belle leçon de pragmatisme s'appuierait aujourd'hui sur des arguments juridiques. Plus particulièrement, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relayée par celle du Conseil d'Etat, et celle du Conseil constitutionnel qui donnent à l'art de faire campagne les traits de la liberté politique.

Faire campagne, cela implique de pouvoir se déplacer, communiquer, rencontrer, publier, trouver des financements pour tout cela, et finalement s'assurer du soutien de l'Etat dans cette entreprise. On ne saurait donc parler d'une liberté autonome ; la liberté de faire campagne est fille d'autres. Il s'agit donc tout à la fois de se placer sous la puissante protection de la liberté d'expression et de ses démembrements (réunion, presse, audio-visuel, ...). Cela permet de se prévaloir de droits subjectifs dont certains aspects se trouvent renforcés pour leur fonction politique et institutionnelle qui leur donne une dimension objective, d'utilité publique.

C'est pourquoi la liberté de faire campagne peut puiser à diverses sources juridiques qui garantissent à la fois l'accès de chacun à l'oreille des électeurs et le rôle des partis et groupements dans l'organisation de la représentation politique. Il s'agit des stipulations des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatifs à la liberté d'expression et à la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention sans distinction aucune, et celles de l'article 3 du premier protocole additionnel à ladite convention selon lequel les Etats s'engagent à organiser des élections libres. Il faut également mobiliser les stipulations des articles 19 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, relatives à la liberté d'expression et au droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques ainsi que de voter et d'être élu. Au plan constitutionnel, la liberté de faire campagne peut se réclamer de l'article 11 de la Déclaration des droits, de l'article 4 de la Constitution et de l'orientation donnée par l'objectif de valeur constitutionnelle de la protection du pluralisme des courants d'opinion.

---

<sup>99</sup> Quintus Cicéron, *Manuel de campagne électorale*, trad. J-Y Boriaud, Arléa, 1996.

On distinguera le droit d'éligibilité et le droit de faire campagne. Le temps de la liberté de faire campagne se situe en effet après l'acte de candidature. Elle-même constitue un droit à part<sup>100</sup>, sur lequel pèsent des limitations spécifiques comme des cautions exorbitantes exigées dans certains pays ou des déclarations patrimoniales qui se doivent d'être exactes<sup>101</sup>. Pour la Cour européenne, le fait que certains membres d'une liste électorale aient menti sur leur situation patrimoniale ne saurait priver la liste du droit de candidater<sup>102</sup>. La Cour européenne établit également un lien entre le droit de vote et celui de se porter candidat. Le fait de priver des électeurs du droit de vote, en particulier s'il s'agit d'un acte arbitraire, peut faire obstacle à l'exercice effectif par un candidat à l'élection de son droit de s'y présenter<sup>103</sup>.

Par sa décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé que le législateur ne saurait en effet priver un citoyen du droit d'éligibilité dont il jouit en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que dans la mesure nécessaire au respect du principe d'égalité devant le suffrage et à la préservation de la liberté de l'électeur. Ainsi, une inéligibilité ne saurait valoir pour l'ensemble du territoire national que de manière expresse. Cependant, le droit d'être candidat n'est pas tout à fait déconnecté de celui de faire campagne, car il y va de l'intérêt des électeurs de pouvoir entendre et choisir. Cela implique qu'une inéligibilité à vie soit en soi disproportionnée, quand bien même le motif en est louable<sup>104</sup>.

Concernant précisément la campagne électorale, dans nos systèmes occidentaux, un minimum d'organisation existe sous les traits d'une « campagne officielle », c'est à dire d'une espace-temps aménagé et contraignant dont le maître mot et la finalité résident dans l'égalité des candidats pour l'expression des idées politiques. Des espaces sont créés pour l'affichage et des temps d'antennes définis sur les médias audio-visuels. La contrainte et sa systématicité sont variables, ne serait-ce que parce que l'influence d'une éventuelle violation des règles sur l'issue contentieuse du scrutin n'est guère systématique tant le juge se veut pragmatique. Néanmoins, cela dessine les contours de deux degrés de libertés de faire campagne. En dehors du temps de campagne officielle, la contrainte est faible, elle est celle qui pèse sur toute liberté d'expression, réduite encore par la protection accrue liée au caractère politique des propos. La protection est forte contre les ingérences de l'Etat ou d'autres particuliers dont l'Etat doit neutraliser les atteintes. Durant la campagne officielle, l'objectif d'assurer la qualité du jeu électoral par la représentation équitable des candidats, sert globalement la liberté de tous de faire campagne mais encadre plus ou moins fortement les moyens d'expression de chacun.

---

<sup>100</sup> La jurisprudence de la Cour fait la distinction entre l'aspect actif de l'article 3 du Protocole n° 1, qui a trait au droit de vote, et l'aspect passif, c'est-à-dire le droit de se porter candidat aux élections (CEDH, 27 avril 2010, *Tânase c. Moldova*). Voir Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Bibl. parlementaire et constitutionnelle, 2009.

<sup>101</sup> Le code de bonne conduite en matière électorale La Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (Commission de Venise) recommande « de revoir ces montants augmentés car il n'est pas évident que les cautions existantes soient insuffisantes pour dissuader les candidats fantaisistes. » Il en va de même pour le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 25(57) adoptée en vertu de l'article 40 § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et datée du 12 juillet 1996.

<sup>102</sup> CEDH, 19 juillet 2007, *Krasnov et Skouratov c. Russie*, Requêtes n° 17864/04 et 21396/04) et CEDH, 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*.

<sup>103</sup> CEDH, 8 juillet 2008, *Parti travailliste Géorgien c. Géorgie*, §121.

<sup>104</sup> CEDH, 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, n° 34932/04.



On peut donc structurer l'analyse de cette liberté autour de ces deux traits : d'un côté elle emprunte à la liberté d'expression son objet et sa protection subjective, avec le renfort de la protection renforcée du champ politique ; d'un autre côté, elle reçoit de sa finalité institutionnelle un renfort particulier qui connaît lui aussi certaines limites.

## 1. Une liberté toujours portée par l'expression des idées politiques

Sans même parler de la campagne officielle, la liberté de faire campagne emprunte à la liberté d'expression, à la liberté de réunion, et à la liberté d'opinion, l'essentiel de leur protection. Elle emporte néanmoins une protection renforcée, à tout le moins spécifique en raison de son objet propre. Les textes et les juges estiment en effet que la liberté du jeu politique garantit le pluralisme et la démocratie.

### 1.1. La libre expression des courants de pensée et d'opinion

On retrouve les sources habituelles de la liberté d'expression sous la protection des organes de contrôle spécifiques au domaine électoral.

La liberté de mener une campagne est un démembrement de la liberté d'expression qui bénéficie du support de l'article 10 CESDH complété par une restriction forte de la marge nationale d'appréciation. Des élections libres et la liberté d'expression, notamment par la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique. L'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987<sup>105</sup>, puis l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998<sup>106</sup> placent la liberté d'expression politique au sommet des valeurs de la Convention. La jurisprudence de la Cour indique que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général<sup>107</sup>. Il s'agit d'un véritable droit à l'information tissé dans les mailles du principe démocratique, y compris pour le juge de l'Union européenne<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Série A n° 113, p. 22, § 47

<sup>106</sup> , *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, § 43

<sup>107</sup> *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103, §§ 38 et 42 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, § 58 ; *Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV, § 61 ; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, § 45 ; *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII, § 46 ; *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI

<sup>108</sup> CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas c. Conseil*. Voir M. Hanotiau, « Le droit à l'information », *RTDH* 1993, p. 23.

Le contexte électoral décuple cette protection : « Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts » écrit la Cour dans l'affaire *Féret c. Belgique*<sup>109</sup>. La Cour souligne qu'il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. Dans l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*<sup>110</sup>, les requérants (membres d'un petit parti de « retraités », se plaignaient d'une amende pour violation de l'interdiction légale de diffusion de publicité politique infligée par l'Autorité des médias à une chaîne de télévision au motif que celle-ci avait diffusé une publicité pour un petit parti sans moyens. Ils estimaient que cette sanction avait emporté violation de l'article 10 de la Convention. En effet, la Norvège n'a pas de système d'attribution de temps d'antenne pour les partis politiques en campagne ? Cela les conduit à ne pas pouvoir présenter leur programme directement à l'électorat. L'interdit absolu de toute publicité politique payante les prive d'antenne sauf lorsque, étant des grands partis, les journalistes les invitent. Cela signifie que le discours politique à la télévision serait canalisé par les équipes éditoriales des diffuseurs. La Cour retient donc une violation de l'article 10.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le contexte électoral provoque automatiquement une sorte d'attraction vers l'intérêt général du discours. Déjà, dans l'arrêt *Piermont c. France*<sup>111</sup>, la Cour européenne a condamné la France pour avoir expulsé une parlementaire européenne allemande venue faire entendre la voix des écologistes européens dans une campagne électorale en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie<sup>112</sup>. Le fait qu'il s'agissait d'un tiers non candidat, étranger de surcroît, n'en a pas moins mené à un contrôle strict du juge.

