
Le discours commercial et publicitaire au sein de la Convention européenne des droits de l'Homme: un parent pauvre de la liberté d'expression?

Gregor T. Chatton*

Sommaire

A. Introduction	275
B. Le discours et la publicité commerciale font-ils partie du champ d'application de l'article 10 de la Convention?	276
I. Les affaires suédoises «Pasteur X et Eglise de Scientologie» et «Liljenberg et autres» portées devant la Commission	277
1. L'affaire «Pasteur X et Eglise de Scientologie c. Suède»	277
2. L'affaire «Liljenberg et autres c. Suède»	278
3. Appréciation	278
II. L'affaire «Barthold c. République fédérale d'Allemagne»	279
1. Les faits et le droit	279
2. Appréciation	280
III. L'affaire «Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann»	282
1. Les faits	282
2. En droit	283
3. Appréciation	284
a) Les divergences d'opinion au sein de la Cour	284
b) L'analogie opérée avec l'arrêt «Müller et autres c. Suisse»	285
c) Ombres et lumière	286
IV. Les affaires audiovisuelles impliquant la Suisse	287
1. L'affaire «Gropper Radio AG et autres c. Suisse»	288
a) Les faits	288
b) Partie en droit et appréciation	289
2. L'affaire «Autronic AG c. Suisse»	290

* Lic. iur. D.E.A. LL.M. (Saarbrücken). Doctorant en droit à l'Université de Genève, ancien stagiaire au Service Juridique de la Commission européenne. L'auteur remercie Madame Mical Vuataz-Staquet, collaboratrice au Tribunal administratif de Genève, de ses précieux renseignements.

a) Les faits	290
b) Partie en droit et appréciation	290
3. L'affaire «Demuth c. Suisse»	292
a) Les faits	292
b) Partie en droit et appréciation	292
V. Quatre autres affaires relatives au «commercial speech»	294
1. L'affaire «Casado Coca c. Espagne»	294
a) Les faits	294
b) En droit	294
c) Appréciation	295
2. Les affaires «Jacubowski», «VgT Verein gegen Tierfabriken», Stambuk» et «Krone»	296
a) L'affaire «Jacubowski c. Allemagne»	297
b) L'affaire «VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse»	297
(1) Les faits	297
(2) Partie en droit et appréciation	298
c) L'affaire «Stambuk c. Allemagne»	299
(1) Les faits	299
(2) Partie en droit et appréciation	299
d) L'affaire «Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)»	301
VI. Une dialectique polybienne entre le «pragma» et la «théôria»	301
C. La marge d'appréciation des Etats en matière d'expression commerciale	303
I. La «hiérarchie» des contenus d'expression	305
II. Les affaires relatives au premier cercle («civil speech»)	307
III. L'arrêt «Tierfabriken» relève-t-il du deuxième cercle («political speech»)?	308
IV. Les affaires relatives au troisième cercle («commercial speech»)	310
1. Le «quadrigé» des arrêts «Markt Intern», «Casado Coca», «Jacubowski» et «Krone»	311
2. L'arrêt audiovisuel «Demuth c. Suisse»	314
3. Une marge d'appréciation aux proportions préoccupantes	315
D. Le discours commercial: Un parent pauvre?	319

A. Introduction

La place assignée à l'article 10 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (dorénavant: «la Convention»)¹ au sein du mécanisme de protection des droits de l'Homme n'est rien moins que celle de pilier de l'ordre démocratique du Vieux Continent. Depuis de très nombreuses années, la Cour européenne des Droits de l'Homme (dorénavant: «la Cour») n'a de cesse de rappeler la fonction-clef qu'occupe la liberté d'expression dans l'ordre juridique européen. A n'en point douter, celle-ci constitue l'un des «fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun». Et de poursuivre que, «sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent»; «ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de “société démocratique”». Telle que la consacre l'article 10, elle est «assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de restreindre doit se trouver établi de manière convaincante»². Cela dit, la liberté d'expression couvre tant de formes et de véhicules d'expression différents qu'il est légitimement permis de se demander dans quelle mesure il n'existerait pas de classification, voire de hiérarchie de ces formes et modes d'expression. Hautement controversée dans la doctrine, la place qu'occupe le discours commercial *lato sensu* au sein de la systématique des droits de l'Homme semble en constituer une bonne illustration. En vue de son étude, il conviendra tout d'abord, jurisprudence de la Cour de Strasbourg à l'appui, de s'interroger au sujet de l'insertion du discours commercial dans le champ d'application de l'article 10 de la Convention. Dans l'affirmative, même partielle, il s'ensuivra ensuite, mais plus brièvement, de se concentrer sur la marge d'appréciation – souvent différenciée – que la Cour reconnaît aux Etats par rapport à la restriction de la liberté d'expression. En effet, selon les facettes de la liberté d'expression qui sont touchées, la Cour a soin d'octroyer une plus vaste ou plus réduite marge de manœuvre aux Etats.

¹ Instrument du 4.11.1950, entré en force le 3.9.1953.

² Arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, série A n° 24, § 49. Voir aussi, parmi tant d'autres, les arrêts *Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et autres c. Turquie*, Rec. 2003-II, § 89; *Thoma c. Luxembourg*, Rec. 2001-III, § 43; *Bergens Tidende et autres c. Norvège*, Rec. 2000-IV, § 49; *News Verlags GmbH & Co. KG c. Autriche*, Rec. 2000-I, § 55 ; *Dalban c. Roumanie*, Rec. 1999-VI, § 49; *Karatas c. Turquie*, Rec. 1999-IV, § 48; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, Rec. 1999-III; *Fressoz et Roire c. France*, Rec. 1999-I, § 45; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, Rec. 1998-I, § 43; *Zana c. Turquie*, Rec. 1997-VII, § 51; *Jersild c. Danemark*, série A n° 298, § 37; *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, série A n° 295-A, § 49; *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, série A n° 216, § 59; *Lingens c. Autriche*, série A n° 103, § 46.

B. Le discours et la publicité commerciale font-ils partie du champ d'application de l'article 10 de la Convention?

Selon la définition donnée par *Sir Fawcett*, le discours publicitaire serait la somme de «toutes les déclarations et communications diffusées par les médias qui incitent à un acte de nature commerciale – la publicité de biens et services»³. Or, comme nous le verrons par après, la jurisprudence de la Cour consacre, du moins implicitement et à ses débuts, une dichotomie entre deux types de discours commercial: d'une part, celui qui va au-delà du «simple» discours publicitaire,⁴ savoir le message commercial qui – nullement destiné (en tous cas de façon prioritaire et directe) à inciter le consommateur à se procurer un bien ou service et à seconder les intérêts lucratifs de l'auteur ou instigateur dudit message – vise bien plus à informer les consommateurs ou autres groupes intéressés au sujet de pratiques ou de faits commerciaux les plus divers (discours commercial informatif). D'autre part, le discours commercial purement publicitaire (discours commercial publicitaire ou publicité commerciale), à savoir les données et leurs supports dont le but ou l'effet principal n'est, à première vue du moins, pas tant celui d'informer le consommateur, qu'il s'agisse du consommateur final ou intermédiaire, que celui de favoriser la vente d'un produit ou d'un service avec la finalité d'en retirer un gain lucratif.⁵ A côté de cette classification, le lecteur assidu des arrêts de la Cour découvrira une panoplie de messages hybrides, participant tantôt du discours *prima facie* informatif et désintéressé ou, du moins, dépassant le seul angle privé, et tantôt du discours *prima facie* «égoïste» et axé sur le gain.

Même si la Cour finira par repenser son schéma de segmentation terminologique au fur et à mesure qu'elle sera confrontée à la réalité autrement plus complexe du discours commercial, la présente étude a, dans un souci de mieux souligner l'affinement jurisprudentiel entrepris par la Cour, opté pour l'emploi de ces deux termes apparemment dissimilaires. Les limites entre ces modes d'expression étant relativement perméables, il ne sera néanmoins pas toujours possible de suivre un tel schématisme au pied de la lettre. Or, est-il – au vu de cette acception du discours commercial informatif, voire publicitaire – sans autre permis de l'incorporer dans le champ de protection de l'article 10 de la Convention, à l'instar de matières

³ Définition donnée par *Sir James Fawcett* dans sa préface au rapport de *Lester/Panninck*, Publicité et liberté d'expression en Europe, 1984, repris in: *Boisson de Chazournes*, Publicité commerciale et liberté d'expression dans le cadre du Conseil de l'Europe, RGDIP 1988, p. 931 (929).

⁴ Le terme de «discours commercial» sera utilisé tantôt dans son acception générique, telle qu'englobant le discours commercial informatif et le discours publicitaire, et tantôt dans l'acception plus limitée de «discours commercial informatif».

⁵ Cf. la définition plus succincte donnée par la Cour: «contexte commercial normal, dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier», in *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, Rec. 2001-VI.

aussi «éminentes» que les idées politiques⁶, la liberté de la presse⁷ ou encore les libertés artistique⁸ ou scientifique⁹? Au regard de la pratique de l'ancienne Commission européenne des Droits de l'Homme ainsi que de la jurisprudence de la Cour, il est, à notre avis, désormais permis de répondre à cette question par l'affirmative. Toutefois, le chemin particulièrement sinueux qui a finalement conduit à cet acquiescement mérite une attention toute particulière, ce d'autant plus que, malgré toute l'évolution accomplie, de nombreuses interrogations subsistent.

I. Les affaires suédoises «Pasteur X et Eglise de Scientologie» et «Liljenberg et autres» portées devant la Commission

En l'affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie*¹⁰, la Commission européenne des Droits de l'Homme reconnut pour la première fois que la protection du discours commercial fait partie intégrante du champ de protection de la liberté d'expression, position confirmée quelques années plus tard par la décision rendue en l'affaire également suédoise *Liljenberg et autres*¹¹.

1. L'affaire «Pasteur X et Eglise de Scientologie c. Suède»

En l'affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie*, il s'agissait d'une annonce que l'Eglise de Scientologie avait fait paraître dans une revue destinée à ses adeptes. La secte y vantait les mérites d'un appareil technique absolument indispensable aux fidèles, censé indiquer si la personne qui se confesse est déchargée du poids spirituel de ses péchés. L'annonce incitant tant les adeptes que les non membres à acquérir ledit «instrument religieux», l'Ombudsman suédois préposé à la protection des consommateurs finit par saisir le tribunal compétent d'une plainte en matière de pratiques commerciales déloyales. Ce dernier fit modifier, respectivement interdire l'usage de certains passages du libellé de l'annonce, sur quoi l'Eglise de Scientologie alléguait par devant la Commission une violation de ses libertés religieuses (art. 9) et d'expression (art. 10). Etablissant une nette distinction «entre les annonces dont l'objet est uniquement d'«informer» ou de «décrire», et les annonces commerciales qui proposent des articles à la vente», la Commission écarte vigoureusement l'application de la liberté religieuse au présent cas, au motif que l'annonce de l'Eglise de Scientologie constitue une annonce à caractère commer-

⁶ Arrêt *Wille c. Liechtenstein*, Rec. 1999-VII.

⁷ Arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), série A n° 30.

⁸ Arrêt *Müller et autres c. Suisse*, série A n° 133.

⁹ Arrêt *Hertel c. Suisse*, Rec. 1998-VI.

¹⁰ Affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie c. Suède*, req. n° 7805/77, D&R n° 16, p. 75 ss.

¹¹ Affaire *Liljenberg et autres c. Suède*, req. n° 9664/82, décision de la Commission du 1^{er} mars 1983.

cial dont le propre est «davantage un désir de commercialiser des marchandises à des fins lucratives qu'une conviction (religieuse) par les pratiques» tombant sous le coup de la liberté d'opinion et de croyance. Néanmoins, ajoute la Commission, les annonces commerciales insérées par la secte ne sont pas pour autant dénuées de toute protection au titre de la Convention. En effet, les annonces à fin lucrative entrent dans le champ de protection de la liberté de communiquer des idées, telle qu'englobée par l'article 10 de la Convention. En conséquence, il conviendra d'apprécier une éventuelle ingérence dans l'exercice de cette liberté à la lumière du second paragraphe de cet article.

2. L'affaire «Liljenberg et autres c. Suède»

L'affaire *Liljenberg et autres* concerne, quant à elle, la commercialisation en Suède d'un produit qui présenterait de nombreuses vertus nutritionnelles, qui plus est accompagnées d'effets propices à combattre les dépressions et insomnies de tout genre. En parallèle, les deux requérants se lancent dans la diffusion commerciale de ce produit et ne manquent pas, au cours de diverses interviews relayées dans la presse, d'évoquer ses caractéristiques thérapeutiques. Or, le régime légal en matière de produits alimentaires étant assurément moins exigeant que celui en matière de produits thérapeutiques, les juridictions nationales constatent une violation de la législation pharmaceutique suédoise et interdisent la mise sur le marché du produit. En rappelant sa décision rendue en l'affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie*, la Commission se fonde avant tout sur la nature et le contenu des informations transmises dans la presse et parvient à la conclusion que ces dernières poursuivaient un but promotionnel, donc publicitaire. Ce nonobstant, la Commission le répète sans ambages, la diffusion de tels messages commerciaux et les campagnes de vente sont en tous cas protégées par l'article 10 de la Convention, raison pour laquelle il incombe de passer à l'examen des conditions énoncées au paragraphe 2 de cette disposition.

3. Appréciation

Il ressort très clairement de ses deux décisions inaugurales, tout comme d'ailleurs de ses décisions subséquentes¹², que l'ancienne Commission s'est d'emblée prononcée en faveur de l'inclusion sans entraves du discours commercial en général, et de la publicité commerciale en particulier, dans le champ de la liberté d'expression. Encore fallait-il, pour pouvoir subsister à long terme, que cette pratique

¹² Décisions dont il ne sera pas fait mention au vu de la déférence subséquente des affaires par devant la Cour. Cf., p. ex., l'affaire *Dr Barthold c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 8734/79, D&R n° 26, p. 145 ss; affaire *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. République fédérale d'Allemagne*, req. n° 10572/83, rapport de la Commission du 18.12.1987; affaire *Jean Alexandre et autres c. France*, req. n° 10267/83, D&R n° 54, p. 5 ss. La Commission y réitère chaque fois sa position de principe.

obtiennent la sanction de la Cour quand celle-ci aurait à se prononcer sur des affaires comparables. Or, le chemin menant à la reconnaissance du discours commercial, sans parler de la reconnaissance de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la publicité commerciale, s'avérera plus rocailleux que l'on aurait pu se l'imaginer au vu de la pratique *a priori* limpide, parce que catégorique, de la Commission ...

II. L'affaire «Barthold c. République fédérale d'Allemagne»¹³

L'affaire *Barthold* est le premier cas déféré devant la Cour à avoir impliqué, plus ou moins directement, des éléments tenant du discours commercial, voire même publicitaire. Bien que cette problématique n'ait pas été explicitement traitée en l'affaire sous examen, il n'en demeure pas moins que l'arrêt *Barthold* a sans conteste contribué à paver le chemin en vue d'une future prise de position relative aux messages commerciaux.

1. Les faits et le droit

En cette affaire, un article de presse publié dans un quotidien allemand fait état, cas concret à l'appui, de l'absence d'un service vétérinaire de garde nocturne en ville de Hambourg. Il enchaîne par une interview donnée par le vétérinaire et directeur de clinique, Dr Barthold, qui avait nuitamment porté secours à l'animal malade pris pour exemple et se déclare favorable à la mise sur pieds d'un service de permanence. A la suite de la parution de cet article, dans lequel avait également figuré une photographie du vétérinaire, une association de lutte contre la concurrence déloyale intente une action contre lui en s'appuyant sur la loi sur la concurrence déloyale et les règles de déontologie adoptées par l'Ordre hambourgeois des vétérinaires. L'association estime, en effet, que l'article incriminé s'était traduit par de la publicité en faveur du requérant tout en conviant une image négative, car passive, des autres vétérinaires. L'action se solde par l'interdiction intimée au Dr Barthold de s'exprimer de la sorte dans de futurs articles de presse. Saisies de l'affaire, tant la Commission que par après la Cour s'accordent à dire qu'en l'espèce, «il ne s'agit pas de publicité commerciale au sens habituel du terme»¹⁴, respectivement qu'«imbriquées les unes dans les autres, ces diverses composantes constituent un ensemble au centre duquel figure l'expression d'une "opinion" et la communication d'"informations" sur un sujet d'intérêt général». Partant, on «ne sau-

¹³ Arrêt *Barthold c. République fédérale d'Allemagne*, série A n° 90.

¹⁴ Propos de la Commission résumés par la Cour. Il est également intéressant de remarquer que la Commission incite la Cour à prendre position sur l'application de l'art. 10 de la Convention à la publicité commerciale en affirmant qu'au «demeurant celle-ci n'échappe pas à l'empire de l'article 10». Arrêt *Barthold*, (note 13), § 39.

rait en dissocier les éléments qui touchent moins à la substance qu'au mode de formulation et qui, selon les juridictions allemandes, ont un effet publicitaire; on le peut d'autant moins qu'il s'agissait d'un article écrit par un journaliste et non d'une annonce commerciale» (§ 42).

