

## L'opinion publique saisie par le droit et le droit saisi par l'opinion publique : la démonstration du droit des élections politiques

Romain Rambaud

---

### Citer ce document / Cite this document :

Rambaud Romain. L'opinion publique saisie par le droit et le droit saisi par l'opinion publique : la démonstration du droit des élections politiques. In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 36-2020, 2021. L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? *Du terrorisme à l'urgence sanitaire - L'opinion publique aujourd'hui. Regards pluridisciplinaires*. pp. 689-706;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2021.2926>

[https://www.persee.fr/doc/aijc\\_0995-3817\\_2021\\_num\\_36\\_2020\\_2926](https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2021_num_36_2020_2926)

---

Fichier pdf généré le 06/04/2022

## L'OPINION PUBLIQUE SAISIE PAR LE DROIT ET LE DROIT SAISI PAR L'OPINION PUBLIQUE : LA DÉMONSTRATION DU DROIT DES ÉLECTIONS POLITIQUES

Romain RAMBAUD\*

L'opinion publique est-elle et comment « saisie » par le droit et le droit est-il et comment « saisi » par l'opinion publique ? Faisant explicitement référence, université Aix-Marseille et GERJC obligent, à l'œuvre du fondateur Louis Favoreu<sup>1</sup>, le sujet de la présente contribution est pour l'auteur de ces lignes, spécialiste de droit électoral<sup>2</sup>, l'occasion de rendre hommage à un autre pilier de ces institutions, le regretté Richard Ghevontian. Les travaux de ce dernier ont été décisifs pour le droit des élections politiques<sup>3</sup> : c'est tout naturellement qu'il avait été sollicité en octobre 2014 pour réaliser la synthèse d'un colloque organisé à l'Université de Bourgogne, dont le thème était « L'opinion publique : de la science politique au droit ? » et qui visait déjà à répondre à cette problématique<sup>4</sup>. Richard Ghevontian avait conclu que « *la réponse est oui, c'est le mérite de ce colloque de l'avoir démontré* »<sup>5</sup>. Il est possible de confirmer ce résultat, plus de six après.

On ne reviendra pas ici sur les définitions et les évolutions de la notion d'opinion publique au sein des différentes disciplines, abordées dans les précédentes communications, mais on peut reprendre quelques résultats du colloque précité. Sur le plan théorique tout d'abord, Sébastien Bénétullière<sup>6</sup> a démontré que si l'opinion publique n'existe que peu en droit positif, elle est fondamentale en histoire et en théorie constitutionnelle en tant qu'elle constitue le pivot du système représentatif : elle permet de le fonder par la construction de l'espace public dans la démocratie libérale et par le pluralisme politique, autant qu'elle l'améliore démocratiquement dans la mesure elle constitue un contre-pouvoir puissant au pouvoir des représentants voire trace la perspective d'une démocratie plus directe<sup>7</sup>. Ce cadre théorique a été complété par Bernard Quiriny qui a justifié la légitimité de la démocratie d'opinion.

---

\* Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes, CRJ.

1 L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit*, Economica, 1988.

2 R. RAMBAUD, *Le droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, Domat, 2019. V. également <https://blogdroitelectoral.fr>

3 V. notamment R. GHEVONTIAN, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA* 1994, p. 801 ; « Les progrès de la constitutionnalisation du droit électoral, éléments de réflexion », dans B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La Constitutionnalisation des branches du droit*, Economica, 1998, p. 62 ; « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, janv. 2003 ; (dir.) Eugène Pierre, *précurseur du droit parlementaire contemporain*, Bruylant, 2019.

4 R. RAMBAUD, D. ANDOLFATTO (dir.), *L'opinion publique : de la science politique au droit ?*, Fondation Varenne, LGDJ, 2016.

5 R. RAMBAUD, « Introduction », *ibid.* p. 7.

6 V. S. BÉNÉTULLIÈRE, *La démocratie d'opinion : contribution à une approche constitutionnelle de l'opinion publique*, Thèse Lyon 3, 2007.

7 S. BÉNÉTULLIÈRE, « L'opinion publique des juristes. Analyse d'une figure théorique », dans *L'opinion publique : de la science politique au droit ? op. cit.*, p. 27.

Cette dernière n'eut pas toujours la mauvaise réputation qu'on lui fait aujourd'hui : elle était vue favorablement par les révolutionnaires français qui la pensaient comme un contre-pouvoir en tant que forme démocratique « sauvage », opposée à la démocratie légale, laquelle peut toujours vouloir capturer le pouvoir. Il faut donc garder une position équilibrée : l'opinion publique est légitime, même si elle présente de nombreux défauts, notamment en tant qu'elle favorise une crise de la temporalité de la démocratie ou qu'elle remet en cause la légitimité de représentants élus. Bernard Quiriny appelle donc à raisonner en termes de complémentarité des formes de démocratie – représentative, d'opinion, directe – qui ont chacune des avantages et des défauts, plutôt que de vouloir les opposer<sup>8</sup>.

On ajoutera à ces éléments qu'il convient selon nous, lorsqu'on s'intéresse à la notion d'opinion publique en droit, de bien la distinguer de notions juridiques dont elle pourrait paraître voisine, comme celle de volonté générale par exemple<sup>9</sup> : il nous semble que cette notion ne peut avoir d'intérêt juridique que si elle apporte des éléments que n'apportent pas déjà les notions que les juristes utilisent habituellement. Or, la notion d'opinion publique présente une plus-value en tant qu'elle permet d'asseoir la démocratie en dehors des seuls moments électoraux, implique la discussion, les échanges et la confrontation d'idées et donc le pluralisme politique, permet l'expression de pensées même minoritaires, sort l'individu de sa solitude (incarnée par l'isoloir) pour le confronter aux idées des autres et aux informations fournies par toute la société, constitue un contre-pouvoir par le contrôle permanent des dirigeants (cotes de popularité, traits d'image, sondages d'intentions de vote), permet d'atteindre des opinions non constituées dans la société sous la forme de « corps intermédiaires » disposant d'autres moyens d'expression, etc.<sup>10</sup>. Entendue ainsi, l'opinion publique présente des vertus propres car elle peut être associée à des principes juridiques précis et pour certains nouveaux : le pluralisme, l'équité, la liberté augmentée, le principe de réalité, la représentativité, la clarté du débat électoral, la transparence, etc.

Sur le plan pratique ensuite, les recherches de 2014 avaient aussi ceci d'intéressantes qu'elles avaient abouti à des résultats tangibles y compris dans le champ du droit positif. L'évolution du référendum, avec la consécration du référendum d'initiative partagée notamment, pouvait être vue comme un pas vers une forme de consécration de l'opinion publique, ainsi que le soulignait Joël Mekhantar<sup>11</sup>. Anne Levaide avait démontré en quoi le droit émergent des primaires (surtout ouvertes) constituait une réception de l'opinion publique dans le droit des partis politiques<sup>12</sup>. L'auteur de ces lignes voyait déjà dans le droit des sondages électoraux un domaine de prédilection de l'opinion publique dans le domaine du droit<sup>13</sup>. Hélène Tourard a trouvé des manifestations de l'opinion publique dans le droit européen des droits de l'homme : se fondant sur les grandes jurisprudences de la CEDH, elle a démontré que celle-ci utilise l'opinion publique, même si le nombre d'occurrences est faible, pour la détermination du consensus européen ou au contraire de la marge d'appréciation des États<sup>14</sup>. Philippe Icard a trouvé aussi des manifestations de cette opinion publique en

8 B. QUIRINY, « Remarques sur la démocratie d'opinion », *ibid.* p. 49.

9 J.-M. DENQUIN « Volonté générale, opinion publique, représentation », *Jus Politicum*, n° 10 [en ligne].

10 R. CAYROL, *Opinion, sondages et démocratie*, Presses de Sciences Po, 2011.

11 J. MEKHANTAR, « L'opinion publique et le référendum », dans *L'opinion publique : de la science politique au droit ?*, *op. cit.*, p. 59.

12 A. LEVAIDE, « L'opinion publique et le droit des partis politiques : les primaires », *ibid.*, p. 79.

13 R. RAMBAUD, « Les nouveaux (des)équilibres du droit des sondages électoraux », *ibid.*, p. 93.

14 H. TOURARD, « L'opinion publique et la Cour européenne des droits de l'homme », *ibid.*, p. 123.

droit de l'Union européenne, par l'intermédiaire des fameux « eurobaromètres » ou de l'initiative citoyenne par exemple<sup>15</sup>.