Le contexte électoral annihile presque tout délit de diffamation. La Cour européenne accorde en effet la plus haute importance à la liberté d'expression dans l'arrêt *Brasilier c. France* du 4 avril 2006.. En l'espèce, les propos litigieux, portés par des tracts diffusés lors de la campagne des municipales sur la place publique, visaient un député, maire de Paris et maire du V<sup>e</sup> arrondissement de Paris, qui était accusé de fraude électorale et de « magouilles électoralistes » ; le requérant était lui-même candidat à l'élection litigieuse. La Cour rappelle qu'un adversaire des idées et positions officielles doit avoir la possibilité de discuter de la régularité d'une élection et que dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances. Alors que les juridictions françaises avaient relaxé au plan pénal et condamné civilement à un euro symbolique, la Cour estime qu'il y a eu ingérence disproportionnée en raison de l'effet dissuasif que cela emporte.

---

<sup>109</sup> *Féret c. Belgique*, Requête n° 15615/07, 16 juillet 2009 ; Voir aussi *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 42, série A n° 236, et *Jérusalem c. Autriche*, n° 26958/95, 27 février 2001, §36).

<sup>110</sup> (Requête n° 21132/05), 11 décembre 2008

<sup>111</sup> 27 avril 1995, Requête n°15773/89; 15774/89

<sup>112</sup> Etait en cause plus spécifiquement l'article 16 de la Convention qui permet aux Etats d'apporter des limites spécifiques à l'action politique des étrangers. L'élue en cause mettait en cause la République et les institutions de la Polynésie. La Cour pose des restrictions liées à l'article 10, limitant le pouvoir de l'Etat face à la liberté d'expression des étrangers.

C'est également ce qui a conduit à la condamnation de la France dans l'affaire *Desjardin* en 2008<sup>113</sup>. En l'espèce, le requérant est agriculteur et membre du parti politique Les Verts. Il était candidat aux élections cantonales de 2001. Au cours de cette campagne, il participa à la distribution de tracts par lesquels il déclarait notamment : « j'ai permis de rendre publiques des atteintes graves à l'environnement et des risques à la santé des hommes. En voici quelques-uns : soutien aux habitants du [C.], qui ont obtenu la démission de l'ancien maire qui polluait l'eau de la commune (...) ». Ce dernier visé se constitua partie civile et fit citer le requérant devant le tribunal correctionnel afin qu'il y réponde du délit de diffamation publique à l'encontre d'un particulier, estimant être visé par le tract susmentionné. Condamné par la justice française qui y voyait une atteinte à l'honneur du maire, en tant que « personne privée », le requérant a eu gain de cause à Strasbourg. Pour la Cour en effet, « limiter de la sorte ces propos à un but unique de diffamation d'un particulier reviendrait à nier le contexte électoral dans lequel ils ont été tenus. (...) le tract visait expressément « l'ancien maire », ce qui renforce l'hypothèse selon laquelle il était essentiellement question pour le requérant de critiquer la manière avec laquelle celui-ci avait exercé ses fonctions dans le cadre d'un mandat public et non de porter atteinte à sa réputation dans un cadre privé. » En outre, la part d'exagération contenue dans le message doit faire partie de la liberté de ton de la campagne électorale (« la Cour estime que ces écrits constituaient davantage un jugement de valeur que de pures déclarations de fait », §42). Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour que « si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général, comme l'est par définition une campagne électorale, est certes tenu de ne pas dépasser certaines limites quant au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est également permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos »<sup>114</sup>.

A rebours, nos juges français n'accordent traditionnellement aucune spécificité au discours électoral lorsqu'il s'agit de diffamation. Une évolution suivra sans doute.

La liberté de faire campagne bénéficie en outre du support de l'article 11 CESDH. Les libertés de réunion et d'association sont aussi des moyens concrets d'assurer la communication des idées politiques. Dès qu'il est question de partis politiques, l'article 11 s'interprète à la lumière de l'article 10<sup>115</sup>. Les réunions sont possibles jusqu'à la veille du scrutin en France ; ce qui constitue une limite compatible avec la liberté d'expression<sup>116</sup>. Le principe de la jurisprudence Benjamin s'applique alors bien sûr pour apprécier la légalité d'un refus de tenue d'une réunion et, du point de vue du juge électoral, un tel refus n'entraîne l'annulation du scrutin que si le candidat évincé n'a pas eu de solution de repli, et, bien sûr en cas d'écart faible de voix<sup>117</sup>. La réunion doit être directement en lien avec la campagne pour bénéficier des dispositions spécifiques. Le compte de campagne d'un candidat n'a pas à contenir des factures relatives à la soirée organisée au siège national de sa campagne le soir du premier tour de scrutin et à une réunion de ses comités de soutien dans un hôtel parisien le lendemain du premier tour de scrutin ; en effet, les dépenses relatives à ces deux réunions ne peuvent pas être regardées comme effectuées en vue de l'élection<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> CEDH, 22 février 2008, Requête n° 22567/03.

<sup>114</sup> *Mamère c. France*, n° 12697/03, § 19, CEDH 2006.

<sup>115</sup> CEDH, 7 septembre 2007, *Parti nationaliste basque - Organisation régionale d'Iparalde c. France*. Toutefois, le refus de financement par des personnes morales étrangères s'apprécie uniquement à

Le titulaire de la liberté de faire campagne est naturellement le candidat lui-même. Mais souvent il lui faut montrer quelques quartiers de noblesse ou quelques qualités de conviction pour être traité comme tous, notamment dans l'accès aux médias. Le CSA doit ainsi parfois analyser et apprécier la représentativité des candidats pour juger d'une éventuelle discrimination. La représentativité peut être évaluée en « prenant en compte en particulier les résultats obtenus par le candidat ou la formation politique qui le soutient aux plus récentes élections<sup>119</sup> ».

En outre, la liberté de faire campagne des non-candidats peut elle aussi se trouver encadrée par des nécessités impérieuses. Ainsi, dans l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998 il s'agissait d'une militante anti-avortement qui avait fait imprimer plus d'un millions de tracts pendant une campagne législative pour expliquer la position des candidats sur la question de l'avortement et donc inciter à voter pour les candidats conservateurs. Or, la loi anglaise interdisait qu'une personne non-candidate puisse consacrer plus de cinq livres à de la propagande électorale. Certes la Cour admet comme nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Mais en l'espèce elle juge disproportionné le seuil, trop bas, de cinq livres ce qui conduit à la violation de l'article 10.

Faire campagne bénéficie en outre d'une protection institutionnelle propre. Le droit européen ou international des droits de l'homme pose directement la question de la garantie de la liberté de faire campagne par le choix des institutions qui encadrent et organisent le processus électoral. L'indépendance de ces institutions est au cœur du problème. La Cour européenne a souvent souligné la nécessité d'assurer la neutralité politique des fonctionnaires, des magistrats et des autres personnes au service de l'Etat investies de la mission de contrôler le processus électoral<sup>120</sup>.

La Commission de Venise pose, dans son « Code de bonne conduite en matière électorale<sup>121</sup> », que « [d]ans les Etats où existe une longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique, (...) [i]l est (...) admissible (...) que les opérations électorales soient organisées par l'administration, et notamment qu'elles soient supervisées par le ministère de l'Intérieur ». Cela signifie que là où l'expérience de l'organisation d'élections pluralistes est récente, des commissions électorales indépendantes du pouvoir ont été mises en place pour garantir des élections régulières. Il est même louable qu'une commission électorale puisse faire contrepoids à la domination d'un parti majoritaire<sup>122</sup>.

---

l'aune de l'article 11 et non de l'article 3 du premier protocole qui n'entre en jeu que si est en cause une discrimination liée à l'idéologie du parti.