2. Appréciation

Ces considérants de la Cour sont intéressants à plus d'un titre: premièrement, tout laisse penser que la Cour se refuse à se prononcer catégoriquement sur l'inclusion du discours commercial, en particulier de la publicité commerciale, dans le champ de protection de l'article 10 de la Convention, ne fût-ce que par un simple *obiter dictum*¹⁵. Effectivement, l'occasion en aurait été rêvée, étant donné que tant le Gouvernement que la Commission avaient, dans un sens comme dans l'autre, tenté de conduire la Cour à prendre position au sujet de la protection de la publicité. Concernant, en effet, l'avis de la Commission, il se trouve résumé au paragraphe 39 de l'arrêt de la Cour, aux termes duquel la Commission affirme en substance que la publicité commerciale tombe de toute manière dans le champ de l'article 10. En revanche, le Gouvernement considère les déclarations retranscrites par le journal comme faisant partie de la publicité commerciale et excluant de ce fait l'application de l'article 10 de la Convention, motif pris que cet article «ne couvrirait pas [la publicité commerciale], laquelle se rattacherait au droit, non garanti par la Convention, d'exercer librement un métier ou une profession» (§ 38). A l'aune de ces arguments, il aurait été des plus simples pour la Cour de trancher la question de façon définitive. Mais la Cour s'y refuse, préférant de loin, au sens anglo-saxon du terme, se réfugier en terre connue en consacrant la distinction («*to distinguish*») entre les affaires d'ordre purement commercial et celles à caractère mixte ou prétendument diamétralement différent.

Ce constat nous amène précisément à notre deuxième remarque: en jugeant que les divers messages et opinions traités dans l'article de presse sous examen sont si étroitement imbriqués qu'il convient d'aborder l'ensemble de l'affaire non pas sur le terrain de la liberté de diffuser un discours commercial, mais sur celui de la liberté d'exprimer ses propres idées et opinions sur un projet d'intérêt général, la Cour esquisse la formulation d'une méthode d'analyse qu'il nous sera occasionnellement loisible de retrouver au cours de sa jurisprudence ultérieure mais qui sera, somme toute, bien vite relativisée. Il s'agit de l'adoption d'une approche matérielle consistant à examiner la substance même du discours et à déterminer

¹⁵ *Boisson de Chazournes*, (note 3), p. 936; cf. aussi l'arrêt *Barthold*, (note 13), opinion concordante du juge *Pettiti*: «J'estime néanmoins que la décision de notre Cour pouvait être plus explicite au regard de la liberté d'expression dans la mesure où l'approche du problème de la publicité commerciale était également évoquée par le requérant [...]. La question de la publicité commerciale ne se posait qu'incidemment dans le cas *Barthold*; la Commission et la Cour auront à se prononcer plus directement et complètement sur le sujet».

quelle composante prévaut en l'occurrence. La méthode choisie aura surtout des implications au niveau de l'examen du critère de la «nécessité dans une société démocratique». Dans le cas d'espèce, la Cour estime que la composante commerciale ne constitue qu'un aspect accessoire, voire potentiel ou involontaire, qui se perd dans un discours portant à l'évidence sur la communication d'un sujet d'intérêt général, d'un sujet, en somme, susceptible d'intéresser toute la population de la ville hanséatique.¹⁶ Cette approche est renforcée par la remarque selon laquelle l'application du critère de distinction, tel qu'adopté par les juridictions nationales, «risque de décourager les membres de ces professions de contribuer à la discussion publique de questions concernant la vie de la collectivité, *pour peu que pareille contribution ait des chances de passer pour produire quelque effet publicitaire*»¹⁷. Cette remarque fait de manière presque déictique ressortir le caractère purement hypothétique de l'effet publicitaire, celui-ci se trouvant tout au plus enfoui dans les profondeurs du cas *Barthold*. Aux yeux de la Cour, ceci est d'autant plus vrai qu'est en jeu un article «écrit par une journaliste» (§ 42), et non pas une annonce commerciale, de sorte qu'il en va, du moins incidemment, du bien essentiel de la liberté de la presse.

Ensuite, l'arrêt de la Cour réclame une autre remarque par rapport au champ d'application de l'article 10 de la Convention: il est certes vrai que la Cour ne prend pas explicitement position quant à l'inclusion des communications commerciales dans ladite disposition; mais il serait à notre avis également erroné que de vouloir y lire une attitude attentiste¹⁸ de cette haute juridiction, voire même une attitude qui serait fondamentalement opposée à une telle inclusion dans un avenir plus ou moins lointain. A la vérité, la Cour semble d'ores et déjà annoncer en filigrane la position qu'elle prendra dans le futur, lorsqu'une situation factuelle plus prononcée ou plus univoque se présentera à elle. Comment le terme «d'autant moins» dans sa demi-phrase «on le peut d'autant moins qu'il s'agissait d'un article écrit par une journaliste et non d'une annonce commerciale» devrait-il être compris, si ce n'est comme voulant signaler que la publicité commerciale est en principe, voire *a priori*, couverte par la liberté d'expression? Cela même si, au niveau du raisonnement subséquent relatif au second paragraphe de l'article 10, le rôle considéré comme qualitativement moindre que joue le discours commercial dans une société

¹⁶ Cf. aussi l'arrêt *Barthold*, (note 13), § 58: «Il se peut que ces informations aient eu un effet publicitaire pour la clinique du Dr Barthold et aient embarrassé des collègues, mais en l'occurrence un tel effet se révèle fort accessoire au regard du contenu principal de l'article comme de la nature de la question à soumettre au grand public». Bien que ce passage relève déjà de l'analyse de la nécessité dans une société démocratique, il aide à éclairer la conception de la Cour au sujet du champ d'application de l'article 10 de la Convention.

¹⁷ Arrêt *Barthold*, (note 13), § 58 *in fine*. Texte mis en évidence par nous.

¹⁸ *Boisson de Chazournes*, (note 3), p. 937: l'auteur s'interroge s'il convient d'analyser «cette attitude comme une position d'attente de la Cour face à un problème qui a des implications économiques et financières très importantes».

démocratique, tel que comparé à celui joué par d'autres manifestations expressives (presse, art, expression simple), pourrait, le cas échéant, conduire à les traiter un tant soit peu différemment. Pour rejoindre l'opinion exprimée au paragraphe précédent, il convient, finalement, de rappeler que la Cour ne disqualifie à aucun moment la pratique développée par la Commission. Or, si l'on considère que l'avis que porte la Commission sur l'application de l'article 10 de la Convention au regard des messages commerciaux est relativement prononcé – l'on pourrait même le qualifier de catégorique – le silence de la Cour par rapport à ces développements, en outre expressément rappelés dans l'arrêt au titre de la position de la Commission, ne pourrait-il valoir entérinement implicite de ladite casuistique?

III. L'affaire «Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann»¹⁹

C'est en l'affaire *Markt Intern* que la Cour se voit finalement confrontée à une situation dans laquelle l'ampleur du message publicitaire ne saurait plus être démentie ou passer inaperçue au milieu d'une mer d'informations les plus bariolées. Bien que la Cour procède à tatillons et refuse de se lancer dans des considérations de principe, l'on peut sans nul doute affirmer que, à peu de choses près, le discours commercial informatif trouve enfin sa place légitime – et sa consécration par la jurisprudence de la Cour – au sein de la liberté d'expression.

1. Les faits

En l'affaire considérée, la société éditrice et le rédacteur en chef d'un journal dénommé «Markt Intern», qui «s'emploie à défendre les intérêts des petites et moyennes entreprises du commerce de détail face à la concurrence des grandes sociétés de distribution», se plaignent d'avoir été condamnés par les autorités judiciaires compétentes en matière de concurrence déloyale du fait de la publication d'un article portant sur la vente par correspondance opérée par une société anglaise. L'article incriminé relatait les difficultés rencontrées par une détaillante à se faire rembourser par ladite société après lui avoir renvoyé les produits commandés, jugés insatisfaisants. S'adressant à tous les lecteurs qui prennent une part active dans le domaine des produits cosmétiques en question, l'article leur demandait de communiquer à la rédaction du journal toute autre situation analogue en rapport avec la société anglaise, afin de pouvoir «porter un jugement sur la politique du Club, de savoir si ce cas est isolé ou s'il y en a eu d'autres»²⁰.

¹⁹ Arrêt *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. République fédérale d'Allemagne*, série A n° 165.

²⁰ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 9 à 11.

2. En droit

Etant donné que, selon le Gouvernement allemand, «le bulletin litigieux n'aurait», de par son libellé et ses objectifs, «pas eu pour but d'influencer ou mobiliser l'opinion publique, mais de promouvoir les intérêts économiques d'un groupe d'entreprises déterminé», emportant pour conséquence que «[p]areille activité ressortirait à la liberté d'entreprise et de concurrence, non garantie par la Convention» (§ 25), la Cour est, cette fois-ci, contrainte de se prononcer au sujet de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention au discours commercial. En effet, non seulement le Gouvernement ressasse-t-il ses arguments soulevés en l'affaire *Barthold*, aux termes desquels les communications commerciales ne seraient de toute manière pas couvertes par la Convention, mais encore tente-t-il de distinguer l'état de fait prévalant en l'affaire *Barthold* de celui présent en l'affaire *Markt Intern*, de peur que la Cour ne considère l'article litigieux comme étant d'intérêt public et ne soit, par là même, amenée à appliquer les principes développés en conséquence.

Rappelant simplement que le rédacteur de *Markt Intern* «rendait compte du mécontentement d'une consommatrice qui n'avait pu obtenir le remboursement promis» et «demandait aux lecteurs des précisions sur les pratiques commerciales» de la maison de vente par correspondance, la Cour concède, en premier lieu, que l'«article incriminé s'adressait sans contredit à un cercle limité de commerçants et ne concernait pas directement le public dans son ensemble» (§ 26), signalant par là que la jurisprudence rendue en l'affaire *Barthold* ne saurait s'appliquer comme telle en la présente affaire, puisqu'en cette dernière, les informations portaient sur un thème d'intérêt général. En même temps, néanmoins, la Cour souligne aussi que l'article, sans toucher l'intégralité du public, présente des caractéristiques assimilables à une telle situation d'intérêt général, étant donné qu'il revêt une importance indéniable pour la large communauté des petits et moyens commerçants allemands et qu'il a, mais cela ne ressort pas clairement de l'arrêt, des répercussions indirectes sur tous les consommateurs, dans la mesure où les informations recueillies par les détaillants sont susceptibles d'affecter leur service à la clientèle.²¹ En second lieu, cependant, la Cour ajoute au même paragraphe que l'article «renfermait des informations de caractère commercial».

L'affaire *Markt Intern* se situe en conséquence dans une zone grise et hybride, dans laquelle concourent des éléments relevant tant du discours commercial que de l'in-

²¹ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 35: «Dans une économie de marché, une entreprise qui cherche à s'implanter s'expose inévitablement à une surveillance étroite de ses pratiques par ses concurrents. Sa stratégie commerciale et la manière dont elle honore ses engagements peuvent susciter des critiques des consommateurs et de la presse spécialisée. Pour mener sa tâche à bien, cette dernière doit pouvoir révéler des faits de nature à intéresser ses lecteurs et contribuer ainsi à la transparence des activités commerciales». Bien qu'il se situe au niveau de l'examen de la nécessité, ce passage est important, car il jette une lumière sur la manière dont la Cour conçoit le genre de communications commerciales faites par *Markt Intern*.

formation d'un public restreint, mais tout de même quantitativement conséquent. Cela étant, il est évident à la lecture de l'arrêt que les informations d'ordre commercial prennent pour la Cour le pas sur les autres catégories d'informations et qu'en vertu de l'approche méthodologique adoptée au paragraphe 42 de l'affaire *Barthold*, l'intégralité du cas d'espèce se doit d'être examinée à la lumière de cette composante primordiale. Voici donc arrivé le moment pour la Cour de s'exprimer au sujet des communications commerciales, tâche dont elle s'acquitte très succinctement par la phrase unique suivante: «Or [les informations de caractère commercial] ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 § 1 [...], lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression (voir *mutatis mutandis*, l'arrêt *Müller et autres* ...)» (§ 26).

3. Appréciation

a) Les divergences d'opinion au sein de la Cour

Il serait certainement intéressant d'approfondir le pourquoi de cette phrase si courte et si peu explicite qui tranche le débat sur l'applicabilité aussi sèchement qu'un couperet. Cependant, une telle étude dépasserait le cadre de notre article. Peut-être suffit-il, dans le but d'expliquer ce phénomène, d'indiquer que l'arrêt *Markt Intern* fut adopté par neuf voix contre neuf avec voix prépondérante du président. Or, la pratique judiciaire ne démontre-t-elle pas très souvent que le degré de divergences d'opinions entre les juges se traduit par la brièveté de leurs considérants, c'est-à-dire par la conclusion d'un compromis portant sur le plus petit dénominateur commun, ce que reflètent assurément les opinions dissidentes des nombreux juges, rattachées à l'arrêt?

Quoi qu'il en soit, la lecture de l'arrêt révèle que le désaccord des juges ne porte pas tant sur l'applicabilité de l'article 10 de la Convention aux informations commerciales que, ainsi que nous le survolerons par la suite, sur l'examen de la proportionnalité et de la marge d'appréciation qu'il convient d'accorder aux Etats membres en matière de restrictions au discours commercial. Tout au plus devrait-on relever au titre du champ d'application les nuances apportées par l'opinion dissidente des juges *Gölcüklü*, *Pettiti*, *Russo*, *Spielmann*, *De Meyer*, *Carrillo Salcedo* et *Valticos*. Contrairement à leurs confrères, ces derniers considèrent – désireux qu'ils sont de rapprocher les affaires *Barthold* et *Markt Intern* et d'assurer, sans échappatoire aucune, l'inclusion du discours commercial dans la liberté d'expression – que la «liberté d'expression doit être assurée tout autant à l'égard des pratiques d'une entreprise commerciale que, comme dans l'affaire *Lingens*, à l'égard du comportement d'un chef de Gouvernement. De même elle doit pouvoir être exercée aussi bien dans l'intérêt des acheteurs de produits de beauté que, comme dans l'affaire *Barthold*, dans celui des propriétaires d'animaux malades; en vérité, elle sert surtout l'intérêt général. Au demeurant, ce n'est pas en défendant tel ou tel intérêt, économique ou autre, qu'on peut perdre le bénéfice de la liberté d'expression». A

les suivre, il n'existerait donc pas de types de communications qui seraient d'emblée et par nature dépourvus de protection. Etant entendu que toute forme d'expression contribuerait à alimenter le débat public et à préserver l'intérêt général, il serait donc aberrant que de vouloir établir une liste des formes incluses dans le champ de protection de l'article 10 de la Convention et de celles qui en seraient *a priori* exclues.

b) L'analogie opérée avec l'arrêt «Müller et autres c. Suisse»

En somme, l'arrêt *Markt Intern* confirme-t-il discrètement la pratique que la Commission avait jusqu'ici développée, et concrétise ce que l'arrêt *Barthold* avait annoncé en filigrane: que la communication d'informations de caractère commercial entre bel et bien dans le champ de protection de la liberté d'expression, à la même enseigne que, d'ailleurs, la liberté artistique, telle qu'expressément consacrée par l'arrêt *Müller et autres* dont les principes trouvent à s'appliquer *mutatis mutandis*²² à l'affaire *Markt Intern*, ou encore à l'instar de tous autres modes et contenus d'expression. En l'affaire *Müller et autres*, à laquelle la Cour renvoie pour justifier l'inclusion du discours commercial dans le champ de l'article 10, il est question de l'exposition, dans un musée fribourgeois ouvert au grand public, de trois toiles jugées obscènes, ce qui vaudra tant à l'artiste qu'aux organisateurs de l'exposition une amende pénale couplée au séquestre des tableaux litigieux. Les requérants faisant valoir que les autorités auraient violé leur liberté d'expression, il incombe de prime abord à la Cour de déterminer si la création et l'exposition d'œuvres d'art investissent ou non la sphère de protection tracée par la liberté d'expression, ce qu'elle finit bien vite par confirmer.²³ Et de poursuivre au paragraphe 27 de son arrêt: «Sans doute l'article 10 [...] ne précise-t-il pas que la liberté d'expression artistique, qui se trouve en cause, entre dans son champ d'application; il ne distingue pas pour autant les diverses formes d'expression. Comme les comparants s'accordent à le reconnaître, il englobe la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées – qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte. S'il en était besoin, la justesse de cette interprétation trouverait une confirmation dans la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 10 [...] car les activités des “entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision” s'étendent au domaine de l'art. De son côté, l'article 19

²² Comme nous le verrons par la suite, l'analogie du raisonnement ne porte, *a priori*, que sur l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à l'expression commerciale et non sur l'examen des conditions de restriction de celle-ci, la marge d'appréciation laissée aux Etats étant – du moins sous réserve de la jurisprudence la plus récente – sensiblement moins étendue en matière de liberté artistique.

²³ Arrêt *Müller*, (note 8), § 27: «Les requérants ont exercé sans conteste leur droit à la liberté d'expression: le premier en créant puis exposant les œuvres dont il s'agit, les neuf autres en lui offrant l'occasion de les montrer en public lors de la “Fri-Art 81” organisée par eux».

§ 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant "une forme [...] artistique", montre que la notion de liberté d'expression est assez large pour inclure l'expression artistique».

