

Étant donné les circonstances très diverses dans lesquelles la femme peut être amenée à prendre sa décision, le CCNE propose cependant l'instauration d'un délai de réflexion d'au moins trois mois et d'un an maximum pour qu'elle s'informe et réfléchisse sur les conséquences de la demande de transfert des embryons.

Mais le législateur n'a pas suivi cette direction. Selon la loi n° 94-654, le couple doit être vivant. Cette condition exclut par conséquent les demandes d'assistance médicale à la procréation exprimées par des femmes veuves. Le législateur a ainsi condamné l'avis n° 40 du Comité Consultatif National d'Éthique sur le transfert d'embryon après décès du conjoint. Comme l'a précisé Madame Neirinck, « l'âge n'est pas une maladie - même s'il peut être perçu comme une souffrance - à laquelle le corps médical doit remédier. Mais il en est de même du veuvage... L'absence d'enfant ne peut donc, dans ce cas, relever de la médecine » (23).

On retrouve par cet exemple du transfert d'embryon post mortem la complémentarité entre la normativité éthique et la normativité juridique. Le Comité Consultatif National d'Éthique peut par ses avis, indiquer de manière positive des orientations de réflexion et de discussion, éclairer les professionnels, informer l'opinion publique. Mais il n'y a pas nécessairement concordance entre la norme éthique et la norme juridique (24).

(23) C. Neirinck, note sur TGI Rennes, 30 juin 1993, JCP 1994, II, 22250.

(24) Sur cette complémentarité, voir Ph. Pédro, *Le contrôle éthique, in L'embryon humain*, sous la direction de B. Le Mintier, Economica, 1996, p. 247 ; B. Oppetit, *Philosophie de droit*, Dalloz, 1993, p. 137 (voir chapitre 4, *L'influence des valeurs humanistes et éthiques*) ; D. Thouvenin, *De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques »*, RID civ., oct. déc. 1994, p. 722 ; J.-C. Galloux, *Le CCNE est-il une autorité de doctrine dans la doctrine juridique ?* Éd. CURAPP ; *De la bioéthique au biodroit*, sous la direction de C. Neirinck, LGDT, 1994, p. 35 et s. ; G. Mémeteau, C. Byk, *Le droit des Comités d'éthiques*, Éd. Locassagne, Eska, 1996 ; M. Harichaux, *La protection des droits et libertés corporels*, Montchrestien, 1997, 2ème édition.

LES ATTRIBUTIONS NORMATIVES DE LA COMMISSION DES SONDAGES (1)

Par

Véronique ROUIT

Chargée de travaux dirigés à la Faculté de Droit et de Science Politique
d'Aix-Marseille

—*—*—*—*—

SOMMAIRE

I- POUVOIR NORMATIF DE LA COMMISSION DES SONDAGES

A- Compétence normative de la Commission des sondages

- 1- Attribution de la compétence normative
- 2- Contenu de la compétence de la Commission des sondages

B- Fonction normative de la Commission des sondages

- 1- La réunion des caractères de la norme
- 2- Le cas particulier de l'interdiction de la publication des sondages pendant la semaine précédant les élections

II- INFLUENCE NORMATIVE DE LA COMMISSION DES SONDAGES

A- Les deux moyens d'expression de la Commission des sondages

- 1- La participation au processus normatif : le pouvoir de proposition
- 2- Les communiqués

B- Place des règles émises par la Commission des sondages au sein de l'ordre juridique

- 1- Caractéristiques des règles émises par la Commission des sondages
- 2- Émergence de règles de nature nouvelle ?

ANNEXES

(1) L'auteur souhaite remercier très sincèrement Monsieur Jean-Michel Galabert, Président de la Commission des sondages ainsi que les membres de la Commission pour lui avoir accordé un entretien ainsi que pour leur aide et leur précieuse collaboration. L'auteur remercie également très vivement Madame Volaine, Secrétaire de la Commission, pour avoir si souvent et si aimablement répondu à ses nombreuses demandes.

Expression de l'opinion publique, les sondages occupent une place privilégiée dans les sociétés démocratiques. Ils représentent à un instant donné l'image de la population sur une question précise. Les sondages sont une technique qui, à partir de la constitution et de l'étude d'un échantillon de population représentatif - en règle générale le corps électoral -, permet d'inférer la connaissance de la position de l'ensemble de cette population. Une enquête est menée, visant à déterminer la répartition des opinions sur une question ou une personnalité en recueillant des réponses individuelles manifestant ces opinions (2). En France, les principaux instituts de sondages sont l'Institut Français d'Opinion Publique (I.F.O.P.), la Société Française d'Enquête par Sondage (S.O.F.R.E.S.), Louis Harris (France), B.V.A., C.S.A.-T.M.O. et Publimétrie (3). Les sondages se distinguent des simples questionnaires qui sont seulement une série de questions méthodiquement posées en vue d'une enquête, et qui n'ont pas vocation à représenter l'état de l'opinion publique, mais seulement celle des personnes interrogées. Le principe des sondages repose sur le calcul des probabilités qui permet de déterminer la marge d'erreur des résultats obtenus. Plusieurs méthodes sont possibles. Le sondage peut être empirique, l'échantillon est alors une représentation à échelle réduite de la population à étudier. Le sondage aléatoire, ou probabiliste, est un sondage dans lequel l'échantillon est constitué au hasard par tirage au sort, au moyen des annuaires (4). En théorie, la sélection par tirage au sort intégral de l'échantillon serait la meilleure méthode, mais elle se heurte à de nombreuses difficultés pratiques, telles que l'impossibilité de disposer de la liste nationale du corps électoral, les difficultés de joindre les personnes tirées au sort. Aussi a-t-on le plus souvent recours à la méthode des quotas, qui consiste à interroger une réduction en miniature de la population considérée, selon, par exemple, les critères du sexe, de l'âge, de la profession avec une stratification par région et catégorie d'agglomération (5). Les progrès de l'analyse statistique, joints au développement de l'informatique, ont provoqué une multiplication des sondages (6).

Les premiers sondages furent des sondages politiques (7) menés aux États-Unis en 1936 à l'occasion des élections présidentielles. Georges Gallup prédit la

(2) C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, *Lexique de politique*, Dalloz 2001 V° Sondage ; R. Guillen, J. Vincent, sous la direction de S. Guinchard, G. Montagnier, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2001, V° Sondage ; v. également *Dict. encycl. de th. et de soc. du droit*, 2^e éd., A.-J. Arnaud (dir.), V° Opinion(s) ; Petit Robert V° sondage, sens 3, selon lequel le terme sondage signifie action de sonder, c'est à dire d'explorer méthodiquement, illustre bien l'action d'enquête qui est menée au cours du sondage et qui aboutit au résultat. Pour une définition des sondages au sens de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977, v. Cass. Crim. 30 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, 1, p. 268 n. Doucet ; CE. 18 juin 1993, IFOP, *Rec. p.* 178, *Dr. adm.* 1993, comm. n° 404, *Rev. adm.* 1993, p. 322, concl. Scanvic.

(3) C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, *Lexique de politique*, Dalloz, 2001, V° Sondage ; O. Duhamel, E. Dupin, *Enquête auprès des instituts, Pouvoirs*, n° 33, 1985, Les sondages, p. 105 ; E. Dupin, *Instituts de sondage : un club des sept fort disparate, Pouvoirs*, n° 33, 1985, Les sondages, p. 97.

(4) C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, *Lexique de politique*, Dalloz, 2001, V° Sondage.

(5) O. Duhamel, Y. Mény (dir.), *Dictionnaire Constitutionnel* 1992, PUF, V° Sondage.

(6) En moins d'une semaine, il est possible de connaître, avec une précision remarquable l'opinion d'une population d'au moins un millier de personnes choisies de manière représentative sur une dizaine de questions (avec un échantillon de 1000 répondants, la marge d'erreur est inférieure à 3%) (R. Barillon, J.-M. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le Pourhiet, Y. Mény, *Dictionnaire de la Constitution*, V° Sondage, 4^e éd. Cujas 1986).

(7) A. Lazareff, *Le droit des sondages politiques*, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 11 : « Le principe des sondages a été reconnu à la fin du XIX^e siècle avec la diffusion de la méthode représentative, pressentie par Pascal. Après trois siècles de recherches, il était désormais admis que l'observation d'un

réélection de Franklin D. Roosevelt. Ils rencontrèrent un vif succès en raison de leur efficacité. Il était désormais possible de connaître l'opinion publique avant qu'elle ne s'exprime dans les urnes. L'utilisation des sondages s'est répandue dans toutes les démocraties. En France, Jean Stoetzel fonda en 1938 l'Institut Français d'Opinion Publique. Les sondages intéressèrent progressivement les milieux politiques. Ils obtinrent une véritable consécration en 1965 lors de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. L'émergence des sondages tient en grande partie à leur parfaite articulation avec les institutions de la V^e République. Les électeurs désignent directement leurs gouvernants et non de simples représentants. Les consultations se sont multipliées. Les sondages fournissent en permanence les informations indispensables sur l'état de l'opinion, mais aussi sur les rapports de force entre les candidats. C'est en raison du pouvoir qui leur est accordé que les sondages sont omniprésents sous la V^e République alors qu'ils étaient absents du processus politique de la IV^e République. Les sondages sont à présent menés dans des domaines très variés tels que la musique, la consommation (8), mais aussi le Droit. En effet, à l'instigation du doyen Carbonnier, les grandes réformes du Droit de la famille furent précédées d'études sociologiques comportant notamment des sondages d'opinion publique (9). Mais leur domaine de prédilection reste celui de la politique.

Le premier intérêt présenté par les sondages est de permettre l'information de l'opinion sur son propre état. Les sondages permettent de faire connaître à chacun des membres de l'opinion l'état de l'opinion générale. Mais le sondage n'est pas une information comme les autres. Ce n'est pas l'analyse d'un événement politique et ce n'est pas un fait réel mais un reflet de la réalité établi à partir de questions adressées à un échantillon de gens. Le problème inhérent à la nature des sondages est de les faire considérer comme étant l'opinion d'un grand nombre de gens alors que seule une partie de la population a été interrogée, ce qui est un facteur d'incertitude (10). Mais il est vrai qu'ils reposent sur une démarche scientifique fondée sur des techniques statistiques rigoureuses. Si au début le risque d'erreur était très

échantillon réduit et convenablement choisi pouvait remplacer avantageusement des dénombrements laborieux, coûteux et parfois impossibles » (ibid.).

(8) Sondage *Le Monde de la musique - BVA - Radio classique sur la culture dans la vie des français*, publié par le Monde de la musique d'avril 2001. Il fut mené un sondage international d'opinion dans les six pays membres des Communautés Européennes, Communauté économique, C.E.C.A. et Euratom sur les attitudes des six pays à l'égard du problème de l'union de l'Europe (Gallup international, *L'opinion publique et l'Europe des six*, Institut français d'opinion publique, 1963). Les sondages peuvent aussi porter sur les problèmes de l'environnement (Le Monde, 24 juin 1991, p. 18). La SOFRES a réalisé du 19 au 25 avril 1985 une enquête pour la délégation de l'Assemblée nationale à l'information et rendue publique le 14 mai 1985 lors de l'émission télévisée « Expression directe », Sondage sur les Français et l'Assemblée nationale résultats présentés et commentés par O. Duhamel, in *Pouvoirs*, n° 34, 1985, p. 131. On peut également citer comme exemple un sondage mené par l'Institut C.S.A. en octobre 1997, publié par l'Express, d'après lequel 38% seulement des Français font confiance à la justice et 64% considèrent comme une réforme prioritaire de rendre la justice plus accessible à ceux qui ont de faibles moyens financiers, et cité par S. Brunet in *L'office de l'avocat dans l'accès au droit et à la justice*, *Rev. trim. C. App. de Versailles*, janv. 1998, p. 145. La presse elle-même utilise les sondages pour connaître à place qu'elle occupe dans les loisirs ou les pratiques culturelles des français (*Encycl. Universalis*, V° Presse, la presse et ses lecteurs, p. 946, par J.-P. Marhuenda).

(9) Des sondages furent menés en 1963-1964 sur les régimes matrimoniaux, en 1965 sur la filiation et les successions, de 1970 à 1972 sur le mariage et le divorce (Cité par J. Massip, *Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille*, Defrénois 1990, Art. 34682 ; v. également revue *Sondages* 1967, n° 1 et 1970 n° 4 ; dans un tout autre domaine, v. l'Article de H.-G. Bascou, J.-C. Ranc, *Une pratique illicite : un redressement URSSAF par voie de sondage ou méthode dite "scientifique"*, *Gaz. Pal.* 1999.2. doctr. p. 1819). Sur l'intérêt des sondages en droit, cf. J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, 1994, PUF, p. 201s et p. 284.

(10) Communiqué de la Commission des sondages du 12 mai 1999.

important, aujourd'hui il est faible. Néanmoins il demeure, ainsi que l'ont montré les élections municipales de 2001 en France (11). La nécessité d'une protection découle de leur ambiguïté structurelle. Les élections sont encadrées pour respecter les principes démocratiques. Le reflet que sont les sondages portant sur les intentions électorales doivent être encadrés pour les mêmes raisons. La publication d'un sondage relève du droit à l'information.

Le second intérêt des sondages résulte de la place particulière qu'ils occupent en politique (12). Ils font partie de « la révolution médiatique » de la seconde moitié du XX^e siècle. On peut dire que « le pouvoir des sondages est proportionnel à celui des électeurs » (13). Ils occupent une place importante dans les campagnes électorales en fournissant la connaissance des rapports de force entre les candidats et leurs évolutions, et en leur permettant de définir et éventuellement de modifier les stratégies (14). D'ailleurs, les sondages sont en partie remboursés par les comptes de campagne (15). Ils interviennent dans la sélection des candidats (16). Ils permettent par ailleurs de cerner les attentes de l'opinion en cours de campagne. Enfin, pendant la durée du mandat, ils favorisent l'intervention constante de l'opinion auprès des élus. Les sondages peuvent être un vecteur de propagande (17). Il y a trois types de sondages politiques : les sondages courants, organisés dans les domaines les plus divers et destinés à mieux connaître le sentiment de l'opinion sur un sujet donné à un moment donné, par exemple l'abolition de la peine de mort. Ils permettent de connaître les aspirations des citoyens. Les sondages organisés aux soirs de scrutin

(11) Les sondages réalisés pour le premier tour des élections municipales françaises du 11 mars 2001 ont donné de mauvaises prévisions sur certains points. V. également F. Gazier, R. Abraham, La Commission des sondages face à l'élection présidentielle et aux élections municipales de 1995, Pouvoirs 1995, p. 139.

(12) J.-C. Masclat, Le droit des élections politiques, Que sais-je ? PUF, 1992 ; Les sondages en question, interview de P. Giacometti, directeur des études politiques de l'institut de sondages B.V.A., La vie judiciaire, 3 au 9 juillet 1995, p. 4 ; F. Carlier, Démocratie et sondages d'opinion, La Documentation Française, Problèmes politiques et sociaux, n° 666, 1^{er} nov. 1991.

(13) O. Duhamel, Y. Mény (dir.) Dictionnaire constitutionnel PUF 1992 V° Sondage.

(14) Le 2 mars 2001 : Le Parisien avait fait paraître un sondage portant sur les candidats B. Delanoë et Ph. Séguin où le premier était crédité de 56 % des intentions de vote consécutivement au débat télévisé sur Canal + du 28 février. Ce débat avait été controversé. Immédiatement après un débat, un sondage est réalisé, pour « mesurer » les résultats, les conséquences dans l'opinion. Ces questions relèvent également de la compétence du CSA.