<sup>116</sup> CC, 81-926, 24 septembre 1981, AN Corrèze, 3<sup>ème</sup> circ.

<sup>117</sup> CE, 16 janvier 1980, *Elections cantonales de Dreux-Sud-Ouest*.

<sup>118</sup> Compte Balladur 1995, 28, 29 septembre, 3, 5 et 11 octobre 1995, Journal officiel du 12 octobre 1995, p. 14847, cons. 14, Rec. p. 126.

<sup>119</sup> Conseil d'État, 7 mars 2007, *Mme Corinne A.*, N° 300385, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

<sup>120</sup> *Rekvényi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, §§ 41 et 46, CEDH 1999-III, *Briķe c. Lettonie* (déc.), n° 47135/99, 29 juin 2000, et *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 58, série A n° 323.

<sup>121</sup> Rapport explicatif, 18-19 octobre 2002, §§ 69 à 71.

<sup>122</sup> *Parti travailliste géorgien c. Georgie*, 8 juillet 2008 (n° 9103/04)

La protection juridictionnelle se révèle donc prioritaire et essentielle. En droit interne, les actes de propagande sont considérés comme des actes préparatoires détachables du contentieux de l'élection et par là inscrits au rôle du Conseil d'Etat<sup>123</sup>. Outre le référé suspension, la liberté de faire campagne protège des prérogatives qui peuvent se réclamer d'une des diverses libertés reconnues dans le cadre du référé-sauvegarde : expression, réunion, aller et venir...<sup>124</sup> Le Conseil d'Etat<sup>125</sup>, a eu à juger ainsi d'une demande de suspension de l'exécution de la décision du 29 mars 2007 par laquelle la Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle a refusé d'homologuer l'affiche d'un candidat, sa profession de foi ainsi que l'enregistrement sonore de cette dernière. Le requérant soutenait que le refus d'homologation portait atteinte au caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion, à la liberté d'opinion, à la libre expression du suffrage et à l'égalité des candidats à l'élection présidentielle, qui constituent des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat y juge que « sa requête n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence du Conseil d'Etat ».

Les interdits du code électoral (par exemple distribution de tracts la veille du scrutin faisant état d'un soutien), n'en sont réellement que dans la mesure où leur réalisation aurait faussé l'élection, c'est à dire si il y a mensonge ou manipulation et si il n'a pas été possible pour l'adversaire de répondre aux allégations proférées. En toute hypothèse, ces garanties n'ont d'incidence que si elles faussent le jeu politique. Pour le Conseil constitutionnel par exemple, l'annonce d'un soutien tardif à l'un des deux candidats du second tour et d'un tract qualifié de diffamatoire ne sont pas des circonstances qui peuvent être regardées comme ayant affecté le résultat du scrutin, dès lors que la réalité du soutien en cause n'est pas contestée, qu'il n'est pas allégué que le candidat mis en cause n'ait pu répondre utilement au tract contesté et que l'ampleur de la diffusion critiquée n'est ni établie ni même évaluée par le protestataire<sup>126</sup>. Ainsi, de même, sauf cumul d'infractions, le Conseil d'Etat estime-t-il toujours que le fait pour les candidats d'envoyer plusieurs professions de foi en contravention avec le code électoral n'entache pas l'élection<sup>127</sup>.

## **1.2. Une protection spécifique apportée par l'article 3 du premier protocole CESDH**

Les composantes de la liberté d'expression ou de réunion sort magnifiée de son accomplissement sur le terrain politique. Elle trouve alors le support ambigu de l'article 3 du Protocole 1<sup>er</sup> CESDH qui apporte une dimension objective. « 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. »

---

<sup>123</sup> CE, Ass ; 2à octobre 1989, *Horblin et autres*.

<sup>124</sup> CE, Ord. Réf., 24 février 2001, *Tibéri*, Rec. 85.

<sup>125</sup> CE, , 2 avril 2007, Juge des référés, *M. Gérard A.*, N° 304255, Publié au recueil Lebon,.

<sup>126</sup> Proclamation présidentielle 1995, 12 mai 1995, Journal officiel du 14 mai 1995, p. 8149, cons. 6, Rec. p. 60.

<sup>127</sup> CE, 4 janvier 1978, *Elections municipales de Saint-Uze*

L'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987<sup>128</sup>, première application de cet article, pose que des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique. C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement.

La Cour ne cesse de souligner l'importance de l'article 3 du Protocole n° 1 dans un régime politique véritablement démocratique, et donc la place capitale de cette disposition dans le système de la Convention<sup>129</sup>. L'article 3 protocole premier peut-être joint à l'article 10<sup>130</sup>. A propos des dépenses de campagne, la Cour européenne a estimé qu'il fallait considérer le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 à la lumière du droit de tenir des élections libres, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention.

Le champ de l'article 3 du Protocole 1<sup>er</sup> CESDH a été défini par la Cour au-delà de sa lettre. La question du titulaire ou du bénéficiaire de la liberté de faire campagne se trouve dans la subjectivisation de l'article 3. L'article 3 du Protocole n° 1 paraît à première vue énoncer l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'organiser des élections dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple et non un droit ou une liberté en particulier. Il semble donc devoir se comprendre comme privé d'effet direct ou d'effet subjectif. Toutefois la Cour a établi que cet article garantit des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections en se fondant sur les travaux préparatoires et eu égard à l'effet utile de cette clause<sup>131</sup>.

Selon la Cour les « droits subjectifs »<sup>132</sup> garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont reconnus aux personnes physiques. Cela étant, si la législation électorale restreint le droit des candidats pris individuellement de se présenter à une élection sur la liste d'un parti, celui-ci peut, en cette qualité, se prétendre victime d'une violation de l'article 3 du Protocole n° 1, indépendamment de ses candidats<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> série A n° 113, p. 22, § 47

<sup>129</sup> Dans l'arrêt *Yumak et Sadak c. Turquie* ([GC], n° 10226/03, 8 juillet 2008, elle a rappelé que les droits garantis par cet article sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit.

<sup>130</sup> Par ex. CEDH, 7 septembre 2007, *Parti nationaliste basque - Organisation régionale d'Iparralde c. France*. (Requête no 71251/01), préc.

<sup>131</sup> Voir encore *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, §§ 46-51, série A n° 113 ; *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, §§ 56-57, CEDH 2005-IX ; *Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 102, CEDH 2006-IV).

<sup>132</sup> *Melnitchenko c. Ukraine*, n° 17707/02, § 54, CEDH 2004-X

<sup>133</sup> *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, n°s 55066/00 et 55638/00, §§ 53-67, CEDH 2007-I.

Pour la Cour « les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit. Néanmoins, ces droits ne sont pas absolus. Il y a place pour des « limitations implicites », et les Etats contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière. »<sup>134</sup> Sur le terrain de l'article 10, la Cour tient toujours compte du fait qu'un requérant était en campagne électorale lorsqu'il lui a été reproché un acte litigieux (comme la distribution du tract litigieux). Or, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs. En effet, « des ingérences dans la liberté d'expression d'un membre de l'opposition, qui représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts »<sup>135</sup>.

L'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998, déjà rencontré, pose l'idée que, dans certaines circonstances, la liberté d'expression et le droit à des élections libres peuvent entrer en conflit. Certes la Cour admet comme nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Certes encore, la Cour juge reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation, comme c'est généralement le cas s'agissant de l'organisation de leur système électoral. Indépendamment de toute limite tenant au contenu du message politique, l'expression politique peut être canalisée au nom de la qualité de la campagne. L'enjeu politique finalise donc la liberté de faire campagne et réduit la marge nationale d'appréciation sur ce point. Plutôt large lorsqu'il est question de moralité ou d'ordre public, la marge nationale d'appréciation se réduit à rien dans le domaine des élections<sup>136</sup>.

La protection se trouve pourtant limitée. On verra plus tard que l'égal exercice de la liberté reste limité dans le temps de la campagne officielle. Plus généralement, avant et pendant la campagne orchestrée par les pouvoirs publics, la liberté de faire campagne peut être limitée par les restrictions nécessaires à la sauvegarde du lien social.