Mis à part les réflexions qui s'appliquent de manière spécifique à la liberté artistique, les principes qui peuvent être repris à l'usage de la liberté d'expression commerciale sont, à notre sens, au nombre de trois: premièrement, la Cour précise que le champ de la liberté d'expression, s'il n'est pas infini («assez»), est du moins très étendu, si bien qu'un ostracisme de principe du discours commercial ne saurait passer pour admissible. Deuxièmement, l'article 10 ne distingue pas les différents modes et types d'expression et n'établit, par conséquent, aucune *summa divisio* entre des communications dignes et indignes de protection. Troisièmement, la Cour n'exclut nullement que la liberté de recevoir et de communiquer des informations et idées, *mutatis mutandis*, commerciales puisse également contribuer à l'échange public indispensable au bon fonctionnement d'une société démocratique.

c) Ombres et lumière

Bien qu'il eût été souhaitable que la Cour explicitât ses pensées et développât un raisonnement davantage individualisé et ciblé, à savoir adapté aux besoins de l'affaire, au lieu de consacrer comme elle l'a fait la liberté d'expression commerciale par le biais de l'elliptique renvoi analogique que l'on connaît, il n'en reste pas moins qu'il est dorénavant possible de parler d'une normalisation de l'approche adoptée vis-à-vis du discours commercial. Au regard des considérations susmentionnées, l'on serait même tenté d'aborder la question de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la matière commerciale comme s'il s'était dès le départ agi d'un faux problème que la Cour aurait finalement balayé du revers de la main; en d'autres termes, que la Cour aurait considéré cette appartenance comme allant de soi *ab initio* et qu'elle aurait attendu, selon la nature des états de fait à elle déferés, le moment propice pour exprimer clairement et une fois pour toutes sa position de principe. D'un autre côté, néanmoins, toute analogie demeure à la merci des exégètes. Par ailleurs, le vote des juges ne nous permet-il peut-être pas d'être aussi affirmatif. En effet, l'on a beau réitérer que les votes rendus par les juges traduisent un désaccord qui se situe principalement au niveau de l'analyse du second paragraphe de l'article 10 de la Convention, et non pas au niveau du champ d'application de cette disposition, lesdits votes n'en diffusent pas moins – à tort sans doute – l'impression qu'au moment du prononcé de l'arrêt, l'acceptation par la Cour des communications purement commerciales en tant qu'émanations de la liberté d'expression n'avait tenu qu'à un fil très ténu. Or, ce fil risquerait à tout moment de se rompre au gré des affaires analogues à venir, ainsi qu'au gré des compositions futures des chambres chargées de leur examen. Cette évocation d'une jurisprudence «sur pieds d'argile» se voit, de surcroît, confortée par le

fait que la Cour s'empresse, pourrait-on croire, à s'excuser d'avoir au premier chef inclus le discours commercial dans la liberté d'expression. En effet, la Cour détaille que l'article était «rédigé dans un contexte commercial» (§ 36), mais qu'en réalité – le journal «Markt Intern» n'étant pas lui-même un concurrent du Club – des intérêts autres que purement économiques entraient en ligne de compte (§ 35). Tirillée qu'elle nous paraît entre l'annonce que la communication commerciale appartient manifestement à la liberté d'expression au même titre que, par exemple, la liberté scientifique, et l'importance accordée à la considération qu'après tout, la communication commerciale scrutée en l'espèce protégeait des intérêts d'une pluralité de personnes, voire l'intérêt général, la Cour n'est, tout compte fait, peut-être pas encore arrivée au bout de son parcours jurisprudentiel.

S'il est vrai qu'il aurait été fort difficile, à ce stade relativement précoce de la jurisprudence de la Cour, de prédire ce qu'il serait au bout du chemin advenu de la protection des communications commerciales à but purement lucratif, il est désormais – quelques quinze ans plus tard et au vu de la jurisprudence ultérieure rendue – possible d'apaiser les craintes: les communications d'ordre commercial, qu'elles soient solitaires ou qu'elles apparaissent de concert avec d'autres sortes de messages ou qu'elles prédominent, font sans conteste partie du champ de protection, savoir du «*Schutzbereich*» de la liberté d'expression et ne sauraient plus en être délogées. Cela dit, il s'agit encore et toujours de communications commerciales, ayant en grande partie vocation à informer le public, quel qu'il soit, et non de messages publicitaires destinés à réaliser les fins de lucre évoquées en amont. La question de l'inclusion de la publicité commerciale ou lucrative demeure donc encore ouverte²⁴ au stade de l'arrêt *Markt Intern*.

IV. Les affaires audiovisuelles impliquant la Suisse

Les deux précédentes affaires portées par devant la Cour concernaient invariablement des messages à caractère mixte²⁵ allant au-delà de la simple composante commerciale et remplissant, de surcroît, une fonction informative, voire utile. Tout en soulignant ces aspects extra-commerciaux, la Cour avait fini par admettre que le discours commercial intégrait l'article 10 de la Convention. En revanche, elle ne s'était jamais expressément prononcée sur la question de savoir si une «liberté d'expression exercée à des fins purement lucratives ressortirait à la liberté économique»

²⁴ *Boisson de Chazournes*, (note 3), p. 938 : «Si le message commercial revêt la forme d'une annonce publicitaire, y a-t-il automatiquement protection de ce message par l'article 10 de la Convention? L'article 10 protège-t-il l'émission de tout message publicitaire à fin commerciale ou faut-il que le message comporte des éléments informationnels, que le produit ou service soit précisément décrit?».

²⁵ Article de presse portant sur un thème d'actualité et d'intérêt général en l'arrêt *Barthold*, (note 13), article informatif adressé à un large groupe de lecteurs et pouvant avoir des répercussions sur les consommateurs en l'arrêt *Markt Intern*, (note 19).

ou si la publicité commerciale faisait partie du champ de protection de l'article 10 de la Convention. Il faudra attendre les arrêts rendus en matière de radiotélévision pour obtenir, de manière incidente, une réponse à ce sujet. Tandis que l'arrêt *Informationsverein Lentia et autres*²⁶ et les arrêts *Radio ABC* et *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH contre l'Autriche*²⁷ ne concernent que très indirectement la problématique commerciale²⁸ et se focalisent sur les moyens et supports de diffusion de l'information (sans évoquer leur contenu) ainsi que sur le régime de monopole d'Etat existant en Autriche en matière de radiotélévision – jugé disproportionné par la Cour –, les arrêts *Groppera Radio AG et autres, Autronic AG et Demuth contre la Suisse*²⁹ sont particulièrement précieux aux fins de notre présente analyse. C'est donc sur eux, et non sur les affaires autrichiennes, que porteront nos commentaires subséquents.

1. L'affaire «Groppera Radio AG et autres c. Suisse»

a) Les faits

La société anonyme de droit suisse, Groppera Radio AG, utilise un émetteur de radio très puissant qui, situé en Italie, s'adresse à un public majoritairement suisse et diffuse des programmes consistant en de la musique légère, des bulletins d'information et des messages publicitaires. Les programmes sont captés par les propriétaires de récepteurs individuels et, dans un premier temps, rediffusés par des sociétés d'exploitation de réseaux câblés. L'entrée en vigueur d'une ordonnance du Gouvernement suisse a cependant pour conséquence d'interdire aux sociétés suisses d'exploitation de réseaux câblés de rediffuser des émissions de radiodiffusion à partir d'émetteurs qui ne répondent pas aux exigences des accords internationaux en matière de radio- et télécommunications. La S.A. se voit donc enjoindre de cesser son activité jugée illégale.

²⁶ Arrêt *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, série A n° 276. Il y est question de l'impossibilité pour plusieurs groupes de personnes actives dans les domaines les plus variés d'obtenir une licence d'exploitation en raison du monopole tenu par l'Office autrichien de radiodiffusion (ORF). Rappelant le rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique et le fait que cette dernière ne saurait être concrétisée sans fondement pluraliste, dont l'Etat est l'«ultime garant», la Cour souligne que, de tous les moyens d'assurer le respect de ces valeurs, le monopole de droit public impose les restrictions les plus fortes à la liberté d'expression, à savoir l'impossibilité totale de s'exercer autrement que par le biais d'une station nationale, avant de conclure à la présence d'une ingérence disproportionnée, et donc à la violation de l'article 10 (§ 38 s).

²⁷ Arrêts *Radio ABC c. Autriche*, Rec. 1997-VI; *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH c. Autriche*, req. n° 32240/96, non publié. Voir aussi l'arrêt *Telesystem Tirol Kabeltelevision c. Autriche*, Rec. 1997-III, règlement amiable.

²⁸ L'arrêt *Radio ABC*, (note 27) pas même directement (§ 7).

²⁹ Arrêts *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, série A n° 173; *Autronic AG c. Suisse*, série A n° 178; *Demuth c. Suisse*, Rec. 2002-IX.

b) Partie en droit et appréciation

La Cour examine premièrement les arguments avancés par le Gouvernement au sujet de la prétendue inapplicabilité de l'article 10 de la Convention. De façon à peine voilée, le Gouvernement relève en effet que Groppera AG «diffusait des programmes dont le contenu – principalement de la musique légère et des messages publicitaires – pouvait inspirer des doutes quant à leur caractère d'«informations» ou d'«idées»» (§ 54). A ce titre, la Cour esquive la question de principe de ce que sont des «informations» ou des «idées», au sens de l'article 10 de la Convention, en se concentrant uniquement sur le mode de «diffusion de programmes par voie hertzienne comme leur retransmission par câble». Tous deux, dit-elle, «relèvent du droit consacré par les deux premières phrases de l'article 10 § 1 [...], sans qu'il faille distinguer selon le contenu des programmes» (§ 55). Et de constater que les décisions administratives litigieuses ont tant entravé la rediffusion par câble des programmes en cause qu'ils ont empêché les abonnés de les recevoir, si bien qu'une ingérence ne saurait être déniée.

Au titre des considérants en droit précédents, il convient de noter que la Cour ne tranche pas définitivement la question de savoir dans quelle mesure l'article 10 de la Convention couvrirait les messages publicitaires dans leur ensemble et de façon générale, compte tenu du fait qu'elle aborde le sujet sous l'angle du mode de communication, et non pas de son contenu. D'un autre côté, toutefois, une très large partie des messages publicitaires est désormais incidemment incluse dans le champ de protection de cette disposition, à savoir tous les messages qui empruntent le médium de communication de la radio- et télédiffusion, étant donné que le mode de communication en tant que tel est inconditionnellement couvert *ratione materiae* par l'article 10. Peu importe alors le contenu des informations qui sont véhiculées par son biais.³⁰ En dernier lieu, il sied d'annoter que la méthodologie basée sur le critère du contenu de l'information que la Cour avait, depuis l'affaire *Barthold*, plus ou moins fidèlement suivie, se voit indirectement infléchie, si ce n'est désavouée et confinée à l'un des points d'analyse particuliers.³¹ Du moins, les opinions concordantes d'un certain nombre de juges plaide en faveur de ce revirement jurisprudentiel. En effet, dans leur opinion concordante, les juges *Bindschedler-Robert* et *Matscher* ne s'opposent-ils pas fermement «à l'affirmation [de la majorité] – catégorique, semble-t-il, et d'ailleurs superflue pour la motivation – selon laquelle l'applicabilité de ce texte ne dépend jamais du contenu d'un «programme» à diffuser par n'importe quel moyen [...]»? Selon ces derniers, il serait, en effet, possible d'imaginer «des hypothèses de diffusion de «programmes» qui ne constituent nullement une communication d'«informations» ou d'«idées» et qui dès lors, en raison de leur contenu, restent en dehors du droit protégé par l'ar-

³⁰ Cf., *mutatis mutandis*, l'arrêt *News Verlags GmbH & Co. KG*, (note 2), § 39.

³¹ A savoir à l'examen de la marge d'appréciation. Cf. l'analyse de l'arrêt *Demuth*, (note 29) en rapport avec le chapitre C.

ticle 10 § 1 [...]». Il en va, d'ailleurs, de même pour l'opinion concordante du juge *Valticos* qui estime que «ces programmes étaient [...] essentiellement des divertissements courants et ne comportaient nullement de genre de débats ou simplement de présentation d'opinions et d'expression d'idées ou de manifestations culturelles ou artistiques que concerne l'article 10 [...]», et de terminer: «[d]u reste l'objectif, essentiellement commercial, de cette station de radio explique que son programme ait mis l'accent sur le divertissement simple. Ce ne sont certes ni les opérations commerciales ni les simples divertissements que vise à protéger l'article 10 [...]». Au vu des dissonances susvisées au sein du collège des juges, il faudra attendre l'affaire *Autronic* afin de s'assurer que ce revirement soit de durée.

2. L'affaire «Autronic AG c. Suisse»

a) Les faits

Spécialisée dans l'électronique, la société Autronic AG vend notamment des antennes paraboliques destinées à des particuliers. A des fins de démonstration au cours d'une foire zurichoise, elle sollicite de la part des autorités l'autorisation de pouvoir présenter le programme public d'une chaîne de télévision soviétique, programme qu'elle capterait directement d'un satellite soviétique de télécommunication au moyen d'une antenne parabolique privée. Les autorités refusent en constatant qu'ils ne peuvent accorder la concession de réception sans l'agrément exprès des autorités soviétiques et que, de surcroît, Autronic AG ne justifierait pas d'un intérêt économique direct digne de protection, alors même qu'à l'époque, les seuls programmes de télévision par satellite susceptibles d'être captés en Suisse par le biais d'une antenne parabolique proviennent de G-Horizont. Faisant valoir son droit de recevoir des informations, la société suisse saisit les autorités strasbourgeoises.

b) Partie en droit et appréciation

En l'affaire *Autronic*, la question de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la publicité purement commerciale se pose de façon encore plus pressante et atteint son paroxysme lorsque le Gouvernement suisse insiste que la société requérante «n'aurait attaché aucune importance au contenu du message transmis – des programmes en russe – car elle poursuivait des intérêts de nature exclusivement économique et technique. [...]». Elle entendait sans plus fournir, à l'occasion d'une foire, la preuve des capacités d'une antenne parabolique afin d'en stimuler les ventes. Or, une liberté d'expression exercée à des fins purement lucratives ressortirait à la liberté économique, laquelle déborderait le cadre de la Convention». A ces arguments, Autronic AG objecte que l'article 10 de la Convention protège «non seulement le contenu de la communication, mais aussi le mode de transmission» et qu'elle «n'aperçoit pas pourquoi les droits fondamentaux que les per-

sonnes morales [en] tirent [...] devraient subir des restrictions pour peu qu'elles poursuivent des objectifs économiques ou techniques»³². Bien que, tout comme en son arrêt *Groppera*, la Cour n'accueille pas expressément tous les messages et modes d'expression publicitaires dans le giron de l'article 10, elle ne laisse planer aucun doute sur le fait que, premièrement, «ni le statut juridique de société anonyme, ni le caractère commercial de ses activités ni la nature même de la liberté d'expression ne sauraient priver Autronic AG du bénéfice de l'article 10 [...]»; que, deuxièmement, l'article 10 de la Convention vaut, au titre du droit de recevoir et de communiquer des informations, non seulement pour le contenu des informations mais aussi pour les moyens de transmission ou de captage; et que, troisièmement, il n'est nullement besoin de «rechercher pour quelle raison et dans quel but son titulaire entend s'en prévaloir» (§ 47).

Les passages que nous venons de citer apparaissent comme très révélateurs par rapport au traitement réservé à la publicité commerciale. Non seulement, la Cour confirme-t-elle sa position de principe adoptée en l'affaire *Groppera*, selon laquelle il suffit que les moyens de transmission soient protégés par l'article 10 de la Convention pour admettre indirectement que le contenu des messages y véhiculés soit également couvert,³³ mais encore la Cour décrit-elle un pas de plus. En effet, elle juge que le motif à la base de la réception ou communication d'informations n'importe aucunement pour bénéficier de l'appui de l'article 10. Or, le cas d'espèce concernait précisément une situation, dans laquelle le contenu de l'information qui aurait dû être diffusée ne jouait aucun rôle quelconque. *In casu*, il s'agissait simplement de démontrer les prouesses techniques des antennes de satellite de la société requérante dans le but de les faire connaître et de les commercialiser à une plus large échelle. Il s'agissait donc, selon l'opinion concordante du juge *De Meyer*, d'une «démonstration au public d'appareils destinés à la réception d'émissions de télévision». Le contenu des informations diffusées n'était, quant à lui, nullement pertinent, pour peu que ces informations émanassent d'un satellite et pussent être captées directement au moyen d'une parabole ainsi que présentées au cercle d'acheteurs potentiels. En se référant, finalement, à ses arrêts *Sunday Times*, *Markt Intern* et *Groppera AG*, la Cour clarifie une fois pour toutes que l'article 10 de la Convention, à l'instar par exemple de l'article 6 de la Convention,³⁴ vaut pour «toute personne physique ou morale», même si ces dernières poursuivent un but lucratif.³⁵ Il va sans dire que cette précision vient consolider le raisonnement décrit ci-dessus. En toute évidence, cet arrêt allait, tout comme l'arrêt rendu en l'affaire *Groppera*, susciter de vives réactions de refus en la personne des juges *Bindschedler*

³² Arrêt *Autronic*, (note 29), § 44 s.

³³ En d'autres termes, il importe peu de s'attarder sur le contenu des messages transmis, si le moyen de transmission est en soi protégé.

³⁴ Arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, Rec. 2002-VII, § 59 ss.

³⁵ Arrêt *Autronic*, (note 29), § 47.

Robert et Matscher, pour qui «l'article 10 [...] présuppose un minimum d'identification entre la personne qui entend se prévaloir du droit protégé par ledit article et l'"information" transmise ou reçue. Or, en l'occurrence, le contenu de l'information – par pur hasard des émissions soviétiques en russe – était parfaitement indifférent à la société aussi bien qu'aux visiteurs de la foire susceptibles d'assister aux émissions; il s'agissait uniquement de faire la démonstration des caractéristiques techniques de l'antenne parabolique pour en promouvoir la vente». Ce nonobstant, la majorité de la Cour a consolidé sa jurisprudence et a rendu très improbable la possibilité d'un revirement futur, dans le sens où l'entendraient les deux juges «réfractaires».