(15) La prise en compte des sondages dans les comptes de campagne a donné lieu à une jurisprudence nuancée du Conseil constitutionnel. Cons. const. 31 juill. 1991 déc. n° 91-1141, 1142, 1143, 1144, A.N. Paris 13^e circons. Rec. p. 114, D.1992, Jur. 105, n. Y.-M. Doublet ; Cons. const. 24 nov. 1993, déc. n° 93-1374-1494, A.N. Finistère, 2^e circ. et déc. n° 93-1327-1360, A.N. Yvelines, 5^e circ.). Un sondage commandé par un parti soutenant un candidat ne saurait être imputé à son adversaire même si celui-ci a tiré publiquement argument de ce sondage (Cons. const. déc. n° 93-1326-1490, 2 déc. 1993, A.N. Bouches-du-Rhône, 10^e circ.). Le Conseil constitutionnel ne prend en compte le coût de leur réalisation que si les résultats ont été exploités à des fins de propagande ou s'ils ont servi à l'orientation de la campagne électorale d'un candidat (T.X. Girardot, F. Raynaud, Le contentieux des élections municipales, AJDA, 20 oct. 1997, p. 746 ; Y.-M. Doublet, V. Marmorat, Droit constitutionnel électoral : Le contentieux du financement des élections législatives, Rev.fr.dr.constit. 18,1994, p. 379). Il a par ailleurs été jugé qu'une enquête qui n'a pas le caractère d'une enquête d'opinion, n'a pas fait l'objet par le requérant d'une exploitation aux fins de propagande électorale et n'a pas servi à l'orientation de sa campagne au détriment des autres candidats ne doit pas être inscrite dans le compte de campagne (C.E. Sect. 19 nov. 1999, Carbonell, JCP.G.2000.IV.1069) ; v. par ailleurs CE 31 janv. 1997, Delmas, Gaz. Pal.1997.Pan.adm. p. 139.

(16) G. Djaguidi, Le rôle des sondages et des partis politiques dans la désignation des candidats à l'élection présidentielle, R.D.Publ., 1995, p. 1203.

(17) J.-Y. Vincent, J.-Cl. Collectivités territoriales, Élections locales, Modes de scrutin. Électeurs. Candidats, 2000, n° 27 ; O. Duhamel, Y. Mény Dictionnaire constitutionnel, PUF, 1992 V° Sondage ; G. Michelat et M. Simon, Les « sans réponse » aux questions politiques, Pouvoirs, 1985, n° 33, Les sondages, p. 41.

pour en donner par anticipation le résultat. Enfin, les sondages tendant à fournir, avant l'élection et sous forme de statistiques, des indications sur les « intentions de vote » ou motivations assimilables des électeurs (18). Ce sont ces derniers qui peuvent exercer une influence sur le choix des citoyens (19).

La multiplication des sondages n'est pas sans susciter des inquiétudes (20). Au delà de la question de leur qualité et de leur objectivité (21), se pose celle de l'influence potentielle des sondages (22), même de ceux qui seraient qualitativement exacts sur l'opinion (23). L'impact des sondages politiques existe également dans des domaines tels que les marchés boursiers. Les sondages sont un instrument d'anticipation, et la question s'est posée de la licéité des opérations boursières accomplies sur le fondement de sondages électoraux (24). Les partisans de la liberté des sondages font valoir que ceux-ci constituent un élément d'information parmi d'autres et que leur influence se cumule avec les effets des déclarations des candidats, des débats, des affiches, des tracts ; que les électeurs ne se déterminent jamais dans l'abstrait, mais par adhésion ou réaction à ce qu'ils perçoivent comme étant les tendances du corps électoral, et qu'il vaut mieux connaître ces tendances de la manière la moins subjective (25). Enfin, ces effets ont été étudiés par des spécialistes, notamment Paul Lazarfeld et Jean Stoetzel. D'après leurs conclusions, l'effet le plus important des sondages est celui de la confirmation des intentions de vote préexistantes, l'effet de conversion, qui recouvre les phénomènes d'imitation et de rétractation, ne vient que très loin ensuite (26). La publication des sondages d'opinion est un droit pour les électeurs qui leur permet d'obtenir une information qui n'est pas destinée à les persuader de voter d'une certaine manière. Mais il s'agit aussi d'un devoir pour la presse qui a pour mission de fournir au public toutes les informations dont elle dispose et d'éclairer la réflexion des citoyens. La liberté de la presse constitue un élément important du débat sur les sondages (27). Néanmoins, les partisans d'une interdiction limitée de la diffusion des sondages soutiennent que les sondages occupent une place croissante dans le débat électoral, et qu'il convient de se demander s'ils ne doivent pas être soumis à une certaine réglementation, au même titre que l'affichage ou le temps de parole à la télévision. Les techniques de

(18) Prop. de loi tendant à interdire la publication et la diffusion de certains sondages d'opinion en période électorale, prés. par MM. Dailly et Pams, J.O. Sénat, 1972-1973, 1^{re} session, n° 83.

(19) V. également P. Bourdieu, Remarques à propos de la valeur scientifique et des effets politiques des enquêtes d'opinion, Pouvoirs, 1985, n° 33, p. 131.

(20) R. Barillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le Pourhiet, Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, V° Sondage, 4^e éd. Cujas 1986 ; P. Bourdieu, Remarques à propos de la valeur scientifique et des effets politiques des enquêtes d'opinion, Pouvoirs 1985, n° 33, Les sondages, p. 131.

(21) On peut craindre, en effet, les « manipulations » de l'opinion qui pourraient résulter des sondages faits « sur mesures » à partir notamment d'échantillons non significatifs ou de questions orientées (R. Barillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le Pourhiet, Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, V° Sondage, 4^e éd., Cujas, 1986).

(22) Il a été affirmé qu'ils peuvent porter atteinte au libre exercice de la démocratie (P. Viansson-Ponté, Le Monde, 6 mai 1977 ; J. Fauvet, Le Monde, 21 déc. 1972).

(23) R. Barillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le Pourhiet, Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, V° Sondage, 4^e éd. Cujas 1986.

(24) H. Hovasse, Sondages électoraux et marchés boursiers, Éditions techniques, Droit des sociétés, 1993 p. 1.

(25) R. Barillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le Pourhiet, Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, V° Sondage, 4^e éd. Cujas 1986.

(26) A. Lazareff, Le droit des sondages politiques, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 21. Selon Alain Lancelot, ils touchent peu le grand public des indécis qui s'intéressent faiblement à l'actualité et sont surtout commentés par la fraction la plus motivée de la population, celle qui a le moins de chances de changer d'avis.

(27) A. Lazareff, Le droit des sondages politiques, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 23.

présentation d'échantillonnages de résultats n'apportent aucune perturbation dans la vie politique. Par contre, la publication de sondages d'opinion, dans la mesure où elle révèle, ou croit révéler, l'état d'esprit d'un échantillonnage de population à un moment déterminé, peut entraîner les effets d'imitation et de rétractation (28). Par ailleurs le risque de désaffection des électeurs existe, les sondages se substituant dans l'opinion publique à l'élection en raison de l'apparence scientifique des résultats publiés, discréditant ainsi les mécanismes fondamentaux de la démocratie (29). Or ils ne peuvent remplacer l'élection elle-même. En effet, lorsque les courants d'opinion en présence sont très proches l'un de l'autre, la marge d'incertitude inhérente à leur technique ne permet pas de donner une solution. La question du respect du pluralisme politique dans la réalisation des sondages se pose également (30). En période électorale, les utilisateurs ont tendance à déformer les résultats ou à les présenter d'une façon qui leur soit favorable, ce qui relève davantage de la propagande que de l'information. Les sondages sont un instrument de politique, mais la politique des sondages ne doit pas conduire à l'instauration d'une démocratie basée sur les sondages, à une "sondocratie" (31). Néanmoins, les sondages sont devenus une institution de la vie politique française et il ne serait pas envisageable de les supprimer. Surtout, leur suppression constituerait une atteinte aux libertés publiques (32), et notamment à la liberté d'expression (33).

Dans le but de remédier à ces dangers, en 1972, une proposition de loi fut adoptée à l'unanimité par le Sénat (34). Elle tendait seulement à interdire la publication et la diffusion de certains sondages d'opinion, mais ce pendant toute la période de la campagne électorale (35). Cependant, elle ne fut pas votée par l'Assemblée nationale. La question de la réglementation des sondages se posa de nouveau à l'occasion des élections présidentielles de 1974. Le 17 mai 1974, le Président de la République par intérim, Alain Poher, demanda qu'un sondage ne soit pas publié la veille du second tour de scrutin présidentiel, ce qui fut respecté. Le Conseil constitutionnel, dans la déclaration dont il assortit, pour la première

(28) M. Marcihacy, Débats Sénat, J.O. Sénat séance du 19 déc. 1972, p. 3246; Rapport fait au nom de la Commission des lois par M. Marcihacy, J.O. Sénat, 1972-1973, 1re session, n° 150 p. 2; Rapport par M. Lauriol, n° 2995, J.O. Ass.Nat. 2^e sess. 1976-1977, p. 5 s.

(29) R. Barillon, J.-M. Bérard, M.-H. Bérard, G. Dupuis, A. Grangé Cabane, A.-M. Le bos-Le pourhiet, Y. Mény, Dictionnaire de la Constitution, V^e Sondage, 4^e éd. Cujas 1986.

(30) Le problème du respect du pluralisme politique se pose à travers la formulation des questions, par exemple si dans le questionnaire seules quelques personnes politiques sont présentées, cela ne permet pas un vrai choix. Il se pose aussi dans le choix des méthodes de redressement et enfin dans les commentaires. La publication des sondages a un effet sur l'opinion électorale et selon les partisans de cette opinion, il n'est pas certain que ces moyens d'information soient nécessaires, voire utiles. Ils risquent de faire disparaître « la notion individuelle d'expression de la volonté dans le suffrage universel » (M. Marcihacy, Débats Sénat, J.O. Sénat séance du 19 déc. 1972, p. 3246).

(31) B. Rideau, Présidentialisme et sondocratie : le modèle Giscard, Pouvoirs 1985, n° 33, p. 79; J. Jaffré, Réflexions sur la sondocratie, ibid. p. 15.

(32) Rapport fait au nom de la Commission des lois par M. Marcihacy, J.O. Sénat, 1972-1973, 1re session, n° 150.

(33) Cons. const. déc. n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, Liberté de communication, Rec.Jur.Constit., 1959-1993 réunies par L. Favoreu, Litec, 1994, p. 283; Cons. const. déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, Entreprises de presse, AJDA, 20 déc. 1984, p. 684, n. J.-J. Bienvenu; J.-C. Masclet, La loi sur les entreprises de presse, AJDA, 20 déc. 1984, p. 644.

(34) J.O. Débats Sénat, Séance du 19 déc. 1972, p. 3248.

(35) Prop. de loi tendant à interdire la publication et la diffusion de certains sondages d'opinion en période électorale, prés. par MM. Dailly et Parns, J.O. Sénat, 1972-1973, 1re session, n° 83; Rapport fait au nom de la Commission des lois par M. Marcihacy, J.O. Sénat, 1972-1973, 1re session, n° 150; J.O. Débats Sénat, Séance du 19 déc. 1972, p. 3246; Prop. de loi adoptée par le Sénat, tendant à interdire la publication et la diffusion de certains sondages d'opinion en période électorale, J.O. Ass. Nat., 1972-1973, 2^e sess., n° 267.

fois, la proclamation des résultats de ce même scrutin, souligna le problème qu'avait posé la place considérable des sondages dans les commentaires consacrés à la campagne de l'élection présidentielle par la presse, par la radiodiffusion et par la télévision ainsi que dans les préoccupations des citoyens. Il préconisait une réflexion approfondie sur les conditions dans lesquelles ces sondages sont réalisés et dans lesquelles leurs résultats sont rendus publics, destinée à aboutir à l'élaboration d'un code de déontologie de nature à éviter que le choix des citoyens ne soit influencé par une appréciation erronée des chances respectives des candidats, et à l'établissement d'un véritable statut de la pratique des sondages d'opinion en période électorale. Dans son rapport au Président de la République de la même année, la Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle parvint aux mêmes conclusions et signala que ce phénomène était de nature à altérer, dans un sens contraire à l'égalité, le déroulement de la campagne électorale au détriment de certains candidats (36). De nouvelles propositions de loi furent déposées. Initialement, elles ne visaient qu'à interdire la publication et la diffusion des sondages pendant la campagne électorale (37). Puis la volonté d'assurer l'objectivité des sondages conduisit à envisager une réglementation de la publication des sondages en plus de l'interdiction (38). Il apparut qu'une interdiction de longue durée des sondages serait néfaste et inefficace, et pour protéger les citoyens contre les abus et les manipulations qui pourraient porter atteinte à sa liberté de choix, il fut proposé la création d'une Commission nationale des sondages, destinée à moraliser les sondages par la coopération entre les pouvoirs publics, les organismes de sondages et les moyens de diffusion écrite et audio-visuelle (39). Elle serait chargée d'élaborer un code de déontologie et de veiller au respect des principes légaux et du code de déontologie. Etaient prévues des peines d'amende et la sanction morale de l'opinion publique, saisie et informée des conclusions de la Commission nationale des sondages. En effet, s'agissant d'informations diffusées par voie de presse, les sanctions pénales ne sont pas nécessairement les mieux adaptées et ne sont pas suffisamment dissuasives (40).

Le débat s'organisa ensuite autour de la question du respect des libertés. La réglementation était accusée de porter atteinte à la liberté d'information. Ce à quoi il fut réfuté que la question ne se posait pas en ces termes. Lorsque les sondages d'opinion deviennent des outils de campagne électorale, et non plus des moyens de connaissance du public ils perturbent les règles de la vie politique. Ensuite, l'argument selon lequel la publication des sondages ne produit pas un effet différent de celui des autres informations est inexact. Des études ont montré que l'influence est réelle, et qu'elle a pour conséquence soit un phénomène d'imitation, les électeurs ayant tendance à adhérer à l'opinion annoncée par les sondages; soit un phénomène de réaction contre une évolution annoncée par les sondages. La diffusion d'un sondage, même sérieux et exact, influence un mouvement d'opinion. Un troisième argument était l'inefficacité de la réglementation parce qu'elle n'empêcherait pas que

(36) Rapport fait au nom de la Commission des lois par M. Lauriol, n° 2995, J.O. Ass.Nat. 2^e session 1976-1977, p. 3.

(37) Prop. de loi tendant à compléter le Code électoral afin d'interdire la publication et la diffusion des sondages d'opinion pendant le mois qui précède les élections des députés, des conseillers généraux et des conseillers municipaux, prés. par M. Rolland, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2^e sess., n° 2790.

(38) Prop. de loi tendant à réglementer la publication des sondages d'opinion en période électorale, prés. par M. Lauriol, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2^e sess., n° 2791; Prop. de loi tendant à réglementer les sondages d'opinion prés. par M. Soustelle, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2^e sess., n° 2854.

(39) Prop. de loi relative à la déontologie des sondages d'opinion à caractère politique, J.O. Ass.Nat., 1976-1977, 2^e sess. n° 2896.

(40) Rapport fait au nom de la Commission des lois, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2^e sess. n° 2995, p. 14.

les résultats soient publiés dans un journal d'un pays étranger limitrophe (41). Le problème des sondages est qu'ils peuvent porter atteinte à la liberté de choix des électeurs, mais, parce qu'ils sont véhiculés au moyen de la presse, toute limitation des sondages peut être considérée comme une atteinte à la liberté d'expression. S'il est vrai que « le sondage a la souplesse d'une information, il n'a évidemment pas la force du vote » (42). Néanmoins, laisser les organismes de sondages élaborer eux-mêmes une réglementation n'était pas réaliste en raison du nombre important d'instituts de sondages, d'autant plus que pour la plupart d'entre eux, l'existence est éphémère. C'est pourquoi l'intervention du législateur était nécessaire.