Le degré supplémentaire de protection se trouve donc lié à la fonction d'intérêt général de la campagne électorale. Il se concrétise en France par la mise en place de la campagne officielle. Pourtant celle-ci ne suscite concrètement guère l'intérêt rendant le « premier degré » de protection plus essentiel encore. A la télévision et à la radio, la campagne officielle ne concerne d'ailleurs que les élections nationales ou celles de certains territoires particuliers. L'internet échappe encore aux mesures de soutien public mais se révèle être aussi un lieu propice à la liberté de faire campagne car il échappe à l'interdit de l'article 49 et peut proposer de l'information (non renouvelée le jour même) même le jour du scrutin<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> *Kovatch c. Ukraine, Requête n° 39424/02*, 7 février 2008.

<sup>135</sup> voir, notamment, *Desjardin c. France, préc.* ; *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1566, § 48.

<sup>136</sup> *Wingrove c. RU*, 25 novembre 1996. Cf. J-M Larralde, « L'article 10 de la CEDH et la liberté de la presse », *RTDH* 2007, p. 49.

<sup>137</sup> CE, 6 mars 2002, *Elections municipales de Bagnères de Luchon*.

## 2. Une liberté parfois finalisée par l'enjeu politique

La liberté n'est jamais aussi forte en droit que quand elle répond à un enjeu d'intérêt général. La dimension objective déjà constatée sur le terrain de la liberté d'expression se prolonge sur celui de la représentativité et de l'efficacité du processus électoral pour éclairer les électeurs. La liberté reçoit alors le soutien de l'objectif de pluralisme et de l'égalité entre candidats. L'Etat français fournit aide, moyens et supports pendant le temps de la campagne officielle. La contrepartie de ce soutien réside dans une limitation spécifique de la liberté de faire campagne en vue d'assurer l'égalité entre candidats. Le contrôle étatique poursuit alors un ensemble d'objectifs concurrents de la liberté de faire campagne.

### 2.1. Le contrôle étatique pour assurer la qualité de la campagne

L'Etat orchestre la liberté de faire campagne. Les règles de financement sont porteuses du souci d'égalité entre les candidats, de prévention de la corruption, d'évitement de la privatisation de l'enjeu du scrutin, mais aussi de maintien de l'indépendance nationale lorsqu'il est question de financement par des personnes morales étrangères (même si le financement massif de personnes physiques demeure possible). Si le régime général de cette liberté relève de la seule répression des abus et ne souffre aucune autre autorisation ou déclaration que celle de la candidature, le droit des campagnes s'assure du respect de la finalité : éviter la manipulation, la privatisation de l'espace public. Cela permet un contrôle parfois des contenus et souvent des formes.

Le Conseil constitutionnel, dans sa fonction de juge électoral<sup>138</sup>, entend également protéger la liberté de la presse et des médias audio-visuels qui doivent pouvoir rendre compte des campagnes électorales, au nom du pluralisme des courants d'opinion<sup>139</sup>. Ainsi, en matière de liberté d'expression, le Conseil constitutionnel considère que celle-ci ne se résume plus à la liberté d'exprimer ses opinions mais implique également le pluralisme des courants de pensées et d'opinions (CC, n° 86-217 DC du 18 décembre 1986 ; n° 89-271 DC du 11 janvier 1990), conformément à la jurisprudence *Handyside* du 7 décembre 1976. Pour autant, en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle de nature objective, le pluralisme des courants de pensées et d'opinions ne peut fonder en lui-même une question prioritaire de constitutionnalité (CC, 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 8). Le Conseil a également réduit le champ de l'interdiction de propagande au-delà des supports officiels au domaine de l'article 49 (le jour du scrutin seulement), évitant ainsi une lecture trop restrictive de la liberté de faire campagne<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, Thème et commentaires, 5<sup>ème</sup> éd. 2009.

<sup>139</sup> Déc. n°2002-2687/2741, 19 déc. 2002, A.N. Allier (1<sup>ère</sup> circ.). Cet objectif de valeur constitutionnelle est également invocable devant le Conseil d'Etat (CE, 19 janvier 1990, *Assoc. La télé est à nous* : le pluralisme des courants d'opinion est un objectif à valeur constitutionnelle « ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel »).

<sup>140</sup> Déc. n°2002-2612 DC, 24 octobre 2002, A.N. Loire Atlantique (3<sup>ème</sup> circ.)



Le contrôle des contenus, le plus dangereux pour la liberté existe aussi dans une stricte mesure. La liberté est en effet limitée par le souci d'éviter que l'objectif du scrutin, à savoir la sélection des candidats et des idées dans l'intérêt de la République, ne soit détourné au profit de forces contraires. Le rôle des autorités administratives constitue un rouage essentiel de la liberté de faire campagne. Pendant la campagne électorale, les « commissions de propagande » agissent comme des autorités administratives indépendantes. Prévues pour presque tous les scrutins (sauf élections municipales dans les communes de moins de 2500 habitants) et à configurations variables, elles veillent sur la campagne officielle pour y garantir l'égalité des candidats par la neutralité et le support de l'Etat. Les pouvoirs de ces commissions restent parfois incertains en jurisprudence. En principe il ne leur appartient pas de contrôler le contenu des matériaux de propagande, mais seulement leur présentation matérielle<sup>141</sup>. En 2001, le Conseil d'Etat a jugé que la commission ne peut refuser d'envoyer un document, même non conforme aux électeurs<sup>142</sup>. Cette solution est nuancée par l'arrêt *M. Gérard A.* La commission peut également imposer la diffusion d'un message avant les clips de propagande semblant désavouer le contenu de ces messages qui débordent du cadre de la campagne, sans toutefois les censurer<sup>143</sup>.

L'évitement de la manipulation, la sincérité de la propagande sont la garantie de celle du scrutin. Les candidats ne doivent pas mentir sur le déroulement du scrutin sous peine de voir invalider leur élection comme dans l'hypothèse de celui qui se prévalait à tort du soutien d'un autre parti, ce qui induit en erreur les électeurs<sup>144</sup>. Le même souci guide l'abondante jurisprudence relative à l'interdiction de la promotion de la gestion ou des réalisations des collectivités publiques (art. L.52-1 C. élec.)<sup>145</sup>. Cette autopromotion peut être le fait d'une série d'inaugurations d'équipements dont la nouveauté pose question<sup>146</sup>. L'interdiction de la publicité commerciale et de la création de numéros d'appel ou de télématique durant les trois mois qui précèdent le scrutin semble concourir à la même fin, avec une efficacité aujourd'hui toute relative.

---

<sup>141</sup> CC, 97-2167, 23 octobre 1997, *AN Hauts-de Seine*, (1<sup>ère</sup> circ.)

<sup>142</sup> CE, 22 juin 2001, *Elections cantonales de l'Isle-Adam*.

<sup>143</sup> CE, Ass. 22 octobre 1979, *Elections des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, Rec. P. 385.

<sup>144</sup> CE, 21 mai 1986, *Elections cantonales de la Ciotat*.

<sup>145</sup> CE, 23 mai 1990, *Elections municipales de Lège-Cap-Ferret*.

<sup>146</sup> CE, 7 mai 1997, *Elections municipales d'Annonay*.

L'évitement des discours contraires à la paix sociale constitue un degré supérieur. Le bouclier de la liberté d'expression ne permet pas de perdre de vue les limites tenant à la paix sociale. Le cadre de la campagne électorale n'autorise pas à proférer des propos tendant à l'exclusion ou à la haine raciale. La Cour européenne a ainsi forcé un peu sa jurisprudence en prenant quelques risques avec la liberté d'expression politique dans l'affaire Féret contre Belgique<sup>147</sup>. M. Féret est président du parti politique « Front National-Nationaal Front ». Il est éditeur responsable des écrits de ce parti et propriétaire du site web de celui-ci. La justice le condamne à la levée de son immunité parlementaire en raison de la campagne du parti qui donna lieu à de nombreuses plaintes pour incitation à la haine, à la discrimination et à la violence à raison de la race, de la couleur ou de l'origine nationale ou ethnique, sur le fondement de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. La vérification par la Cour européenne du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence impose de rechercher si celle-ci correspondait à un « besoin social impérieux », si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants<sup>148</sup>. Les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation<sup>149</sup> qui ne peut cependant permettre de sortir du lien social. Ici la Cour ne requiert plus un quelconque passage à l'acte suivant l'incitation à la violence. Les seuls propos ségrégationniste de l'auteur suffisent à justifier la sanction d'inéligibilité. La Cour finit par inverser la logique, faisant du contexte électoral un argument supplémentaire pour limiter les contenus : « Si, dans un contexte électoral, les partis politiques doivent bénéficier d'une large liberté d'expression afin de tenter de convaincre leurs électeurs, en cas de discours raciste ou xénophobe, un tel contexte contribue à attiser la haine et l'intolérance car, par la force des choses, les positions des candidats à l'élection tendent à devenir plus figées et les slogans ou formules stéréotypées en viennent à prendre le dessus sur les arguments raisonnables. L'impact d'un discours raciste et xénophobe devient alors plus grand et plus dommageable. » La peine d'inéligibilité de dix ans n'est pas alors disproportionnée dans la mesure où l'Etat belge n'a pas eu recours à une sanction pénale. Dans leur opinion dissidente, les juges Sajo, Zagrebelsky et Tsotsoria regrettent cette posture de censeur de la Cour, appelant à tenir compte davantage du contexte électoral comme lieu de liberté de parole.