3. L'affaire «Demuth c. Suisse»

a) Les faits

Le requérant, M. *Demuth*, projette de créer une chaîne de télévision thématique («*Spartenkanal*»), Car Tv AG, couvrant «toutes les questions relatives à l'automobile et à la circulation des véhicules privés, avec des informations sur les voitures et leurs accessoires, les politiques des transports et les politiques énergétiques, la sécurité des transports, le tourisme, le sport automobile, les rapports entre le transport ferroviaire, la circulation routière et les questions liées à l'environnement» (§ 10), et destinée à être diffusée par câble (selon les régions linguistiques en allemand et en français). Sa demande de concession se voit cependant rejetée au motif que l'exploitation d'une chaîne thématique irait à l'encontre du mandat général de la radio et de la télévision. En effet, celui-ci «vise l'intégration et la promotion d'une culture intégrale de la communication», tandis que Car Tv AG ne serait en grande partie axée que «sur le divertissement ou sur des informations concernant l'automobile» (§ 12).

b) Partie en droit et appréciation

Entre le moment du prononcé des arrêts *Groppera* et *Autronic* (1990) et le prononcé du jugement en l'affaire *Demuth* (2002), la jurisprudence de la Cour a eu le temps de se tasser et d'affirmer son ascendant sur les diverses opinions dissidentes des juges minoritaires. Cette consolidation s'est effectuée à un tel degré que – alors même que la Cour admet elle-même qu'il «ne pouvait être exclu que ces éléments [les programmes que Car Tv AG aurait diffusés] contribueraient au débat général en cours sur les divers aspects d'une société motorisée, [...] et que «l'objectif de Car Tv AG était essentiellement commercial puisque la chaîne visait à promouvoir des voitures et donc à encourager leur vente» (§ 41) – le Gouvernement helvétique n'a pas daigné contester l'application de l'article 10 de la Convention par rapport à un tel état de fait. De la sorte, la Cour passe immédiatement aux points d'analyse subséquents.

Au vu de tout ceci, trois remarques s'imposent: en premier lieu, la jurisprudence de la Cour rendue au sujet de l'application de l'article 10 aux messages commerciaux et publicitaires tend à se généraliser, dans le sens où, aux paragraphes 30 et suivants de son arrêt, la Cour ne fait plus expressément mention de la protection indirecte accordée aux messages publicitaires par l'entremise de la protection des moyens de communication (art. 10 § 1). Bien plus, en jugeant que «le refus d'octroyer au requérant une concession de diffusion a constitué une ingérence dans l'exercice par l'intéressé de [...] son droit de communiquer des informations ou des idées consacré par l'article 10 § 1 [...]», la Cour ne marque plus de frontière entre la protection du moyen et du contenu de la communication, effaçant ainsi l'idée selon laquelle la publicité commerciale, ciblée ou, comme ici, diffuse, ne serait protégée qu'en raison de son véhicule de transmission. C'est à partir de ce moment que, selon nous, les messages commerciaux peuvent vraiment être vus comme participant de la liberté d'expression à la même enseigne que tout autre contenu et mode de communication.

Quant à notre deuxième remarque, elle porte sur un certain parallélisme inversé entre les affaires *Barthold* et *Demuth*, dans la mesure où dans la première, la Cour avait opéré son examen sous l'angle du débat public suscité par l'article de presse incriminé, jugeant que la publicité commerciale générée par ce dernier ne serait qu'accessoire, si ce n'est hypothétique; et où, dans la seconde, la Cour aborde la question sous l'angle de la publicité commerciale en faveur de l'industrie automobile, en jugeant justement que les éléments susceptibles de contribuer au débat général ne sont qu'accessoires, voire hypothétiques. L'opinion dissidente du juge *Jörundsson* souligne bien, *a contrario*, quelle a été la démarche adoptée par la majorité des juges.³⁶ Ce nonobstant, la Cour n'en tire aucune conséquence relativement à l'applicabilité de l'article 10 de la Convention à la situation visée, ce qui nous amène à la troisième remarque ci-après. En troisième et dernier lieu, la méthodologie qu'avait adoptée la Cour en l'affaire *Barthold*, consistant à examiner le contenu matériel du discours, a été définitivement évincée de l'analyse consacrée à l'applicabilité de l'article 10 de la Convention pour se confiner aux aspects liés à la nécessité et à la marge d'appréciation. Il n'est donc désormais plus possible d'exclure des communications du champ de protection de ladite disposition au seul motif qu'elles contiendraient des messages jugés de second rang, prétendument inférieurs par leur qualité ou leur finalité.

³⁶ Arrêt *Demuth*, (note 29), opinion dissidente du juge *Jörundsson*: «Selon moi, une entreprise privée de diffusion ayant pour but de promouvoir les voitures était bel et bien une entreprise commerciale. Néanmoins, le programme de télévision envisagé dépassait largement le cadre commercial, par son extension à des sujets tels que les politiques des transports, la sécurité routière et les questions liées à l'environnement. Ceux-ci présentent incontestablement un intérêt général et public et auraient contribué au débat général en cours sur les divers aspects d'une société motorisée».

V. Quatre autres affaires relatives au «commercial speech»

Durant le laps de temps d'environ dix ans au sein duquel la Cour rendait ses jugements dans les affaires *Groppera*, *Autronic* et *Demuth* et affinait sa jurisprudence relative aux moyens de communication audiovisuelle, elle eut également à connaître de quatre autres affaires qui se rapportaient de près ou de loin au discours commercial. Celles-ci méritent que nous nous y attardions brièvement, ce d'autant plus qu'elles viennent confirmer et préciser les considérations précédemment développées.

1. L'affaire «Casado Coca c. Espagne»³⁷

a) Les faits

Ayant régulièrement passé des annonces publicitaires dans des journaux espagnols, Me Pablo Casado Coca se voit imposer des blâmes et avertissements réitérés de la part du conseil de l'Ordre des avocats de Barcelone pour avoir enfreint les règles déontologiques propres à sa profession libérale. Il sied de spécifier que les annonces litigieuses se contentaient d'indiquer les noms, la profession, l'adresse et le numéro de téléphone du requérant. Sur recours, les instances judiciaires estiment que «l'annonce litigieuse constituait un moyen publicitaire et non une simple communication d'informations», ce davantage encore qu'elle «figurait à côté de messages similaires d'une auto-école et d'une résidence du troisième âge» (§ 12). A la suite de ces recours, Me Casado Coca engage une procédure par devant la Commission et la Cour de Strasbourg.

b) En droit

Contestant l'applicabilité de l'article 10 de la Convention, le Gouvernement espagnol argue de ce que les «annonces passées par le requérant ne représenteraient nullement une information commerciale, mais de la simple publicité». En outre, il s'agirait d'annonces insérées en contrepartie d'une rémunération et visant exclusivement à attirer des clients. Or, à entendre le Gouvernement, «la publicité en tant que telle ne relèverait pas de la liberté d'expression; en effet, une annonce ne poursuivrait pas l'intérêt général mais celui, particulier, des individus concernés» (§ 33). Quant à la Cour, elle concède qu'elle avait «laissé ouverte la question de savoir si la publicité commerciale comme telle bénéficie des garanties de l'article 10», mais elle ajoute que sa jurisprudence ultérieure «fournit des indications à cet égard». En se fondant sur ses arrêts *Autronic*, *Barthold*, *Markt Intern*, *Müller* et *Groppera*, elle fait remarquer que l'article 10 ne fait aucune distinction selon la nature, lucrative ou non, ou le but recherché de la communication mise sous éclairage. De surcroît,

³⁷ Arrêt *Casado Coca c. Espagne*, série A n° 285-A.

l'article 10 «ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression [...], notamment ceux de nature politique; il englobe aussi l'expression artistique [...], des informations à caractère commercial [...], ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble» (§ 35). Au vu de ce qui précède, la Cour conclut que la simple indication des nom, profession et autres détails similaires concernant le requérant visaient assurément un but publicitaire, mais qu'ils étaient simultanément d'intérêt public, étant donné qu'en fournissant aux personnes nécessiteuses d'une assistance juridique des renseignements sur comment se procurer un avocat, elles faisaient preuve d'une «utilité certaine», propice à faciliter l'accès des individus à la justice (§ 36), de sorte que l'article 10 de la Convention entre pleinement en jeu.

c) Appréciation

A notre sens, deux remarques sont de rigueur : en premier lieu, l'affaire *Casado Coca* n'est pas sans rappeler, à certains égards du moins, l'affaire *Barthold*, dans la mesure où il est reproché à tous deux, membres des professions libérales, d'avoir enfreint les règles posées par leurs codes de déontologie professionnelle respectifs. Cependant, il existe indéniablement une différence entre ces deux affaires, puisqu'en la première, l'effet publicitaire de l'article de journal litigieux n'était qu'infime ou hypothétique, alors qu'en la seconde, le but publicitaire est avéré, tandis que la qualité d'information ou de renseignement de l'annonce ne se place qu'au second rang. L'objectif «altruiste» de faciliter l'accès des particuliers à la justice cède entièrement le pas à celui, personnel, d'attirer une plus large clientèle. L'on peut donc affirmer que l'arrêt *Casado Coca* consacre – tout comme y procédera d'ailleurs, huit années plus tard, l'arrêt *Demuth* en matière audiovisuelle – l'inclusion inconditionnelle des messages publicitaires dans le champ de l'article 10 de la Convention. A la rigueur pourrait-on émettre quelques réserves au sujet de l'inclusion de messages commerciaux qui seraient dépourvus de toute forme de communication utile et donc limiter l'inconditionnalité susmentionnée; mais cela irait, à notre sens, à rebrousse-poil de l'appréciation globale qu'opère la Cour et aux termes de laquelle il transparaît que même de simples messages publicitaires sans contenu informatif bénéficient de la protection de l'article 10. Eu égard à ce qui précède, les considérations de la Cour apparaissent bien plus comme un raisonnement *a fortiori*. S'il est soutenu que la publicité commerciale est de toute manière couverte par la liberté d'expression, cela sera d'autant plus vrai lorsque cette forme de publicité se double de facettes informatives et se met au service de l'utilité publique.

La seconde remarque qui s'impose a trait à la nature de la publicité commerciale. Ne serait-il, de fait, pas irréaliste que de prétendre pouvoir distinguer la publicité commerciale de toute autre communication utile? Où s'arrête la communication et où commence la publicité «pure», si une telle publicité devait vraiment exister?

Que faire, en outre, de la publicité commerciale qui, bien que son unique but ou son but principal soit celui de vendre un produit ou un service, est agencée d'une façon si évocatrice ou aguichante qu'elle en devient artistique?³⁸ Bref, que faire de cette publicité qualitativement si élevée qui fait régulièrement l'objet de concours internationaux et à laquelle des prix sont décernés? Qui serait, de surcroît, en droit de s'ériger en arbitre du contenu informatif, de la qualité artistique ou scientifique, voire de l'utilité de ces messages publicitaires et de toute communication ou émission: l'exécutif, le législateur, le citoyen, peut-être le juge? A notre avis, il ne suffirait que d'un pas supplémentaire pour tomber dans la censure de tout message quel qu'il soit, que d'un seul pas à franchir pour perdre tout point de repère en matière de liberté d'expression et de ses limites. Or, n'avons-nous pas vu qu'il n'existe pas, pour reprendre un terme employé à d'autres fins en l'affaire *Airey*³⁹, de «cloison étanche» entre les différentes formes de communication et d'expression, que toutes sont reliées et le plus souvent entremêlées? Tout au plus, ce qui semble d'ailleurs se rapprocher du credo de la Cour, ces différences de contenu pourraient-elles trouver un quelconque écho au niveau de la nécessité dans une société démocratique.

2. Les affaires «Jacubowski», «VgT Verein gegen Tierfabriken», «Stambuk» et «Krone»⁴⁰

Les trois arrêts *Jacubowski*, *VgT Verein gegen Tierfabriken* et *Stambuk* s'éloignent quelque peu de la problématique du discours commercial et de la publicité et ne contribuent que modestement à l'évolution de la jurisprudence au regard de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention, encore moins si l'on considère que les arrêts examinés auparavant ont fini par consacrer l'incorporation, dans son intégralité, de la liberté d'expression commerciale dans le champ de protection de cette disposition. L'affaire *Krone* (n° 3)⁴¹ apporte un élément confirmatoire en ce qu'ancrée dans la publicité commerciale, elle relaie cette applicabilité «automatique». Cela étant, les quatre arrêts sus-cités ne doivent pas être négligés lorsqu'il ira de l'examen de la marge d'appréciation, raison pour laquelle nous les résumerons brièvement ci-dessous.

³⁸ Voir, à l'opposé, certaines œuvres d'artistes exposées dans les musées d'art moderne, qui se servent de produits ou d'affiches publicitaires ou dont le but est d'imiter, voire de copier des enseignes ou articles publicitaires.

³⁹ Arrêt *Airey c. Irlande*, série A n° 32, § 26.

⁴⁰ Arrêts *Jacubowski c. Allemagne*, série A n° 291-A; *Tierfabriken* (5); *Stambuk c. Allemagne*, req. n° 37928/97, non publié; *Krone Verlag GmbH & Co KG c. Autriche* (n° 3), req. n° 39069/97, non publié. Voir aussi la décision *Stambuk c. Allemagne*, non publiée.

⁴¹ Arrêt *Krone* (n° 3), (note 40), § 20. Voir aussi la décision *Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suisse*, req. n° 43524/98, non publiée.

a) L'affaire «Jacubowski c. Allemagne»

Démis de ses fonctions de journaliste et rédacteur en chef d'une agence de presse (ddp), M. *Jacubowski* tente vainement de faire reconnaître son droit de réponse contre les affirmations de cette agence qui, contrainte de déposer bilan, publie un communiqué de presse dans lequel elle le rend responsable des difficultés rencontrées et met sérieusement en cause ses capacités de gérant. Le requérant finit par s'adresser «à quarante éditeurs et rédacteurs de la presse écrite et audiovisuelle qui avaient reçu, comme clients de la ddp, le communiqué» susvisé et leur fit parvenir des coupures de presse qui jettent un regard très critique sur son congédiement et sur les activités de la ddp. Les juridictions nationales font droit à l'action en concurrence déloyale diligentée par l'agence de presse et enjoignent au requérant d'immédiatement cesser la diffusion de sa circulaire.

Au regard de cette affaire, le seul point qui soit, à notre avis, digne d'être évoqué est le fait que le Gouvernement allemand, tenant dûment compte de la jurisprudence rendue antérieurement par la Cour en matière de concurrence déloyale et de messages économiques ou commerciaux, ne conteste même plus l'applicabilité de l'article 10 de la Convention. Bien au contraire, soutenant que «la cour d'appel de Düsseldorf n'aurait fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire en matière commerciale, comme l'y autorisait la théorie de la marge d'appréciation»⁴², le Gouvernement enchaîne donc immédiatement par la présentation de ses considérations relatives à la proportionnalité de la mesure. Force est, partant, de constater que, au moins en ce qui concerne les messages expressifs ou informatifs «mixtes», à savoir ceux qui contiennent ou pourraient inclure une part de publicité, la jurisprudence de la Cour s'est durablement consolidée.

b) L'affaire «VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse»

(1) Les faits

L'association VgT Verein gegen Tierfabriken, vouée à la protection des animaux, milite en particulier contre l'élevage en batterie. «En réaction à diverses publicités télévisées produites par l'industrie de la viande» (§ 9), elle élabore un spot télévisé comparant l'élevage de porcs aux camps de concentration et exhorte les consommateurs – pour le bien de leur propre santé, de celle des animaux et de l'environnement – à manger moins de viande. La Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) refuse de diffuser le message en cause, au motif qu'il recèlerait un «caractère manifestement politique» (§ 11) prohibé par la loi et que sa diffusion serait préjudiciable à ses propres intérêts commerciaux. Simultanément, toutefois, la SSR propose une solution de remplacement qui ne satisfait pas l'association. Les instances nationales de recours déboutent l'association, estimant qu'il serait im-

⁴² Arrêt *Jacubowski*, (note 40), § 24.

possible d'obliger la SSR à diffuser un tel message, du fait qu'en matière publicitaire, cette dernière agit sur le marché à l'égal de tout concurrent privé et n'est soumise à aucun pouvoir hiérarchique. De plus, est mise en exergue la différence fondamentale existant entre les «campagnes promotionnelles de l'industrie de la viande», par nature économiques, et la publicité faite par l'association requérante, «qui incitait à réduire la consommation de viande», «contenait quelques images choquantes» et était dirigée contre l'élevage des animaux en batterie» (§ 23), question considérée comme éminemment politique.

(2) Partie en droit et appréciation

Face aux arguments du Gouvernement qui relève que la diffusion de publicités n'entre pas dans les fonctions de service public imposées par la Confédération helvétique à la SSR, que l'activité publicitaire est bien au contraire exclusivement régie par des règles de droit privé, si bien que la liberté contractuelle s'applique, et qu'en outre, l'article 10 de la Convention ne contient aucun «droit d'antenne», c'est-à-dire un «droit d'accès à un média particulier contrôlé par une tierce personne»⁴³, de sorte que les faits dont se plaint l'association ne sauraient être imputés à l'Etat, la Cour prend une position de principe intéressante. Elle reconnaît, en effet, qu'il existe des situations dans lesquelles l'article 10 peut, de manière inhérente, impliquer des obligations positives à la charge de l'Etat. Préférant renoncer à l'élaboration d'une «théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées» (§ 46), la Cour se contente de remarquer qu'au vu des circonstances du cas d'espèce, la responsabilité de l'Etat au sens de l'article 1 de la Convention pour tout manquement à l'article 10 peut être engagée. Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est probablement appuyée sur le fait que le Tribunal fédéral suisse était entré en matière sur le recours sans le déclarer irrecevable. Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 10 de la Convention, la Cour n'y consacre pas beaucoup de pensées, estimant qu'«en réalité, le discours politique de l'association requérante a fait l'objet d'une interdiction» (§ 47), affirmation qu'elle reprendra et précisera d'ailleurs au titre de l'examen de la proportionnalité en constatant qu'en tant que telle, «la publicité pouvait passer pour 'politique'»⁴⁴.

Comme nous pouvons facilement le constater, l'affaire *Tierfabriken* n'apporte pas de nouveaux éléments en relation avec l'application de l'article 10 de la Convention et les messages publicitaires commerciaux, étant entendu que la composante politique de la publicité envisagée par l'association requérante étouffe les caractéristiques susceptibles d'évoquer la publicité commerciale. Partant, la Cour traitera

⁴³ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 40 s.