Et il ne s'agit ici que du droit public, auquel on aurait tort de réduire la question de l'opinion publique : si celle-ci a mauvaise presse en droit pénal<sup>16</sup>, il reste qu'une simple recherche par mots-clés sur Legifrance montre que c'est bien dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation que l'on trouve, et de loin, le plus d'occurrences<sup>17</sup>. La recherche sur ce point est à faire, mais elle dépasserait notre propos ici.

Le sujet étant particulièrement vaste et dans la mesure où il est évidemment impossible de tout traiter, un champ d'analyse sera privilégié ici en tant qu'il permet de démontrer la réception en droit de l'opinion publique et la transformation du droit par l'opinion publique : le droit des élections politiques. Il ne s'agit pas, ici, de la première fois que cette thèse est exposée et elle s'inscrit dans une évolution et des réflexions relatives au « droit électoral de la démocratie continue »<sup>18</sup>. On en fera une nouvelle exposition augmentée des données les plus récentes : il en résulte que l'opinion publique est en effet saisie par le droit électoral positif (I) et qu'en retour le droit électoral se trouve saisi par l'opinion publique, ce qui en transforme la nature (II).

#### I.- L'OPINION PUBLIQUE « SAISIE » PAR LE DROIT ÉLECTORAL : DU DROIT DES SONDAGES ÉLECTORAUX À LA RÉGULATION DES TEMPS DE PAROLE AUDIOVISUELS

Si l'on peut en trouver d'autres<sup>19</sup>, le cas le plus direct de la réception de l'opinion publique en droit électoral est sans doute le droit des sondages électoraux (A) ainsi que les règles des temps de parole audiovisuels (B).

##### A.- Le droit des sondages électoraux : la saisie de la production de l'opinion publique par le droit

Le droit des sondages électoraux, issu de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 *relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion*, est la saisie première par le droit de l'opinion publique, tant le sondage est un outil incontournable de construction de celle-ci.

15 P. ICARD, « L'influence de l'« opinion publique européenne » dans l'élaboration du droit de l'Union européenne », *ibid.*, p. 141.

16 S. GAUCHÉ, « L'opinion publique et le droit pénal : des liaisons dangereuses », *ibid.*, p. 175.

17 Le 27 avril 2021 selon une recherche très sommaire, 153 occurrences dans la jurisprudence de la chambre criminelle, aucune dans celle du Conseil constitutionnel et 18 dans celle du Conseil d'État.

18 R. RAMBAUD, *Le droit des campagnes électorales*, LGDJ, 2016 ; « Le paquet de modernisation électoral. De la réforme de l'élection présidentielle au droit électoral de la démocratie continue », *AJDA*, 2016, p. 1285 ; « Régulation des temps de parole politique : un débat réduit aux cinq plus grands candidats n'est pas inéquitable », *AJDA*, 2017, p. 1291 ; « La réforme de la régulation des temps de parole et des sondages électoraux », dans O. DESAULNAY, J. RIO (dir.), *L'élection présidentielle de demain, RFDC*, 2019, n°119 ; *Droit des élections et des référendums politiques, op. cit.*, p. 543 sq. ; « La parole en droit électoral », dans O. DESAULNAY (dir.), *La parole en droit public*, L'épilogue, 2020, p. 101.

19 On a déjà cité, en introduction, l'exemples des primaires des partis politiques ou du référendum d'initiative partagée.

### 1.- L'instauration du contrôle administratif de la production de l'opinion publique politique

Il n'est pas possible de revenir ici sur toute la réglementation applicable aux sondages électoraux<sup>20</sup>, mais il doit être souligné que la France dispose d'un système spécifique de contrôle centralisé et spécialisé, pris en charge par une autorité administrative, la commission des sondages<sup>21</sup>, auparavant et normalement indépendante, mais qui ne figure pas dans la liste des AAI prévue par la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 *portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes* et se trouve aujourd'hui rattachée au garde des Sceaux.

Le régime juridique des sondages électoraux a été modifié par la loi n° 2016-508 du 25 avril 2016 *de modernisation de diverses règles applicables aux élections* : il faut insister sur l'importance technique mais aussi conceptuelle de cette réforme, visant principalement à renforcer la transparence. Elle était en effet devenue indispensable au regard du rôle désormais reconnu aux sondages dans la régulation des temps de parole audiovisuels, en particulier par la loi organique n° 2016-506 du 25 avril 2016 *de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle*<sup>22</sup>.

La loi de 1977 prévoit que « sont régis par la présente loi les sondages publiés, diffusés ou rendus publics sur le territoire national, portant sur des sujets liés, de manière directe ou indirecte, au débat électoral. Sont assimilées à des sondages pour l'application de la présente loi les opérations de simulation de vote réalisées à partir de sondages liés au débat électoral »<sup>23</sup>. Cette définition est plus large que la précédente (même si dans la pratique, la commission avait déjà procédé à cette extension) dans la mesure où elle ne vise pas seulement les sondages ayant un rapport avec une élection (ou un référendum), au premier rang desquels les sondages d'intention de vote, mais tous ceux liés au « débat électoral ». Pour déterminer ce qui relève du débat électoral, le Conseil d'État a considéré que cela dépend de l'objet du sondage, à savoir si la question posée figure ou non dans les débats politiques en rapport avec l'élection, et de sa proximité temporelle avec celle-ci<sup>24</sup>. En revanche, le contrôle de la commission est limité à cette définition : d'une part, elle ne contrôle que les sondages, ou éléments de sondages, rendus publics, et d'autre part, elle ne contrôle que les sondages électoraux et non les sondages simplement politiques, pour des raisons tirées de la protection de la liberté d'expression, laquelle n'autorise pas un contrôle non justifié par le principe de la sincérité du scrutin<sup>25</sup>. Enfin, la commission des sondages ne contrôle que le « vrai sondage », c'est-à-dire, « quelle que soit sa dénomination, une enquête statistique visant à donner une indication quantitative, à une date déterminée, des opinions, souhaits, attitudes ou comportements d'une population par l'interrogation d'un échantillon », sachant que les personnes interrogées « sont choisies par l'organisme réalisant le sondage de manière à obtenir un échantillon représentatif de la population concernée »<sup>26</sup>.

20 R. RAMBAUD, *Le droit des sondages électoraux*, L'Harmattan, 2012.

21 V. pour une analyse de droit comparé R. RAMBAUD, « Droit comparé des sondages électoraux », *Revue politique et parlementaire*, avr./juin 2013, n° 1067, p. 230 sq.

22 R. RAMBAUD, « Le paquet de modernisation électorale », *préc.*, cf. *infra*.

23 Art. 1 de la loi n° 77-808 du 19 juill. 1977.

24 CE, 4 avr. 2016, n° 393863, *Camelo Cassan*. V. note R. RAMBAUD, *AJDA* 2016, p. 1351.

25 P. HUET, « Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale », *EDCE* 1979-1980, n° 31, p. 105-110 ; J.-M. GALABERT, « La Commission des sondages : une expérience de régulation », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruylant, 2004, p. 309-325.

26 Loi n° 77-808 *préc.*, art. 1.

## 2.- Les principes juridiques du contrôle de la production de l'opinion publique politique

La commission reçoit d'abord les déclarations des instituts : en effet, le fait de pouvoir publier des sondages est soumis à déclaration préalable<sup>27</sup>. Ensuite, à chaque fois qu'un sondage est réalisé, elle reçoit la notice de celui-ci avant sa publication<sup>28</sup> et tous les documents sur la base desquels le sondage a été réalisé et publié<sup>29</sup>. Elle peut soit se saisir d'office, soit être saisie dans les cinq jours de la publication ou de la diffusion d'un sondage<sup>30</sup> : en pratique, elle exerce un contrôle systématique léger de tous les sondages dont elle reçoit la notice. Elle contrôle un nombre considérable d'éléments de fond, prévus par un décret du 16 mai 1980<sup>31</sup> mais qui résultent surtout de la pratique : la représentativité de l'échantillon (inscription des personnes sur les listes électorales, représentativité par sexe, catégorie socioprofessionnelle et zone géographique, absence de ré-interrogation trop régulière du même panel, taille suffisante de l'échantillon, existence d'un redressement politique par souvenir de vote, cohérence du choix de redressement réalisé par l'institut dans le respect de sa liberté d'appréciation), les questions posées (formulation des questions, ordre des questions, candidats testés, cohérence des candidats testés entre le premier et second tour, etc.), la sincérité dans l'interprétation, etc. Elle est notamment vigilante concernant la méthodologie utilisée pour ce qui concerne le passage des chiffres « bruts » aux chiffres « nets », dans la mesure où les instituts réalisent un travail de redressement politique des échantillons<sup>32</sup> : lors des élections présidentielle et législatives de 2017, la commission des sondages a mis en œuvre ce contrôle de façon approfondie<sup>33</sup>.