C'est ainsi que fut adoptée la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 « relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion », qui fut suivie de deux décrets, respectivement le décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 « pris pour l'application de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion » et le décret n° 80-351 du 16 mai 1980 « pris pour l'application de l'article 5 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion ». Il était prévu d'insérer un article préliminaire faisant état de l'objet de la loi. L'article premier de la proposition de loi était ainsi rédigé « les sondages d'opinion à caractère politique concourent à l'information de la population dans un État démocratique. La présente loi a pour objet de garantir les citoyens contre les abus, pratiques ou manipulations réalisés par des opérations de sondages et qui risqueraient de porter atteinte à leur liberté de choix » (43). Le projet fut finalement abandonné, toutefois les principes directeurs demeurent inscrits dans la loi. Les objectifs principaux sont d'une part de réglementer la réalisation et la publication de sondages pendant la période qui précède les élections (44), d'autre part d'assurer la qualité et l'objectivité des sondages. Il a été choisi d'élaborer une sorte de déontologie des sondages destinée à assortir leur confection et leur publication d'un certain nombre de garanties indispensables. Cette mission incombe à une institution créée à cet effet, la Commission des sondages.

La définition des sondages visés par cette loi résulte de l'article 1er de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977. Il s'agit de « tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec un référendum, une élection présidentielle ou l'une des élections réglementées par le code électoral ainsi qu'avec l'élection des représentants [au Parlement européen] » (45). Il résulte du second alinéa de l'article 1er de la loi de 1977 que, pour l'application de la présente loi, sont assimilés à des sondages d'opinion les opérations de simulation de vote réalisées à partir de sondages d'opinion (46). Seules sont visées la publication et la diffusion de ces sondages. La

(41) Rapport fait au nom de la Commission des lois, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2^e sess. n° 2995, p. 14.

(42) O. Duhamel, Y. Mény (dir.), Dictionnaire Constitutionnel, PUF, 1992, V° Sondage. L'abolition de la peine de mort fut adoptée malgré une opinion qui se manifestait dans les sondages qui y était farouchement attachée.

(43) Prop. de loi relative à la déontologie des sondages d'opinion à caractère politique, J.O. Ass.Nat., 1976-1977, 2^e sess. n° 2896 p. 7.

(44) V. par ex. la prop. de loi tendant à interdire la publication et la diffusion de certains sondages d'opinion en période électorale, J.O. Ass.Nat. 1972-1973, 2^e sess., doc. n° 267

(45) Le texte initial visait l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes, mais la loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 (J.O., 16 janvier 1990) est venue préciser dans son article 17 que « dans tous les textes législatifs et réglementaires, la référence à « l'Assemblée des communautés européennes » est remplacée par la référence au Parlement européen. »

(46) L'interdiction de faire des sondages une semaine avant les élections ne s'applique pas, selon l'Article 11 de la loi de 1977, aux opérations qui ont pour objet de donner une connaissance immédiate des résultats de chaque tour de scrutin après la fermeture du dernier bureau de vote. Les deux dispositions se ressemblent : dans les deux cas ce sont des sondages relatifs aux résultats du vote.

loi a vocation à couvrir l'ensemble des situations qui peuvent se présenter dans ce domaine où les évolutions peuvent être rapides. Les sondages visés sont ceux qui portent sur l'opinion, c'est-à-dire qui sont destinés à recueillir l'ensemble des idées partagées par un groupe social sur des problèmes politiques (47). Cet article définit un large champ d'application des dispositions légales puisque le rapport avec l'élection ou le référendum peut être direct ou indirect. La loi vise d'une part les élections concernant la désignation par le peuple de ses représentants. Il s'agit tout d'abord de l'élection du Président de la République, qui est une élection au suffrage universel direct (48), et qui résulte du concept de souveraineté du peuple. Ensuite, la référence faite à « l'une des élections réglementées par le Code électoral » (49) vise les élections des députés, les élections des conseillers généraux, les élections des conseillers municipaux des départements et les élections des sénateurs des départements. L'article 14 de la loi du 19 juillet 1977 ajouté par la loi n° 99-210 du 19 mars 1999 à la loi précise dans son premier alinéa que « La présente loi est applicable dans les territoires d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie et dans la collectivité territoriale de Mayotte aux élections mentionnées à l'article 1er, ainsi qu'à celle des membres du congrès et des assemblées de province en Nouvelle-Calédonie, des conseillers territoriaux en Polynésie française, des membres de l'assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna, des membres du conseil général de Mayotte et à celle des conseillers municipaux dans ces territoires et cette collectivité ». Est également visée l'élection des représentants au Parlement européen. La loi vise d'autre part le référendum (50). Là encore, l'ensemble du corps électoral s'exprime sur une question intéressant l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord de Communauté ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions (51). Dans les deux cas, l'acteur c'est le peuple et l'enjeu de la consultation est essentiel pour la vie de la Nation. Parce que l'acteur, c'est le peuple, l'on comprend l'utilité des sondages qui ont pour objet de révéler l'état de l'opinion de l'ensemble d'une population grâce à une enquête menée auprès d'une partie représentative de celle-ci. Parce que l'objet de la consultation est essentiel pour l'avenir de la Nation, les conséquences d'un sondage peuvent être graves et il est nécessaire de les réglementer.

Les organismes visés par la loi de 1977 sont les organismes de presse écrite, mais également des services de communication radio ou audiovisuelle, dont les informations sont diffusés par voie hertzienne ou par satellite. Au sens de la loi de 1977 la notion de presse recouvre toute modalité de diffusion de l'information. On entend par communication audiovisuelle « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère

(47) C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, Lexique de politique, Dalloz, 2001, V° Opinion sens 1 ; Petit Robert, sens 1.

(48) Art. 61 Const. 4 oct. 1958. Grâce au suffrage direct, l'électeur désigne lui-même ses représentants.

(49) art. 1 L. 19 juillet 1977.

(50) Le référendum est le vote de l'ensemble des citoyens pour approuver ou rejeter une mesure proposée par les pouvoirs publics (référendum de décision) ou pour exprimer leur avis sur celle-ci (référendum de consultation) (C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, Lexique de politique, Dalloz, 2001, V° Référendum sens 1). V. également : Référendum, élections législatives, article collectif, RFDA, nov.-déc. 1988 p. 887. Ne font pas partie des référendums les référendums communaux.

(51) Art. 11 al.1 Const. 4 oct. 1958. Les questions posées étaient très importantes, et que les conséquences du résultat du scrutin pouvaient être graves. Le référendum est notamment utilisé pour les révisions constitutionnelles.

d'une correspondance privée» (52). L'impact des sondages est accru par leur diffusion plus importante par la voie de moyens diversifiés (53). Le droit de la communication audiovisuelle ne se limite pas à celle s'opérant par la radio et la télévision, mais comprend également les nouvelles technologies de l'information et des communications, dont fait partie le Minitel (54), mais surtout Internet (55). Les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 ne sont pas des obstacles à des enquêtes d'opinion au moyen des services télématiques puisqu'il ne s'agit pas de publier et de diffuser les résultats de réponses des utilisateurs des services télématiques (56). C'est dire le rôle, et peut être le danger que représentent les sondages publiés. Certains auteurs considèrent que les instituts de sondage et la presse produisent l'opinion publique (57). C'est un domaine où le CSA et la Commission des sondages travaillent en étroite collaboration (58).

La volonté du législateur était de donner à la notion de sondage publié ou diffusé la portée la plus large possible. C'est pourquoi il a choisi ces termes complémentaires qui sont susceptibles de deux acceptions, toutes deux retenues. Dans une première acception, « relève de la publication tout ce qui donne lieu à écrit, la diffusion désignant les moyens modernes de rendre publique une information que sont notamment la radio et la télévision ». La diffusion vise l'émission et la transmission d'informations, la communication par voie d'ondes sonores telles que les ondes hertziennes. Dans une seconde conception, « la publication désigne la première publicité donnée à une information par voie écrite ou orale, la diffusion consistant à divulguer cette information par tous moyens, et notamment par sa reproduction » (59). Ce terme vise également la transmission de l'information par Internet. A contrario, en l'absence de publication ou de diffusion, la loi du 19 juillet 1977 ne s'applique pas. Ainsi, sont exclus du champ d'application de la loi les sondages confidentiels, du moins tant qu'ils le demeurent (60). Sont également réglementées les opérations de réalisation de ces sondages (61). L'article 1er du décret du 16 mai 1980 vise en effet les opérations concourant « à la réalisation, à la publication et à la diffusion de sondages d'opinion » tels que définis à l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977. Les organismes de sondage sont soumis à un certain nombre d'obligations. La publication et la diffusion doivent être accompagnées d'informations relatives à la réalisation du sondage, et ce sous la

(52) L. n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 2, al.2 JCP.G.1986.III.59250.

(53) L. Cadoux, Informatique et libertés en 1997, vers où allons-nous ? Éléments de prospective, Gaz. Pal. 17 avr. 1997, doctr., p. 642. A propos du minitel, cf. J. Frayssinet, Minitel et action politique : un média performant mais ignoré, JCP.1995.G.I.3820.

(54) J. Frayssinet, Minitel et action politique : un média performant mais ignoré, JCP.1995.G.I.3820.

(55) Y. Bréban, Internet et la publication de sondages d'opinions en période électorale : vers un droit des hyperliens, Gaz. Pal. 1999, 1er sem. doctr., p. 469.

(56) J. Frayssinet, Minitel et action politique : un média performant mais ignoré, JCP.1995.G.I.3820.

(57) P. Champagne « Faire l'opinion », in Problèmes politiques et sociaux, in Démocratie et sondages d'opinion, éd. la Documentation française ; E. Mauboussin, L'honnêteté de l'information en demeure, L'Égipresse 1999, n° 160, II, p. 16.

(58) Voir par ex. recommandation du CSA du 9 mars 1999, décision du 11 mai 1999.

(59) Rapport fait au nom de la Commission des lois, J.O. Ass.Nat. 1976-1977, 2° sess. n° 2995, p. 16.

(60) Aujourd'hui, selon Jean-Marc Lech « Les sondages secrets ont pris d'autant plus d'importance que les contenus politiques se sont affaiblis » (J.-M. Lech, Le Point, 19 oct. 2001, p. 48) ; v. également du même auteur : Sondages privés, Stock, 2001.

(61) La loi du 19 juillet 1977 ne vise dans son article 1er que les opérations de publication ou de diffusion des sondages, mais sont également réglementées, plus loin dans le texte, les opérations de réalisation de sondages destinés à être publiés ou diffusés. Les obligations prévues par le décret du 16 mai 1980 visant à assurer la qualité et l'objectivité des sondages et pèsent également sur les organismes ayant réalisé le sondage.

responsabilité de l'organisme qui a réalisé le sondage (62). De plus, à l'occasion de cette publication, cet organisme doit procéder au dépôt de la notice (63). D'autre part, nul ne peut réaliser des sondages destinés à être publiés ou diffusés s'il ne s'est engagé par déclaration préalable auprès de la Commission des sondages à appliquer les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 (64). Ainsi, tous les événements de la vie d'un sondage politique - réalisation, exploitation, vente et publication - sont encadrés par la loi de 1977.

Le rôle des sondages dans la société est tel qu'il a été nécessaire, afin de veiller au respect de la qualité et de l'objectivité des sondages de créer une Commission destinée à contrôler les organismes qui ont pour mission de les réaliser, de les publier ou de les diffuser. Il s'agit de la Commission des sondages. Elle fut instituée par l'article 5 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977. La Commission des sondages était sans équivalent à l'étranger lors de sa création (65). Elle est composée de neuf membres, trois membres du Conseil d'État, trois membres de la Cour de cassation, et trois membres de la Cour des comptes désignés par décret en Conseil des ministres (66). Un secrétaire général est désigné par arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice sur proposition du Président de la Commission (67). C'est au secrétariat que sont adressées les demandes visant à saisir la Commission (68). La Commission est permanente. Le législateur lui a confié deux missions principales. La première est d'assurer l'objectivité et la qualité des sondages publiés ou diffusés (69). A cette fin, elle est chargée « d'étudier et de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages publiés ou diffusés tels que définis à l'article 1er [de la loi du 19 juillet 1977] » (70). Elle est également « habilitée à définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des mêmes sondages et, notamment, celles ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour » (71). Enfin, elle s'assure que les personnes ou organismes réalisant de tels sondages « ne procèdent pas par actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre la même activité par d'autres personnes ou organismes » (72). La seconde mission qui lui a été confiée est d'assurer le respect de l'interdiction de publication des sondages pendant la semaine

(62) Art. 2 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977. La notice doit contenir le nom de l'organisme ayant réalisé le sondage, le nom et la qualité de l'acheteur du sondage, le nombre des personnes interrogées, la ou les dates auxquelles il a été procédé aux interrogations. La publication et la diffusion de tout sondage d'opinion doit être accompagnée de ces indications, sous la responsabilité de l'organisme qui l'a réalisé.

(63) Art. 3, al.1 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(64) Art. 7 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(65) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105.

(66) art. 6 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 et art. 1 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 ; Le président est toujours un président de section ou conseiller d'État. La Commission peut désigner des rapporteurs qui peuvent être des fonctionnaires de l'État, des magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou des personnalités particulièrement qualifiées en matière de sondages d'opinion ou de presse écrite, parlée ou télévisée (art. 3 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978).

(67) Art. 7 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(68) Art. 10 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(69) Art. 5 al.1 L. n° 77-808 du 19 juill. 1977 et art. 1 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(70) Art. 5 al.1 L. n° 77-808 du 19 juill. 1977.

(71) Art. 5 al.3 L. n° 77-808 du 19 juill. 1977.

(72) Art. 5 al.4 L. n° 77-808 du 19 juill. 1977.

qui précède chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci (73), interdiction qui a donné lieu à de vives critiques et à un important contentieux. Elle est de nature administrative.

La Commission des sondages contrôle les publications et la diffusion des sondages et leur commentaires, mais aussi la réalisation des sondages destinés à être publiés ou diffusés. Ce contrôle porte non seulement sur l'enquête mais également sur le traitement de l'information (74). Elle a pour mission d'élaborer des règles de déontologie afin de garantir la qualité et l'objectivité des sondages (75). Se pose la question des moyens pour élaborer ces règles, c'est-à-dire de l'existence d'un pouvoir normatif. La réponse à cette question requiert de définir les termes de la proposition avant d'envisager comment le problème se pose. En premier lieu, il faut envisager ce qu'est une norme, puis quel est son mode de production. Les caractères permettant de définir une règle de droit sont très controversés, mais il semble y avoir un consensus sur certains éléments en l'absence desquels il n'y a plus de norme (76). Deux acceptions de la notion de norme sont possibles : l'une générale, qui englobe d'autres notions, l'autre, stricte, qui est la plus communément admise. Entre les deux il y a une zone de flou au sein de laquelle certains des actes émis par la Commission des sondages sont susceptibles de se situer. Selon la définition générale, les normes juridiques ou règle de droit correspondent toujours à des prescriptions destinées à ordonner des relations sociales en imposant des comportements déterminés dont le respect est assuré par l'autorité publique (77). Néanmoins, pour le doyen Jean Carbonnier, il s'agit d'une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense (78). Selon le Vocabulaire juridique, l'expression règle de droit désigne « toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, règle spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) (sic) » (79). Elle a un caractère général et abstrait ; elle est permanente (80). Elle doit être produite par certaines sources

(73) Art. 11 L. n° 77-808 du 19 juill. 1977.

(74) L'expression de traitement de l'information vise les questions posées, la façon dont l'enquête est menée, l'exploitation des réponses, la communication des résultats et leur publication.

(75) Les critères de qualité d'un institut de sondage sont pour l'essentiel régis par le décret n° 80-351 du 16 mai 1980. La qualité d'un institut de sondage se mesure d'abord à son réseau d'enquêteurs et aux contrôles du travail effectué. Aujourd'hui le téléphone permet la sélection d'excellents échantillons mais interdit la passation de questionnaires trop longs ou trop difficiles. Outre la mise au point de l'échantillon, la qualité d'un sondage dépend aussi d'un second facteur moins aisé à maîtriser : la pertinence des questions posées. De surcroît, le sondage ne peut être isolé de la société dans laquelle il est mené. Il convient autant que possible de mesurer le degré d'intensité des réponses obtenues. Des questions de croisement sont utiles pour vérifier si les réponses données sont des choix refuges ou le sont avec une détermination farouche. (O. Duhamel, Y. Mény (dir.) Dictionnaire constitutionnel PUF 1992 V° Sondage). D'autre part, la Commission des sondages veille au respect de l'anonymat des personnes interrogées dans la réalisation des sondages.