L'évitement de la privatisation explique encore quelques limites. Le contrôle des financements a notamment pour justification d'éviter que les plus riches ne « volent » la campagne électorale des autres en captant toute l'attention des médias. Le contentieux du choix des sommes à intégrer ou non aux comptes de campagnes dépasse donc le simple aspect technique<sup>150</sup>. Dans le même esprit, le juge électoral peut être amené à apprécier l'impact de menaces, violences, pressions qui ont pu altérer la liberté de parole et celle du scrutin comme la présence dans le bureau de vote de personnes arborant le t-shirt d'un candidat<sup>151</sup>.

---

<sup>147</sup> *préc.*

<sup>148</sup> *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979.

<sup>149</sup> *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, § 43.

<sup>150</sup> *Pierre-Bloch c. France*, (120/1996/732/938), 21 octobre 1997.

<sup>151</sup> CE, 2 mai 1990, *Elections municipales de Terre-de-Bas*, rec. 791.

Le contrôle des formes de propagande fait encore l'objet de nombreuses jurisprudences, y compris de la part de la Cour européenne. Dans son arrêt *Murphy c. Irlande*<sup>152</sup> la Cour a posé le principe selon lequel la nature du support de communication est un paramètre important de la liberté d'expression et donc de l'appréciation de sa violation qui doit être pris en compte dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. L'importance des médias audiovisuels, dont l'impact est sans commune mesure avec les autres supports, modifie l'appréciation que la Cour européenne peut porter sur les limitations de la liberté de faire campagne. Dans l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*<sup>153</sup>, déjà rencontrée, les requérants contestaient la spécificité accordée à la télévision, seul média dont l'accès est restreint. Cette spécificité qui les conduit à ne pas pouvoir y communiquer serait disproportionnée et dès lors non nécessaire dans une société démocratique. Selon le Gouvernement au contraire, la problématique principale de cette affaire n'est pas la protection de la liberté d'expression mais, d'abord et avant tout, l'intégrité du processus démocratique, et en particulier le droit des électeurs à des élections équitables et démocratiques, ce qui implique de ne pas permettre aux partis les plus riches de s'emparer de la télévision. L'interdiction en cause garantirait l'impartialité politique du contenu diffusé à la télévision. Pour la Cour de Strasbourg, l'importance des médias audiovisuels doit conduire à condamner l'interdiction d'y accéder librement.

Du point de vue interne, le code électoral prévoit certaines restrictions aux formes que peut emprunter la campagne officielle. Emblématique (sans jeu de mots) est l'interdiction d'utiliser les couleurs du drapeau national sur les affiches pour ne pas faire accroire que les pouvoirs publics soutiennent une candidature (art. R.27 C. élec.). L'article R. 29 implique, de même, outre une taille standard des circulaires, que la même circulaire soit fournie à l'ensemble des électeurs d'une même circonscription<sup>154</sup>.

## **2.2. Une liberté portée et limitée par l'égalité des candidats**

L'égalité prend, dans le domaine électoral de la campagne officielle, le pas sur la liberté. Elle en est le support car elle permet à tout candidat de bénéficier de l'espace nécessaire. Dans le même temps, elle borne nécessairement cet espace. La neutralité de l'Etat y assure l'égalité, laquelle assure pour tous l'exercice de la liberté de faire campagne (y compris pour les campagnes référendaires<sup>155</sup>).

---

<sup>152</sup> n° 44179/98, CEDH 2003-IX

<sup>153</sup> (*Requête n° 21132/05*), 11 décembre 2008. Selon les rapports de droit comparé établis par l'EPRA sur 30 pays d'Europe, 1) treize appliquent une interdiction légale de la publicité politique payante en radio-télédiffusion ; 2) dix l'autorisent ; 3) onze (dont cinq des treize pays cités en 1)) prévoient un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et les candidats pendant les campagnes électorales ; 4) plusieurs ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit (paragraphe 24 ci-dessus).

<sup>154</sup> CC, 97-2250, 22 janvier 1998, *AN Rhône, 1er circ.*

<sup>155</sup> CC, 7 avril 2005, de Villiers et Peltier, Rec. p. 61.

Dans ce cadre, le soutien de l'objectif du pluralisme se révèle précieux. Selon le Conseil d'Etat, la liberté de faire campagne peut s'appuyer sur le respect du principe de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion qui encadre l'accès aux médias audiovisuels et qui s'analyse comme un objectif à valeur constitutionnelle, mobilisable dans le cadre d'un référé sauvegarde<sup>156</sup>. Pour le Conseil constitutionnel, si cet objectif est mobilisable, ce ne peut être dans le cadre d'une QPC<sup>157</sup>. Le rôle du CSA, déterminé par la loi du 30 septembre 1986 se révèle crucial, eu égard tout à la fois à la portée des médias audiovisuels et à la finesse des principes posés par lui dans ce cadre<sup>158</sup>. Selon l'article 13: « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel assure le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radio et de télévision, en particulier pour les émissions d'information politique et générale (...) ».

La limitation par l'encadrement du financement des campagnes rejoint cette préoccupation. Bien sûr, l'essentiel du contentieux porte en pratique sur la question des sources de financement des campagnes. Soucieux d'égalité entre candidats et de prévention de la corruption, notre législateur a dressé des garde-fous rigoureux qui limitent la liberté de se payer une campagne à l'américaine, à grands renforts de soutiens. Les frais de campagne à intégrer comprennent bien sûr ceux qui portent sur l'édition d'ouvrages de propagande. Pour le Conseil constitutionnel, l'engagement d'un éditeur qui ne facture pas tout ce que cela lui coûte s'appelle un concours qui doit aussi figurer dans le compte de campagne. Ce coût est évalué et réintégré comme avantage en nature dans les dépenses du compte et, pour ordre, dans les recettes<sup>159</sup>. Le Conseil constitutionnel n'inclut pas dans le coût des campagnes les journaux des partis politiques qui, hors période électorale, font la promotion des idées du parti. Mais pendant la campagne, une partie de l'effort financier de ces périodiques est compté en faveur du candidat du parti. Ce coût est évalué et réintégré comme avantage en nature dans les dépenses du compte et, pour ordre, dans les recettes.

---

<sup>156</sup> Conseil d'Etat, N° 280353, Ord. Réf., 13 mai 2005 *Mme Marie-George A* ; Conseil d'Etat, N° 301537, Juge des référés, 19 février 2007, *Mme Corinne A*.

<sup>157</sup> CC, 28 mai 2010, 2010-468 QPC, Cons 12.

<sup>158</sup> Article 16 de la même loi : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les règles concernant les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales que les sociétés mentionnées à l'article 44 sont tenues de produire et de programmer. Les prestations fournies à ce titre font l'objet de dispositions insérées dans les cahiers des charges / Pour la durée des campagnes électorales, le Conseil adresse des recommandations aux éditeurs des services de radio et de télévision autorisés ou ayant conclu une convention en vertu de la présente loi ».

<sup>159</sup> CC, Compte Bayrou 2002, 26 septembre 2002, Journal officiel du 12 octobre 2002, p. 16868, cons. 9, Rec. p. 242).

Le principal ennemi de la liberté de campagne est aussi son principal soutien officiel : l'égalité. L'introduction d'une stricte égalité pendant la campagne officielle conduit à une liberté à deux vitesses. La liberté de faire campagne n'est pleinement garantie que dans le cadre de la campagne officielle, donc dans une période précise, déterminée par les textes relatifs à chaque élection (par exemple, Le décret du 8 mars 2001 portant application de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel fixe au deuxième lundi précédant le premier tour de scrutin l'ouverture de la campagne en vue de l'élection du Président de la République). Mais alors la liberté se trouve limitée dans le temps et dans l'espace.