⁴⁴ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 57 s.

le cas sous le seul angle du discours non commercial. Ce nonobstant, la publicité et le droit à en diffuser se trouvent au centre de l'examen auquel procède la Cour; de plus, l'impact commercial potentiel qu'aurait eu la publicité de l'association n'est pas négligeable, étant donné qu'elle visait précisément à inciter les téléspectateurs à consommer moins de viande, problématique à mettre également en rapport avec le droit de la concurrence déloyale. En outre, la limite entre message politique, «normal» et commercial a, ici, tendance à s'estomper, dans la mesure où la publicité envisagée par l'association se comprenait comme réponse légitime à une publicité commerciale initiée par les producteurs de viande. A cette enseigne, la publicité «politique» de la requérante était inextricablement liée, presque ancillaire, au thème de la publicité commerciale. Pour des motifs qui, il est vrai, sortaient de manière éclatante du champ commercial lucratif, la publicité projetée par l'association se posait, en effet, pour objectif de diffuser une publicité commerciale «à rebours» ou négative. En d'autres termes, l'arrêt *Tierfabriken* marque le point de rencontre culminant entre les discours politique, général et commercial, en ce sens que le message publicitaire litigieux se servait de l'arme commerciale par excellence qu'est la publicité afin d'atteindre des buts militants – politiques et moraux – d'habitude considérés comme imperméables au discours «égoïste» du lucre!

c) L'affaire «Stambuk c. Allemagne»

(1) Les faits

L'ophtalmologue Dr *Stambuk* se voit imposer, par voie judiciaire, une amende pour avoir enfreint les règles déontologiques gouvernant sa profession, règles visant à endiguer toute concurrence déloyale au sein de ladite branche. Il lui est, en substance, reproché d'avoir, au cours d'une interview portant sur une nouvelle technique opérative au laser, prêché pour sa propre paroisse en faisant part, données statistiques à l'appui, des excellents résultats personnels obtenus à l'aide de la technique susvisée. En outre, la publication de sa photographie flanquée de son nom dépasserait le cadre des informations exclusivement objectives qu'un médecin opérant dans cette branche serait autorisé à fournir, et verserait du côté de la publicité commerciale.

(2) Partie en droit et appréciation

L'affaire *Stambuk* a cela d'intéressant que, factuellement proche de l'affaire *Barthold*, elle sanctionne l'évolution jurisprudentielle parcourue depuis les temps du prononcé de ce dernier arrêt. Tandis qu'en effet, le Gouvernement allemand avait, en 1982, avec véhémence affirmé que les déclarations retranscrites par le journal constituaient de la publicité commerciale exclue du champ de l'article 10 de la Convention, ce même Gouvernement passe, vingt années plus tard, directement aux arguments relatifs au second paragraphe de cette disposition, sans

s'adonner à la moindre conjecture quant à son applicabilité ou inapplicabilité.⁴⁵ Autre fait digne d'être relevé, l'examen du critère de la «nécessité dans une société démocratique» conduit la Cour à clairement reformuler son opinion au sujet du rôle de la publicité commerciale. Comme elle l'avait dénoté en son arrêt *Casado Coca*⁴⁶, la publicité commerciale représente un moyen pour le citoyen de découvrir les caractéristiques des biens et services qui lui sont offerts.⁴⁷ A la lecture de cette qualification du rôle que revêt la publicité commerciale dans les sociétés modernes, l'on sera frappé de remarquer que la jurisprudence de la Cour a, depuis l'arrêt rendu en l'affaire *Markt Intern*, parcouru beaucoup de chemin. Alors que dans ce dernier, la Cour avait concédé sur le bout des lèvres que l'article litigieux pouvait être, en tant qu'il s'adressait à un nombre passablement élevé d'intéressés et fournissait des informations utiles, assimilé à un moindre degré à une information d'intérêt public, la Cour généralise à présent son approche: elle reconnaît que, conjointement aux messages commerciaux non publicitaires, toute publicité remplit également un tel rôle informatif digne de protection, du fait qu'elle se met au service des intérêts de notre société de consommation en plein essor. En quelque sorte, la Cour renverse donc la présomption de l'«absence d'informativité» des messages publicitaires. Alors qu'auparavant, la publicité avait été considérée comme manquant d'un quelconque caractère informatif, partant, comme manquant d'intérêt public ou, du moins «pluriel», si bien que les cas dans lesquels la publicité ne bénéficierait d'aucune protection constitueraient la règle, les deux arrêts susvisés partent de la prémisse que toute publicité s'inscrit dans le domaine des informations et touche à l'intérêt public.

Ceci marque assurément une évolution de taille dans la manière de percevoir les informations dont les consommateurs et autres intervenants de la société des media sont quotidiennement assaillis. En effet, cet arrêt finit par abandonner la dichotomie entre discours commercial informatif et discours publicitaire et fusionne les deux notions. Dans ce sens, l'arrêt *Stambuk*, de concert avec l'arrêt *Casado Coca*, rendu en 1994, posent des jalons jurisprudentiels essentiels, en ce qu'ils reconnaissent la fonction de transparence que la publicité commerciale permet d'instaurer, fonction s'accompagnant d'effets bénéfiques pour la libre concurrence et la protection des consommateurs, mais aussi pour le «citoyen» politique éclairé. De forme d'expression mineure qu'elle était au début de l'activité jurisprudentielle de la Cour, les messages commerciaux et, également maintenant, la publicité commerciale «pure» s'emplissent d'une nouvelle signification et légitimité qui les rend, tout comme la liberté de la presse ou la liberté d'expression,

⁴⁵ Arrêt *Barthold*, (note 13), § 38.

⁴⁶ Arrêt *Casado Coca*, (note 37), § 51: en effet, l'arrêt *Stambuk* prend directement appui sur ce dernier. «La publicité constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts».

⁴⁷ Arrêt *Stambuk*, (note 40), § 39.

indispensables pour le bon fonctionnement d'une société démocratique de plus en plus médiatisée et assujettie aux pressions et influences des groupes d'intérêts les plus variés. Au vu de cette évolution marquée, au cours de laquelle la publicité commerciale a fini par abandonner son stigma, comment pouvoir oublier l'opinion dissidente que le juge *Martens* – avec l'approbation du juge *Macdonald* – avait exprimée en l'arrêt *Markt Intern*: «dans nos sociétés modernes, la presse socio-économique présente un intérêt égal à celui de la presse politique ou culturelle pour le progrès desdites sociétés et pour l'épanouissement de chacun»?

d) L'affaire «Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)»

L'affaire *Krone* (n° 3) vient consolider l'édifice prédécrit. Estimant en effet que l'injonction prononcée, en vertu de la loi autrichienne sur la concurrence déloyale, contre une société éditrice aux fins de lui interdire de comparer les prix de vente de son journal avec ceux d'un journal régional, s'il n'était, simultanément, fait état de leurs différences dans leur manière de rendre compte des sujets (§ 3), constituait sans nul doute une ingérence, la Cour passe presque aussitôt à l'examen de la nécessité. Citant l'arrêt *Casado Coca*, elle y réitère l'utilité publique que revêt la publicité et la transparence que celle-ci offre. Qui plus est, la Cour distingue entre les messages publicitaires mensongers ou trompeurs, pouvant faire l'objet d'un nombre plus élevé de restrictions, de ceux, véridiques, dont la nécessité des restrictions doit être examinée au cas par cas, après une pesée globale des intérêts en présence (§ 31). Et de conclure que les incohérences argumentatives du Gouvernement, la lourdeur des conséquences pour les publicités futures comparatives de prix, la généralité de l'injonction prononcée et l'atteinte à l'essence même de la possibilité de comparer les prix font apparaître l'ingérence comme injustifiée (§§ 32 ss).

VI. Une dialectique polybienne entre le «pragma» et la «theôria»

La casuistique que nous avons passée en revue retrace une évolution, au cours de laquelle deux approches singulièrement différentes se sont finalement rencontrées et amalgamées afin de former une unité homogène. D'un côté, l'attitude de principe, holistique et quasiment instinctive, adoptée par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme; de l'autre, lui faisant face, la méthode pragmatique et plus prudente embrassée par la Cour des droits de l'Homme, méthode qui finit, par la force des choses, à subjuguer la première jusqu'à être, à son tour et au gré de l'expérience, subjuguée en fin de parcours. Alors qu'en effet, les premières décisions rendues par la Commission n'hésitaient pas à communiquer l'impression que le champ de protection de l'article 10 de la Convention est si large qu'il pourra bien inclure toute forme de communication et de message, quel que soit sa finalité, son mode de transmission, son contenu ou encore sa «valeur

ajoutée» pour la société, la Cour procède par tâtonnements et rechigne à être trop catégorique, voire doctrinale. A la vérité, sa fonction ne consiste-t-elle pas justement à dire le droit au vu et au regard des circonstances de l'espèce, à se concentrer, de façon primordiale, sur l'occurrence d'un cas sans chercher à «élaborer une théorie général»⁴⁸? Quelle qu'en soit la réponse, la Cour parvient à trouver son chemin et, pas à pas, à accueillir au sein du giron de l'article 10 de la Convention toutes les facettes par lesquelles se définit l'expression commerciale: d'abord, il y a l'arrêt *Barthold* qui sensibilise la Cour à la problématique du message commercial, même si celui-ci sera *in casu* supplanté par un autre type de discours. L'arrêt *Jacobowski* viendra consolider cette jurisprudence. Puis vient l'arrêt *Markt Intern*, au cours duquel la Cour est contrainte d'admettre que le discours commercial, pour autant qu'il soit informatif et susceptible de mettre en cause un nombre important de personnes, mérite effectivement d'être protégé par la Convention. Suit l'arrêt *Groppera*, grâce auquel tous les messages, qu'ils soient informatifs ou publicitaires bénéficient désormais d'une protection dérivée de celle accordée au mode de diffusion audiovisuelle. L'arrêt *Autronic*, quant à lui, voit la Cour s'interroger sur l'importance à accorder à la finalité d'un message et se solde par l'écartement de ce critère, jugé non pertinent, de même que par l'abandon définitif de la méthodologie matérielle au titre de l'applicabilité de l'article 10. Sous l'influence de l'arrêt *Demuth*, la frontière entre le mode et le contenu de la communication s'efface, en sorte de décloisonner le champ d'application de la liberté d'expression, tandis que l'arrêt *Tierfabriken* radie les limites entre les différents contenus matériels du discours. Finalement, les affaires *Casado Coca*, *Stambuk* et *Krone* (n° 3) véhiculent le message que toute forme de communication, quelle qu'elle soit, contient un aspect informatif, destiné, tel un «chien de garde» de la société de consommation, à protéger l'intérêt public et à éclairer le choix du citoyen-consommateur. En effet, la banale indication d'une marque ou d'un prix d'achat, la promesse de certaines qualités d'un produit ou d'un service, la comparaison de prix ou la simple énonciation d'un nom dans un bottin des pages jaunes ne contribuent-elles pas également à la mise en place d'une société plus transparente, protectrice des intérêts des consommateurs et du citoyen, de même que garante d'un meilleur accès à une information qui a tendance soit à être dissimulée, soit à être, dans la société multimédiale d'aujourd'hui, diffusée pêle-mêle en si grandes quantités que le citoyen en perd de vue l'essentiel? Or, loin d'accroître ces dangers et écueils, l'inclusion du discours commercial dans le champ de protection présente le net avantage de le rendre plus tangible et saisissable, quitte, à la rigueur, à restreindre en aval la protection dont il pourra bénéficier dans les différentes situations d'espèce. Et surtout, parallèlement, une protection généralisée de tout discours commercial ou non met un frein aux soubresauts velléitaires et liberticides de personnes ou d'institutions désireuses de s'ériger en censeurs de ce qui peut ou

⁴⁸ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 46.

ne peut être considéré comme une information digne de protection. Ainsi, nous le voyons, l'approche compréhensive que la Commission avait adoptée est, après de longues années, rejointe et développée par l'approche pragmatique adoptée par la Cour. La boucle est désormais bouclée.

C. La marge d'appréciation des Etats en matière d'expression commerciale

Bien que toute forme d'expression commerciale, y compris la publicité lucrative, puisse désormais être considérée comme incluse dans le champ de protection qu'offre l'article 10 de la Convention, cela ne signifie pas que toute forme ou tout moyen d'expression bénéficie du même degré ou du même genre de protection, lorsqu'il en va de l'examen des restrictions posées à cette liberté. Cette différence de traitement ne se retrouve pas dans le critère – assez large – de la «prévision légale», tel que cristallisé par l'arrêt rendu en l'affaire *Sunday Times*⁴⁹, ni d'ailleurs dans celui du «but légitime» de l'ingérence dont l'énonciation est presque invariablement laissée à la discrétion des Etats parties⁵⁰, mais bien dans le critère de la

⁴⁹ Arrêt *Sunday Times*, (note 7), § 49: «Il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé».

⁵⁰ En l'affaire *Barthold*, (note 13), la Cour admit – tout en ignorant les deux autres buts invoqués par le Gouvernement, à savoir la santé publique et la morale, – que l'ingérence incriminée visait à préserver les droits d'autrui, étant donné qu'il «s'agissait [...] d'empêcher le requérant de s'assurer un avantage commercial sur des confrères observant, eux, la règle déontologique qui oblige les vétérinaires à s'abstenir de publicité [...]». La cour d'appel hanséatique a fondé sa décision sur la protection des 'droits d'autrui' et il n'existe aucune raison de penser qu'elle ait poursuivi d'autres objectifs, étrangers à la Convention» (§ 51). En l'affaire *Markt Intern*, (note 19), il s'agissait à nouveau des droits d'autrui, ici des droits du Cosmetic Club International (§ 31). En l'affaire *Casado Coca*, (note 37), la Cour estime que les droits du public et des autres membres du barreau entrent en ligne de compte et ajoute qu'il faut «tenir compte de la nature spécifique de la profession qu'exerce un avocat [...] en sa qualité d'auxiliaire de la justice» (§ 46). Il n'en ira pas autrement en l'affaire *Jacobowski*, (note 40, § 25). Pour ce qui est des affaires audiovisuelles *Groppera* et *Autronic*, (note 29), la Cour juge que les ingérences poursuivaient les fins de défendre «l'ordre international des télécommunications» (§ 70 et § 59, respectivement). S'y ajoutent, pour l'arrêt *Groppera*, la protection des droits d'autrui (§ 70) et, pour l'arrêt *Autronic*, la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles (§ 59). Quant à l'arrêt *Demuth*, (note 29), la Cour puise le but implicitement dans le paragraphe premier de l'article 10, à savoir «la qualité et l'équilibre des programmes [...], ce qui est suffisant, même si le but ne coïncide pas directement avec l'une des fins que vise le paragraphe 2 de l'article 10» (§ 37). Dans les affaires *Tierfabriken*, (note 5) et *Krone* (n° 3), (note 40), la Cour retient comme but légitime la protection des droits d'autrui (§ 62, resp. § 27), tandis qu'en l'affaire *Stambuk*, (note 40), la protection des droits d'autrui et de la santé publique sont pris en compte (§ 29 s).

«nécessité dans une société démocratique». Comme l'annonçait la Cour dans sa jurisprudence phare *Sunday Times*, «le pouvoir national d'appréciation n'a», en premier lieu, «pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés à l'article 10, § 2»⁵¹, ampleur qui varie en fonction des exigences que le droit et la pratique internes des Etats imposent afin de faire respecter les buts énoncés à l'article 10, § 2 de la Convention et qui tient compte de l'existence ou non d'une notion uniforme des divers buts au sein des Etats parties. En effet, plus les pratiques et législations nationales convergent vers un objectif, moins grande sera la marge d'appréciation concédée. Or, par exemple, la morale fait partie des buts légitimes au sujet desquels les conceptions nationales divergent encore fortement, même si ces divergences ne sont nullement figées et peuvent évoluer dans le temps comme dans l'espace.⁵²

En deuxième lieu, la marge nationale d'appréciation est conditionnée par le médium – presse écrite ou audiovisuel – en cause, la Cour, même si le texte de la Convention en porte déjà le germe,⁵³ admettant plus facilement des restrictions à la parole orale et aux images qu'à la parole écrite.⁵⁴ En troisième et dernier lieu, la marge d'appréciation octroyée au niveau de la liberté d'expression est fonction du contenu du message disséminé, respectivement destiné à être disséminé. Ce dernier aspect se superpose largement à celui de la conception uniforme des objectifs légitimes. Néanmoins, des dissemblances existent tantôt, dans la mesure où, pour la publicité commerciale et la concurrence déloyale, le critère de l'absence de consensus au sein des nations européennes se mélange à une appréciation davantage subjective, axée a priori sur l'utilité que revêtirait un message pour la société. La présente analyse, qui ne se veut nullement exhaustive⁵⁵ et s'annonce d'ores et déjà plus brève que l'examen dédié au champ d'application de l'article 10 de la Convention, laissera en grande partie de côté les critères du consensus et du médium, pour porter toute son attention au critère du contenu des messages protégés. Dans le domaine du discours commercial et, encore plus, de la publicité commerciale, ce critère est des plus essentiels, puisqu'il a conduit la Cour à établir, avec beaucoup de nuances, une sorte de hiérarchie matérielle des formes d'expres-

⁵¹ Arrêt *Sunday Times*, (note 7), § 51.

⁵² Cf. les arrêts *Sunday Times*, (note 7), § 59; *Handyside*, (note 2), § 48; *Otto-Preminger-Institut*, (note 2), § 50; *Müller*, (note 8), § 35.

⁵³ Cf. le paragraphe premier de l'article 10 pour ce qui est de la radiotélévision.