Lorsque la commission constate une méconnaissance de ces principes, elle peut choisir soit de publier de simples communiqués de presse<sup>34</sup>, soit de procéder à de véritables « mises au point », qui doivent être publiées en principe selon les mêmes modalités que le sondage lui-même pour alerter l'opinion publique sur le fait que ce sondage n'a pas respecté les principes fondamentaux posés par la commission<sup>35</sup>. Il existe aussi une dissuasion pénale, avec une amende de 75 000 euros en cas de non-respect de la loi<sup>36</sup>. Enfin, outre la question du contrôle, la problématique la plus importante aujourd'hui est la transparence : on y reviendra<sup>37</sup>.

### B.- Les temps de parole audiovisuels électoraux : la réception de l'opinion publique par le droit

Au droit des sondages doit être associée la régulation des temps de parole audiovisuels et cela est en rapport direct avec la réception juridique de l'opinion publique : on l'avait établi en 2014<sup>38</sup> et ceci est désormais consacré à un haut niveau de la hiérarchie des normes depuis que la loi organique n° 2016-506 du 25 avril

27 Loi préc., art. 7.

28 Loi préc., art. 3.

29 Loi préc., art. 4.

30 Décret n° 78-79 du 25 janv. 1978 pris pour l'application de la loi n° 77-808 du 19 juill. 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, art. 11.

31 Décret n° 80-351 du 16 mai 1980 pris pour l'application de l'article 5 de la loi n° 77-808 du 19 juill. 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion.

32 V. sur l'ensemble de ces éléments R. RAMBAUD, *Le droit des sondages électoraux*, op. cit.

33 V. *La commission des sondages face aux élections, présidentielle et législatives de 2017*, Rapport, p. 6 sq.

34 CE, 29 déc. 2014, n° 384445, *Avrillier*, note R. RAMBAUD, *AJDA* 2015, p. 1058.

35 Loi préc., art. 9.

36 Loi préc., art. 12.

37 Cf. *infra*.

38 R. RAMBAUD, « Les (des)équilibres du droit des sondages électoraux », op. cit.

2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle a modifié la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct en y faisant directement référence.

De manière générale, il existe en France une obligation, ayant semble-t-il peu d'équivalents chez nos voisins<sup>39</sup>, dite de pluralisme interne, qui s'impose aux radios et aux chaînes de télévision : ces médias doivent respecter un quantitatif et qualitatif des temps de parole (parole directe) et d'antenne (temps consacré par les médias) entre les différentes sensibilités politiques dans leurs programmes. Cette règle date de l'ORTF<sup>40</sup> et le principe a été repris par l'article 13 de la loi relative à la liberté de communication audiovisuelle du 30 septembre 1986 : le CSA « assure le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radio et de télévision, en particulier pour les émissions d'information politique et générale », ce qui, d'après le Conseil d'État, soumet les chaînes de télévision concernées à une certaine « obligation d'impartialité »<sup>41</sup>. S'il n'appartient évidemment pas au CSA de se substituer aux chaînes de télévision dans leurs choix, celui-ci opère une vérification et lorsqu'il constate des écarts, demande à ce qu'ils soient corrigés, sachant qu'il peut utiliser son pouvoir de mise en demeure voire son pouvoir de sanction. Il existe plusieurs formes de prise en charge de la campagne du point de vue audiovisuel, le plus simple étant de prendre les choses dans l'ordre chronologique. Il y a d'abord la régulation par le CSA avant la période dite de « campagne officielle », puis la période de la campagne officielle. Dans tous les cas, on constate que la logique d'opinion publique prend une place de plus en plus grande.

### 1.- La réception de l'opinion publique avant les campagnes officielles

Concernant la période antérieure à la campagne officielle, il faut distinguer les élections de droit commun et l'élection présidentielle, même si les mêmes principes de fond ont tendance à s'appliquer avec des variations.

En droit commun, pour la période antérieure à la « campagne officielle », la régulation du CSA distingue deux périodes, en dehors de la campagne électorale d'une part et pendant la campagne électorale « au sens du CSA » d'autre part (et non au sens de la « campagne officielle »). Cette distinction a été établie par le CSA : hors élection présidentielle, la régulation « période électorale » correspond aux six semaines qui précèdent le jour du scrutin en vertu d'une recommandation du CSA du 4 janvier 2011, et la régulation « hors période électorale » désigne la période antérieure<sup>42</sup>. Cette distinction est importante car tant les règles de fond que celles du contrôle divergent, la période électorale étant plus stricte que la période non électorale : le Conseil d'État, dans une ordonnance relative à l'organisation de débats télévisés pendant la campagne des élections européennes, a consacré cette distinction introduite par le CSA, reprenant à son compte « la période de six semaines précédant le scrutin, mentionnée à l'article 2 de la délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 4 janvier 2011 », qui correspond à la période électorale<sup>43</sup>.

39 D. BAUDIS, « Faut-il adapter les règles relatives aux campagnes dans les médias audiovisuels ? », dans P. ESPLUGAS, X. BIOY (dir.), *Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ?*, Montchrestien, 2012, p. 147

40 Q. EPRON, « Le temps de parole audiovisuel des personnalités politiques », *Juspoliticum*, n° 4

41 CE, 18 déc. 1996, n° 177011, *Él. mun. de Vitrolles*.

42 CSA, délibérations et n° 2011-1 du 4 janv. 2011 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision en période électorale, n° 2017-62 du 22 nov. 2017 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision.

43 CE, 4 avr. 2019, n° 429370, *Société France Télévisions*.

Hors période électorale, la régulation des temps de parole s'adapte aux évolutions du système politique. Le CSA a encore assoupli ses règles de régulation depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 et il distingue désormais, d'une part, le temps d'intervention cumulé du président de la République relevant du débat politique national, de ses collaborateurs et des membres du Gouvernement, autrement dit du pouvoir exécutif, qui doit correspondre au tiers du temps total et, d'autre part, pour les deux tiers restants, les éditeurs doivent veiller à assurer aux partis et groupements politiques « qui expriment les grandes orientations de la vie politique nationale un temps d'intervention équitable au regard des éléments de leur représentativité, notamment les résultats des consultations électorales, le nombre et les catégories d'élus qui s'y rattachent, l'importance des groupes au Parlement et les indications de sondages d'opinion, et de leur contribution à l'animation du débat politique national ». En pratique, cette régulation est souple : le relevé des temps de parole et le contrôle se font par trimestre, le CSA tient compte d'éventuelles situations exceptionnelles liées à l'actualité et examine le respect du pluralisme « sur une période suffisamment longue pour lisser les effets de l'actualité ».

Le Conseil d'État a confirmé cette souplesse pendant les élections européennes de 2019 : le juge a estimé qu'en dehors de la période électorale « ni la loi, ni les termes de cette recommandation n'ont pour effet d'imposer à la société France Télévisions d'inviter aux débats qu'elle organise dans la période en cause, même dans la perspective d'élections prochaines, et *a fortiori* à un seul débat en particulier, des représentants de l'ensemble des partis et groupements politiques qui entendent se présenter aux suffrages des électeurs. Elles n'exigent pas non plus d'inviter des personnalités susceptibles d'exprimer toutes les opinions se rapportant au scrutin à venir. Elles n'ont pas pour conséquence, dans cette période, d'imposer une stricte égalité de traitement entre toutes les personnalités politiques. Il appartient à la société France Télévisions, dans le régime de liberté garanti par la loi et dans l'exercice de sa responsabilité éditoriale, sous le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de concevoir et d'organiser les émissions participant au débat démocratique, dans le respect d'un traitement équitable de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion ». Si le contrôle par le juge du référé-liberté reste toujours possible, le juge a considéré qu'en l'espèce France Télévisions s'était fondée sur les critères prévus par le CSA et n'avait pas commis une « atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale qu'est le principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion »<sup>44</sup>.

Ensuite vient la « période électorale » au sens du CSA pendant laquelle la régulation est plus stricte (antérieure et distincte de la « campagne officielle » audiovisuelle). Pour les élections de droit commun, le CSA a adopté une recommandation le 4 janvier 2011 toujours en vigueur, qu'il complète avec des recommandations spécifiques à chaque élection. Celles-ci prévoient que, pendant une période de 6 semaines avant le jour du scrutin, les éditeurs doivent veiller à ce que les différents candidats bénéficient d'une présentation et d'un accès équitables à l'antenne. Le respect de ce principe est apprécié par le CSA qui demande aux éditeurs le relevé des temps de parole non plus par trimestre mais par semaine. Le contrôle est resserré et le CSA peut adresser en temps utile des mises en garde voire des mises en demeure lorsqu'il apparaît que le principe d'équité ne pourra pas être respecté sur l'ensemble de la période, en raison des déséquilibres déjà constatés. Les propos du président de la République qui relèvent du débat électoral sont comptabilisés à ce titre et font l'objet d'un relevé distinct.