(76) H.L. et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1re leçon.

(77) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 30 s, du même auteur, Méthodologie juridique, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 53 ; H.L. et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1re leçon ; X. Labbé, Les critères de la norme juridique, P.U. Lille, 1994, p. 11 s ; F. Gény, Science et technique en droit privé positif, T.I, Sirey, Paris, 1914, p. 47 s ; P. Roubier, Théorie générale du droit, 1951, p. 25.

(78) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26° édition refondue, 1999, n° 4.

(79) G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, Ass. Henri Capitant, PUF, 2000, V° Règle, sens 1

(80) H.L. et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1re leçon

déterminées et habilitées à cette fin (81) selon une technique spécifique. Elle est assortie d'un commandement (82) et d'une sanction, encore que ce dernier critère puisse être discuté.

Le débat sur les éléments de la norme est à l'origine de la distinction que l'on peut opérer entre les différents types de règles produites par la Commission des sondages. Les unes remplissent la totalité des conditions requises, tandis que les autres sont dépourvues de certain caractères. Pour autant peut-on leur dénier la qualification de norme ? La Commission des sondages est chargée de veiller au respect de la déontologie et des règles essentielles assurant la fiabilité des sondages (83). Les travaux préparatoires ont montré qu'initialement il était prévu de lui conférer un pouvoir normatif pour assurer la qualité et l'objectivité des sondages (84). Mais la délégation du pouvoir réglementaire n'a pas été retenue par le législateur. Il a paru difficilement acceptable qu'elle ait en elle-même, pouvoir d'édicter des règles, même si ces dernières relèvent d'une grande technicité. Le législateur a manifesté sa volonté de subordonner ce pouvoir à l'homologation du pouvoir réglementaire (85). La loi du 19 juillet 1977 confie à la Commission des sondages deux principales missions : édicter des règles visant à assurer la déontologie de la réalisation et publication des sondages, au moyen de la définition de clauses obligatoires et d'un pouvoir de proposition ; d'autre part, contrôler le respect de la loi du 19 juillet 1977 par les organismes de presse et les instituts de sondages. La Commission des sondages s'est vu attribuer par la loi, toujours à cette fin, compétence pour énoncer des règles de manière générale et abstraite, dans le domaine particulier des sondages politiques et de sanctionner le non-respect de ces prescriptions. Ses interventions intéressent la liberté de la presse et de la communication audiovisuelle (86). Pour ce faire, le législateur lui a accordé un pouvoir normatif mais dont le domaine est limité (I), et lui permet d'exercer une influence normative plus vaste (II).

I - POUVOIR NORMATIF DE LA COMMISSION DES SONDES

Une norme, pour exister, doit réunir deux éléments : un élément formel en vertu duquel l'acte est une norme parce qu'il émane d'une autorité qualifiée à cet effet, qui a compétence pour l'édicter ; et un élément matériel d'après lequel l'acte est une norme parce qu'il remplit les critères de fond, relatifs à l'objet de l'acte (87). Ces deux composantes essentielles et indissolublement liées que sont le fond et la forme commandent l'ordre de l'étude de la reconnaissance du pouvoir normatif de la Commission des sondages. Il faut préalablement rechercher si la Commission

(81) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 36

(82) Les sanctions sont prévues pour obtenir des assujettis le respect de la règle. Les sanctions s'appliquent si la règle est transgressée. Leur objet est de contraindre les personnes à se conformer à la règle ou à les punir pour l'avoir transgressée, ou d'effacer les conséquences de la transgression, ou encore de réparer le préjudice qui en est résulté. La mise en œuvre des sanctions du droit est réservée à la puissance publique, plus précisément au pouvoir exécutif, mais ne se confondent pas avec le caractère obligatoire de la règle de droit (H.L. et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1re leçon).

(83) C. Debbasch, Y. Daudet, J. Bourdon, J.-M. Pontier, J. Ricci, Lexique de politique, Dalloz, 2001 V° Sondage.

(84) Art. 5 al.1 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 et art. 1 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(85) Rapport au nom de la Commission des lois par M.-P. Marcihacy, J.O. Sénat, n° 453, 2° sess. 1976-1977 p. 6.

(86) O. Schrameck, X. Delcros, La Commission des sondages, un garant fragile de la démocratie, AJDA 1988, p. 386.

(87) J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ 1994, n° 244 ; P.-L. Lucas, La loi, D.1964, chron. p. 197.

dispose de l'ensemble des pouvoirs lui permettant d'édicter des normes, c'est-à-dire a-t-elle la compétence normative (A) et ensuite si les actes qu'elle prend sont des normes, c'est-à-dire a-t-elle une fonction normative (B) ?

A- Compétence normative de la Commission des sondages

La compétence normative est le fait de disposer de l'ensemble des pouvoirs permettant de formuler et de faire entrer en vigueur des normes. Pour établir l'existence d'une telle compétence, il faut préalablement définir l'attribution d'un tel pouvoir (1) puis son contenu (2).

1- Attribution de la compétence normative

L'attribution de la compétence normative se décompose en deux questions : d'une part ceux dont la Commission des sondages tire sa compétence avaient-ils pouvoir de la lui donner (a) ? D'autre part, la Commission des sondages a-t-elle qualité pour être attributaire d'une telle compétence (88) (b) ?

a) Fondement constitutionnel de l'attribution d'un pouvoir normatif à la Commission des sondages

L'attribution de compétences réglementaires doit rester compatible avec la prescription de la Constitution confiant le pouvoir réglementaire central au premier ministre et au président de la République (89). Certes cette délégation n'est et ne peut être que partielle, sinon il y aurait usurpation, abus de ce droit délégué ce ne serait plus une délégation mais un transfert de compétences que le gouvernement n'est pas habilité à faire car l'attribution du pouvoir normatif ne relève pas de son champ de compétences, mais de celui du pouvoir constituant. Le Conseil constitutionnel a admis la légalité de l'habilitation normative, mais ce pouvoir est reconnu sous condition (90). L'objet de l'habilitation est de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi (91). Or la Commission des sondages s'est vu reconnaître par la loi du 19 juillet 1977 le pouvoir de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages tels que définis à l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977, c'est à dire que ce pouvoir de proposition lui est reconnu pour mettre en œuvre la loi. Surtout le pouvoir de définir les clauses devant figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages portant sur les élections politiques lui est reconnu, dans l'alinéa 3 de l'article 5 de loi du 19 juillet 1977, pour assurer, ainsi que l'affirme l'alinéa 1er du même article, l'objectivité et la qualité des sondages (92). D'autre part ce pouvoir réglementaire spécial ne doit pas subordonner le pouvoir réglementaire propre du gouvernement (93). Ce qui n'est pas le cas du pouvoir reconnu à la

(88) P.-L. Lucas, La loi, D. 1964, chron. 32.

(89) Art. 21 et 13 Const. 4 oct. 1958.

(90) Cons. const. n° 86-217 DC, 18 sept. 1986 Rec. p. 141.

(91) Cons. const. n° 86-217 DC, 18 sept. 1986 Rec. p. 141 ; J.-C. Oderzo, Les autorités administratives indépendantes et la Constitution, Th. Aix, 2000, p. 254.

(92) Si besoin était, l'article 9 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 prévoit l'obligation de publier les mises au point de la Commission à l'encontre des organes d'information qui auraient publié ou diffusé un sondage portant sur les élections politiques « en violation des dispositions de la présente loi et des textes réglementaires applicables, ainsi que ceux qui effectuent cette publication en violation des dispositions de la présente loi ou des clauses obligatoires des contrats de vente ou en altérant la portée des résultats obtenus ».

(93) Cons. const. 18 sept. 1986 Rec. p. 141.

Commission des sondages, bien au contraire. En effet, les propositions qu'elle émet ne peuvent être appliquées si elles ne font pas l'objet d'un décret en Conseil d'État (94) après avoir été préalablement transmises au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice (95). Ensuite, ce pouvoir réglementaire spécial doit intervenir dans un domaine déterminé (96), ce qui est le cas puisque le domaine d'intervention de la Commission des sondages est défini par l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977. Il s'agit de « la publication et de la diffusion de tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec un référendum ou une élection, auxquelles sont assimilées les opérations de simulation de vote, réalisées à partir des sondages d'opinion ». Enfin, ce pouvoir ne doit pas être trop étendu en raison de sa portée (97), ni ne doit aller « au-delà de mesures de portée limitée tant pas leur champ d'application que par leur contenu » (98). Il a été décidé que, « s'il est loisible au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de confier à une autorité administrative indépendante des pouvoirs d'appréciation dans le cadre des conditions et précisions qu'il édicte, il lui appartient toutefois d'assortir l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (99). Le législateur peut transmettre la compétence normative mais elle doit être limitée.

Le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle des autorités administratives indépendantes dans sa décision du 18 septembre 1986, à propos du Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'a qualifié d'« organisme qui est, dans son principe, conforme à la conciliation à opérer entre la libre communication des pensées et des opinions et les objectifs de valeur constitutionnelle touchant notamment à la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socio-culturels » (100). Ce sont également les objectifs pour lesquels la Commission des sondages a été instituée. Le respect du pluralisme est souvent recherché par la Commission des sondages. L'habilitation législative confie un pouvoir réglementaire (101).

b) La Commission des sondages, en raison de sa nature d'autorité administrative indépendante peut être attributaire d'une telle compétence

Deux critères seront envisagés : le critère institutionnel (❶) et le critère statutaire (❷).

(94) Art. 5 al.2 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(95) Art. 10 déc. n° 78-79 du 25 janv. 1978.

(96) Cons. const. 18 sept. 1986 Rec. p. 141.

(97) Cons. const. 17 janv. 1989, Rec. p. 18.

(98) Cons. const. 28 juill. 1989, Rec. p. 71 ; Cons. const. 15 janv. 1992 D.92 p. 201 n. C. Debbasch.

(99) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ n° 86 bis ; Cons. const. 21 janv. 1994, n° 93-333 D.C., relative à la loi sur la liberté de communication ; d'où peut être la reconnaissance de certaines libertés, telles que les droits de la défense, devant la Commission des sondages, et la qualification de l'article 11 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 comme étant contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

(100) Déc. n° 86-217 DC, du 18 septembre 1986, Liberté de communication, RJC, déc. réunies par L. Favoreu, Litec, 1994, p. 283, 96° considérant.

(101) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 310.

① - Critère institutionnel

La notion d'autorité administrative indépendante n'est pas définie par le législateur mais par la doctrine (102). Elle se définit par la conjonction de trois critères (103). D'une part, elle doit avoir reçu le pouvoir de prendre des mesures ayant le caractère d'acte administratif unilatéral (104). Or la Commission des sondages a ce pouvoir puisqu'elle peut prendre des mises au point qui ont cette qualité, et que ses actes sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir (105). D'autre part, une autorité administrative indépendante est instituée au sein d'une personne publique existante, l'État, et n'est pas elle-même dotée d'une personnalité juridique propre. Par conséquent elle ne peut ester en justice (106). La Commission des sondages est placée auprès du Garde des sceaux, Ministre de la justice (107) et elle doit saisir le Garde des sceaux des actions en justice fondées sur l'article 12 de la loi du 19 juillet 1977. Le troisième critère est l'indépendance. Le législateur a octroyé à la Commission des sondages des garanties d'indépendance organique et fonctionnelle vis à vis des gouvernants en place (108). L'indépendance qui caractérise les autorités administratives indépendantes (109) tient au fait que « dans l'exercice du pouvoir de décision qui est le leur, elles sont soustraites entièrement au pouvoir hiérarchique, bien qu'inscrites au sein d'une personne publique et instituées dans le cadre d'action de personnes publiques existantes (110). Les autorités administratives indépendantes sont soustraites au pouvoir hiérarchique (111), notamment du premier ministre, du gouvernement ou des Ministres. La Commission des sondages est instituée auprès du Garde des sceaux, Ministre de la Justice. L'indépendance de fait est largement tributaire des moyens, financiers et personnels, dont elles disposent librement (112). Le budget de la Commission des sondages n'est pas pleinement autonome. Elle dispose de lignes dans le budget du Conseil d'État mais elle est libre du choix d'affectation des fonds.

(102) C. Debbasch, *Droit administratif, Économica*, 2001, p. 171 ; Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 287 ; les auteurs ne s'accordent pas toujours sur les institutions qui relèvent de cette catégorie.

(103) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP.1986.G.I.3254 ; P. Sabourin, *Les autorités administratives indépendantes Une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275 ; F. Gazier, Y. Cannac *Études sur les autorités administratives indépendantes*, Conseil d'État, *Études et documents*, 1983-1984, p. 13.

(104) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ, n° 82 ; F. Terré *Introduction générale au droit Précis Dalloz* 1999 n° 244.

(105) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ n° 82 ; P. Sabourin, *Les autorités administratives indépendantes Une catégorie nouvelle*, AJDA, 1983, p. 275, spéc. p. 282.

(106) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ n° 82.

(107) Art. 1, D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(108) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP.G.1986.I.3254.

(109) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP.G.1986.I.3254.

(110) F. Terré, *Introduction générale au droit Précis Dalloz* 1999 n° 244.

(111) C. Debbasch, *Droit administratif, Économica*, 2001, p. 172.

(112) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ n° 82.

La Commission des sondages est reconnue comme autorité administrative indépendante bien qu'elle ne soit pas qualifiée comme tel par la loi. Les auteurs s'accordent sur ce point (113).

② - Critères statutaires

Ces critères résultent de l'article 6 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977, mais surtout du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 qui définit la composition et le fonctionnement de la Commission des sondages dans son Titre 1er. Elle est composée de neuf membres, trois membres du Conseil d'État, trois membres de la Cour de cassation, et trois membres de la Cour des comptes désignés par décret en Conseil des ministres (114). Le Président est un membre du Conseil d'État (115). Un secrétaire général est désigné par arrêté du Garde des sceaux, ministre de la justice sur proposition du Président de la Commission (116). C'est au secrétariat que sont adressées les notices (117) et les demandes visant à saisir la Commission (118). Les membres sont nommés pour trois ans (119) par décret en conseil des ministres sur proposition respective du vice-président du Conseil d'État, du premier président de la Cour de cassation, du premier président de la Cour des comptes. « Chacun des membres peut se faire remplacer par un suppléant nommé dans les mêmes conditions », ce qui signifie que le suppléant appartient au même corps que le membre qu'il remplace. Il y a neuf suppléants. Des rapporteurs sont désignés par la Commission. Les personnes susceptibles d'être désignées comme tels sont les fonctionnaires de l'État, les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif, et les « personnalités particulièrement qualifiées en matière de sondages d'opinion ou de presse écrite, parlée ou télévisée ». Un régime d'incompatibilité est prévu, qui s'applique aux membres de la Commission comme aux rapporteurs (120). C'est très important pour leur indépendance réelle (121). Les causes de cessation des fonctions des membres de la Commission des sondages sont la démission volontaire et l'empêchement (122). Ils ne peuvent être révoqués par le Gouvernement. Lorsqu'un

(113) O. Schrameck, X. Delcros, *La Commission des sondages, un garant fragile de la démocratie*, AJDA 1988, p. 386 ; F. Gazier, Y. Cannac, *Les autorités administratives indépendantes, Études et documents C.E. 1983-1984*, p. 13 ; P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes, une nouvelle catégorie », AJDA 1983, p. 275 ; Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 302.

(114) Art. 6 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 et art. 1 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 ; Le président est toujours un président de section ou conseiller d'État. La Commission peut désigner des rapporteurs qui peuvent être des fonctionnaires de l'État, des magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou des personnalités particulièrement qualifiées en matière de sondages d'opinion ou de presse écrite, parlée ou télévisée (art. 3 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978).