L'accès aux médias n'est garanti que dans le cadre de la campagne officielle. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions, relatives à l'élection présidentielle ne prévoient l'organisation d'aucune " campagne électorale " avant la publication de la liste des candidats. La seule déclaration faite par une personne de son intention d'être candidat ne saurait par elle-même conférer à cette personne un droit d'accès aux programmes d'informations radiodiffusées et télévisées<sup>160</sup>. On retrouve l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* et la question de l'accès à la ressource rare des médias télévisés quand l'Etat n'a pas aménagé des règles de temps d'accès. Elle permettrait également de limiter le montant total des dépenses de campagne des partis politiques et des groupements d'intérêt, de réduire leur dépendance à l'égard des riches donateurs et de placer tous les candidats aux élections sur un pied d'égalité. Dans cette affaire, la Cour juge ce système tout à fait inefficace et même contreproductif car il aboutit à l'effacement complet des petits partis, privés de la voie publicitaire alors qu'ils devraient bénéficier du bâillonnement des grands partis. Déjà l'arrêt *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* avait sanctionné une interdiction totale de la publicité politique.

---

<sup>160</sup> Fouquet, 11 avril 1981, Journal officiel du 12 avril 1981, p.1014, cons. 1 à 7, Rec. p. 72 ; Le Pen 1, 11 avril 1981, Journal officiel du 12 avril 1981, p.1014, cons. 1 à 6, Rec. p. 75

Dans le cadre français, l'article L.49 C.élec. impose de cesser la propagande électorale dans les heures qui précèdent le scrutin et pendant celui-ci. Le principe même de cette limitation n'est pas jugé incompatible avec la Convention européenne par le Conseil d'Etat<sup>161</sup>. Aux termes de l'article 15 de ce décret le principe d'égalité dans les programmes d'information des sociétés nationales de programme et des services de communication audiovisuelle s'applique : « à compter de la date de début de la campagne et jusqu'au tour de scrutin où l'élection est acquise ». Le CSA peut, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans méconnaître, ni l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni l'article 3 du premier protocole additionnel à cette convention, fixer cette dernière date plus librement que la période de prise en compte des dépenses électorales<sup>162</sup>.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pris le 7 novembre 2006 une recommandation à l'intention de l'ensemble des services de radio et de télévision en vue de l'élection présidentielle destinée, notamment, à fixer les règles applicables au traitement de l'actualité électorale liée à la campagne présidentielle. Il a distingué, d'une part, une période préliminaire, allant du 1er décembre 2006 jusqu'à la veille de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel, d'autre part, une période intermédiaire, courant du jour de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel jusqu'à la veille de l'ouverture de la campagne, soit le dimanche 8 avril 2007, et enfin la période de campagne, courant du lundi 9 avril 2007 jusqu'au second tour de scrutin, le dimanche 6 mai 2007. Selon cette recommandation trois périodes peuvent être distinguées : les services de radio et de télévision doivent appliquer, pendant la période préliminaire, un principe d'équité pour les temps de parole et d'antenne des candidats déclarés ou présumés, pendant la période intermédiaire un principe d'égalité pour le temps de parole des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel et un principe d'équité pour leur temps d'antenne, et pendant la période de campagne un principe d'égalité pour le temps de parole et le temps d'antenne des candidats.

L'espace réservé aux candidats se trouve enfin très encadré en principe. Ici se retrouve le droit électoral et son cortège de règles et prescriptions techniques, normées et pesées. Le rôle des « circulaires » électorales, la réglementation de l'usage des tracts, des affiches, des publications de presse et des médias relève de l'objectif de rationalisation du discours en vue de son accessibilité aux électeurs.

---

<sup>161</sup> Conseil d'Etat, Ass. N° 209696, 3 décembre 1999M. *Christian D...*, Publié au recueil Lebon : « Considérant, en premier lieu, que l'article 19 de la loi du 7 juillet 1977 susvisée qui fixe les règles d'utilisation par les différentes listes des chaînes publiques de radiodiffusion et de télévision pendant la campagne électorale n'est pas incompatible avec les stipulations de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel les Etats s'engagent à organiser des élections libres ; qu'en second lieu, il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la Constitution d'une disposition législative ».

<sup>162</sup> Conseil d'Etat, N° 300385, 7 mars 2007, *Mme Corinne A*, Mentionné dans les tables du recueil Lebon

En conclusion, on relèvera que la liberté de faire campagne a un réel fondement européen et constitutionnel. Cela ne manquera pas de générer une certaine adaptation de sa concrétisation par le droit électoral. Il faut en effet garder en tête que les entraves parfois apportées à l'expression politique hors temps de la campagne officielle doivent rester proportionnées et justifiées par la nécessité dans une société démocratique. En ce qui concerne le temps de la campagne officielle, l'égalité ne doit pas tendre à annihiler la liberté même si la sincérité du scrutin devait en souffrir. Ce conflit se trouve en fait réduit par nos juges de l'élection à la question de l'impact que la fraude a eu sur l'élection. Adapter le droit des campagnes électorales relève donc d'une exigence de l'Etat de droit. Comme le suggérait Cicéron « agissons devant nos concurrents la menace d'un procès et, d'une manière ou d'une autre, faisons pression sur ceux qui les financent ».

Point de vue comparatiste : Faut-il adapter les règles relatives aux campagnes électorales ? Les enseignements tirés de l'expérience américaine

Par Wanda Mastor, Professeur de droit public, Université Toulouse I Capitole, Institut Maurice Hauriou

La question de l'adaptation des règles des campagnes électorales se pose pour répondre à une impérieuse nécessité. Nécessité qui s'observe par rapport à quoi, à qui ? Par rapport à l'expérience d'une campagne tout d'abord. Il n'échappera à personne que c'est à partir d'elle qu'a germé dans l'esprit de l'organisateur la pertinence de ce questionnement universitaire. Par rapport aux autres systèmes ensuite. Quand nos propres instruments apparaissent comme déficitaires, défailants ou insuffisants, le comparatisme est un formidable nid, non pas de solutions, mais de pistes de réflexion. Il peut mener au constat, amer parfois, d'un échec annoncé, ou au contraire de la pertinence de certaines transpositions. Le sujet est vaste puisque la notion de campagne est commune à toutes les élections. Bien évidemment, la tentation est grande de se pencher aujourd'hui avec plus d'acuité sur les campagnes présidentielles. D'un point de normatif, celles-ci relèvent, certains diront étonnamment, non pas du code électoral directement (seulement pas renvoi ou par analogie) mais essentiellement de la loi de 1962 plusieurs fois modifiée.

L'envergure de la fonction présidentielle explique l'importance toute particulière de la campagne et de son encadrement normatif. S'il fallait céder à la tentation de résumer l'esprit de ce dernier, il pourrait être fièrement avancé que le droit français insiste essentiellement sur la transparence et l'équité. La campagne présidentielle est une compétition personnelle, l'homme s'exposant plus que son parti. Et comme dans toute compétition démocratique, les candidats doivent pouvoir bénéficier d'une égalité de traitement. Il n'y a qu'une seule arme que la Constitution, la loi, les décrets ou la jurisprudence ne pourront jamais garantir de manière parfaitement égalitaire : c'est le talent. Mais elles peuvent se saisir de tout le reste : l'alignement des règles de parrainage, l'égalité des temps de parole dans les media, l'encadrement du financement des campagnes. Ces règles se situent à chaque niveau de l'échelle normative : dispositions constitutionnelles, lois organiques, lois ordinaires et dispositions à valeur réglementaire, où le Conseil constitutionnel est omniprésent. En vertu de L'article 58 de la Constitution, c'est en effet lui qui « veille à la régularité de l'élection du Président de la république (...) ». Les textes relatifs à l'élection présidentielle donnent une interprétation très large du verbe « veiller » utilisé par le texte constitutionnel, les compétences du Conseil étant multiples durant la période électorale.

Le droit de faire campagne, c'est celui d'être soutenu et d'être entendu. Or tant en ce qui concerne la question du financement que de la propagande, les règles sont particulièrement strictes en entravent, sans aucun doute, la dynamique des campagnes. Toutes les grandes démocraties se sont dotées d'un arsenal, souvent législatif, pour encadrer ces deux questions. La plupart du temps, elles font prévaloir l'objectif de transparence, de lutte contre la corruption, de l'égalité de traitement sur la liberté d'expression. Il s'agit là d'une sorte de dénominateur commun à toutes les démocraties électives. Et pourtant, les Etats-Unis font figure d'exception depuis peu



de temps. Le récent revirement de jurisprudence pourrait bien ouvrir la voie à une série d'évolutions. Il oblige en tout cas à la réflexion.