⁵⁴ *Jacq/Teitgen*, The Press, in: The European Convention for the Protection of Human Rights – International Protection versus National Restrictions [Delmas-Marty (éd.)], 1992, p. 59 s.

⁵⁵ Pour davantage de détails, cf. *Greer*, La marge d'appréciation: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme, Strasbourg 2000. Conseil de l'Europe (éd.), collection: dossiers sur les Droits de l'Homme, n° 17; *Kastanas*, Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, Genève 1996.

sion. Avant de passer à l'examen critique, il nous incombera donc de brosser un tableau illustrant la manière dont la marge d'appréciation, tel un accordéon, s'étire et se resserre selon le contenu du message convié.

I. La «hiérarchie» des contenus d'expression

Le contenu d'un message joue un rôle particulier dans la jurisprudence de la Cour. Peu à peu évincé de l'examen de l'applicabilité à toute communication de l'article 10 de la Convention, le critère du contenu s'est, en effet, maintenu au niveau du test de la nécessité des restrictions que l'Etat apporte à la liberté d'expression⁵⁶. A ce propos, une partie de la doctrine⁵⁷ retient déjà très tôt au cours de l'évolution jurisprudentielle trois cercles de protection différents, cercles qui modulent l'ampleur de la marge d'appréciation accordée aux Etats et, partant, l'ampleur du contrôle exercé par la Cour. Le premier cercle consiste en l'information donnée au sujet de faits ou d'opinions susceptibles d'éveiller l'intérêt public. Il s'agit du *civil speech*, de la liberté d'expression «normale», vis-à-vis de laquelle la Cour opère un test de nécessité plein et entier.⁵⁸ Vient ensuite le cercle supérieur ou spécial du *political speech*, par rapport auquel une restriction ne doit être appliquée que si elle s'avère absolument nécessaire au vu du cas d'espèce,⁵⁹ étant entendu que les motifs avancés par le Gouvernement devront non seulement être pertinents, mais également suffisants.⁶⁰ De fait, la surveillance qu'exerce la presse sur les événements politiques, et le rôle actif que celle-ci joue au sein du débat politique constituent l'un des piliers centraux de la démocratie et méritent d'être observés avec des yeux d'Argus.⁶¹ Les événements actuels dans certains Etats européens ne sauraient que renforcer ce leitmotiv. Semble donc peser sur toute restriction imposée à cette forme d'expression une présomption réfragable de violation du principe de la proportionnalité.

En ce qui concerne le troisième cercle, celui de la publicité commerciale, l'ancienne Commission avait dès le départ mis en exergue que l'Etat devait disposer de

⁵⁶ Cf. déjà l'arrêt *Barthold*, (note 13), opinion concordante du juge *Pettiti*: «Même si l'on admettait qu'en matière de publicité commerciale le pouvoir de réglementation de l'Etat pourrait être plus marqué qu'en matière d'informations politiques et sociales, il n'en resterait pas moins que le "discours commercial" fait partie à mon sens du domaine de la liberté d'expression».

⁵⁷ Cf., entre autres, *Jacq/Teitgen*, (note 54), p. 64.

⁵⁸ Cf., p. ex., les arrêts *Bladet Tromsø et Stensaas*, (note 2), § 62; *News Verlags GmbH*, (note 2), § 52.

⁵⁹ Cf. les arrêts *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche*, req. n° 39394/98, non publié, § 30 iii): «L'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général»; *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche*, req. n° 34315/96, non publié, § 35 ss.

⁶⁰ Cf. l'arrêt *Scharsach et News Verlagsgesellschaft mbH*, (note 59), § 37.

⁶¹ Cf., p. ex., l'arrêt *Lingens*, (note 2), notamment § 42.

«plus de facilités pour prouver la nécessité d'une restriction à la liberté de communiquer un message à fin commerciale que pour prouver la nécessité d'une ingérence dans l'expression d'un message d'une autre teneur»⁶². En d'autres termes, la Commission emprunta un chemin de compromis en déclarant que «*although it did not consider that 'commercial speech' as such [was] outside the protection conferred by Article 10 § 1, (...) the level of protection must be less than that accorded to the expression of 'political' ideas*»⁶³. Curieusement, la marge d'appréciation s'amplifierait également lorsqu'il s'agit de toute autre forme de publicité, notamment de la publicité politique.⁶⁴ Enfin, la Commission semblait réserver un sort identique et indiscriminé au discours et à la publicité commerciaux. Tout en s'appuyant sur les fondations érigées par la Commission, la Cour s'en démarquera par l'examen plus casuistique que nous lui connaissons déjà. En particulier, elle clarifiera les limites qui existent entre la publicité et le discours commercial pour y appliquer des mesures différentes. De surcroît et au gré des distinctions pragmatiques que la Cour opérera, il n'étonnera pas de voir que cette dernière ne considérera pas automatiquement chaque affaire liée, de près ou de loin au commerce, comme «méritant» la protection moins étendue qui est réservée aux affaires commerciales. Laissant derrière nous les affaires dévolues par devant la Commission,⁶⁵ nous examinerons brièvement les différents arrêts rendus par la Cour à la lumière des «trois cercles». Il siera toutefois de relativiser leur pertinence, de peur de créer un modèle par trop rigide et compartimenté qui ferait fi de la réalité des droits de l'Homme. Effectivement, il nous faut constamment garder à l'esprit que la jurisprudence de la Cour prend racine dans les faits des affaires à elles dévolues, de sorte que le lecteur cherchera

⁶² *Boisson de Chazournes*, (note 3), p. 945. Et de poursuivre, en citant les affaires *Pasteur X et Eglise de Scientologie*, (note 10) et *Liljenberg*, (note 11), que le discours commercial doit bénéficier de la protection prévue au § 1 de l'article 10 'dans une mesure moindre que l'expression d'idées 'politiques' au sens le plus large, expression que les valeurs qui étaient la notion de liberté d'expression dans la Convention visent au premier chef». Il est, à ce propos, intéressant de noter que la Commission se sert, à notre avis à tort, de la notion grecque de «polis» pour traiter moins favorablement les messages publicitaires.

⁶³ Affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie*, (note 10), cité in: *Jacq/Teitgen*, (note 54), p. 64. Cf. aussi p. 69: «*As between those approaches, the Commission chose an intermediate solution: commercial «ideas» are not excluded from the protection afforded by Article 10, they merely enjoy a lower degree of protection*». Voir également: *Boisson de Chazournes*, (note 3), p. 945.

⁶⁴ Affaire *X et Association de Z. c. Royaume-Uni*, req. n° 4515/70, D&R n° 14, p. 538 ss.

⁶⁵ En l'affaire *Pasteur X et Eglise de Scientologie*, (note 10), de même qu'en l'affaire *Liljenberg*, (note 11), la Commission estima que la condition de la nécessité des mesures de restriction avait été satisfaite. Dans la première affaire, le consommateur doit être considéré comme extrêmement vulnérable et influençable face à des communautés religieuses qui pratiquent des activités commerciales. De plus, la mesure n'interdisait pas à la secte de faire de la réclame, mais uniquement d'utiliser certaines formulations jugées trompeuses. Dans la seconde affaire, la Commission se réferra aux connaissances que les requérants possédaient des qualités thérapeutiques du produit ainsi qu'à la possibilité qui leur était offerte de se conformer à la législation applicable, possibilité qu'ils avaient délibérément ignorée, préférant poursuivre leurs ventes illicites.

souvent en vain la présence d'un «*master plan*» ou d'un fil d'Ariane conduisant tout droit au but, quel qu'il fût. D'autre part, en rejoignant ce qui vient d'être dit, il ne faut jamais oublier que l'examen de la proportionnalité s'opère au regard de toutes les circonstances et intérêts en présence, si bien que les éléments analysés sont parfois si inextricablement noués les uns aux autres qu'il serait illusoire de vouloir exactement déterminer le critère doctrinal appliqué.

II. Les affaires relatives au premier cercle («civil speech»)

Les deux arrêts de portée commerciale qui entrent en ligne de compte au titre de la liberté d'expression «normale» sont les arrêts *Barthold* et *Stambuk*. Bien qu'il s'agisse à la base d'affaires relatives à des procédures nationales de concurrence déloyale engagées à l'encontre des requérants, la Cour ne les traitera pas de la même façon que les affaires *Markt Intern*, *Casado Coca*, *Jacobowski* ou *Krone* (n° 3). La particularité principale des arrêts *Barthold* et *Stambuk* réside dans le fait que le Gouvernement ne parvient pas à persuader la Cour de ce que les affaires en question relèvent prioritairement du domaine de la concurrence déloyale, dans lequel «les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation étendue et le respect de leurs traditions s'impose aux organes de la Convention»⁶⁶. En répétant ses canons au sujet de la nécessité dans une société démocratique et du pouvoir d'appréciation des Etats qui va cependant de pair avec un contrôle européen plus ou moins large selon les cas⁶⁷, la Cour indique ne pas se laisser séduire par les thèses défendues par le Gouvernement en l'affaire *Barthold*. Pour elle, le but précis de l'article de presse en cause visait à éclairer le public sur la situation régnant en matière de soins vétérinaires à Hambourg, ou, dans le cas du Dr *Stambuk*, sur les innovations de la médecine.⁶⁸ Quant aux aspects de concurrence déloyale, dus à la publicité commerciale que ces deux tenants des professions libérales auraient faite en leur faveur, la Cour est d'avis qu'ils sont si infimes, voire virtuels, qu'il n'y avait pas lieu pour les cours nationales d'appliquer aux requérants les règles strictes du droit de la concurrence et que l'application de la large marge d'appréciation valant en matière de concurrence ou de publicité ne se justifiait point.⁶⁹ En quelque sorte, la Cour substitue son appréciation à celle faite par le juge national et estime que les règles sur le droit de la concurrence n'auraient pas dû être appliquées au titre de cette affaire, où d'autres éléments d'intérêt public bien plus porteurs justifiaient la parution de cet article de journal. Cela est d'autant plus vrai, conclut la

⁶⁶ Arrêt *Barthold*, (note 13), § 52 *in fine*.

⁶⁷ Arrêt *Barthold*, (note 13), § 55 ; voir aussi: *Stambuk*, (note 40), § 38.

⁶⁸ Arrêt *Stambuk*, (note 40), § 46: «*The Court observes that the publication concerned a new laser operation technique to correct the defective vision of patients and was thus informing the public on a matter of general medical interest*».

⁶⁹ Arrêt *Barthold*, (note 13), § 58.

Cour, que l'application de règles aussi disproportionnées «risque de décourager⁷⁰ les membres de ces professions [libérales] de contribuer à la discussion publique de questions concernant la vie de la collectivité, pour peu que pareille contribution ait des chances de passer pour produire quelque effet publicitaire»⁷¹.

En l'affaire *Stambuk*, la Cour va au-delà en se penchant sur la problématique de la publicité commerciale et du consensus entre les Etats membres, ce qui illustre la superposition des notions de «contenu» et de «consensus» si importantes pour déterminer la marge d'appréciation dont bénéficieront les Etats. Reprenant sa conception, telle que développée en l'arrêt *Casado Coca*⁷², de la place qu'occupe la publicité commerciale dans une société démocratique, la Cour constate que les divergences qui justifient qu'en matière de règles gouvernant la profession d'avocat, la marge d'appréciation accordée aux Etats soit assez étendue, n'existent pas comme telles pour les professions médicales, si bien que la marge d'appréciation ne pourra être élargie à ce titre, [...] ce d'autant moins que les communications faites ne relèvent que très accessoirement du domaine publicitaire⁷³. En résumé, l'on observe que la Cour refuse d'appliquer une marge d'appréciation étendue aux deux cas commerciaux susnommés, motif pris que les aspects d'intérêt public l'emportent clairement sur les aspects commerciaux et que d'autres motifs susceptibles de réduire le contrôle opéré par la Cour, telle l'absence de consensus européen au sujet des thèmes abordés, ne sont pas donnés. Grâce à une appréciation globale des affaires portées devant elle, la Cour est à même de les éloigner du domaine publicitaire et de les hisser au rang d'affaires «classiques» de la liberté d'expression. Par là, la Cour reconnaît qu'il existe des cas où le discours commercial échappe à la logique d'autolimitation cognitive par elle opérée et rejoint le *civil speech*.

III. L'arrêt «Tierfabriken» relève-t-il du deuxième cercle («political speech») ?

En l'affaire *Tierfabriken*, les autorités suisses avaient elles-mêmes considéré que «le contenu de la publicité produite par l'association requérante était 'politique' au sens de l'article 18 § 5 de la loi fédérale sur la radio et la télévision» (§ 70). En sus de cela, la CEDH proclame, comme si elle s'apprêtait à se lancer dans des considérations touchant à la liberté d'expression politique, que la liberté d'expression «est

⁷⁰ En somme, de produire un «*chilling effect*» sur la liberté d'expression. Cf., à ce sujet, l'arrêt rendu par la Cour Suprême des Etats-Unis en l'affaire *Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, n° 96-511, du 26 juin 1997.

⁷¹ Arrêts *Barthold*, (note 13), § 58; *Stambuk*, (note 40), § 49 ss: «*of a secondary nature [...] vital role of the press*»

⁷² Arrêts *Casado Coca*, (note 37), § 51; *Stambuk*, (note 40), § 39.

⁷³ Arrêt *Stambuk*, (note 40), § 48.

assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante, particulièrement si la nature du discours est politique plutôt que commerciale» (§ 66). A-t-on, pour autant, affaire à un discours politique au sens où l'entend normalement la Cour, à savoir à un discours directement lié à la détermination effective de la volonté démocratique d'un Etat par le biais de ses institutions et organes de décision? Nous le contestons: dans la qualification donnée par la Suisse comme dans celle esquissée par la Cour pour ce cas précis, la notion de «politique» prend à notre avis la dimension plus large du «*politikos*» hellénique, à savoir de tout ce qui se rapporte à la vie de la Cité et est susceptible de l'intéresser, donc d'être d'intérêt public et – seulement par ricochet – de donner lieu à débat au sein des organes de prise de décision de l'Etat.⁷⁴ La Cour affiche clairement cette vue lorsqu'en se référant à l'arrêt *Hertel*⁷⁵, elle interjette qu'il y a lieu «de relativiser l'ampleur de la marge d'appréciation puisque l'enjeu portait non pas sur les intérêts strictement «commerciaux» de tel individu mais sur sa participation à un débat touchant à l'intérêt général»⁷⁶. Ayant, concernant l'arrêt *Tierfabriken*, fini par écarter la présence de la publicité traditionnelle, au titre de laquelle «il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier», au profit de l'expression d'une opinion d'intérêt public, la Cour laisse en toute bonne logique également inappliquée «pareille marge d'appréciation [qui] est particulièrement indispensable en matière commerciale, spécialement dans un domaine aussi complexe et fluctuant que la publicité», et qui conduit généralement à «absoudre» l'Etat de toute restriction apportée à la liberté considérée. Au contraire, la Cour entend – pour reprendre l'arrêt *Hertel* – «procéder à un examen attentif de la proportionnalité des mesures litigieuses au but poursuivi. A cet égard, il lui revient de faire la balance des exigences de la protection des droits des membres de la FAE avec la liberté d'expression de M. Hertel»⁷⁷. En conséquence, ce type de discours ne s'ancre ni dans le discours commercial ou concurrentiel⁷⁸ «pur», ni dans le discours politique au sens strict du terme, mais

⁷⁴ Cf. l'arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 57: «De l'avis de la Cour, cette publicité échappe indubitablement au contexte commercial normal, dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier. Eu égard au souci de la protection des animaux qu'elle exprime en partie par des images percutantes, et à son commentaire exhortant les téléspectateurs à réduire leur consommation de viande, elle traduit plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général, qui sont au centre de divers débats politiques». Cf., au sujet de l'élément «politique», l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni*, Rec. 1999-I, notamment les §§ 45 ss.

⁷⁵ Arrêt *Hertel*, (note 9), § 47.

⁷⁶ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 71. Cf. aussi l'arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, non (encore) publié, §§ 88-98.

⁷⁷ Arrêt *Hertel*, (note 9), § 47. L'acronyme «FAE» désigne l'Association suisse des fabricants et fournisseurs d'appareils électrodomestiques.

assurément dans le discours civil normal. A l'instar des arrêts *Barthold* ou *Stambuk*, l'arrêt *Tierfabriken* relève donc bien du premier cercle et participe de la protection intermédiaire offerte par l'article 10 de la Convention.

Une fois cette appartenance constatée, la Cour procédera à un examen complet et attentif de la proportionnalité et parviendra à la conclusion que la législation suisse en question a violé le principe de proportionnalité.⁷⁹ Ce en tant que l'interdiction qu'elle stipulait ne s'appliquait qu'à certains médias et que le Gouvernement n'avait pas démontré en quoi «les motifs généralement avancés pour légitimer l'interdiction de la publicité à caractère politique peuvent également servir à justifier l'ingérence dans les circonstances particulières de l'affaire de l'association requérante».

IV. Les affaires relatives au troisième cercle («commercial speech»)

C'est en l'arrêt *Markt Intern* que la Cour consacrera pour la première fois le traitement différencié du discours commercial, à savoir la protection amoindrie, dont bénéficie le discours commercial *lato sensu* quand il n'est pas accompagné d'autres éléments jugés plus «dignes de protection». Cette jurisprudence s'est maintenue au travers des arrêts *Casado Coca*, *Jacubowski* et *Demuth* et semble, partant, se pérenniser. Seul l'arrêt *Krone* (n° 3), ancré qu'il est dans la publicité comparative, semble établir de plus amples nuances.

⁷⁸ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 75: «En effet, loin de tenter d'abuser d'un avantage concurrentiel, l'association requérante souhaitait seulement participer au débat général en cours sur la protection et l'élevage des animaux».