(115) Art. 1, al.3 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(116) Art. 7 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(117) Art. 8 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(118) Art. 10 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 ; Art. 11 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 ; ces saisines peuvent être le fait, notamment, des grands partis politiques qui délèguent en pratique cette fonction à l'un de leurs dirigeants (F. Gazier, R. Abraham, *La Commission des sondages et les élections municipales de 1989, Pouvoirs* 1990, p. 107).

(119) Art. 1 al.6 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(120) Art. 3 à 5 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(121) P. Sabourin, « Les autorités administratives indépendantes, une nouvelle catégorie », AJDA 1983, p. 280.

(122) Art. 2, 4 et 5 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 La démission volontaire est une manifestation de volonté du membre (art. 2 D.78 préc.). L'empêchement est soumis à deux conditions. D'une part il doit avoir été constaté par la Commission elle-même. D'autre part, il doit résulter soit de l'impossibilité dans laquelle l'intéressé se trouverait d'exercer sa mission soit de l'exercice de l'une des fonctions incompatibles avec la qualité de membre et de rapporteur définies aux articles 4 et 5 du décret n° 78-79

membre a cessé ses fonctions, il est immédiatement pourvu à son remplacement. Le remplaçant achève le mandat de celui qu'il remplace (123). Le régime ainsi défini traduit une volonté de préserver l'indépendance de la Commission des sondages tant à l'égard des personnes privées, spécialement des sociétés susceptibles d'être contrôlées par des organismes de presse et de sondages, qu'à l'égard des pouvoirs publics.

Rechercher quelle autorité a créé la Commission des sondages permet de connaître la nature juridique et l'étendue du pouvoir transmis. L'attribution de compétence porte en elle-même ses limites. L'autorité attributaire ne pourra exercer sa compétence que dans un domaine limité dès l'origine par l'attribution. Ainsi les limites de la compétence normative de la Commission des sondages sont inhérentes à la source de son pouvoir. Le pouvoir normatif est attribué à la Commission des sondages par la loi, seule habilitée à déléguer la compétence normative. Mais une telle délégation ne peut pas être absolue.

Dès lors que la Commission des sondages est qualifiée d'autorité administrative indépendante, le régime juridique des autorités administratives indépendantes et les conséquences attachées à cette nature juridique devraient s'étendre à elle. Mais la diversité des institutions qui entrent dans cette catégorie est telle que cette qualification ne suffit pas à reconnaître que la Commission des sondages a une compétence normative. Toutes les autorités administratives indépendantes ne disposent pas des mêmes prérogatives (124). Seule l'étude des attributions de la Commission des sondages permettra de se prononcer sur la question de son pouvoir normatif.

2- Contenu de la compétence de la Commission des sondages

La loi du 19 juillet 1977 lui reconnaît compétence pour prendre des actes administratifs (a), mais également lui confère une mission de contrôle (b).

a) La Commission des sondages, auteur d'actes administratifs réglementaires

La nature des actes pris par la Commission des sondages permet de déterminer la compétence de l'autorité dont ils émanent par un raisonnement inductif. Si les actes réglementaires émanent de la Commission des sondages, autorité administrative, des conclusions s'imposent. Nonobstant la pluralité de définitions de l'acte administratif, il semble que l'on puisse se baser sur certains éléments constants que sont la notion formelle, d'après laquelle est un acte administratif l'acte émanant d'un organe administratif, et la notion matérielle en vertu de laquelle l'acte est un acte à portée individuelle et réglementaire et enfin la

du 25 janvier 1978. Ces fonctions sont principalement fonctions d'administrateur, de gérant, de membre du directoire, de directeur général unique ou de membre du conseil de surveillance d'une société de presse, de sondage d'opinion ou de radiodiffusion ainsi qu'avec celles des membres du conseil d'administration des sociétés et établissements de radiodiffusion ou de télévision créés par la loi n° 74-696 du 7 août 1974. L'article 4 précise dans son alinéa 2 que ces fonctions sont également incompatibles avec la qualité de détenteur de plus de 10% du capital de l'une de ces sociétés. Ne peuvent non plus être membres de la Commission ni rapporteurs les personnes qui perçoivent ou qui ont perçu pendant les cinq dernières années précédant leur désignation une rémunération de quelque nature qu'elle soit : prohibition de rémunération de toute nature d'une société de sondage d'opinion.

(123) Art. 2 al.3 et 4 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978.

(124) N. Decoopman, Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes, JCP.1987. G. I. 3303 ; Conseil d'Etat, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 307.

référence au régime juridique de l'acte administratif, acte relevant du droit administratif et de la compétence contentieuse (125).

Selon la conception formelle, l'acte administratif est un acte émanant d'un organe administratif de l'Etat. Cette théorie conduit à rechercher si la Commission des sondages a la qualité d'organe administratif. Or nous avons vu qu'elle est une autorité administrative indépendante. Il s'agit donc bien d'un organe administratif de l'Etat. L'intérêt de cette notion est de permettre l'application aux actes ainsi qualifiés des règles communes à tous les actes formellement administratifs, et notamment de les assujettir à un contrôle juridictionnel, en particulier, dès lors qu'ils ont des effets de droit, ils sont susceptibles d'être attaqués par la voie du recours pour excès de pouvoir (126). Selon la conception matérielle, l'acte administratif peut être un acte à portée individuelle et réglementaire (127). Il faut alors opérer une nouvelle distinction, entre les divers actes administratifs. Le pouvoir réglementaire est celui que détiennent certaines autorités administratives d'édicter des mesures à portée générale et impersonnelle (128) : « la fonction législative consiste, de la part de l'Etat, à formuler des règles de droit ; l'acte législatif est ainsi toute disposition générale, abstraite, impersonnelle, édictée impérativement par l'Etat, autrement dit tout acte-règle d'origine étatique » (129). Il faut distinguer ce pouvoir de celui de prendre des actes administratifs individuels. Le droit français attache des conséquences importantes à la distinction des mesures réglementaires et des décisions individuelles émanant de l'administration ; et le caractère de dispositions de portée générale que présentent les règlements administratifs permet d'expliquer un certain nombre de rapprochements avec les lois formelles consacrés par notre droit telles que la place occupée par les actes réglementaires dans les sources de la légalité qui s'imposent aux autorités administratives à l'occasion des décisions individuelles qu'elles sont amenées à prendre (130). Le critère de distinction des actes administratifs réglementaires et des actes individuels est que « l'acte réglementaire régit une situation considérée en termes généraux ; l'acte individuel caractérise la situation de droit d'un administré nommément désigné dans l'acte » (131). L'acte individuel apparaît normalement comme une application nominative du dispositif réglementaire. Mais on ne doit pas en déduire que la distinction entre règlement et acte individuel repose sur la pluralité ou l'unicité des destinataires de l'acte (132). L'édition de prescriptions générales n'a jamais été le fait du seul législateur.

(125) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ, n° 787.

(126) *ibid.*

(127) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ, n° 801.

(128) *ibid.*

(129) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ, n° 802 ; J.-M. Pontier, La fonction législative de l'Administration en France, Table Ronde du Centre de recherches administratives, 21-22 oct. 1994, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille.

(130) Trib. Confl. 16 juin 1923, Septfonds, S. 1923, p. 49, note Hauriou ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 12° éd. 1999, p. 249.

(131) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ, n° 804.

(132) *ibid.*

b) Distinction des compétences de la Commission des sondages

Les différents actes pouvant être pris par la Commission des sondages résultent des dispositions de l'article 5 de la loi du 19 juillet 1977. Ils peuvent être divisés en actes de type normatifs et en actes administratifs individuels (133). Les actes de type normatifs que sont le pouvoir d'étudier et de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages d'opinion, et le pouvoir de définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages feront l'objet d'une étude spécifique plus loin dans l'article. Il faut noter cependant que le Conseil d'État a dénié à la Commission des sondages la compétence pour fixer son quorum. Il a été jugé, en effet, dans un arrêt rendu le 5 juillet 1985 par le Conseil d'État, S.A.R.L. IPSOS (134), suite à une requête de la S.A.R.L. IPSOS tendant à l'annulation de la décision dite de mise au point de la Commission des sondages relative au sondage effectué par la requérante le 1er août 1984 sur le référendum constitutionnel relatif aux libertés publiques, qu'il résulte de l'article 6 de la loi du 19 juillet 1977 et de son article 13 qui renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de fixer les conditions d'application, « que le gouvernement qui était ainsi compétent pour préciser la composition de la Commission, dont il a fixé le nombre des membres (...), était aussi seul compétent pour déterminer, s'il l'estimait nécessaire, le quorum exigible pour que cette mission puisse valablement siéger ; que le gouvernement s'étant abstenu de le faire, il n'appartenait pas à la Commission des sondages de se substituer à lui en décidant dans son règlement intérieur, par une disposition entachée d'incompétence, qu'en cas d'urgence, le quorum est de trois membres ou suppléants ; qu'il suit de là que dans le silence du décret seul légalement applicable, la Commission des sondages ne put valablement délibérer que si la majorité, soit 5 de ses membres titulaires ou suppléants, sont présents. ». Par l'arrêt précité du 5 juillet 1985, le Conseil d'État affirme que la Commission des sondages n'a pas compétence pour déterminer le quorum exigible dans son règlement intérieur. Ce qui précise les limites de la compétence normative de la Commission des sondages relativement à son règlement. Envisageons à présent les autres compétences de la Commission des sondages.

❶- La Commission des sondages n'a pas de pouvoir juridictionnel

La question du caractère juridictionnel de la Commission des sondages peut se poser. En effet, elle est composée de membres issus du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. Ensuite, ses membres sont indépendants. Par ailleurs, sa mission essentielle consiste à faire respecter la loi du 19 juillet 1977 et ses décrets d'application. Pourtant, elle n'a pas la nature d'une juridiction. Elle ne remplit ni les conditions matérielles, ni les conditions organiques et formelles exigées par la jurisprudence (135), c'est-à-dire le faisceau d'indices reposant sur des données de fonds que sont la nature de la mission confiée à l'organisme et sur des critères de structure ou de procédure tels que la composition, les règles de fonctionnement, et les voies de recours (136). Les mises

(133) D. Rémy, *Légistique, l'art de faire les lois*, préf. F. Bernard, éd. Romillat, 1994, n° 47.

(134) CE. 5 juillet 1985, S.A.R.L. Ipsos, Rec. p. 219, concl. P.-A. Jeanneney, AJDA 1985, p. 554.

(135) Obs. sous C.E. Ass. 7 fév. 1947, D'Aillières, in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12° éd. 1999, p. 398.

(136) A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ, n° 798. Mais Monsieur Chapus a montré qu'en réalité le seul critère à retenir était le critère matériel

au point prises par la Commission n'ont pas la forme de décisions (137). La Commission n'est astreinte par la loi de 1977 à aucune règle légale de procédure (138). Enfin, les décisions de la Commission des sondages sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État d'après l'article 10 de la loi du 19 juillet 1977 (139). Ainsi, la Commission des sondages n'a pas la nature d'une juridiction.

❷- Pouvoir de prendre des actes administratifs individuels : les mises au point

En application de l'article 9 de la loi du 19 juillet 1977 la Commission des sondages peut prendre des mises au point lorsque les organes d'information ont publié ou diffusé un sondage d'opinion en violation des dispositions de la loi précitée et des textes réglementaires applicables, ou qui effectuent cette publication en violation des dispositions de la loi précitée ou des clauses obligatoires des contrats de vente ou en altérant la portée des résultats obtenus. Les organes d'information auxquels ces décisions s'adressent sont alors tenus de publier sans délai les mises au point demandées par la Commission des sondages (140). Ces actes sont nominatifs. Il a été jugé par l'arrêt du Conseil d'État du 13 décembre 1985, Société Indice (141), qu'en vertu des dispositions de l'article 1er du décret du 16 mai 1980 pris pour l'application de la loi du 19 juillet 1977, il appartient à la Commission des sondages, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, chaque fois que la qualité ou l'objectivité d'un sondage lui paraît en question, de demander

tenant à la nature de la mission confiée. La définition matérielle de l'acte juridictionnel a donné lieu à des controverses inépuisables. Quant aux critères concrets de l'acte juridictionnel, la jurisprudence, par une démarche analogue à celle qu'elle suit pour la détermination de l'organe juridictionnel, fait prédominer les critères de fond sur les éléments de forme et de procédure. C'est principalement l'existence d'un litige à trancher qui lui paraît l'indice de l'activité juridictionnelle. On admet en général que l'acte juridictionnel est un acte de structure complexe qui fait apparaître successivement une prétention émise devant un juge (et généralement née d'un litige ou d'une contestation), une constatation faite par le juge et portant sur la conformité des situations en cause avec la règle de droit (juris-dictio), enfin une décision prise par le juge en conséquence de la constatation faite par lui (imperium). C'est dans la liaison de ces éléments entre eux qu'il faut voir la caractéristique de l'acte juridictionnel, le juge intervenant pour résoudre une situation contentieuse en vertu de la règle de droit dont il constate d'abord l'application à l'espèce et qu'il réalise ensuite au moyen de sa décision. C'est principalement l'existence d'un litige à trancher qui lui paraît l'indice de l'activité juridictionnelle (A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ, n° 806 ; R. Chapus, *Droit administratif général*, 2000 ; CE. 27 mai 1959, Société Nordmann, Rec. CE p. 319). Le contentieux des décisions des ordres professionnels statuant en matière d'inscription au tableau a fourni à la jurisprudence une occasion particulièrement intéressante de se prononcer dans ce domaine. Après avoir retenu des critères formels, le Conseil d'État a abandonné cette attitude et fait prévaloir des critères matériels pour reconnaître aux décisions d'inscription un caractère administratif et non juridictionnel (CE. 12 déc. 1953, de Bayo).

(137) C.E. Ass. 7 fév. 1947, D'Aillières, in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12° éd. 1999, p. 397.

(138) C.E. Sect. 2 févr. 1945, Moineau, in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 12° éd. 1999, p. 369.

(139) A. Lazareff, *La réglementation des sondages politiques en droit français*, Thèse Paris II, 1983 ; A. Lazareff, *Le droit des sondages politiques, analyse de la réglementation française*, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 54 ; A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, T.I 1994 LGDJ, n° 797 et 806 ; Conseil d'État, *Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes*, p. 329.

(140) CE. Ass. 22 déc. 1982, d'Orcival, Rec. p. 437, AJDA, 20 mai 1983, p. 321, concl. Y. Robineau ; O. Duhamel « Les mises au point de la Commission des sondages », *Pouvoirs*, 1985, n° 33, p. 71.

(141) CE. 13 déc. 1985, Société Indice, Rec. p. 379 ; Pet. Aff. 17 fév. 1986, n° 21, p. 7 concl. P.-A. Jeanneney, *Rev. administrative*, 1986 p. 140.

la publication d'une mise au point appropriée quels que soient les résultats dudit sondage. Une mise au point du 8 mars 2001 est ainsi rédigée : « *La Commission des sondages nous demande de publier la mise au point suivante : "Le mensuel "A la une" a publié dans son édition de mars 2001 les résultats d'une enquête relative aux élections municipales à Vichy. Aucune des règles de nature à assurer la fiabilité des résultats, notamment en ce qui concerne la représentativité de l'échantillon des personnes interrogées, n'a été respectée par les auteurs de cette enquête. La Commission des sondages précise qu'elle n'est, dès lors, pas en mesure d'apprécier la qualité et l'objectivité des résultats de cette enquête et attire l'attention des lecteurs sur les précautions avec lesquelles ils doivent être appréciés* ».