---

44 CE, 4 avr. 2019, n° 429370, *Société France Télévisions*.

L'élection présidentielle fait l'objet d'un régime juridique spécifique, qui se caractérise par une longue régulation des temps de parole audiovisuels fondée sur le principe d'équité. Certes, l'article 3. IV de la loi de 1962 précitée prévoit que « tous les candidats bénéficient, de la part de l'État, des mêmes facilités pour la campagne en vue de l'élection présidentielle », impliquant une exigence d'égalité absolue en matière audiovisuelle prévue par le décret de 2001<sup>45</sup>. Cependant, cette égalité ne s'applique que pendant « la campagne en vue de l'élection présidentielle », c'est-à-dire la campagne officielle prévue par le décret de 2001 commençant le deuxième lundi précédant le premier tour de scrutin<sup>46</sup>. Pour la période antérieure, le régime est prévu directement par l'article 3.I bis depuis la loi organique du 25 avril 2016 *de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle* précitée, reprenant des principes fixés antérieurement par le CSA. Il existe ainsi une régulation en trois temps : (1) une période « préliminaire » qui avait démarré en 2017 le 1<sup>er</sup> février seulement afin d'éviter le problème posé par les primaires, (2) puis une période « intermédiaire » commençant par la publication au *Journal officiel* de la liste des candidats, placée sous un principe d'« équité renforcée », (3) et enfin la période d'égalité « stricte » pendant les deux semaines qui précèdent le scrutin. Le contrôle est plus strict, avec un relevé systématique fait par les éditeurs.

La question fondamentale est dans tous les cas celle des critères opérationnels qui sont utilisés pour apprécier l'équité. Pour l'élection présidentielle, mais c'est absolument la même chose pour les autres élections, l'équité est d'après la loi organique « appréciée, en particulier, en fonction des résultats obtenus aux plus récentes élections par les candidats ou par les partis et groupements politiques qui les soutiennent et en fonction des indications de sondages d'opinion » et « de la contribution de chaque candidat à l'animation du débat électoral », qui se constate par l'organisation de réunions publiques, la participation à des débats, l'utilisation des moyens de communication, etc. Ce principe d'équité a produit des conséquences pendant l'élection présidentielle de 2017 : ainsi TF1 a pu s'en prévaloir pour organiser un débat au sein duquel n'étaient présents que les 5 plus grands candidats (à plus de 10 % dans les sondages) et le Conseil d'État, saisi par M. Nicolas Dupont-Aignan qui demandait une réaction du CSA, avait jugé que cela n'était pas inéquitable<sup>47</sup>. On est loin du principe d'égalité que certains pourraient souhaiter pour l'élection présidentielle, au profit d'une logique d'opinion consacrée par les sondages directement, débat sur lequel on reviendra<sup>48</sup>.

Sur le plan empirique, on peut ainsi établir une corrélation entre les résultats dans les sondages et l'exposition médiatique dans le cadre des élections présidentielles de 2017. Les tableaux présentés ci-dessous, qui comparent les scores dans les sondages et les temps de parole en moyenne des candidats selon les relevés du CSA pendant la période dite « intermédiaire », permettent de dégager deux enseignements<sup>49</sup>. Tout d'abord, les « petits » candidats dans les sondages sont bien des « petits » candidats dans le cadre de leur exposition médiatique (tableau n° 1). Ensuite, l'exposition des grands candidats correspond à peu près à leur score dans les sondages, même si on constate des variations qui montrent que logiquement les autres paramètres, comme les résultats aux précédentes élections (il existait sur ce point une difficulté avec le cas

45 Décret n° 2001-213, art. 10.

46 CC, décis. n° 81-42 PDR et n° 81-43 PDR du 11 avril 1981.

47 CE, 16 mars 2017, n° 408730, *M. Dupont-Aignan*. V. R. RAMBAUD, « Régulation des temps de parole politique : un débat réduit aux cinq plus grands candidats n'est pas inéquitable », *AJDA* 2017, p. 1291.

48 Cf. *infra*.

49 Ces calculs sont les nôtres, ils peuvent comporter des erreurs.

spécifique du candidat Emmanuel Macron qui explique que son exposition médiatique fut, de façon certes contre-intuitive, moindre que ses résultats dans les sondages d'opinion) et la dynamique de campagne, sont pris en compte (tableau n° 2), certains candidats semblant cependant défavorisés (il s'agit du cas de Madame Le Pen, sous-exposée au regard à la fois de ses résultats aux précédentes élections et des intentions de vote en sa faveur). L'opinion publique a donc aujourd'hui une prise réelle, à la fois sur le plan du droit et sur le plan des faits.

*Tableau n° 1 : Les temps d'antenne « période intermédiaire » de l'élection présidentielle du 21/03 au 09/04 2017  
{(+) par rapport au niveau du candidat dans les sondages – colonnes de droite}*

	TF1 (%)	France 2 (%)	BFM TV (%)	C News	Rolling Ifop (%)	Rolling OW (%)
N. Arthaud	2,8 (+)	3,1 (+)	0,9	2,3 (+)	0,6	0,2
F. Asselineau	2,3 (+)	2,6 (+)	1,4	1,3	0,4	1
J. Cheminade	2,7 (+)	2,5 (+)	0,7	1,4	0	0
N. Dupont-Aignan	3,8	3,6	3,1	4,4	4,4	3,2
J. Lassalle	3,1 (+)	3,1 (+)	0,8	1,3	0,8	0,7

*Tableau n° 2 : Les temps d'antenne « période intermédiaire » de l'élection présidentielle du 21/03 au 09/04 2017  
{(-) ou (+) par rapport au niveau du candidat dans les sondages – colonnes de droite}*

	TF1 (%)	France 2 (%)	BFM TV (%)	C News	Rolling Ifop (%)	Rolling OW (%)
F. Fillon	19,7	21,7 (+)	24 (+)	23,6 (+)	17,7	19
B. Hamon	13,4 (+)	14,3 (+)	16,7 (+)	15,3 (+)	10,1	10,7
M. Le Pen	17,7 (-)	15,9 (-)	17,6 (-)	17,2 (-)	25	25,2
E. Macron	18,9 (-)	19 (-)	19 (-)	19,3 (-)	24,9	23,5
J.-L. Mélenchon	12,1 (-)	10,2 (-)	13,8	11,2 (-)	15	15

## 2.- La réception de l'opinion publique pendant les campagnes officielles

Enfin, vient le temps de la « campagne officielle audiovisuelle ». Toutes les élections ne sont pas concernées : elle n'est prévue que pour l'élection du président de la République, les élections législatives, les élections européennes, les référendums en fonction de ce qui est décidé par décret et au niveau local pour des territoires au statut particulier (Corse, COM)<sup>50</sup>. Seules les sociétés nationales de programme, c'est-à-dire France Télévisions et Radio France, sont contraintes de diffuser ces émissions. Les règles applicables varient selon les élections.

Pour l'élection du président de la République, un strict principe d'égalité s'applique en principe<sup>51</sup>. Cette égalité vaut aussi bien pour les clips de campagne officielle prévus par le décret de 2001 diffusés par les chaînes de télévision et de radio du secteur public<sup>52</sup> que pour l'ensemble des chaînes de télévision et radio pour la diffusion de l'information en général, en dehors de ces émissions officielles<sup>53</sup>.

50 V., pour le détail R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit.

51 Article 3. IV de la loi de 1962 précitée. Cf. *supra*.

52 Art. 15 al. 2 du décret de 2001.

53 Art. 12 du décret n°64-231 du 14 mars 1964 ; art. 15 du décret n°2001-213 du 8 mars 2001.

Pour les autres élections s'appliquent un ensemble de paramètres visant à faire respecter le principe de pluralisme politique et qui prennent de plus en plus en compte les logiques d'opinion publique.