Outre-Atlantique, les règles relatives aux modalités des campagnes électorales et à l'administration électorale ne sont pas ou peu prévues par la Constitution. A ce phénomène général, que l'on peut constater dans plusieurs États, s'ajoute les particularités attachées à la forme de l'Etat. Les États disposent de compétences très importantes en matière de détermination des règles électorales y compris en ce qui concerne les élections fédérales. Ainsi, la section 4 (1.) de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution des États-Unis prévoit que « L'époque, le lieu et le mode d'élection des sénateurs et des représentants seront déterminés dans chaque État par la législature », cette disposition précisant que « le Congrès peut toutefois, à tout moment, déterminer ou modifier par une loi les règles des élections, à l'exception de celles relatives au lieu des élections des sénateurs ».

Les règles applicables en matière de financement des campagnes n'ont cessé d'être renforcées depuis le scandale du Watergate, dans le souci de lutter contre la corruption. Une législation adoptée en 2002 et confirmée par la Cour suprême en décembre 2003 a marqué une étape majeure, que remet en cause un arrêt rendu le 21 janvier 2010. Deux objectifs se sont affrontés au cours des dix dernières années : celui de la promotion de la liberté d'expression, véritable icône des droits américains, et celui de la lutte contre la corruption. De manière certes caricaturale, il peut être avancé que le premier (I) vient de remporter une bataille sur le second (II). Une joute que pourraient symboliser les échanges des arguments entre juges au sein d'une Cour suprême particulièrement divisée.

## **I. L'ancienne primauté de la lutte contre la corruption sur la liberté d'expression**

L'arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission* rendu le 21 janvier 2010 par la Cour suprême des Etats-Unis est un grand arrêt à plus d'un titre. De manière générale, il illustre avec une parfaite acuité la difficulté –que reflète la répartition des voix- pour les juges d'opérer une conciliation des droits ou intérêts. Cinq juges ont décidé de faire prévaloir la liberté d'expression sur l'objectif de lutte contre la corruption, plus impérieux aux yeux des quatre juges libéraux minoritaires. De manière plus spécifique, le récent arrêt revient, pour ne pas dire renverse, deux décisions antérieures tout aussi célèbres relatives au financement des campagnes électorales. Le contexte politique entourant son adoption contribue à l'auréoler du statut de « grand » arrêt : Barack Obama lui-même s'est permis de le critiquer lors du célèbre discours sur l'état de l'Union, n'hésitant pas à inviter implicitement le Congrès à anéantir sa portée.

De nombreuses lois ont été adoptées dès le début du XXe siècle afin de lutter contre la corruption, dont le *Federal Corrupt Act* de 1925. En 1971, le *Federal Election Campaign Act (FECA)* a été adopté et modifié en 1974, à la suite du scandale du Watergate. Ces normes avaient pour volonté affichée de rendre plus rigoureuses les règles relatives aux campagnes électorales. D'où les vives contestations de la part des candidats qui se sentaient entravés dans leur démarche de séduction électorale, et qui ont exercé plusieurs recours en inconstitutionnalité contre le *FECA*. La Cour suprême s'est prononcée pour la première fois sur ce texte dans la célèbre décision *Buckley v. Valeo*<sup>163</sup>, y posant le principe de la primauté de la

---

<sup>163</sup>

424 US 1 (1976).

liberté d'expression et la liberté d'association politiques protégées par le Premier Amendement <sup>164</sup>. En réalité, comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller, la décision est moins claire que cela, et reflète sa difficulté à prendre position. Elle n'a en réalité pas vraiment tranché entre « deux conceptions du bien public qui s'affrontent derrière toute législation sur le rôle de l'argent en politique »<sup>165</sup>. Certaines dispositions du *FECA* ont été en conséquence déclarées non conformes à la Constitution, et le texte fut ensuite réformé, notamment par l'adoption du *Bipartisan Campaign Reform Act* du 27 mars 2002.

Cette réforme visait notamment à réglementer la « *soft money* » et les spots de campagne abordant des questions générales appelés « *Issue ads* », rehaussait les plafonds des dépenses et contributions admissibles. Dans son ensemble, elle augmentait la difficulté pour un candidat de réunir des fonds pour financer sa campagne électorale. Rares étaient les dépenses et contributions qui échappaient à la déclaration obligatoire et à un plafonnement. La Cour suprême, dans son arrêt *Mc Connell* rendu le 10 décembre 2003<sup>166</sup>, a confirmé l'essentiel du dispositif du *BCRA* donnant ainsi la priorité à la lutte contre la corruption. Elle s'est appuyée sur une enquête du Sénat menée sur les élections fédérales de 1996, qui a dénoncé les pratiques des élus récompensant les généreux donateurs de *Soft Money*, pour démontrer que la corruption ou l'apparence de corruption était une réalité qui justifiait les mesures imposées par la réforme.

Symbole de cette priorité de l'objectif de lutte contre la corruption, la Commission des élections fédérales (*Federal Election Commission*) fut essentiellement créée pour assurer l'application des amendements du *Federal Election Campaign Act* de 1974 suite à l'affaire du *Watergate*. Elle avait au départ pour objectif de lutter contre les dérives du financement des campagnes, ce que n'était pas parvenu à faire l'ancien office des élections fédérales. La loi sur le financement des campagnes électorales dispose notamment qu'« une commission des élections fédérales est établie pour administrer et appliquer la législation ». En ce qui concerne les opérations électorales entendues largement, de leur préparation au déroulement des votes, la commission a ainsi une mission d'harmonisation, vérifiant que lesdites opérations se déroulent dans le respect des règles fédérales.

Les dispositions principales de la loi de 1974, dont celle citée plus haut, furent attaquées en justice. Plusieurs requérants, dont un candidat à la présidence des États-Unis et les principaux partis politiques formèrent une action en justice contre les secrétaires du Sénat et de la Chambre des représentants, en tant que membres de droit de la commission nouvellement créée. Dans le projet initial, la Commission était en effet composée de huit membres, dont deux seulement étaient nommés par le Président des États-Unis <sup>167</sup>. Les requérants contestaient le mode de désignation

---

<sup>164</sup> En français, voir notamment l'article de P. AVRIL, « La législation fédérale sur le financement des campagnes électorales et la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis », in *Campagne électorale, Principe d'égalité et transparence financière*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1988, pp. 43-49.

<sup>165</sup> ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, collection Grands arrêts, 2010, p. 483.

<sup>166</sup> 540 US 93 (2003). Nous avons à l'époque commenté cet arrêt en compagnie de Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux Etats-Unis : La décision *McConnell v. FEC* du 10 décembre 2003 », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°59, 2004, pp. 473-502

<sup>167</sup> Deux membres l'étaient par le président *pro tempore* du Sénat « sur recommandation du chef de file de la majorité du Sénat », deux autres par le speaker de la Chambre des représentants suivant les mêmes conditions, les deux derniers membres, les secrétaires du Sénat et de la Chambre des représentants l'étant de droit, sans droit de vote.

prévu en se basant sur la violation de l'article II, section 2, n°2 de la Constitution en vertu duquel « le Président proposera, et de par et avec le conseil et le consentement du Sénat nommera (...) toutes les autres personnes investies de charges officielles aux États-Unis (...) ». Dans l'arrêt *Buckley v. Valeo*, la Cour suprême déclara l'inconstitutionnalité de la disposition contestée. S'appuyant sur les larges pouvoirs de réglementation et d'exécution accordés par la loi à la Commission, la Cour estime que cette dernière est bien « investie de charges officielles » au sens de la Constitution et devait, de ce fait, être nommée dans son ensemble par le Président de la République. Désormais, les membres de la Commission des élections fédérales sont nommés pour une durée de six ans par le Président sur conseil et avec le consentement du Sénat.