Avant de prendre un tel acte, la Commission des sondages procède à une enquête. La Commission des sondages a le pouvoir de vérifier que les sondages ont été réalisés conformément aux textes législatifs et réglementaires applicables (142) et le cas échéant de prescrire la publication d'une mise au point. Dans le cadre de l'enquête à laquelle elle procède, elle veille à respecter les droits de la défense (143), et notamment le principe du contradictoire, protégé par l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne des Droits de l'homme (144). Si ni la loi du 19 juillet 1977, ni le décret du 25 janvier 1978, ni celui du 16 mai 1980 ne l'imposent, l'article 8 du décret du 28 novembre 1983 prévoit une procédure visant à prendre en compte les droits de la défense qui s'applique aux décisions devant être motivées en vertu de la loi du 11 juillet 1979. Or la mise au point de la Commission des sondages correspond à la première catégorie des actes mentionnés par cette loi. Il s'agit d'une mesure restreignant l'exercice de la liberté de la presse, qui est une liberté publique puisqu'elle contraint le journal concerné à publier la rectification apportée par la Commission (145). Celle-ci doit donc respecter les droits de la défense, bien que n'étant pas de nature juridictionnelle. Le domaine d'application des droits de la défense n'est pas limité aux décisions juridictionnelles mais il y a une sorte de contagion à d'autres types de décisions (146). La Commission des sondages veille à informer et à convoquer un représentant de l'organisme de presse pour qu'il puisse se défendre. Dans l'arrêt du 11 décembre 1987, Société IPSOS (147), le Conseil d'État constate que le rapporteur de la Commission des sondages avait procédé à l'audition d'un représentant de la société, ce qui est rapporté dans un procès-verbal signé par celle-ci, que les griefs de la Commission avaient été communiqués à la société IPSOS et que celle-ci avait pu faire valoir son point de vue devant le président et le secrétaire général de la Commission lors d'une réunion.

Ces actes ne sont pas juridictionnels, d'autant moins qu'on peut les soumettre par la voie du recours pour excès de pouvoir au contrôle du Conseil

(142) Art. 8 et 9 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977. La Commission peut décider de prolonger le délai de deux mois pendant lequel l'organisme qui a réalisé un sondage doit conserver et tenir à sa disposition les documents permettant de vérifier l'objectivité et la qualité du sondage lorsqu'elle l'estime nécessaire pour procéder à la vérification d'un sondage ou pour les besoins d'une instance juridictionnelle (art. 9 alinéa 2 D. n° 80-351 du 16 mai 1980).

(143) CE. 11 déc. 1987, Société IPSOS, RFDA mai-juin 1988, p. 495, concl. E. Guillaume. La Commission des sondages a communiqué ses griefs à la société IPSOS et entendu un représentant de la société, l'audition a été constatée dans le procès-verbal signé par eux.

(144) Concl. E. Guillaume précitées.

(145) CE. 11 déc. 1987, Société IPSOS, RFDA mai-juin 1988, p. 495, concl. E. Guillaume.

(146) J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme » AJDA. 1999, p. 847.

(147) Conseil d'État du 11 décembre 1987, société IPSOS RFDA, mai-juin 1988, p. 495, concl. E. Guillaume ; en l'espèce, le Conseil d'État considère que le moyen tiré de la violation des droits de la défense n'est pas fondé.

d'État, en application du second alinéa de l'article 10 de la loi du 19 juillet 1977 (148). Sont susceptibles de faire l'objet d'un tel recours aussi bien le rejet de la réclamation contre un sondage publié, que l'obligation de publier la mise au point. Sont recevables à déférer une mise au point aussi bien le journal qui est tenu de la publier en vertu de l'article 9 de la loi du 19 juillet 1977 (149), que l'institut qui a réalisé le sondage (150). La Commission des sondages instruit les réclamations suivant une procédure prévue à l'article 11 du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 (151). Il a été jugé par le Conseil d'État, dans un arrêt du 5 juillet 1985, SARL IPSOS (152) que « dans le silence du décret seul légalement applicable, la Commission des sondages ne peut valablement délibérer que si la majorité de ses membres titulaires ou suppléants sont présents » (153).

La jurisprudence du Conseil d'État relative aux actes des autorités administratives indépendantes a évolué. A travers des décisions, le juge administratif a tendu à affirmer sa compétence et à exercer un contrôle sur les actes des autorités administratives indépendantes qui paraissaient de prime abord pouvoir lui résister (154). La loi du 19 juillet 1977 a prévu expressément un tel recours (155). Le Conseil d'État tend à gommer la spécificité des formes d'expression des autorités administratives indépendantes et y voit des décisions exécutoires pour les mises au point dont la Commission des sondages peut exiger la publication chaque fois que la qualité ou l'objectivité d'un sondage lui paraît poser question. Le contrôle des mises au point formulées par la Commission des sondages est un contrôle normal (156).

Enfin, il résulte de l'alinéa 1er de l'article 10 précité que les décisions de la Commission des sondages donnent lieu à notification et à publication. Elles sont, notamment, transmises aux agences de presse. De plus, la Commission peut faire programmer et diffuser ces mises au point par les sociétés nationales de

(148) Art. 10 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977. Elles sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État, dans le délai de cinq jours à compter de la notification de la décision (art. 14 D. n° 78-79 du 25 janv. 1978). CE. Ass. 20 mai 1985 Labbé et Gaudin D.1986, p. 12, n. N. Griesbeck, AJDA, 1985, p. 412 Le Conseil d'État avait déjà, de la même manière, admis les recours contre les « avis » de l'Office des changes : CE 28 février 1951 et 28 mars 1952, (3 esp.) D. 1952 p. 454 n. J.-L. Quermonne ; CE. Ass., 22 décembre 1982, D'Orcival, Rec. p. 437, AJDA 1983, p. 321, concl. Y. Robineau ; CE. 5 juillet 1985, SARL Ipsos, Rec. p. 219, concl. P.-A. Jeanneney, AJDA 1985, p. 554 ; C.E. 13 décembre 1985, Société Indice, Rec. p. 378 ; Pet. Aff. 17 févr. 1986, n° 21, p. 7, concl. P.-A. Jeanneney ; Rev. adm., n° 230, p. 140 note Pacteau ; C.E. 11 déc. 1987, Société IPSOS, RFDA, mai-juin 1988, concl. E. Guillaume, p. 496.

(149) C.E. Ass. 22 déc. 1982, d'Orcival, Rec. p. 437, AJDA, 20 mai 1983, p. 321, concl. Y. Robineau.

(150) CE. 5 juillet 1985, SARL IPSOS, Rec. 219 ; AJDA 20 oct. 1985, p. 554, concl. P.-A. Jeanneney.

(151) En 2001, 46 réclamations ont été adressées à la Commission des sondages, alors qu'il n'y en avait eu que 20 en 1989.

(152) CE. 5 juillet 1985, SARL Ipsos, Rec. p. 219, concl. P.-A. Jeanneney, AJDA 1985, p. 554.

(153) Art. 12 D. 28 nov. 1983 ; D. Rémy, *Légistique, l'art de faire les lois*, préf. F. Bernard, éd. Romillat, 1994, n° 41 p. 57 (détail du quorum) ; R. Chapus *Droit administratif général*, Montchrestien, 2000, p. 760.

(154) C. Teitgen-Colly, *Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution*, in, C.-A. Colliard, G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF 1988, Les voies du droit, p. 55s.

(155) Art. 10 al.2 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977. Lorsque les recours pour excès de pouvoir sont formés contre des actes émanant des autorités administratives indépendantes, le juge, dont la compétence est liée au caractère de décision administrative exécutoire des actes qui lui sont soumis, conclut à sa compétence, généralement sans donner d'explications.

(156) CE 13 déc. 1985 Société Indice, Rec. p. 379 ; P. Aff. 17 fév. 1986, n° 21 p. 7 Concl. P.-A. Jeanneney ; Certains arrêts révèlent un contrôle plus limité du juge administratif : contrôle restreint justifié par la technicité de la matière ou par la nécessité de laisser une certaine liberté à l'autorité concernée ; v. également A. Lazareff, *Le droit des sondages politiques, analyse de la réglementation française*, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 119.

radiodiffusion (157). Ceux qui refusent de publier les mises au point demandées par la Commission des sondages s'exposent à des sanctions pénales (158). Ainsi, la Commission des sondages a saisi le parquet du Tribunal de grande instance de Paris afin qu'il engage des poursuites pénales à l'encontre de médias publiant des sondages dont l'origine n'était pas accompagnée des mentions exigées à l'article 2 de la loi (159). La publication de la mise au point par l'organisme de presse obéit aux règles posées par la loi du 29 juillet 1881 modifiée sur le droit de réponse (160). Dans son rapport de 2001, la Commission a insisté sur la nécessité de réserver pour la publication des mises au point, un emplacement comparable à celui consacré aux sondages (161).

Les mises au point ont une importance pratique très grande (162). Ces actes émanent d'une autorité administrative. Ils concernent une personne nominativement désignée. Enfin, ils sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Ce sont des actes administratifs individuels.

c) Mission de contrôle de la Commission des sondages

L'article 8 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 dispose que « la Commission des sondages a tout pouvoir pour vérifier que les sondages tels que définis à l'article 1er ont été réalisés et que leur vente s'est effectuée conformément à la loi et aux textes réglementaires applicables ». Ces pouvoirs sont développés dans le décret n° 80-351 du 16 mai 1980 qui met à la charge des organismes de sondages l'obligation de tenir à la disposition de la Commission un certain nombre de documents tels que les détails du plan d'échantillonnage et de l'échantillon réel, les réponses recueillies et les autres documents établis au cours de l'enquête. Il est parfois difficile à la Commission des sondages d'exercer un tel contrôle. Certains sondages ne sont pas destinés à être publiés, tels que ceux qui peuvent s'apparenter à des primaires dans les différents grands partis et qui ont pour but la sélection des candidats. Les instituts de sondages refusent de confier la notice, en arguant du caractère confidentiel du sondage. Or il y a parfois des fuites qui peuvent aboutir à la publication dans la presse des résultats de ces sondages. En pareille hypothèse, la Commission des sondages ne peut pas agir. En effet, elles ne sont pas le fait de l'organisme de sondage. Or la notice (163), qui permet à la Commission de s'assurer que le sondage est mené correctement, doit être déposée par l'organisme de sondage, et non par l'organisme de presse qui est l'auteur de la publication de

(157) Art. 9. al.2 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(158) Art. 12. al.8 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 ; La Commission des sondages peut saisir le parquet (C.E. 11 déc. 1992, déc. n° 135785, Société « Le Figaro », Rec. p. 841, 994 et 1188, D. Rémy, Légistique, l'art de faire les lois, préf. F. Bernard, éd. Romillat, 1994, n° 53 et n° 289 s ; D. Detragache-Troper, Des prescriptions réglementaires correctionnellement sanctionnées, AJDA 1978, p. 411).

(159) Mentions relatives au nom de l'organisme ayant réalisé le sondage, au nom et à la qualité de l'acheteur du sondage, au nombre des personnes interrogées, à la ou aux dates auxquelles il a été procédé aux interrogations. (F. Gazier, R. Abraham, La Commission des sondages face à l'élection présidentielle et aux élections municipales de 1995, Pouvoirs 1995, p. 139).

(160) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105.

(161) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », p. 3, par M. le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar.

(162) O. Duhamel, Les mises au point de la Commission, Pouvoirs, n° 33, 1985, Les sondages, p. 71.

(163) Art. 3 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 ; la notice doit préciser notamment l'objet du sondage, la méthode selon laquelle les personnes interrogées ont été choisies, le choix et la composition de l'échantillon, le texte intégral des questions posées, la proportion des personnes n'ayant pas répondu à chacune des questions, les limites d'interprétation des résultats publiés, s'il y a lieu, la méthode utilisée pour en déduire les résultats de caractère indirect qui seraient publiés.

l'information, ce qui explique que la Commission ne puisse pas prendre de mesures contre la presse sur ce fondement. La Commission des sondages demande la communication de tels documents dans son rapport relatif aux élections municipales de 2001 (164) et a précisé, dans un communiqué du 12 mai 1999, qu'il ne lui appartient pas de rendre publics les documents de travail qui lui sont communiqués au cours de l'instruction.

Les conditions de saisine de la Commission des sondages pour le contrôle du respect de la loi de 1977, des décrets et des clauses sont définies à l'article 11 du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978. Elle est saisie par une demande signée adressée à son secrétariat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les cinq jours de la publication ou de la diffusion d'un sondage. Elle peut aussi se saisir d'office (165).

Par ailleurs, la loi du 19 juillet 1977 organise un contrôle des concentrations. Elle confère à la Commission des sondages la mission de veiller à ce que les personnes ou organismes réalisant des sondages destinés à être publiés ne procèdent pas à des actions concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher ou de restreindre la même activité par d'autres personnes ou organismes (166). Il s'agit d'assurer le contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans le domaine de la réalisation des sondages. La sanction est prévue par l'article 12 qui dispose que seront punis des peines portées à l'article L.90-1 du code électoral ceux qui, pour la réalisation des sondages tels que définis à l'article 1er, auront procédé en violation des dispositions du même article 5, dernier alinéa (167).

La loi confère à la Commission des sondages des moyens d'investigation, mais elle met également des obligations à la charge des organismes de sondages. Les moyens d'investigation résultent d'une part de l'article 4 de la loi du 19 juillet 1977, qui dispose que l'organisme qui a réalisé un sondage doit tenir à la disposition de la Commission des sondages les documents sur la base desquels le sondage a été publié. L'article 9 du décret du 16 mai 1980 dispose dans son alinéa 1er que l'organisme qui a réalisé un sondage doit conserver et tenir à la disposition de la Commission les documents permettant de vérifier l'objectivité et la qualité des sondages, et ce pendant un délai de deux mois qui peut être prolongé par décision de la Commission lorsqu'elle l'estime nécessaire pour procéder à la vérification d'un sondage, ou pour les besoins d'une instance juridictionnelle. Ils résultent d'autre part de l'article 8 de la loi du 19 juillet 1977 qui dispose que « la Commission des sondages a tout pouvoir pour vérifier que les sondages tels que définis à l'article 1er ont été réalisés et que leur vente s'est effectuée conformément à la loi et aux textes réglementaires applicables ». La Commission des sondages s'est vue reconnaître d'importants pouvoirs d'investigation par les textes. Elle peut demander aux organismes des renseignements complémentaires. Il est arrivé, voici une vingtaine d'années, que des experts se rendent sur les lieux mener leurs recherches (168). Il se

(164) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », p. 3, par M. le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar.

(165) L'alinéa 2 de l'article 11 D. n° 78-79 du 25 janvier 1978 précise que « La demande doit indiquer le nom de l'organisme qui a publié ou diffusé le sondage ainsi que la date à laquelle le sondage a été publié ou diffusé. Elle doit préciser les motifs pour lesquels le demandeur prétend que le sondage contrevient aux dispositions de la loi ». P. Crouzet, La jurisprudence de la Commission des sondages, Pouvoirs, n° 33, 1985, Les sondages, p. 57 (le terme de jurisprudence est inexact, puisque la Commission des sondages n'a pas la qualité de juridiction).

(166) Art. 5 al. 4 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(167) Art. 12, al.1 et 6 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(168) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et Documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105.

peut qu'aujourd'hui, en raison de l'incompatibilité de l'interdiction de publier des sondages d'opinion dans la semaine précédant une élection avec la Convention européenne des Droits de l'homme, elle soit de nouveau amenée à prendre de telles mesures. Les organismes de sondages doivent adresser une déclaration préalable à la Commission (169), avant toute réalisation de sondages. A l'occasion de la publication ou de la diffusion de tout sondage, l'organisme qui l'a réalisé doit procéder au dépôt d'une notice (170). Ils doivent également conserver et tenir à la disposition de la Commission des sondages les documents permettant de vérifier l'objectivité et la qualité du sondage (171). De plus, les dossiers de sondages réalisés par les organismes de sondages doivent être déposés auprès de la Commission des sondages.