Il y eut sur ce point une manifestation spectaculaire de cette logique avec la censure par le Conseil constitutionnel, dans une QPC *En Marche !* de 2017 des règles alors applicables en matière de campagne officielle audiovisuelle pour les élections législatives<sup>54</sup>. En effet la loi n° 66-1022 du 29 décembre 1966 (art. L. 167-1 du Code électoral) avait consacré une logique « parlementaire », puisqu'une durée totale de 3 heures avant le premier tour et 1 h 30 avant le second existait au profit des « partis et groupements politiques représentés par des groupes parlementaires de l'Assemblée nationale », tandis que les autres disposaient d'un angle de tir beaucoup plus restreint : les autres auxquels au moins 75 candidats avaient indiqué se rattacher bénéficiaient chacun de sept minutes avant le premier tour et de cinq minutes avant le second tour ! Cette règle était devenue totalement absurde alors que les deux candidats (et non partis au demeurant) arrivés au second tour de l'élection présidentielle de 2017 ne disposaient pas de groupe à l'Assemblée nationale lors de la législature précédente... Considérant qu'il résulte des articles 3 et 4 de la Constitution que « lorsque le législateur détermine entre les partis et groupements politiques des règles différenciées d'accès aux émissions du service public de la communication audiovisuelle, il lui appartient de veiller à ce que les modalités qu'il fixe ne soient pas susceptibles de conduire à l'établissement de durées d'émission manifestement hors de proportion avec la participation de ces partis et groupements à la vie démocratique de la Nation », le Conseil a estimé que les dispositions en cause pouvaient entraîner une telle disproportion et qu'elles étaient donc contraires à l'article 4 de la Constitution. Le système a alors été modifié par la loi n° 2018-509 du 25 juin 2018 relative à l'élection des représentants au Parlement européen aboutissant à un système complexe plus proche de la notion d'opinion publique. Trois types de durée d'émission sont désormais prévus par le nouvel article L. 167-1 du Code électoral. Premièrement, une durée de 7 minutes pour le premier tour et de 5 minutes pour le second sont mises à la disposition de chaque parti qui en fait la demande dès lors qu'au moins 75 candidats ont déclaré s'y rattacher. Deuxièmement, une durée d'émission de 2 heures pour le premier tour et de 1 heure pour le deuxième est mise à disposition des groupes parlementaires à l'Assemblée nationale au prorata de leur nombre de députés. Ces durées sont distribuées librement par les présidents de groupe aux partis bénéficiant du premier type de durée d'émission. Troisièmement, une durée d'émission de 1 heure pour le premier tour et de 30 minutes pour le second est répartie entre les partis afin que les durées d'émission attribuées à chaque parti ne soient pas hors de proportion avec leur participation à la vie démocratique de la Nation. Pour ce faire, il est tenu compte de la répartition déjà effectuée, de la représentativité de ces partis, appréciée, en particulier, en fonction des résultats obtenus lors du dernier renouvellement général de l'Assemblée nationale et aux plus récentes élections par les candidats ou par les partis et groupements politiques auxquels ils ont déclaré se rattacher, ainsi qu'en fonction des indications de sondages d'opinion et de la contribution de chaque parti ou groupement à l'animation du débat électoral<sup>55</sup>. Il s'agit ici d'une association originale entre la logique de démocratie représentative et la logique de la démocratie d'opinion.

54 CC, décis. n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche !*, note J. RIO, « Le Conseil constitutionnel censure les règles de la campagne audiovisuelle officielle des élections législatives », *AJDA* 2017, p. 1729.

55 R. RAMBAUD, « La nouvelle élection européenne », *AJDA*, 2018, p. 1670.

Un système équivalent existe pour les élections européennes<sup>56</sup>. En 2019, le Conseil d'État, saisi en référé-liberté par La France Insoumise, a validé la répartition opérée par le CSA sur la base des résultats aux élections précédentes (y compris les élections départementales et régionales de 2015), la moyenne des intentions de vote mesurées par les différents sondages d'opinion disponibles, ainsi que la participation des listes à l'animation du débat électoral<sup>57</sup>.

Il existe donc, en droit électoral, une incontestable « saisie » de l'opinion publique, lui faisant produire des effets juridiques. Inversement, cette opinion publique saisie par le droit électoral n'est pas sans produire des effets sur le droit électoral lui-même, dont les principes voire la nature évoluent à son contact.

## II.- LE DROIT ÉLECTORAL « SAISI » PAR L'OPINION PUBLIQUE : DU DROIT ÉLECTORAL DE LA DÉMOCRATIE REPRÉSENTATIVE AU DROIT ÉLECTORAL DE LA DÉMOCRATIE CONTINUE

Le mouvement de réception de l'opinion publique a transformé le droit électoral lui-même, qui, d'un droit électoral de la « démocratie représentative », devient un droit électoral de la « démocratie continue ». L'hypothèse, soutenue dans d'autres travaux<sup>58</sup>, est celle de la révélation d'une nouvelle dynamique, constituant une mutation profonde du droit électoral suivant les transformations de la démocratie elle-même, à savoir l'évolution du système juridique de la démocratie représentative classique, caractéristique des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle, vers une autre forme de démocratie, caractéristique du XXI<sup>e</sup> siècle, qualifiée de façon différente selon les auteurs : « démocratie du public » pour Bernard Manin<sup>59</sup>, « démocratie d'opinion » pour Roland Cayrol<sup>60</sup>, ou encore « démocratie continue » pour Dominique Rousseau<sup>61</sup>. Ce « droit électoral de la démocratie continue » apparaît ainsi caractérisé par un allongement du temps des campagnes électorales, une liberté de parole renforcée, l'avancée de l'équité par rapport à l'égalité et davantage de transparence<sup>62</sup>. Ainsi la réception de l'opinion publique, participant d'un mouvement plus large vers ce nouveau « droit électoral de la démocratie continue » – on pourrait citer par exemple, comme autres manifestations, des sujets aussi divers que la révision en continu des listes électorales<sup>63</sup> ou la mise à mal de la « tradition » de la « trêve judiciaire »<sup>64</sup> – conduit le droit électoral à fonctionner selon des principes particuliers : le pluralisme politique et l'équité (A), la représentativité et la clarté du débat électoral (B), une liberté augmentée prenant en compte le principe de réalité (C) et enfin la transparence (D).

56 Nouvel article 19 de la loi n°77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen v. aussi art. 8 du décret de 1979.

57 CE, 20 mai 2019, n° 430796, *La France Insoumise*.

58 V., les références citées en note 18.

59 B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1995, rééd. 2012.

60 R. CYROL, *Opinion, sondages et démocratie*, Presses de Sciences Po, 2011.

61 D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, LGDJ-Bruylant, 1995 ; *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, 2015.

62 V., notamment R. RAMBAUD, « Le paquet de modernisation électorale », *op. cit.* ; *Le droit des campagnes électorales*, *op. cit.*

63 B. CAMGUILHEM, « Simplifier l'inscription sur les listes électorales », *AJDA*, 2017, p. 167 ; B. HÉDIN, « Réforme de la gestion des listes électorales : compétence du maire pour des inscriptions et radiations au "fil de l'eau" », *AJCT*, 2018, 504.

64 V., R. RAMBAUD, « La trêve judiciaire est une règle écrite », *AJDA*, 2017, p. 489 ; R. RAMBAUD, « La trêve judiciaire », dans D. DECHENAUD, R. RAMBAUD, C. RIBEYRE, *Le droit pénal électoral*, Éd. Varenne, 2019 ; « La répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en contentieux électoral », dans U. NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ (dir.), *La répartition des compétences juridictionnelles*, 2019, Varenne.

### A.- Le principe de pluralisme politique et d'équité

Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, le dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution dispose que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». En modifiant cet article, qui jusque-là prévoyait classiquement que « les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage », les constituants ont, sans mesurer l'impact de leur décision, consacré ou amorcé le bouleversement de certains équilibres de la démocratie française. Le Conseil constitutionnel ne s'y est pas trompé en jugeant que la modification de l'article 4 pouvait constituer un changement de circonstances de droit permettant le réexamen de la constitutionnalité des règles de présentation des candidats lors de l'élection présidentielle<sup>65</sup> ou du financement des partis politiques<sup>66</sup>.

Tout d'abord, la Constitution consacre désormais expressément le principe de pluralisme politique, qui avait été dégagé de façon prétorienne par le Conseil constitutionnel<sup>67</sup>, en matière audiovisuelle<sup>68</sup> puis dans d'autres domaines tels que le financement de la vie politique et les modes de scrutin<sup>69</sup>. Depuis 1986, il suppose de garantir un certain équilibre des temps de parole entre les candidats aux élections<sup>70</sup>, mais permet, eu égard au caractère limité du temps disponible pour une campagne officielle, de réserver la participation à des partis en fonction de critères de représentativité suffisamment pertinents<sup>71</sup> : cette jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a plus rien de platonique depuis la décision *En Marche !* précitée...<sup>72</sup>. En outre, il faut souligner que la Constitution fait désormais référence plus précisément aux « expressions pluralistes des opinions » : la proximité sémantique avec la notion d'opinion publique est criante.