⁷⁹ Arrêt *Tierfabriken*, (note 5), § 74 s. Il vaut la peine de noter la manière insatisfaisante dont le Tribunal fédéral suisse assure la mise en œuvre de la procédure de révision de l'article 139a OJ suite à cet arrêt de la Cour. En effet, l'article 139a OJ donne la possibilité au particulier de demander la révision d'un arrêt du Tribunal fédéral notamment lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme «a admis le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention» et «que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision» (al. 1^{er}). Pour des raisons peu convaincantes, le Tribunal fédéral refuse néanmoins d'entrer en matière sur cette demande, estimant que la procédure de révision ne peut, en principe, pas être requise lorsque ne se trouvent en jeu (plus) que des intérêts matériels et que la violation de la Convention ne peut être réparée qu'à l'aide d'une indemnisation, la hauteur de laquelle doit être déterminée par la Cour. Or, le Tribunal fédéral conclut sans l'ombre d'une motivation qu'il n'existait pour la partie requérant la révision aucun effet concret défavorable susceptible de subsister après la compensation financière allouée par la Cour. Cet argument paraît futile et singulier si l'on tient compte du fait que la partie requérante cherchait encore et toujours à obtenir un droit d'antenne et que la seule façon d'effectivement «guérir» la violation commise était de le lui accorder! Partant, il est à déplorer qu'une telle approche risque, comme le dénotent *Malinverni/Hottelier* [La pratique suisse relative aux droits de l'Homme 2001, RSDIE n° 3/2002, p. 412], «de conduire à un conflit de compétences négatif entre la Cour et le Tribunal fédéral lorsque la question du suivi d'un arrêt rendu par l'instance de Strasbourg se pose au regard du droit interne». Voir également: *Hottelier/Mock/Pučhary*, La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruxelles 2005, p. 237 ss.

1. Le «quadrigé» des arrêts «Markt Intern», «Casado Coca», «Jacubowski» et «Krone»

Dans ses quatre arrêts *Markt Intern*, *Casado Coca*, *Jacobowski* et *Krone* (n° 3), la Cour de Strasbourg adopte des approches d'analyse très similaires: après avoir identifié le but légitime poursuivi par les mesures étatiques mises en cause, à savoir la «protection de la réputation ou des droits d'autrui»⁸⁰, la Cour place immédiatement les quatre états de fait dans leur contexte commercial. Rappelant sa jurisprudence constante relative à la marge d'appréciation pour juger de l'existence et de l'étendue de la nécessité d'une ingérence, la Cour accentue ensuite que cette marge «est indispensable en matière commerciale, en particulier dans un domaine aussi complexe et fluctuant que celui de la concurrence déloyale»⁸¹. Par rapport à la situation de Me Casado Coca et de celle du *Krone Verlag*, cependant, la Cour hésite à placer l'état de fait entièrement dans le champ de la concurrence déloyale et préfère ajouter que le même régime vaut également en matière de publicité.⁸² Par la suite, d'ailleurs, la Cour continuera à traiter l'affaire *Casado Coca* sous ces deux angles et s'attellera à démontrer que, souvent, les deux domaines représentent les deux côtés d'une même et unique médaille.⁸³ Le «moment de vérité» concernant le traitement destiné au domaine commercial «pur» est donc arrivé: le discours commercial, sous sa forme de «concurrence déloyale» et dans sa composante publicitaire, se trouve au centre de l'attention de la Cour et ne subit pas l'influence, du moins pas de façon prépondérante, d'un élément étranger à ce discours, comme ce fut le cas à bien d'autres occasions avec des éléments tenant tantôt de la liberté de la presse et tantôt de l'expression d'une opinion d'intérêt public et méritant, par tant, un traitement distinct. Epurée de tous ces éléments, l'étendue de la marge d'appréciation concédée en matière d'expression commerciale devient enfin visible.

Jugeant, nous l'avons dit, que la marge d'appréciation à laisser aux Etats est indispensable dans les domaines voisins de la concurrence déloyale et de la publicité commerciale, du fait que ces domaines seraient extrêmement complexes et fluctuants, la marge que la Cour reconnaît aux Etats en matière de restrictions apportées au discours commercial est effectivement considérable. Dans son arrêt *Markt Intern*, la Cour spécifie qu'une marge plus réduite en faveur des Etats la for-

⁸⁰ Arrêts *Markt Intern*, (note 19), § 31; *Casado Coca*, (note 37), § 44 ; *Jacobowski*, (note 40), § 25; *Krone* (n° 3), (note 40), § 27.

⁸¹ Arrêts *Markt Intern*, (note 19), § 33; *Casado Coca*, (note 37), § 50; *Jacobowski*, (note 40), § 26; *Krone* (n° 3), (note 40), § 30.

⁸² Arrêts *Casado Coca*, (note 37), § 50; *Krone* (n° 3), (note 40), § 30.

⁸³ Arrêt *Casado Coca*, (note 37), § 51: «Néanmoins, [la publicité] peut parfois faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère ou trompeuse. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminées».

cerait à «se livrer à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances de chaque cause»⁸⁴, ce qui ne serait pas son rôle, ce d'autant moins qu'il serait notoire qu'il n'existe pas encore de consensus européen pour ces matières. En effet, le «large éventail de réglementations et les différences de rythme dans les Etats membres du Conseil de l'Europe montrent la complexité du problème. Grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à un moment donné, le juste équilibre à ménager entre les divers intérêts en jeu»⁸⁵. D'après la Cour, sa fonction se limite en conséquence à «rechercher si les mesures prises au niveau national se justifient en principe et sont proportionnées»⁸⁶. Elle s'acquittera de cette tâche à la lettre. Revêtant des lunettes à verre opaque, la Cour examinera donc ces trois affaires commerciales d'une manière fort sommaire et préférera accorder le bénéfice du doute aux Etats membres. Cette autolimitation de son pouvoir de cognition se manifeste à deux niveaux: d'une part, la Cour se borne à vérifier si «les juridictions nationales pesèrent effectivement les intérêts concurrents en jeu». Cela signifie simplement que la Cour s'assure que les juridictions nationales ont, au cours des procédures nationales, mis en balance le droit du requérant «à la liberté d'information et de la presse»⁸⁷ avec les buts légitimes présidant à la restriction de cette dernière liberté. Par conséquent et sans la moindre note critique, la Cour passe elliptiquement en revue les différentes étapes de l'examen mené à bien par les tribunaux et cours nationales. S'étant «formellement» convaincue que ces juridictions ont bel et bien reconnu et pris en compte la problématique susmentionnée (les intérêts conflictuels en présence),⁸⁸ la Cour se satisfait de prendre acte du bien juridique qui méritait, de l'avis des juridictions nationales, de l'emporter sur le bien opposé.

D'autre part, et rejoignant les observations précédentes, la Cour ne donne pas l'impression de vouloir approfondir la question des intérêts qui se font concrètement face. Tout au plus tente-t-elle de consolider ses commentaires au moyen de quelques remarques d'ordre presque aussi général que celles qu'elles s'efforcent de renforcer: en l'affaire *Markt Intern*, il sera question des «devoirs et responsabilités liés aux libertés garanties par l'article 10»⁸⁹ qui font pencher la balance du côté du

⁸⁴ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 33.

⁸⁵ Arrêt *Casado Coca*, (note 37), § 54 s. Concernant la publicité, l'arrêt ajoute que «la réglementation de la profession d'avocat, notamment dans le domaine de la publicité, varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions culturelles. D'autre part, la majorité des Etats contractants, dont l'Espagne, connaissent depuis quelque temps une évolution vers un assouplissement, en raison des changements dans leurs sociétés respectives et notamment du rôle croissant des media dans celles-ci». Cf. aussi les arrêts *Markt Intern*, (note 19), § 35, *Krone* (*n° 3*), (note 40), § 30.

⁸⁶ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 33.

⁸⁷ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 34.

⁸⁸ Cf., p.ex., l'arrêt *Jacobowski*, (note 40), § 27 s.

⁸⁹ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), § 37.

but poursuivi par l'Etat; en l'affaire *Casado Coca*, il s'agira du statut spécifique qui place un avocat comme Me Casado Coca dans une «situation centrale dans l'administration de la justice, comme intermédiaire entre le justiciable et les tribunaux, ce qui explique à la fois les normes de conduite imposées en général aux membres du barreau et les pouvoirs de surveillance et de contrôle dévolus aux conseils des différents Ordres»⁹⁰, justifiant par là-même les mesures restrictives prises par l'Etat. L'identification desdits intérêts ne quitte donc guère la sphère abstraite et théorique, fait additionnel témoignant des extrêmes précautions prises par la Cour en matière de discours commercial.⁹¹ Face à une auto-censure aussi draconienne, face à un pouvoir de cognition européen réduit à portion congrue, il n'étonne nullement que, dans les trois premières affaires considérées, la Cour finisse par rendre un verdict favorable à l'Etat et par déclarer laconiquement qu'il «n'apparaît pas que les juridictions [...] aient dépassé la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, et nulle violation de l'article 10 [...] ne se trouve établie»⁹².

En l'affaire *Krone* (n° 3), il en va pourtant différemment. Etonnement, la reconnaissance par la Cour d'une large marge d'appréciation étatique dans les domaines de la concurrence et de la publicité ne la conduit pas à s'en remettre aveuglément au jugement des autorités nationales. Soulevant la fonction essentielle de la publicité, la Cour subdivise au contraire la publicité en deux catégories: celle, mensongère ou trompeuse, sujette à d'importantes limitations; et celle, objective et véridique, dont les restrictions sont à lire de façon étroite. Bien qu'en effet, dans «certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques [puisse] subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminée», ces limitations appellent «un contrôle attentif de la Cour, laquelle doit mettre en balance les exigences desdites particularités avec la publicité en cause et, à cet effet, considérer la sanction incriminée à la lumière de l'ensemble de l'affaire» (§ 31). Si la Cour maintient donc le principe en vertu duquel le domaine publicitaire concède une marge plus importante aux Etats, elle n'en procède pas moins – certes, après avoir subdivisé la publicité en deux composantes – à une véritable et détaillée pesée des intérêts en jeu. Estimant implicitement que l'Autriche n'avait pas démontré de manière convaincante en quoi les deux journaux comparés seraient dissemblables, de sorte à pouvoir étayer que la comparaison de leurs prix

⁹⁰ Arrêt *Casado Coca*, (note 37), § 54; cf. aussi les arrêts *Schöpfer c. Suisse*, Rec. 1998-III, § 29, *Nikula c. Finlande*, Rec. 2002-II, § 45, et *Amihalachioaie c. Moldova*, req. n° 60115/00, non publié, § 27.

⁹¹ Cf. l'arrêt *Jacobowski*, (note 40), § 27: «En l'occurrence, il échet de mettre en balance les exigences de la protection de la réputation et des droits d'autrui avec la liberté du requérant de diffuser sa lettre circulaire et les coupures de journaux», la suite du raisonnement s'arrêtant le plus souvent à des considérations d'ordre général.

⁹² Arrêts *Markt Intern*, (note 19), § 37; *Jacobowski*, (note 40), § 30, et *Casado Coca*, (note 37), § 56: «Eu égard à ce qui précède, la Cour estime que la réaction des autorités compétentes ne pouvait, à l'époque (1982-1983), passer pour disproportionnée au but recherché» [sic!].

de vente sans précision supplémentaire revêtirait un caractère mensonger (§ 32), la Cour poursuit dès lors son analyse sur le terrain de la publicité objective, appelant une marge plus réduite. Elle aboutit finalement à un constat de violation. Quoique les subdivisions effectuées par la Cour tendent à limiter la portée de cet arrêt, il est à espérer qu'un retour général de manivelle au profit d'un examen casuistique et concret est en train de s'opérer.

2. L'arrêt audiovisuel «Demuth c. Suisse»

A l'instar des quatre arrêts examinés plus haut, l'arrêt *Demuth* baigne, de l'avis de la Cour, dans un contexte commercial et relève, plus exactement, du domaine publicitaire. Les émissions que la chaîne Car TV aurait souhaité diffuser étaient essentiellement destinées à un usage commercial, «puisque la chaîne visait à promouvoir des voitures et donc à encourager leur vente». Il ne fait donc aucun doute que la généreuse marge d'appréciation concédée aux Etats en matière commerciale trouve pleinement à s'appliquer, que «lorsque le discours commercial est en jeu, les normes d'examen peuvent être moins strictes»⁹³. Jusqu'ici, rien d'insolite. Si l'on compare le mode de raisonnement de la Cour, l'arrêt *Demuth* se lit comme les trois arrêts précédents (l'arrêt *Krone* mis à part), et la présence d'un discours considéré comme commercial conduit inexorablement à la restriction de son pouvoir d'appréciation par la Cour. Ceci l'oblige à constater que les opinions ont beau diverger sur le point de savoir «si la décision du Conseil fédéral a été la bonne et si les émissions auraient dû être autorisées sous la forme sous laquelle elles étaient présentées dans la demande», qu'il n'en demeure pas moins que «la Cour ne saurait substituer son propre jugement à celui des juridictions nationales qui, pour des motifs raisonnables, ont estimé nécessaire de restreindre la liberté d'expression du requérant»⁹⁴. Ce qui, cependant, frappe l'attention, c'est que la Cour admet des situations dans lesquelles la marge d'appréciation est susceptible de s'élargir encore bien davantage, de sorte à réduire le contrôle opéré par la Cour à moins que rien. Cette situation de blanc-seing se présente lorsque le régime applicable au domaine audiovisuel se fonde avec celui applicable au discours commercial. En plus des critères relatifs à ce dernier, la Cour tient compte, comme elle l'affirme elle-même, «du fait que les médias audiovisuels connaissent souvent une diffusion très large», si bien que les autorités nationales seraient en droit de prévenir «une offre unilatérale de programmes de télévision commerciaux». La prise en compte de ces critères serait, à suivre la Cour – et, qui plus est, la Commission dans sa décision *Verein Alternatives Lokalradio Bern et autres*⁹⁵ –, d'autant plus importante

⁹³ Arrêt *Demuth*, (note 29), § 41 s.

⁹⁴ Arrêt *Demuth*, (note 29), § 48.

⁹⁵ Affaire *Verein Alternatives Lokalradio Bern et autres c. Suisse*, req. n° 10746/84, D&R n° 49, p. 132.

pour un Etat comme la Suisse, où «les circonstances politiques particulières [...] rendent nécessaire l'application de critères politiques sensibles comme le pluralisme culturel et linguistique, l'équilibre entre les régions de plaine et régions de montagne et une politique fédéraliste équilibrée»⁹⁶.

3. Une marge d'appréciation aux proportions préoccupantes

Pour qui lit attentivement les quatre arrêts susmentionnés, il ne subsiste plus aucun doute quant à la question de savoir si le discours commercial au sens propre, savoir les aspects touchant à la concurrence déloyale et/ou à la publicité commerciale, suit ou non, au niveau du critère de la «nécessité dans une société démocratique», un régime juridique spécifique. A plus d'une reprise, la Cour a discouru au sujet de cette problématique et a invariablement statué qu'il était tout à fait légitime d'assouplir son propre contrôle en la présence d'une situation mettant en jeu le discours commercial et, par la même occasion, d'accorder aux Etats davantage de liberté chaque fois qu'il s'agit de restreindre la liberté d'expression commerciale sur leur territoire. A première vue, rien de plus légitime, si l'on sait que les régimes juridico-politiques en matière commerciale sont exceptionnellement disparates et que les efforts déployés pour les harmoniser un tant soit peu ne sont pas encore – l'espace communautaire excepté – très soutenus. Dans ce cas, quoi de plus normal pour la Cour que d'accorder aux Etats membres du Conseil de l'Europe une large marge d'appréciation et d'exercer un contrôle respectueux des aspects nationaux tant culturels que moraux, politiques et autres susceptibles d'entrer en ligne de compte pour réduire le droit à la liberté d'expression commerciale.

Au second abord, toutefois, la grande retenue dont la Cour fait preuve en matière commerciale n'est pas sans inquiéter, en ce que tant la «qualité» que la «quantité» du contrôle opéré par la juridiction strasbourgeoise en pâtissent sérieusement. Au niveau «quantitatif», l'existence de cette marge d'appréciation oblige la Cour à contempler les restrictions que les Etats imposent à la liberté d'expression commerciale à partir du ciel; c'est, en effet, à vol d'oiseau ou, si l'on préfère, en revêtant des lunettes à verres opaques, que la Cour accomplit sa tâche, si soucieuse qu'elle est de ne pas empiéter sur le «domaine réservé» qu'elle a pourtant d'elle-même concédé aux Etats, mais qu'elle a de plus en plus souvent tendance à traiter comme coutume immuable. A ce taux-là, il est évident que les assurances données par la Cour, aux termes desquelles elle procéderait néanmoins «à un examen attentif de la proportionnalité de la mesure litigieuse au but poursuivi»⁹⁷, tiennent du

⁹⁶ Arrêt *Demuth*, (note 29), § 44. Après l'admission de particularismes historiques en l'arrêt *Rekvenyi c. Hongrie*, Rec. 1999-III, § 46 ss, la Cour menace d'accroître l'incertitude juridique en consacrant une exception «géoculturelle» ou «politico-linguistique».

⁹⁷ Cf., p.ex., les arrêts *Casado Coca*, (note 37), § 51, et *Demuth*, (note 29), § 43.

fantaisiste et laissent craindre que la Cour s'est désinvestie de son rôle d'arbitre européen. Comment, en effet, prétendre procéder à un examen attentif des faits lorsqu'on se prive simultanément de tous moyens adéquats pour mener ce projet à bien? Condamnée, par ses propres grâces, à ne plus voir que des ombres et contours, la Cour, en «prétendant ne pas vouloir «procéder à un réexamen des faits et de l'ensemble des circonstances» de la cause [...] renonce, en fait, à exercer le «contrôle européen» [...] qu'il lui incombe d'assurer en vertu de la Convention»⁹⁸. Or, «[c]omme le démontre le résultat auquel [les considérations inquiétantes développées par la Cour] aboutissent [...], elles ont pour effet de réduire à peu de chose la liberté d'expression en matière commerciale»⁹⁹.