Les autorités administratives indépendantes sont une nouvelle catégorie d'institutions, qui occupe une nouvelle place au sein de l'ordre juridique. Mais elles sont des institutions à part entière. La raison de cette innovation est une société en changement, en mutation. Elles ont vocation à réguler la société et à protéger les droits et libertés fondamentaux dans des domaines techniques, c'est-à-dire si spécialisés que l'intervention du législateur ne serait pas la meilleure solution, et à un moment où le juge ne peut généralement pas encore intervenir parce qu'il n'y a pas de conflit, ou ne peut pas intervenir qu'avec des moyens aussi efficaces parce qu'il n'intervient qu'a posteriori, une fois que l'infraction a été commise (172). La Commission des sondages peut, grâce à ses compétences, intervenir a priori, avant que l'acte ne soit commis par les justiciables. Les autorités administratives indépendantes constituent une innovation dans le droit français. Elles sont une nouvelle forme juridique, chargées d'une mission de consensus, de concorde, et elles agissent davantage par voie de conciliation qu'au moyen de contrôle et de sanction. Les autorités administratives indépendantes sont de nature hybride (173). Elles ont à la fois compétence administrative individuelle et normative et sont dotées, en plus, d'importants pouvoirs d'investigation. Cela permet de tirer des conclusions au regard de la compétence (174). Les autorités administratives indépendantes semblent duelles, et cette dualité, se présente avec une particulière acuité pour la fonction normative, apanage du pouvoir législatif. Certes il y a des limites, qui sont posées par la loi, et qui sont nécessaires compte tenu de la position hiérarchique qu'occupe la Commission des sondages et des règles de délégation du pouvoir normatif. Mais elle n'est pas sans fonction normative.

B- Fonction normative de la Commission des sondages

L'article 5 de la loi du 19 juillet 1977 dispose, dans son troisième alinéa que « la Commission est également habilitée à définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des [sondages d'opinion] et, notamment, celles ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes du second tour. De telles clauses s'imposeraient aux parties. L'acte par lequel la Commission des sondages les définit constitue-t-il un acte normatif ? Pour le savoir, nous allons analyser les caractères de ces « actes » et les comparer aux critères de la norme que sont les modalités de production, les

(169) Art. 7 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(170) Art. 3 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(171) Art. 9 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(172) O. Schrameck, X. Delcor, La Commission des sondages, un garant fragile de la démocratie, AJDA 1988, p. 386.

(173) C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, R.D. Publ. 1990, p. 153, p. 159.

(174) J.-L. Bergel, Différence de nature égale différence de régime, R.T.D.Civ. 1984, p. 255.

qualités spécifiques de l'acte, l'existence d'une contrainte juridique (1). Mais cette compétence normative peut être difficilement conciliable avec le respect de certains droits et libertés fondamentaux. En effet, elle résulte de la loi. Or par un arrêt du 4 septembre 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation (175) a affirmé l'incompatibilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec la Convention européenne des Droits de l'homme. Cette solution a des conséquences sur les moyens d'assurer la qualité et l'objectivité des sondages qu'une liberté accrue pourrait altérer. De plus, les arguments invoqués à l'appui des différents pourvois ont été ceux qui ont été invoqués lors des travaux préparatoires préalables à l'adoption de la loi. Enfin, cette condamnation de l'interdiction des publications pendant la semaine précédant les élections va avoir probablement pour effet de modifier les moyens qu'utilise la Commission des sondages pour exercer sa mission. C'est pourquoi il est nécessaire d'étudier le cas particulier de l'interdiction de la publication des sondages pendant la période précédant les élections (2).

1- La réunion des caractères de la norme

La règle de droit est une manifestation de la volonté de l'État (176). Elle est produite par certaines sources déterminées, habilitées à cette fin selon une technique spécifique (177). Elle se caractérise par sa généralité, son abstraction, et son caractère permanent, mais aussi par un commandement et une sanction (178). Les prescriptions juridiques sont des ordres formulés par le droit et dont le respect est imposé par l'autorité publique (179).

a) Étude des éléments caractéristiques

● Modalités de production

L'attribution du pouvoir normatif de la Commission des sondages résulte d'une habilitation législative. Mais les clauses qu'elle est susceptible d'émettre remplissent-elles les caractères de la règle de droit ? En tant que disposition permanente, générale et abstraite, la règle de droit est définie par un critère matériel, indépendamment de l'organe public dont elle émane. Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 « la loi est l'expression de la volonté générale » qui peut être exprimée par différentes autorités investies de puissance publique, telles que le Parlement dans un régime parlementaire. Mais il est souvent arrivé que le Parlement délègue certaines de ses prérogatives au pouvoir exécutif. Ainsi la catégorie des normes ne se limite pas à la seule loi au sens formel (180), c'est-à-dire à celle qui intéresse l'ensemble des dispositions émanant des assemblées législatives et qui se limite désormais à un domaine d'attribution fixé par la Constitution (181). On pourrait objecter que la

(175) Cass. crim. 4 sept. 2001, D. 2001.IR.2723 ; Juris-Data n° 010865.

(176) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 5.

(177) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 36.

(178) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 36 ; H.L. et J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1^{re} leçon.

(179) J. Carbonnier, Droit civil, Introduction, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 4.

(180) J.-L. Bergel, Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 37 ; P. Roubier, Théorie générale du droit, 1951, p. 25.

(181) Art. 34 Const. 4 oct. 1958 « La loi est votée par le Parlement. La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés

Commission des sondages est une autorité administrative, qui ne représente pas la volonté générale. Néanmoins les actes pris par la Commission émanent de la volonté générale transmise à la Commission des sondages à travers la délégation du Parlement.

Le fait que l'autorité administrative indépendante qu'est la Commission des sondages impose le respect de ces clauses permet de distinguer les règles définissant ces clauses de la définition de clauses par les parties à un contrat, qui ont un effet obligatoire, certes, mais limité aux parties en vertu du principe de la relativité des conventions. La Commission des sondages n'est pas partie aux contrats de vente. Elle définit des clauses qui s'imposent obligatoirement aux parties, en vertu de l'habilitation législative. La Commission des sondages agit en qualité d'autorité supérieure. Le caractère obligatoire de ces clauses résulte du fait que ces règles sont créées par l'autorité étatique, en l'espèce la Commission des sondages, autorité administrative indépendante. Il n'y a pas d'accord de volonté entre les organes de presse et de sondage et la Commission des sondages. Ils n'ont pas accepté volontairement. La déclaration préalable par laquelle chaque organisme de sondage s'engage à respecter les dispositions de la loi et des textes réglementaires applicables ne constitue pas un accord de volonté mais lui est imposée par la loi. D'ailleurs le non respect de cette déclaration est sanctionné. D'autre part les actes pris par la Commission des sondages ne sont pas des actes-règles puisqu'ils émanent d'une autorité publique investie du pouvoir de prendre ces clauses (182).

②- Généralité et abstraction

Les caractères reconnus par la majorité de la doctrine aux règles de droit sont la généralité et l'abstraction (183). Une règle générale est une règle s'appliquant « à toute une série de cas semblables, posée en termes abstraits, impersonnels et de portée permanente, par opposition à décision individuelle et spéciale » (184). Les règles générales et abstraites sont destinées à s'appliquer à un nombre indéterminé de relations juridiques et de personnes sans les viser nommément (185), chaque fois que les conditions des situations qu'elles ont pour objet de régir sont réunies. Tous ceux à qui elles s'appliquent doivent s'y conformer (186). La règle vise toute une catégorie de personnes placées dans les conditions établies pour son application et définies de manière abstraite (187). Or la loi habilite la Commission à définir les clauses qui doivent figurer dans les contrats de vente. Les règles définissant ces clauses s'appliquent à toutes les parties à de tels contrats, et non à telle ou telle personne individualisée. Elles s'appliquent bien à une catégorie indéterminée de personnes. La catégorie visée est restreinte, certes, mais ce n'est pas un obstacle à la reconnaissance du caractère général de la règle. La généralité s'oppose à

publiques ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables : la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats. » (182) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 37.

(183) Pour une critique isolée de cette analyse, cf. C. Larroumet *Droit civil*, T.1, Introduction à l'étude du droit, 1998 - n° 13.

(184) *Vocabulaire juridique*, sous la dir. de G. Cornu, Ass. H. Capitant, PUF, 2000.

(185) Selon J. Carbonnier, « une virtualité d'application à un nombre indéfini d'hypothèses futures » (*Droit civil*, Introduction, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 5). V. également C. Larroumet, *Droit civil*, T.1, Introduction à l'étude du droit privé, 1998, n° 13.

(186) H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1^{re} leçon.

(187) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 36.

l'individualisation, mais n'est pas conditionnée par le nombre (188). La définition des clauses obligatoires des contrats de vente ne constitue pas des prescriptions particulières. En effet, les actes individuels n'ont vocation à régir qu'une seule situation juridique et leur effet est limité à une ou des personnes déterminées. Ce sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit et apportant une modification à l'ordonnement juridique qui ont un effet relatif, limité aux intéressés (189). Le fait que la compétence normative de la Commission des sondages porte sur un objet limité, les clauses de contrats de vente de certains sondages d'opinion, ne fait pas non plus obstacle au caractère général des règles édictées. Elles demeurent abstraites : sont visés tous les sondages entrant dans la catégorie prévue par la loi du 19 juillet 1977. La règle de droit est rédigée en termes abstraits. Elle ne s'applique pas à telle ou telle personne nommément désignée mais à toutes les personnes sans distinction, ou à une catégorie de personnes déterminées (190). Enfin, le caractère obligatoire des clauses ainsi définies n'est pas limité dans le temps. La permanence de la règle signifie l'applicabilité constante de la règle pendant son existence. La règle s'applique chaque fois que les conditions qu'elle prévoit sont remplies. La loi du 19 juillet 1977 prévoit expressément le respect de ces clauses.

③- Caractère obligatoire

Il faut envisager la force du commandement avant de montrer son caractère.

α- Caractère contraignant

La force contraignante de la règle de droit résulte du commandement, lequel consiste à prescrire ou interdire certains comportements en créant des obligations positives ou négatives. La force de ce commandement est variable : il peut être impératif ou supplétif (191). Or d'après les termes de l'alinéa 3 de l'article 5 de la loi du 19 juillet 1977, les clauses définies par la Commission doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente, ce qui constitue un ordre positif, une obligation de faire (192). Les clauses définies par la Commission des sondages (193) sont des prescriptions que les parties au contrat doivent obligatoirement respecter. Le caractère impératif des règles édictées résulte de l'emploi de termes exprimant la contrainte que sont l'adverbe « obligatoirement » et le verbe « devoir » (*doit procéder*) (194). Enfin, des sanctions pénales sont prévues par l'article 12 de la loi en cas de violation de ces dispositions (195).

(188) *ibid.*

(189) J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 5 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1998, n° 36.

(190) H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1^{re} leçon.

(191) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 33 ; H., L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1^{re} leçon.

(192) Il faut noter que l'hypothèse spécialement visée dans l'article 5, alinéa 3 de la loi du 19 juillet 1977 in fine qui consiste à interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour, constitue ordre négatif.

(193) Art. 5 al.3 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 « La Commission est également habilitée à définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des [sondages publiés ou diffusés tels que définis à l'article 1er] et, notamment, celles ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour ».

(194) G. Cornu « Linguistique juridique », Montchrestien, Domat, *Droit privé*, 2^e éd. 2000, n° 66.

(195) Art. 12 al.1 « Seront punis des peines portées à l'article L.90-1 du code électoral » et al.5 « Ceux qui auront publié ou diffusé ou laissé publier ou diffuser un sondage, tel que défini à l'article 1er, alors

β- Existence d'une sanction

En cas de non respect des clauses définies par la Commission des sondages, la loi du 19 juillet 1977 prévoit des sanctions. L'article 12 de la loi de 1977 précise que ceux qui auront publié ou diffusé ou laissé publier ou diffuser un sondage, tel que défini à l'article 1er, alors que n'auront pas été respectées les règles et clauses élaborées par la Commission des sondages, en application de l'article 5 seront punis des peines portées à l'article L.90-1 du Code électoral (196). Surtout, cet article vise expressément les clauses élaborées par la Commission des sondages, « en application de l'article 5 ». Le respect des clauses ainsi définies est assuré par une sanction pénale. Il s'agit en effet, en application de l'alinéa 1er de l'article 12, des peines portées à l'article L.90-1 du code électoral, c'est-à-dire une amende de 75 000 euros (197) pour toute infraction à ces dispositions. L'expression « auront publié ou diffusé ou laissé publier ou diffuser un sondage » signifie que la sanction ne concerne pas seulement les responsables de la publication mais aussi ceux qui l'ont laissé publier ou diffuser.

Mais la loi prévoit également des mesures qui n'émanent pas directement de l'autorité publique. L'article 12 précité, dans son dernier alinéa précise que « la décision de justice sera publiée ou diffusée par les mêmes moyens que ceux par lesquels il a été fait état du sondage publié ou diffusé en violation des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs l'article 9 de la loi du 19 juillet 1977 affirme dans son premier alinéa que les organes d'information qui auraient publié ou diffusé un sondage en violation des dispositions de la loi, des textes réglementaires applicables et des clauses obligatoires des contrats de vente « sont tenus de publier les mises au point demandées par ladite Commission ». Il exprime la contrainte par l'emploi du verbe tenir (198). La publication de la mise au point a un caractère impératif pour les organismes d'information. De plus, là encore, l'article 12 de la loi prévoit dans son 8° alinéa que pourront être prononcées les peines portées à l'article L. 90-1 du Code électoral. Ces mesures ne constituent pas des sanctions classiques émanant de l'autorité publique. Elles résultent certes de la loi, mais elles n'ont pas le caractère de sanctions pénales ni ne sont prononcées par une juridiction de l'ordre répressif. Elles sont conformes à l'intention du législateur de produire un effet dissuasif (199) en informant les lecteurs ou les auditeurs ou téléspectateurs.

La procédure est prévue par le décret du 25 janvier 1978. La Commission des sondages peut être saisie dans les conditions de l'article 11 de ce décret par une demande signée adressée à son secrétariat par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les cinq jours de la publication ou de la diffusion du sondage. Elle peut aussi se saisir d'office. D'autre part, l'article 8 de ce texte dispose que la Commission a tout pouvoir pour vérifier que les sondages relatifs à une élection politique ont été réalisés et que leur vente s'est effectuée conformément à la loi et aux textes réglementaires applicables. La Commission des sondages peut saisir le parquet de toute infraction à la loi du 19 juillet 1977.

que n'auront pas été respectées les règles et clauses élaborées par la Commission des sondages, en application de l'article 5 ci-dessus ».

(196) Art. 12 al.1 et 5 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(197) Le texte dispose 500 000F, mais l'article 3 de l'Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs renvoie à l'annexe 1 qui fixe cette correspondance dans un tableau relatif aux amendes et autres sanctions pécuniaires.

(198) G. Cornu, Linguistique juridique, Montchrestien, Domat, droit privé, 2° éd. 2000, n° 66.

(199) Rapport au nom de la Commission des lois, par M. Lauriol, J. O. Ass. Nat., 2° session 1976-1977, n° 2995.

④- Publicité

Les normes, pour être obligatoires, doivent avoir été portées à la connaissance de leurs destinataires (200). La publication est la condition nécessaire de leur entrée en vigueur. Elle consiste dans l'insertion du texte au Journal Officiel (201). Normalement y sont publiées les lois et les décrets, ainsi que les arrêtés (202). Or selon l'article 9 du décret du 25 janvier 1978 « les clauses obligatoires des contrats de vente de sondages définies par la Commission en application de l'alinéa 3 de l'article 5 de la loi susvisée du 19 juillet 1977, sont publiées au *Journal officiel* de la République française » (203). Le fait que le décret de 1978 prévoit la publication des clauses obligatoires des contrats de vente de sondages définies par la Commission au Journal Officiel est un indice supplémentaire en faveur de la nature normative de ces clauses. C'est « l'acte » de la Commission des sondages qui est publié. Grâce à elle, les justiciables seraient informés des règles prises.