Ensuite, la Constitution a consacré en même temps « la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ». Pourtant, l'idée d'équité a fait son entrée dans la Constitution presque par surprise. Elle n'était pas présente dans le projet de loi constitutionnelle initial en 2008 et résulte d'une insertion en deuxième lecture par la Commission de l'Assemblée nationale par voie d'« amendement de précision »<sup>73</sup>, aucune réflexion approfondie n'ayant eu lieu sur sa signification lors des débats<sup>74</sup>. La doctrine s'est interrogée : certains auteurs y ont vu la trace de la volonté de reconnaître un statut de l'opposition<sup>75</sup>, d'autres une référence implicite à la promesse de prévoir une part de proportionnelle aux élections législatives<sup>76</sup>. À ce propos, Guy Carcassonne a pu écrire : « En l'état, cela n'engage pas à grand-chose, sauf à ce qu'une interprétation constructive du Conseil constitutionnel vienne un jour démentir heureusement ce pronostic désolé<sup>77</sup>. » Nous y sommes et

65 CC, décis. n°2012-233 QPC, 21 février 2012, *Le Pen*.

66 CC, décis. n°2014-407 QPC, 18 juill. 2014, *Jean-Louis M. et Jacques B.*

67 J.-J. ISRAËL « Article 4 », dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRÉTOT (dir.), *La Constitution de la République française, analyse et commentaire*, Economica, 2009, p. 223-225.

68 J.-P. CAMBY, « Liberté d'expression et expression pluraliste des opinions pendant les campagnes électorales : le Conseil constitutionnel garant du pluralisme ou témoin du duel », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Dominique Rousseau*, LGDJ, 2020, p. 347.

69 V. sur ce sujet R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, op. cit., p. 117 sq.

70 CC, décis. n°86-217 DC, 18 sept. 1986.

71 CC, décis. n°2000-428 DC, 4 mai 2000 ; n°2000-23 REF, 23 août 2000.

72 Cf. *supra*.

73 Assemblée nationale, dossier législatif, amendement n° 4 sur le texte n° 993.

74 Assemblée nationale, séance du 8 juillet 2008 ; Sénat, séance du 15 juillet 2008.

75 J.-C. MÉNARD, *Le droit français des groupements politiques*, Larcier, 2011, p. 207.

76 G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Points, 2009, p. 54.

77 *Idem*.

l'hypothèse a déjà pu être émise cette nouvelle rédaction était le résultat d'une sorte d'évolution spontanée et pouvait signifier l'émergence de la démocratie continue en droit électoral<sup>78</sup>.

L'équité est d'abord apparue dans la pratique du CSA<sup>79</sup> avant de faire l'objet d'une consécration pour l'élection du président de la République par la loi organique du 25 avril 2016 précitée. Elle a été déterminée par le CSA de façon progressive et empirique, et on constate alors le glissement d'une logique de démocratie représentative à une logique de démocratie continue. Dans une recommandation relative au référendum sur le quinquennat en 2000, le CSA considérait que la notion d'équité « doit se fonder sur la représentativité des organisations politiques en présence ». En l'espèce, cette représentativité était largement parlementaire même si elle faisait place à des éléments de campagne électorale : elle s'évaluait en prenant en compte le nombre d'élus au Parlement national ainsi que la dynamique de la campagne électorale (réunions politiques, débats, tribunes), sous réserve de laisser une place à toutes les formations politiques<sup>80</sup>. Cette manière d'appréhender la notion d'équité a évolué, non sans quelques hésitations. Dans son rapport de 2002, le CSA faisait des critères principaux de l'équité « la notoriété et le poids politique du candidat dans le paysage politique, l'importance des forces politiques qui le soutiennent, la dynamique propre de sa campagne, le cas échéant, sa place relative dans les sondages d'opinion » et « les résultats obtenus lors des précédents scrutins »<sup>81</sup>. Pour la présidentielle de 2007, il donnait l'impression de revenir en arrière au profit d'une logique électorale en considérant que la représentativité du candidat se résumait aux « résultats que le candidat ou la formation politique qui le soutient ont obtenu aux plus récentes élections, notamment à l'élection présidentielle de 2002 »<sup>82</sup> : cette solution fut nuancée par le Conseil d'État qui valida la recommandation mais procéda à une sorte de réserve d'interprétation constructive dans l'arrêt *Corinne Lepage* de 2007, considérant que les « résultats pris en compte ne sont pas ceux de la précédente élection présidentielle mais de toutes les élections récentes et qu'ils ne constituent pas le seul critère pour la mesure de l'équité »<sup>83</sup>. Une nouvelle solution a été entérinée par la recommandation pour l'élection présidentielle de 2012 : elle prévoyait que l'équité se détermine en fonction de la représentativité du candidat, qui elle-même dépend de l'organisation de réunions publiques, de la participation à des débats, de l'utilisation de tout moyen de communication permettant de porter à la connaissance du public les éléments d'un programme politique, des résultats obtenus par le candidat ou les formations politiques qui le soutiennent aux plus récentes élections, et enfin des indications des enquêtes d'opinion<sup>84</sup>, solution validée par le Conseil d'État<sup>85</sup>. Ce raisonnement a finalement été consacré par la loi organique du 25 avril 2016 *de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle* suivant les modalités qui ont été détaillées ci-dessus : le CSA doit tenir compte d'après l'article 3.I *bis* de la loi de 1962 « de la représentativité des candidats, appréciée, en particulier, en fonction des

78 R. RAMBAUD, « Vers la fin des micro-partis ? », *AJDA*, 2014, p. 1749. Cette hypothèse a été confirmée dans les travaux cités en note n° 18.

79 B. MALIGNER, « Le principe d'équité entre les candidats devant les médias », *AJDA*, 2007. Voir également, M.-L. DENIS, « La régulation audiovisuelle et l'élection présidentielle », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012/1, n° 34, p. 29 ; S. LAMOUREUX, « Campagne électorale : égalité ou équité ? », *Les petites affiches*, 11 juillet 2007, n° 138, p. 10.

80 CSA, rec. du 1<sup>er</sup> août 2000.

81 CSA, Rapport annuel 2002, p. 82-83.

82 CSA, rec. du 7 nov. 2006, annexe.

83 CE, *Lepage*, 7 mars 2007, n° 300385.

84 CSA, rec. n° 2011-3 du 30 nov. 2011.

85 CE, *Bourson*, 15 mars 2012, n° 356527.

résultats obtenus aux plus récentes élections par les candidats ou par les partis et groupements politiques qui les soutiennent et en fonction des indications de sondages d'opinion » et de la « contribution de chaque candidat à l'animation du débat électoral ». Or, dans sa décision n° 2016-729 DC du 21 avril 2016 rendue sur la loi organique, le juge constitutionnel a validé ces critères en estimant qu'ils « sont de nature à permettre d'assurer un traitement équitable des candidats à l'élection du président de la République »<sup>86</sup>, consacrant donc le principe d'équité, qu'il avait lui-même favorisé progressivement lors de ses observations relatives aux élections présidentielles précédentes<sup>87</sup>, et en faisant un marqueur de l'évolution du droit électoral... controversé.

### B.- La représentativité et la clarté du droit électoral

En outre, ces éléments ont été validés par le Conseil constitutionnel dans la décision précitée du 21 avril 2016 au nom de nouveaux principes là aussi proches de l'idée d'opinion publique. Cette évolution a en effet été acceptée au nom de « la clarté du débat électoral », « dans l'intérêt des citoyens ». Le juge constitutionnel estime que la différence de traitement entre candidats officiels dans la période intermédiaire, se trouvant pourtant dans une situation identique, est « justifiée par le motif d'intérêt général de clarté du débat électoral » et « en rapport direct avec l'objet de la loi qui est de prendre en compte l'importance relative des candidats dans le débat public »<sup>88</sup>. Dans son commentaire, le Conseil constitutionnel estime que la clarté du débat électoral « est favorisée par une prise en compte plus réaliste de la représentativité des candidats et, par conséquent, de l'importance respective des uns et des autres dans le débat public »<sup>89</sup>.