Au niveau «qualitatif», la reconnaissance d'une marge d'appréciation aussi importante mène, à notre avis, à une schématisation excessive de la notion de discours commercial: celui-ci devient monolithe. Il est vu comme un bloc imperméable à l'influence d'autres facettes de la liberté d'expression, réputées plus nobles, (seules exceptions: les arrêts *Barthold*, *Stambuk* et *Tierfabriken*) et ne saurait échapper au sort qui est réservé à tout discours commercial «pur». Or, accepter un tel modèle de pensée revient à façonner des automatismes peu crédibles et à laisser libre cours à l'arbitraire: pourquoi, en effet, la Cour admet-elle que les arrêts *Barthold* et *Stambuk* échappent complètement à la logique commerciale, alors que l'impact des articles de journaux publiés au sujet de leur profession libérale n'excluait pas entièrement une «contamination publicitaire»? Pourquoi, en revanche, les arrêts *Casado Coca* et *Jacubowski* se trouvent-ils exclusivement sous l'emprise commerciale, alors même que, la Cour le reconnaît elle-même, l'annonce de Me Casado Coca fournissait, quoique poursuivant un but publicitaire, «aux personnes ayant besoin d'une assistance juridique des renseignements d'une utilité certaine et de nature à faciliter leur accès à la justice»¹⁰⁰, ou que M. *Jacubowski* «avait été vigoureusement attaqué par son [ancien] employeur dans un communiqué de presse qui mettait

⁹⁸ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, p. 284 s. Ce dernier déplore que «[bei einem Eingriff in Bezug auf Werbung] prüft der [Gerichtshof] aber nur, ob die nationalen Gerichte überhaupt eine Abwägung vorgenommen haben, ohne selbst eine eigene Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen. Vor allem findet keine Würdigung der von den nationalen Instanzen angenommenen Tatsachen und Umstände des Einzelfalls statt. In der Lehre wird daraus gefolgert, dass die Werbung insgesamt und insbesondere auch im Rundfunk geringeren Schutz als übrige Tätigkeiten im Schutzbereich des Art. 10 genießt, mögen auch negative Konsequenzen für die Finanzierung der Medien daraus erwachsen». Voir aussi Calliess, Zwischen staatlicher Souveränität und europäischer Effektivität : Zum Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten im Rahmen des Art. 10 EMRK, EuGrZ 1996, p. 293 ss.

⁹⁹ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), opinion dissidente commune aux juges Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carillo Salcedo et Valticos. Cf. aussi Yourow, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, 1996, p.133: «It is extraordinary for the Court to defend a limited supervisory function in such a manner, and the seven-judge Joint Dissenting Opinion criticizes the majority for eschewing its responsibility of independent review of facts, circumstances and law under the Convention».

¹⁰⁰ Arrêt *Casado Coca*, (note 37), § 36.

gravement en cause ses compétences professionnelles et le tenait pour responsable de l'effondrement de la [ddp]¹⁰¹. Assurément, les critiques portées à l'encontre de M. Jacobowski s'attaquaient-elles à sa réputation personnelle et commandaient-elles qu'il puisse réagir promptement afin de défendre cette dernière. Aussi, l'annonce passée par Me Casado Coca avait-elle une utilité publique et relevait-elle, du moins en partie, de l'intérêt public. Ou comment expliquer que l'affaire *Markt Intern* soit uniquement abordée sous l'angle du discours commercial? S'agissant d'un journal à distribution certes limitée, mais fondé et édité par des journalistes dont le but était, dans l'article litigieux, de rapporter objectivement «un incident dont la matérialité n'a pas été contestée», et d'inviter sans préjugé «les détaillants à leur fournir des informations complémentaires»¹⁰², le cas comportait tous les éléments caractéristiques de la liberté de la presse et de son exercice régulier. Que dire, finalement, de l'arrêt *Demuth*: hormis la mise sur antenne de publicité automobile, Car TV se proposait de mettre en lumière un nombre important de questions d'intérêt général, telles les «politiques énergétiques, la sécurité routière, le tourisme et l'environnement». Dès lors que, de l'avis de la Cour, il «ne pouvait être exclu que ces éléments contribueraient au débat général en cours sur les divers aspects d'une société motorisée»¹⁰³, l'affaire *Demuth* ne méritait-elle pas un traitement à mi-parcours entre celui réservé au «discours commercial» et celui réservé à la communication d'informations d'intérêt public¹⁰⁴?

Nous avons affiché ces paradoxes afin de mieux souligner le double écueil qui, à notre sens, guette le travail de la Cour en matière commerciale: tout d'abord, la Cour est confrontée au problème de la qualification du discours. Or, on le sait de l'examen du champ d'application de la liberté d'expression, la qualification univoque et unanime d'une forme de discours comme relevant de tel ou tel domaine est simplement impossible, puisque les formes de discours sont presque toujours inextricablement entremêlées. Le problème spécieux de la séparation de ce nœud gordien a pourtant été artificiellement maintenu et, éloigné du champ d'applica-

¹⁰¹ Arrêt *Jacobowski*, (note 40), opinion dissidente commune aux juges *Walsh, Macdonald et Wildhaber*.

¹⁰² Arrêt *Markt Intern*, (note 19), opinion dissidente commune aux juges *Gölcüklü, Pettiti, Russo, Spielmann, De Meyer, Carillo Salcedo et Valticos*.

¹⁰³ Arrêt *Demuth*, (note 29), § 41.

¹⁰⁴ Cf. aussi l'arrêt *Demuth*, (note 29), opinion dissidente du juge *Jörundsson*: «Pour apprécier l'étendue de la marge d'appréciation dont disposaient les autorités nationales en l'espèce, il y a lieu d'examiner les objectifs visés par Car Tv AG. Selon moi, une entreprise privée de diffusion ayant pour but de promouvoir les voitures était bel et bien une entreprise commerciale. Néanmoins, le programme de télévision envisagé dépassait largement le cadre commercial, par son extension à des sujets tels que les politiques des transports, la sécurité routière et les questions liées à l'environnement. Ceux-ci présentent incontestablement un intérêt général et public et auraient contribué au débat général en cours sur les divers aspects d'une société motorisée. Il est donc nécessaire de réduire l'ampleur de la marge d'appréciation laissée aux autorités, puisqu'est en jeu non l'intérêt purement «commercial» de tel individu, mais sa participation au débat en cours touchant à l'intérêt général».

tion, il a tout simplement été évacué vers la question de l'examen des motifs justificatifs d'une ingérence à la liberté d'expression.

Quant au second écueil, il guette une fois que la qualification a été faite au moyen des critères vagues, subjectifs et changeants décelés ci-dessus: en effet, l'arrêt *Krone* excepté, selon que la Cour constatera la présence d'un discours normal, politique ou commercial, le traitement réservé au discours ainsi catégorisé sera tout aussi catégorique, ce quelles que soient les spécificités à l'intérieur du cas d'espèce. Peu importe, en effet, que M. Jacobowski ait agi pour sauver sa réputation ou que le journal *Markt Intern* ait exercé l'un des droits les plus sacrés de la presse, la marge d'appréciation sera, du moment où la Cour aboutit à la qualification initiale de «discours commercial», presque sans bornes. Le reproche à formuler réside donc dans l'usage indifférencié qui est fait de la théorie, entre temps devenue dogme, de la marge d'appréciation, qui incite à faire fi de toute nuance et à se détacher de l'approche pragmatique ou casuistique de la Cour, pourtant si souvent mise en œuvre à bon escient. De plus, une théorisation à l'extrême de l'opposition entre discours commercial et discours «normal», quel qu'en soit le contenu véritable, implique la formulation d'un jugement abstrait portant sur la valeur d'un type de discours. Pourtant, ne l'avons-nous pas vu à maintes reprises, la frontière entre les divers types de discours est si effacée qu'il n'est pas possible de rencontrer de discours commercial à l'état pur; puis, même à supposer que l'on identifie un tel discours, de quel droit oserions-nous d'emblée le traiter comme un bien moins précieux et octroyer carte blanche aux Etats lorsque ceux-ci choisiraient de le museler, sans même procéder – à l'instar de ce qui vaut pour tout autre type de discours – à un examen approfondi de la proportionnalité? Comme le démontre implicitement le juge *Martens* dans son opinion dissidente rendue en l'affaire *Markt Intern*, l'on ne saurait jamais préjuger de la valeur d'un type de discours, ces *a priori* conduisant à oublier que chaque élément d'un droit de l'Homme joue un rôle important dans la protection globale de ce droit. A ce titre, l'arrêt *Krone* (n° 3) est d'ailleurs de très bon augure. Ainsi, «la presse socio-économique présente un intérêt égal à celui de la presse politique ou culturelle pour le progrès desdites sociétés et pour l'épanouissement de chacun»¹⁰⁵. De fait, la catégorisation excessive des composantes de la liberté d'expression finit par dissimuler à la vue de tous, y compris à celle de la Cour, que nous nous trouvons face à un droit de l'Homme, et, qui plus est, face au «pilier de la défense des droits fondamentaux»¹⁰⁶, sans lequel il serait impossible de connaître des violations des autres droits humains, et dont il convient de défendre l'intégralité des facettes. A la vérité, quel risque la Cour courrait-elle, si, mettant un terme à l'octroi *a priori* d'une large marge d'appréciation en matière commerciale, elle se décidait à examiner chaque affaire au cas par cas, quitte à, le cas échéant, étendre la marge d'appréciation à la suite de

¹⁰⁵ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), opinion dissidente du juge *Martens*, approuvée par le juge *Macdonald*.

¹⁰⁶ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), opinion dissidente du juge *Pettiti*.

cet examen? Cela permettrait également de rompre avec le schématisme excessif dont se plaignent les juges *Walsh*, *Macdonald* et *Wildhaber* en l'affaire *Jacubowski*, et qui concerne l'examen de la proportionnalité par cette haute juridiction: fruit d'une vaste marge d'appréciation catégorique (et non casuistique), la Cour aurait tendance à négliger le poids respectif et souvent différent des intérêts et valeurs en présence. A la mise en balance des intérêts, la Cour préférerait donc procéder à «un choix entre deux principes antinomiques de poids égal» et s'appuierait «trop lourdement sur les constats factuels des tribunaux nationaux», qu'elle endosserait sans réserve. «Ce faisant, [elle] accorde une importance excessive à la théorie de la marge d'appréciation»¹⁰⁷ et donne l'impression, pour polémiquer légèrement, de «capituler face aux censures étatiques». Dans ce cas, pour citer l'avis du juge *Pettiti*, ne serait-il pas judicieux de s'en tenir au credo selon lequel, dans le domaine de la liberté d'expression, «il n'y a qu'une marge d'appréciation des plus minimes des Etats, sous contrôle de la Cour européenne»¹⁰⁸?

D. Le discours commercial: Un parent pauvre?

Fort souvent, la jurisprudence est perçue comme un long fleuve tranquille qui, en l'absence de modifications législatives notoires, creuse son lit avec toute aisé. Loin d'être statique, cette image évoque plutôt une jurisprudence à l'évolution lente mais constante, une jurisprudence souveraine qui préfère la consolidation de ses fondements au fur et à mesure que sont rendus les jugements, à des remises en cause perpétuelles ou à des débats de principe et revirements spectaculaires [...]. En revanche, force est de le constater à la lumière de la présente étude, la jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'Homme a développée en matière d'expression commerciale est très éloignée de ce cliché. Au niveau de l'inclusion du discours commercial sous le chapeau de la liberté d'expression, d'abord, la jurisprudence de la Cour a longtemps hésité à reconnaître que l'ensemble du discours commercial puisse sans distinction aucune entrer dans le champ d'application et de protection de l'article 10 de la Convention. De l'autre côté, la Cour n'a pas non plus tenté de l'en exclure totalement et a évité de prendre une décision tranchée. Préférant laisser planer le doute sur l'inclusion de principe du discours commercial *lato sensu*, la Cour a opté pour l'élaboration de modes de différentiation et subtilités sans nombre et la plupart du temps basées sur la substance d'un type d'expression. Ainsi, l'on retrouvait – en caricaturant un peu – le critère de la «mixité à prépondérance commerciale/non-commerciale», le critère du «discours commercial d'intérêt public» ou, encore, celui du «discours commercial informa-

¹⁰⁷ Arrêt *Jacubowski*, (note 40), opinion dissidente commune aux juges *Walsh*, *Macdonald* et *Wildhaber*.

¹⁰⁸ Arrêt *Markt Intern*, (note 19), opinion dissidente du juge *Pettiti*.

tif». A force de telles nuances, on en oubliait facilement les critères que toutes ces formes ont en commun ou, tout simplement, on risquait de sombrer dans la confusion terminologique. Dans le prolongement de notre métaphore fluviale, ces distinctions ont bien entendu conduit au détachement d'un bras d'eau (expression commerciale) du cours principal de la liberté d'expression et à l'éclatement subséquent de ce bras d'eau en plusieurs embranchements plus ou moins richement approvisionnés. Ce n'est qu'une fois le doute complètement dissipé, savoir l'intégration totale de toute forme de discours commercial dans le giron de la liberté d'expression confirmée, que ces embranchements ont fini par se déverser, l'un après l'autre, dans le cours d'eau principal et à reformer une unité avec cette matrice que forme la liberté d'expression.

En ce qui a trait à la seconde phase consacrée à l'examen de la nécessité et de la marge d'appréciation qu'il convient d'octroyer aux Etats membres du Conseil de l'Europe, cette étape est, elle aussi, semée d'embûches. A la différence de la première, les problèmes posés ne peuvent de loin être considérés comme résolus. Avant même que la Cour n'ait concrètement eu à se prononcer au sujet de l'étendue de la marge d'appréciation, il était manifeste qu'elle endosserait l'opinion de la Commission, selon laquelle une marge d'appréciation très permissive devrait être *a priori* accordée aux Etats en matière de communications d'ordre commercial. En d'autres termes, tous les problèmes de qualification des types de communication qui avaient fini par être évacués du stade d'analyse du champ d'application, réapparaissent au stade de la marge, posant encore plus de difficultés! De fait, la qualification absolue d'un type de discours ou sa stricte division en discours commercial, expression d'une opinion, presse, message politique, émanation artistique ou théorie scientifique pure, est tout simplement impossible, de sorte que toute tentative de catégorisation dans ce sens doit passer pour réductrice et inappropriée au domaine des droits et libertés les plus fondamentaux de l'être humain. Pis encore, l'identification plus ou moins arbitraire d'un discours (souvent, la Cour s'en remet à l'appréciation des Etats membres) comme commercial déclenche un engrenage très inquiétant : en effet, une fois le discours commercial «pur» identifié [sic!], la Cour s'empresse de consentir à la consécration d'une marge étatique impressionnante qui, au gré des restrictions auto-imposées, conduit à l'abandon de ses prérogatives de juge européen et à un désinvestissement total au profit des Etats membres. Pour revenir sur notre métaphore, le fleuve jurisprudentiel fraîchement réuni et élargi, se voit à nouveau freiné dans ses élans et se fourche en deux embranchements. Le premier embranchement plus important, la liberté d'expression sous déduction du discours commercial, suit son cours et est attentivement ausculté par la Cour; quant au second, il s'engouffre dans un canyon appartenant aux Etats, qui soutire le fleuve au regard scrutateur de la Cour et permet aux Etats de bâtir autant de digues et de barrages qu'ils jugent bon d'ériger. Privée de presque toute protection, la liberté d'expression commerciale est bel et bien traitée comme un paria, comme un parent pauvre de la liberté d'expression, à laquelle elle est pourtant consubstantiellement liée. Une fois qualifié de commercial, un contenu

ou mode d'expression est automatiquement livré aux restrictions nationales. Pourtant, il convient au regard de l'arrêt *Krone* (n° 3) de garder espoir que la Cour prêtera l'oreille aux juges qui, en son sein, prônent le retour à davantage de pragmatisme. Effectivement, la composante commerciale au sein d'un discours peut se décliner dans tant de variations qu'il serait irréaliste que de vouloir l'enfermer dans un *a priori* catégorique sans examen individuel de chaque cas.

Au vu du rôle crucial que joue la liberté d'expression dans la systématique des droits de l'Homme et pour le bon fonctionnement de toute démocratie, l'on ne peut que sérieusement s'étonner que de voir un pan entier de cette même liberté sacrifié aux intérêts des Etats. Compte tenu des limites très effacées qui existent entre les différentes facettes de cette liberté, du rôle important que joue le discours commercial dans une société de consommateurs nécessitant de transparence, et compte tenu de l'interdépendance et interrelation desdites facettes, la «capitulation» de la Cour en matière commerciale risque de déclencher un incendie dépassant la seule sphère du lucre. S'il serait démesuré de croire que les Etats européens démocratiques se jetteront sur la première occasion pour enserrer la liberté d'expression dans un étroit corsage,¹⁰⁹ il serait tout aussi naïf que d'écarter complètement cette possibilité: la politique en vigueur dans certains Etats européens – et pas uniquement en Russie – n'a-t-elle pas illustré ces dernières années que l'influence politique s'obtient de plus en plus à travers la prise de contrôle des médias et de leurs contenus, émissions légères, triviales ou commerciales y comprises?

¹⁰⁹ Au contraire, la plupart des Etats n'utilisent cette marge que très modérément et légitimement. Voir déjà: *Boisson de Chazournes*, (note 4), p. 946: «[...] la plupart des Etats européens ayant ratifié la Convention ont adopté des dispositions législatives qui restreignent la libre circulation d'«idées» commerciales, afin de protéger les consommateurs contre des pratiques trompeuses et mensongères».