La Commission des élections fédérales détient des pouvoirs très étendus, allant de la simple consultation à la répression des atteintes portées à la loi sur le financement des campagnes fédérales. La loi de 1974 lui attribue une fonction de tenue des registres, de publicité et de contrôle ; la commission doit, selon les termes du § 438 b), « servir de bureau central national d'information pour ce qui concerne le respect de la gestion des élections ». Cette fonction d'assistance des États dans l'application de la loi fédérale est primordiale, rendue d'autant plus nécessaire par la coexistence de cinq techniques de vote différentes : l'utilisation de bulletins classiques (*paper ballots*) ; les bulletins devant être remplis (*marksense*) ; ceux devant être poinçonnés (*punchcards*) ; le vote électronique et le vote par Internet. La Commission a ainsi un rôle d'uniformisation important à jouer, en aidant les États à adapter leurs dispositifs matériels et normatifs pour mieux converger vers les règles fédérales. C'est ainsi par exemple que la Floride, forte d'une expérience chaotique, a décidé de recourir à des scanners optiques ou des écrans tactiles, techniques plus fiables. Plus généralement, la commission procure aux administrateurs électoraux des informations très diverses relatives aux élections notamment par le biais du « *FEC Journal of Election Administration* ».

La Commission des élections fédérales détient également des pouvoirs de réglementation, de jugement et d'exécution. De réglementation, tout d'abord, car elle peut adopter des règles « nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de cette loi » (§437 d, a, 8), « formuler des lignes directrices générales en rapport avec l'administration de cette loi » (§437 d, a, 9). Des pouvoirs de jugement ensuite, l'article 18 du Code pénal la qualifiant de « juridiction de droit commun en ce qui concerne l'application civile de la loi électorale ». Enfin, les pouvoirs d'exécution de la Commission sont également très étendus. Aussi peut-elle engager une action civile pour obtenir notamment une injonction contre « tous actes ou pratiques qui constituent ou constitueront une violation de cette loi » (§437, g, a, 5). La Commission, procédant éventuellement à des auditions, peut aller jusqu'à déclarer l'inéligibilité d'un candidat pendant une certaine période (§456 a)<sup>168</sup>. En revanche, elle ne peut invalider une élection dont elle a réussi à prouver l'irrégularité.

La Commission des élections fédérales, malgré certaines critiques émises notamment à l'encontre de sa composition (compte tenu du nombre pair de ses membres et du clivage souvent partisan, la majorité est difficile à obtenir), joue ainsi

---

<sup>168</sup> Plus exactement, la commission peut « conclure qu'une personne n'a pas rempli » le rapport obligatoire sur les contributions et dépenses « alors qu'elle était candidate à une charge fédérale ». De ce fait, le candidat ne pourra « se présenter à aucune future élection à une charge fédérale pour une période commençant au jour de ladite décision et se terminant un an après l'expiration du mandat de la charge fédérale à laquelle cette personne était candidate » (§ 456 a), cité par la Cour suprême in *Buckley v. Valeo*, précité.

un rôle essentiel dans l'organisation du processus électoral. Clef de voûte de l'administration électorale au niveau fédéral, elle détient également des pouvoirs juridictionnels, certes limités. L'essentiel du contentieux électoral relève du pouvoir judiciaire fédéral.

## 2. La récente primauté de la liberté d'expression sur l'objectif de lutte contre la corruption

Les protections dont bénéficient la liberté d'expression et d'association, proclamées dans les premiers et quatorzième amendements ne sont pas absolues, et peuvent être limitées en raison d'un intérêt supérieur de l'État. En matière électorale, il peut s'agir notamment de la transparence financière, la prévention de la corruption ou la préservation de l'intégrité du processus électoral et le respect de l'intention manifeste de l'électeur. Ces deux derniers ont été cumulativement évoqués dans la désormais très célèbre affaire *Bush v. Gore*<sup>169</sup>.

Une éventuelle atteinte portée à la liberté d'expression, garantie par le premier amendement, peut être évoquée à plusieurs niveaux du déroulement des élections. Au stade des campagnes électorales, les questions de leur financement ou de l'accès aux médias peuvent représenter une entrave à la liberté d'expression d'un candidat. Depuis l'arrêt *Roth v. US*<sup>170</sup>, estimant que le premier amendement, assurant « le libre échange des idées en vue de la réalisation des changements politiques souhaités par le peuple », accordait la protection la plus large à l'expression politique, la Cour suprême exerçait un contrôle strict (*strict scrutiny*) dans cette matière. Mais par la suite, dans un arrêt rendu en 2001<sup>171</sup>, elle a admis des limitations de la liberté d'expression des candidats posées dans l'intérêt de la lutte contre la corruption par la loi fédérale sur les campagnes électorales.

Au stade des élections proprement dites, la liberté d'expression peut être invoquée par les électeurs revendiquant un droit d'accès aux urnes. De même, le premier amendement a été évoqué pour assurer la protection de la liberté d'association des électeurs, notamment lorsque certaines associations politiques professent des opinions controversées<sup>172</sup>. Aussi ces dernières ne peuvent-elles être contraintes à relever l'identité de leurs membres que si un intérêt public l'exige<sup>173</sup>.

En ce qui concerne plus précisément l'encadrement normatif des campagnes électorales, la liberté d'expression prime désormais sur l'objectif de lutte contre la corruption. L'arrêt rendu le 21 janvier 2010 semble rendre hommage au combat mené par le juge Scalia qui, dans l'affaire *Mc Connell*, s'écriait qu'il s'agissait d'un triste jour pour la liberté du Premier amendement.

Pour mesurer l'importance de cet événement, il faut remonter à l'arrêt *Austin Michigan Chamber of Commerce*<sup>174</sup>, qui avait posé en 1990 la règle de l'interdiction pour une association de financer directement des spots publicitaires en faveur ou en défaveur d'un candidat. Dans l'arrêt *McConnell* rendu en 2003, la Cour suprême des Etats-Unis y avait validé presque entièrement le *Bipartisan Campaign Reform Act* adopté en mars 2002. La loi s'attaquait alors principalement à l'influence de la *soft*

---

<sup>169</sup> *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2001).

<sup>170</sup> *Roth v. US*, 354 US 476 (1957).

<sup>171</sup> *Federal Election Commission v. Colorado Republican Campaign Committee*, 69 US LW 4553 (2001).

<sup>172</sup> Voir en ce sens, *NAACP v. Alabama*, 357 US 449 (1958).

<sup>173</sup> Dans l'arrêt ci-dessus cité, il s'agissait de la transparence financière.

<sup>174</sup> 494 US 652 (1990).

*money* (dite encore *non-federal funds*) sur le financement des campagnes électorales fédérales et à l'utilisation de ces fonds dans des communications génériques de campagne (*issues ads*). Le recours à ces fonds d'origine privée avait pris un tel essor au fil des campagnes que le Congrès avait décidé de le limiter au nom de la lutte contre la corruption. La loi, adoptée peu de temps après le scandale de l'affaire *Enron*, a été validée par la Cour suprême à une voix près, les juges dissidents dénonçant « un triste jour pour la liberté d'expression ». C'est cette dernière, particulièrement sacralisée aux Etats-Unis, qui va en 2010 l'emporter sur l'objectif de lutte contre la corruption.

L'origine de l'affaire se situe dans un documentaire intitulé « *Hillary: The Movie* », dont la publicité a été financée par l'association conservatrice *Citizens United*. Le *Federal Election Commission*, portant plainte contre l'association, a souligné qu'elle ne pouvait puiser directement dans sa trésorerie les moyens de financement d'une publicité à l'encontre d'un candidat, et ce peu avant le déroulement des primaires démocrates. La majorité de la Cour a décidé, au nom du premier amendement, et en revenant sur les arrêts *Austin* (totalement) et *McConnell* (partiellement) précités, que les entreprises privées pouvaient désormais librement financer les campagnes électorales. Reprenant le contenu de son opinion dissidente sous l'arrêt *McConnell*, le juge Kennedy, écrivant cette fois pour la majorité, énonce que « le premier amendement garantit la liberté d'expérimenter et de créer dans l'espace de la pensée et de la parole. Les citoyens doivent être libres d'utiliser de nouvelles formes, de nouveaux forums, pour l'expression de leurs idées. Le discours civique appartient au peuple, et le gouvernement ne saurait prescrire les moyens devant être utilisés pour le mener à bien ». Le bloc conservateur se montre ici plus libertaire –ou plus pragmatique ?– que le bloc libéral : le spectre de la corruption n'est peut-être pas loin, mais une liberté suprême ne peut s'épanouir sans les moyens matériels nécessaires à cet épanouissement. En d'autres termes, l'argent permet au premier amendement d'être effectif, qu'il provienne de personnes privées ou d'entreprises d'envergure internationale. Ainsi en a jugé la courte majorité des *Supremes*, malgré l'avis farouchement contraire du Président des Etats-Unis lui-même.