Ce système d'équité, associé aux principes de clarté du débat électoral et de représentativité des candidats, est très controversé : si ses partisans, dont l'auteur de ses lignes, considèrent qu'il va dans le sens d'une modernisation de la démocratie en faisant prévaloir une liberté encadrée des médias et une logique d'opinion légitime<sup>90</sup>, d'autres estiment au contraire qu'il s'agit d'une violation du principe d'égalité et que cela nuit au débat démocratique. Certains auteurs sont particulièrement critiques : ainsi Philippe Blachère considère que ces règles ont pour effet sinon pour objet de « verrouiller l'élection présidentielle », regrette qu'elles « favorisent les candidats des trois grandes formations politiques et freinent le renouvellement de l'offre électorale ». Il considère que les critères sont « flous : les résultats obtenus aux dernières élections [...] ; la contribution de chaque candidat à l'animation du débat électoral (autrement dit : la cote médiatique du candidat appréciée et façonnée par les médias eux-mêmes) ; les indications des enquêtes d'opinion (les fameux sondages dont certains sociologues contestent depuis longtemps le caractère scientifique) »<sup>91</sup>. Josselin Rio a formulé des

86 CC, décis. 2016-729 DC, 21 avril 2016, §15.

87 S. TORCOL, « La loi organique de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle conforme à la Constitution : questions autour du contrôle de la "conformité de la loi organique aux observations du Conseil constitutionnel" », *Constitutions*, 2016, n° 2016-2, p. 240.

88 CC, décis. n° 2016-729 DC, préc.

89 Commentaire de la décision n° 2016-729 DC, p. 10.

90 R. RAMBAUD, « Le paquet de modernisation électorale », *op. cit.* ; v. en ce sens J.-H. STAHL, « Égalité, Équité », *DA* juill. 2016, repère n° 7 ; G. WEIGEL, « L'accès aux médias audiovisuels des candidats à l'élection présidentielle », *LPA* 3 févr. 2017, n° 25.

91 P. BLACHÈRE, « Rénover ou verrouiller l'élection présidentielle ? », *JCP* 2016, p. 525. V. dans le même sens J. RIO, « Le Conseil constitutionnel censure les règles de la campagne audiovisuelle officielle des élections législatives », *AJDA* 2017, p. 1729 ; J. RIO, « L'équité dans la campagne présidentielle audiovisuelle », dans O. DESAULNAY, J. RIO (dir.), *L'élection présidentielle de demain*, *RFDC*, n° 119, 2019, Puf.

reproches dans le même sens, délégitimant la création d'une période intermédiaire une fois les candidats connus plutôt que l'allongement de la campagne officielle dans laquelle le principe d'égalité s'applique, l'idée même qu'il puisse exister des « petits » et des « grands » candidats, critiquant des critères « imprécis, dangereux, manipulables et subjectifs »<sup>92</sup>. On peut cependant douter, au regard de ce qu'il s'est produit en 2017 (avec l'élection d'Emmanuel Macron), que le système « verrouille » à ce point l'émergence de nouvelles offres politiques au bénéfice d'offres anciennes... parce que d'autres logiques sont aussi à l'œuvre.

Il existe une autre explication à ces évolutions, peut-être moins stratégique et plus profonde, lorsqu'on examine les principes d'équité, de représentativité et de clarté du débat électoral : l'idée qu'elle répondrait à l'émergence de cette « démocratie du public » (Bernard Manin)<sup>93</sup>, « démocratie d'opinion » (Roland Cayrol)<sup>94</sup>, ou « démocratie continue » (Dominique Rousseau)<sup>95</sup>. Cette nouvelle forme de démocratie serait liée à l'affaiblissement des clivages sociologiques et politiques comme déterminants du vote, à l'émergence du numérique et des chaînes d'information en continu, à la multiplication des sondages électoraux, aux transformations institutionnelles liées au quinquennat et à l'organisation en amont de primaires ouvertes, etc. Cette démocratie d'opinion publique repose sur l'idée que, de façon continue et légitime, par l'intermédiaire des institutions mais aussi en dehors d'elles, les acteurs de la démocratie discutent et décident des choix politiques. Et ce phénomène serait donc progressivement pris en compte juridiquement. C'est ainsi qu'émerge en ce sens le concept de représentativité dans la jurisprudence : cette solution consacre philosophiquement le glissement conceptuel d'une démocratie représentative classique, caractérisée par un principe d'égalité formel entre les candidats « par le haut », vers une démocratie plus orientée vers l'opinion publique, promouvant une égalité « par le bas » privilégiant une égalité des opinions des électeurs sur celles des candidats. Le principe d'équité conduit alors à ce que les candidats disposent d'un temps de parole correspondant à leur importance relative dans les opinions des électeurs, consacrant une sorte de principe « un homme = une opinion = une seconde de temps de parole audiovisuel ». Il s'agirait alors d'une revanche du « bas », les citoyens traduits pas leurs opinions démocratiques, vis-à-vis du « haut », la classe politique dont le système des parrainages constitue, au demeurant, une manifestation ; autrement dit, une égalité « proportionnelle » fondée sur une réalité certes imparfaite au détriment d'une égalité certes textuelle, mais formelle, bénéficiant à des candidats sélectionnés eux-mêmes par des élus et non par le peuple par l'intermédiaire du système de parrainages. Il s'agit donc plutôt de différentes conceptions de la démocratie qui s'opposent : certains verront plus d'« aristocratie », ce qui constitue certes une forme de réalité dans l'élection<sup>96</sup>, dans les « verrous » posés par l'équité<sup>97</sup> ; d'autres la verront davantage dans un système d'égalité formelle entre des candidats sélectionnés eux-mêmes *a priori* par des élus...

92 J. RIO, *op. cit.*, RFDC, n° 119, 2019, Puf.

93 B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*

94 R. CAYROL, *Opinion, sondages et démocratie*, *op. cit.*

95 D. ROUSSEAU, *La démocratie continue*, *op. cit.* ; *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, *op. cit.*

96 V., sur ce sujet B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, *op. cit.*

97 J. RIO, « L'équité dans la campagne présidentielle audiovisuelle », *op. cit.*

### C.- La liberté augmentée et le principe de réalité

Le droit électoral de l'opinion publique se caractérise également par une liberté accrue. C'est ainsi qu'en matière de diffamation ou d'injure, la jurisprudence pénale s'est beaucoup assouplie, marquant le passage d'une logique classique à une logique plus proche de celle de libre opinion, même si celle-ci est exagérée<sup>98</sup>. Pour ce qui concerne la régulation audiovisuelle, l'évolution est aussi très claire : le Conseil constitutionnel a estimé dans sa décision du 21 avril 2016 précitée que pour renforcer « la clarté du débat électoral », le législateur avait pu « accorder aux éditeurs de services de communication audiovisuelle une liberté accrue dans le traitement de l'information en période électorale ». Sur ce dernier point, le juge constitutionnel a estimé que la liberté des médias pouvait être augmentée en raison d'« évolutions » telles que leur plus grande « diversité », rendue possible par l'augmentation des fréquences et l'existence « d'autres modes de diffusion qui contribuent à l'information des citoyens en période électorale sans relever de réglementations identiques », ce qui vise la presse, internet et les réseaux sociaux<sup>99</sup>. Ce principe de liberté a également été affirmé par le Conseil d'État au moment des élections européennes<sup>100</sup>.

Cette logique de liberté est à mettre en rapport avec un autre sujet, à savoir le principe de réalité : clairement les chaînes de télévision souhaitent plus de liberté et moins de contraintes<sup>101</sup>. C'est d'ailleurs ce qui a donné lieu à la réforme de 2016, car auparavant les chaînes de télévision détournaient le principe d'égalité grâce à leur liberté de programmation (réservant les meilleures heures aux « grands » candidats et la nuit aux « petits »), raison pour laquelle la loi organique du 25 avril 2016 a mis fin à cette hypocrisie en mettant en place une équité plus souple mais devant être réalisée « dans des conditions de programmation comparable ». D'ailleurs, en 2017, le Conseil constitutionnel a constaté dans ses observations sur l'élection présidentielle que ce changement de règles avait permis d'augmenter le volume de temps global consacré à l'élection présidentielle<sup>102</sup>.

Cette liberté accrue est une tendance lourde du droit électoral non restreinte au domaine de la régulation des temps de parole audiovisuels. Le Conseil constitutionnel a reconnu l'importance de la liberté d'expression en matière de campagne électorale à propos de la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 *pour la confiance dans la vie politique* : alors que le dispositif de peine complémentaire « quasi obligatoire » d'inéligibilité devait être appliqué aux délits de presse prévus aux articles 24, 24 bis, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881, le juge constitutionnel a censuré cette mesure en considérant que « la liberté d'expression revêt une importance particulière dans le débat politique et dans les campagnes électorales. Dès lors, pour condamner que soient les abus dans la liberté d'expression visés par ces dispositions, en prévoyant l'inéligibilité obligatoire de leur auteur, le législateur a porté à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée »<sup>103</sup>. Il a confirmé cette position dans sa jurisprudence relative aux lois n° 2018-1201 (organique) et 2018-1202 (ordinaire) du 22 décembre 2018 relatives à la lutte contre la manipulation de l'information tout en les validant, en considérant que « la liberté d'expression revêt une importance

98 V. spécifiquement R. RAMBAUD, « La parole en droit électoral », *op. cit.* ; « Droit pénal électoral : précision sur le régime juridique de la diffamation en campagne électorale », *AJDA*, 2016, p. 963.

99 CC, décis. n° 2016-729 DC, préc.

100 CE, 4 avr. 2019, n° 429370, *Société France Télévisions*.

101 J. RIO, « L'équité dans la campagne présidentielle audiovisuelle », *op. cit.*

102 CC, décis. n° 2017-172 PDR du 20 juill. 2017.

103 CC, décis. n° 2017-752 DC du 8 sept. 2017. R. RAMBAUD, « Confiance dans la vie politique : la révolution attendra... », *AJDA*, 2017, p. 2236.

particulière dans le débat politique et au cours des campagnes électorales. Elle garantit à la fois l'information de chacun et la défense de toutes les opinions mais prémunit aussi contre les conséquences des abus commis sur son fondement en permettant d'y répondre et de les dénoncer »<sup>104</sup>.

#### D.- Le principe de transparence

Le droit électoral, comme d'autres branches du droit notamment en ce qui concerne la vie publique<sup>105</sup>, connaît un mouvement vers une plus grande transparence, laquelle a un rapport direct avec l'opinion publique puisque c'est pour que celle-ci (sous toutes ses formes) puisse avoir connaissance des faits et en tirer des conséquences que cette transparence existe. Il y a en a de nombreuses manifestations, qu'il n'est pas possible de toutes détailler : on peut citer, par exemple, l'accroissement des obligations de transparence par la loi *pour la confiance dans la vie politique* de 2017 pour les partis politiques et les comptes de campagne<sup>106</sup>, renforcées par la jurisprudence<sup>107</sup>, ou la création de l'obligation pour les candidats officiels à l'élection présidentielle (et non plus seulement le Président sortant et élu) de publier une déclaration de patrimoine et d'intérêts<sup>108</sup>.

On se focalisera ici, pour terminer, sur un point qui pose encore problème et qui est en rapport direct avec l'opinion publique, puisque c'est celui par lequel on avait commencé : les sondages électoraux. En la matière, la transparence a été accrue par la loi (ordinaire) du 25 avril 2016 de modernisation par deux moyens. D'une part, la publication d'un sondage doit être accompagnée de mentions qui ont été renforcées : le nom de l'institut, les dates de l'enquête, le nombre de personnes interrogées, le texte intégral des questions posées, une mention indiquant le droit de toute personne à consulter la notice, le nom du commanditaire et de l'acheteur s'il est différent, l'existence et l'étendue de la marge d'erreur, certaines de ces mentions pouvant figurer sur le site internet de l'institut<sup>109</sup>. D'autre part, la transparence s'exerce, c'est le principal apport de la réforme de 2016 sur ce point, par l'accès amélioré aux notices déposées auprès de la commission des sondages. La loi de 2016 a renforcé le contenu de la notice (doivent y figurer les mentions précédentes ainsi que la méthode de choix de l'échantillon et d'interrogation, la proportion de non-répondants, l'existence de gratifications, les critères de redressement des résultats bruts du sondage), a confirmé le droit de toute personne à consulter cette notice dès la publication du sondage et a posé le principe nouveau selon lequel la commission des sondages doit mettre en ligne la notice sur son site internet<sup>110</sup>. Incontestablement, cette loi a constitué un progrès. Cependant il reste des zones d'ombre.

Tout d'abord, en tant qu'il était permis aux instituts de renvoyer pour certaines informations à leur site internet, certains aspects étaient considérés comme

104 CC, décis. n° 2018-773 DC du 20 déc. 2018.

105 J.-F. KERLÉO, *La transparence en droit. Recherche sur la formation d'une culture juridique*, Mare & Martin, 2016.

106 R. RAMBAUD, « Confiance dans la vie politique : la révolution attendra... », *op. cit.* ; v. auparavant D. BIROSTE, *Financement et transparence de la vie politique*, LGDJ, 2016.

107 Pour les comptes de campagne et l'accès à la procédure contradictoire voir, CE, ass., 27 mars 2015, n° 382083, *Mediapart*, note R. RAMBAUD « L'accès aux documents administratifs et l'élection présidentielle », *RFDA*, 2015, p. 598 ; pour les partis politiques, CE, 13 févr. 2019, n° 420467, *Association Rassemblement national*, note R. Rambaud, *AJDA*, 2019, p. 1347.

108 R. RAMBAUD, « Le paquet de modernisation électorale », *op. cit.* ; « La nouvelle élection présidentielle en ordre de marche », *AJDA*, 2017, p. 527.

109 Loi de 1977, art. 2.

110 Loi de 1977, art. 3.

insuffisants, notamment la publication des marges d'erreur visant à inciter le lectorat à relativiser les résultats de certains sondages. Ce renvoi a été récemment remis en cause : la loi n° 2021-191 du 22 février 2021 *portant report, de mars à juin 2021, du renouvellement général des conseils départementaux, des conseils régionaux et des assemblées de Corse, de Guyane et de Martinique* a prévu que « pour les élections mentionnées au I de l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi, toute publication ou diffusion de sondage, tel que défini à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, est accompagnée des marges d'erreur des résultats publiés ou diffusés, le cas échéant par référence à la méthode aléatoire, établies sous la responsabilité de l'organisme qui l'a réalisé ». La loi organique n° 2021-335 du 29 mars 2021 *portant diverses mesures relatives à l'élection du président de la République*, qui s'appliquera à l'élection présidentielle de 2002, a prévu la même chose.

Ensuite, et surtout, la loi n'a toujours pas réglé le principal problème, à savoir celui du « secret des affaires » des instituts. En effet, le Conseil d'État a en 2012 considéré que les méthodes de redressement politique des sondeurs, les fameuses « recettes de cuisine » permettant de passer des chiffres bruts aux chiffres nets<sup>111</sup>, relèvent du secret des affaires des instituts et ne peuvent donc pas être communiquées au public de ce fait<sup>112</sup>. La méthodologie suivie par certains instituts de sondages pour obtenir leurs chiffres reste donc une boîte noire, au détriment de la possibilité pour les tiers, quels qu'ils soient, d'en vérifier les conditions d'élaboration. Cette position a hélas été confirmée par un avis n° 20201045 du 16 juillet 2020 de la CADA. Lors des élections municipales de 2020, M<sup>me</sup> Émilie Chalas, candidate à Grenoble, avait saisi la CADA à la suite du refus opposé par la commission des sondages à sa demande de communication de l'ensemble des documents détenus par la commission relatifs à un sondage publié sur les intentions de vote, notamment les critères de redressement politiques détaillés utilisés (chiffres bruts, chiffres nets, grille des redressements, colonne de référence), qui n'étaient disponibles ni dans l'édition du journal ni sur la notice disponible en ligne. La CADA a considéré que la dernière modification de la loi de 1977 par la loi de 2016 n'avait eu ni pour objet ni pour effet de remettre en cause la jurisprudence du Conseil d'État de 2012, que le législateur n'avait pas entendu rendre publics les éléments demandés et surtout que ceux-ci sont couverts par le « secret des affaires, protégé par l'article L. 311-6 du Code des relations entre le public et l'administration, lequel comprend le secret des procédés qui couvre les informations susceptibles de dévoiler, notamment, les techniques de fabrication telles que la description des matériels, logiciels ou méthodes utilisés qui traduisent un savoir-faire propre à l'entreprise et qui revêtent, de ce fait, une valeur commerciale ». La CADA a émis un avis défavorable.

La logique d'opinion publique n'a donc pas achevé son travail de refondation et se confronte aujourd'hui à d'autres principes, tels que le secret des affaires des instituts de sondage. Mais cette position est-elle admissible dès lors qu'on fait aujourd'hui produire à ces sondages des effets démocratiques extrêmement importants en droit ? Il nous semble que non. L'opinion publique étant publique, elle doit prévaloir sur les intérêts privés.

111 V., sur ce point R. RAMBAUD, *Le droit des sondages électoraux*, *op. cit.*

112 CE, 8 février 2012, *Mélenchon*, n°353357, commentaire R. RAMBAUD, « Sondages électoraux et transparence : la solution controversée du Conseil d'État », *RFDA*, 2012, p. 520.