Les actes définissant les clauses qui devraient figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages sont des normes. Toutefois, cette compétence n'a jamais été utilisée.

b) Non utilisation par la Commission des sondages de son pouvoir normatif

C'est une manifestation du pouvoir de régulation par excellence que la définition par une autorité administrative indépendante des clauses devant figurer dans les contrats, ce qui explique qu'elle soit en contradiction avec la liberté contractuelle. Les clauses ayant vocation à être définies par la Commission des sondages sont des clauses qui s'imposent aux parties dans le cadre de leurs relations contractuelles, siège en principe de l'expression de la volonté. C'est pourquoi dans les premières années qui ont suivi la création de la Commission des sondages, M. Huet, qui était alors son Président, a craint de porter atteinte à la liberté contractuelle. Il s'agit par ailleurs bien d'une règle obligatoire qui s'impose aux particuliers. Selon lui « la Commission peut prévoir l'existence dans les contrats de vente de certaines clauses, mais non leur contenu, sinon elle toucherait aux « principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales » qui sont du domaine de la loi » (204). C'est pourquoi cette faculté ne fut jamais utilisée, la Commission préférant émettre des conseils par la voie de communiqués. Néanmoins, cette position fut affirmée en 1979. Il n'est pas impossible qu'aujourd'hui, avec le développement de la régulation, ce pouvoir soit mis en œuvre. En effet, le pouvoir de régulation des autorités administratives indépendantes est mieux admis et plus souvent mis en pratique. A l'époque, M. Huet avait considéré que si la Commission décidait de le mettre en œuvre, elle pourrait décider

(200) Cela résulte de l'article 1er du Code civil ; cf. F. Terré Introduction générale au droit, Précis Dalloz 1999 p. 423.

(201) Les modalités de publication sont fixées par un décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et décrets.

(202) J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ 1994, n° 340.

(203) En italique dans le texte du JORF.

(204) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105, spéc. p. 110. L'auteur ajoute que si la Commission le mettait en œuvre, elle pourrait décider que les contrats de vente devront régler certains points, mais il est douteux qu'elle puisse définir comment ces points seront réglés, c'est-à-dire élaborer une sorte de contrat-type définissant les obligations des parties.

que les contrats de vente devront régler certains points, mais qu'il était douteux qu'elle puisse décider comment ces points seront réglés, c'est-à-dire qu'elle n'entendait pas élaborer une sorte de contrat-type définissant les obligations des parties. M. Galabert, Président de la Commission des sondages nous a précisé que ces clauses n'interviendraient pas pour régler des questions telles que le montant de la réduction qui pourrait être faite en cas de commande de nombreux sondages.

Comment la Commission des sondages pourrait-elle, le cas échéant, se servir de ce droit ? Les clauses qui doivent figurer dans les contrats de vente des sondages d'opinion ont en principe pour objet soit de préciser les éléments ou les modalités de ces contrats, soit de les assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun. La loi du 19 juillet 1977 donne un exemple en envisageant dans l'alinéa 3, in fine, de l'article 5 les clauses ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour. Les personnes liées par ces clauses sont les parties au contrat de vente. On peut supposer qu'il s'agit des organismes de sondages et des organismes de presse écrite, radio, télévision, Internet. Les commanditaires des sondages sont notamment des hebdomadaires tels que *Le Point*, *L'Express*, *Le Nouvel Observateur*, *Paris-Match*, des chaînes de télévision telles que TF1, ou des stations de radio telles que France Inter, RTL (205). Cela concernerait tous les commanditaires de tels sondages à condition que les sondages soit publiés ou diffusés. Mais quels seraient les contrats visés ? Est-ce que seuls seraient visés par ces clauses les contrats de vente conclus entre l'organisme ayant réalisé le sondage et l'acquéreur ? Si l'acquéreur est l'organisme qui publiera le sondage, il n'y a aucun problème mais si il y a une nouvelle cession du sondage à un organisme de presse, en l'état ou sous forme de commentaires, la clause lui est-elle opposable ? Le but du législateur est de protéger les électeurs contre la diffusion ou la publication de sondages d'opinion inexacts. L'article 1er de la Loi du 19 juillet 1977 vise « la publication ou la diffusion de tout sondage », et les autres dispositions de la loi ne font pas de distinction entre les diverses étapes de la vie du sondage et les couvrent toutes, de sa réalisation à sa publication, ou à ses publications s'il fait l'objet de reprises par d'autres organismes de presse. Par ailleurs, la Commission exerce son contrôle même lorsque les résultats d'un sondage sont repris par d'autres organes de presse que ceux qui l'ont publié ou diffusé une première fois. La Commission considère que son pouvoir s'étend à toute publication ou diffusion de sondages d'opinion. Cela correspond à sa mission qui est d'assurer la fiabilité des sondages publiés et diffusés, quelles que soient les conditions de celle-ci. On peut penser que les clauses définies par la Commission des sondages devraient également être respectées lors de la cession de cette information par l'organe de presse à un autre (206).

Si de telles règles avaient été prises, on peut supposer que la date de l'entrée en vigueur de la règle aurait été, en application du droit commun, à Paris ou dans l'arrondissement où paraît le Journal Officiel un jour franc après la publication et dans chaque arrondissement, un jour franc après que le Journal Officiel qui la contient est parvenu au chef lieu de cet arrondissement. C'est à partir de la date de publication au Journal Officiel que commencent à courir, contre les tiers, les délais de recours contentieux (207).

(205) F. Gazier, R. Abraham, La Commission des sondages face à l'élection présidentielle et aux élections municipales de 1995, *Pouvoirs*, 1995, p. 139.

(206) Communiqué du 2 avril 1981.

(207) La force obligatoire est volontiers considérée comme un caractère inhérent à la règle de droit. Les modalités de publication au Journal Officiel des clauses devant figurer obligatoirement dans les contrats sont fixées par l'article 9 du décret du 25 janvier 1978. (F. Terré Introduction générale au

2- Le cas particulier de l'interdiction de la publication des sondages pendant la semaine précédant les élections

Il s'agit de l'une des missions fondamentales de la Commission des sondages. Les premiers travaux préparatoires, portaient uniquement sur ce point. Cette interdiction existe dans d'autres pays, notamment l'Allemagne et l'Angleterre (208). La Commission des sondages avait estimé que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, qui déroge à la liberté de la presse doit être appliqué restrictivement, mais que lorsque l'interdiction s'impose, elle a une portée absolue (209).

a) Régime juridique de l'interdiction applicable

①- Définition des clauses ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour

L'exemple légal de clauses interdisant la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes au second tour (210) n'a jamais été suivie d'effet car elle n'était pas nécessaire lorsque les deux tours se suivaient à huit jours d'intervalles, l'article 11 de la loi de 1977 s'appliquant alors, et lorsqu'ils dépassaient ce délai, la Commission n'a quand même défini aucune clause. La Commission a préféré la voie du communiqué, et elle fut suivie par les praticiens. De plus, une clause fondée sur ce texte pourrait être déclarée incompatible avec le droit à la liberté d'expression, en application de la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 septembre 2001 (211).

②- Le problème de la publication la veille du jour du scrutin d'un sondage politique sur Internet

En France (212), le département politique de la SOFRES, interrogé par téléphone, a précisé que leur site Internet (213) était considéré comme une publication. Il a ajouté que à partir du moment où ils ont été faits de manière confidentielle, les sondages réalisés huit jours avant les élections municipales et entre les deux tours ne sont pas publiés. Ils ne sont publiés que s'ils ont été faits à

droit, Précis Dalloz 1999 n° 410 s ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil*, Introduction générale, LGDJ 1994, n° 278).

(208) F. Gazier, R. Abraham, La Commission des sondages face à l'élection présidentielle et aux élections municipales de 1995, *Pouvoirs* 1995, p. 139.

(209) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, *Études et documents du Conseil d'État*, 1979-1980, p. 105.

(210) L'article 5 alinéa 3 de la loi du 19 juillet 1977 dispose in fine que « (...) la Commission est également habilitée à définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des mêmes sondages et, notamment, celles ayant pour objet d'interdire la publication, avant le premier tour de scrutin, de tout sondage portant sur les votes du second tour ».

(211) Cass. crim. 4 sept. 2001, D. 2001.IR.2723 ; *Juris-Data* n° 010865 ; que le greffe de la Chambre criminelle a eu l'obligeance de nous adresser.

(212) Y. Bréban, Internet et la publication de sondages d'opinions en période électorale : vers un droit des hyperliens, *Gaz. Pal.*, 1er sem. doctr. p. 499. L'auteur distingue la diffusion d'un sondage à caractère politique sur Internet, auquel la loi du 19 juillet 1977 s'applique, avec les problèmes d'incompatibilité de la répression au regard du droit à l'information, de la responsabilité du fournisseur au titre des informations fournies par le site consulté à travers l'hyperlien dans le cas de la mise à disposition d'un sondage politique.

(213) Site Internet : <http://www.sofres.com>

la demande d'un journal (214). Le service opinions de l'Institut CSA-TMO, interrogé également par téléphone, nous a précisé qu'ils avaient laissé les sondages réalisés avant la date des huit jours sur son site Internet jusqu'au soir du deuxième tour, parce que ce n'étaient pas des informations nouvelles. En revanche, cet institut a également réalisé un sondage relatif aux intentions de vote à la ville de Paris pour le quotidien la Tribune de Genève entre les deux tours. Ce sondage, inédit en France, a été publié sur le site Internet de la Tribune de Genève.

A l'étranger, sur le site Internet de la Tribune de Genève (215), le samedi 17 mars 2001, veille du scrutin et donc en pleine période d'interdiction, étaient publiés les résultats détaillés du sondage CSA/La Tribune de Genève annonçant la victoire de Bertrand Delanoë. Y étaient mentionnés la projection en nombre de sièges au Conseil municipal de Paris, réalisé à partir des intentions de vote et les intentions de vote (216). Une fiche technique précisait que le sondage a été réalisé « par téléphone le 15 mars 2001 auprès d'un échantillon représentatif de 800 personnes âgées de 18 ans et plus inscrites sur les listes électorales à Paris. L'échantillon a été constitué d'après la méthode des quotas (sexe, âge, profession du chef de ménage) après stratification par arrondissement. A quoi s'ajoutait la précision selon laquelle « les résultats des intentions de vote ne sont que la mesure actuelle des rapports de forces politiques. Ils ne sont en aucun cas prédictifs du résultat des prochaines élections municipales. Par ailleurs, nous rappelons que les élections municipales auront lieu arrondissement par arrondissement. Les rapports de force ont été mesurés dans ce sondage de façon globale sur l'ensemble de la capitale ». La publication des résultats était accompagnée de deux articles (217) qui étaient par ailleurs publiés dans la Tribune de Genève, sur version papier, du 17 mars 2001 également.

Cette internationalisation des informations et de l'accès possible à celles-ci a été invoqué à l'appui du recours de M. Meyet devant le Conseil d'État (218). Il affirmait que ces dispositions portaient atteinte à l'égalité entre les justiciables et invoquait l'incompatibilité de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

b) La question de la compatibilité des articles 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

Ces arrêts ont de profondes conséquences sur l'application de la loi du 19 juillet 1977 en privant d'effet l'article 11 de cette loi. Or une part importante de la

(214) Denis Jeambar a été condamné par un jugement de la 17^e chambre correctionnelle du TGI de Paris, n° 9716102652, rendu le 15 décembre 1998, à 10 000F d'amende pour avoir publié dans l'Express un sondage qualifié de confidentiel et dépourvu de toute indication légale (cité par E. Desfougères in note sous TGI Paris 15 déc. 1998 (jugement n° 9719203487), AJDA, 20 juin 1999, p. 521).

(215) Site Internet de la Tribune de Genève : <http://www.tdg.ch>

(216) Les sondages annonçaient : gauche 95 (max)-84(min.); droite 79 (max)-68(min.); 49% d'intentions de vote pour Bertrand Delanoë et 39 % pour Philippe Seguin.

(217) Articles également publiés dans La Tribune de Genève du 17 mars 2001 intitulés « La gauche arracherait la Mairie de Paris » de J.-F. Verdonnet et « Seguin sur le (double) fil du rasoir » de A. Penel.

(218) CE, 2 juin 1999, Meyet, Rec. p. 160, D.1999.IR.184 ; P. Aff. 11 oct. 1999, n° 202, p. 10, n. E. Desfougères ; Communication, Commerce électronique, oct. 1999, p. 25, n° 19, obs. A. Weber ; RFD Const. 42, 2000, p. 359, chron. M. Verpeaux. Cela a également été l'un des arguments du pourvoi formé devant la Chambre criminelle mais qui n'a toutefois pas été repris par la Cour (Cass. crim. 4 sept. 2001, D. 2001.IR.2723 ; Juris-Data n° 010865).

compétence de la Commission des sondages avait pour but d'assurer le respect de ces dispositions. C'est pourquoi il est nécessaire de présenter brièvement l'évolution jurisprudentielle et ses conséquences.

● *La controverse jurisprudentielle*

Le débat porte sur la liberté d'expression. Il faut rappeler que la liberté de communication et d'expression, reconnue par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, a été élevée à ce titre par le Conseil constitutionnel au rang d'un principe constitutionnel. Elle est accompagnée du droit du public à l'information (219). La liberté de la presse a deux aspects. La première conception est illustrée par la loi du 29 juillet 1991. C'est la liberté de ceux qui « font » la presse, c'est-à-dire le droit d'informer. La deuxième est mise en valeur dans la loi du 23 octobre 1984 (220) et la décision 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984 sur la loi relative aux entreprises de presse (221) qui est la liberté de ceux qui reçoivent l'information, le « droit à être informé » (222). La liberté de la presse trouve racine dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi » dont l'article 1er de la loi du 29 juillet 1881 constitue le prolongement fidèle. C'est la liberté de l'auteur, de l'éditeur, de l'imprimeur, c'est-à-dire la liberté « de celui qui émet ». En revanche, la « liberté de celui qui reçoit » ne fait pas l'objet d'une mention expresse. L'approfondissement contemporain de la liberté de la presse passe par le droit à être informé, par le droit à recevoir et choisir les idées ou opinions que l'on souhaite lire ou entendre. Le droit à être informé constitue l'autre versant de la liberté de la presse. Les deux versants de cette liberté relèvent de la même philosophie. Son fondement réside dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme précité dans la mesure où il contribue à rendre effective la communication des pensées et des opinions. Le Conseil constitutionnel dans sa décision des 10 et 11 octobre 1984 prend directement appui sur la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel insère au rang des normes constitutionnelles cet autre aspect de la liberté de la presse (223). Le droit à l'information pourrait être le fondement de la nécessité de garantir la qualité et l'objectivité des sondages c'est-à-dire cette nécessité de garantir la qualité et l'objectivité des sondages parce que cela permet d'assurer la droit à l'information.

(219) Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984 sur la loi relative aux entreprises de presse, L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. 599 Dalloz, 1999 ; J.-J. Bienvenu, note sous Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984 sur la loi relative aux entreprises de presse, AJDA, 20 déc. 1984, p. 684 spéc. p. 690.

(220) J.O. 24 oct. 1984, p. 3323.

(221) Déc. n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984 sur la loi relative aux entreprises de presse, L. Favoreu et L. Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, p. 599 Dalloz, 1999. Le Conseil constitutionnel fait référence « à la liberté des lecteurs » (§41), au « libre choix des lecteurs » (§43), au fait que « les lecteurs sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration des droits » (§38).

(222) J.-C. Masclet, La loi sur les entreprises de presse, AJDA, 20 déc. 1984, p. 644 ; v. également Déc. n° 86-217 DC, du 18 septembre 1986, Liberté de communication, RJC, déc. réunies par L. Favoreu, Litec, 1994, p. 283.

(223) J.-C. Masclet, La loi sur les entreprises de presse, AJDA, 20 déc. 1984, p. 644, spéc. p. 656 s.

α- Juridiction de l'ordre administratif : l'arrêt du Conseil d'État du 2 juin 1999, Meyet (224)

La question de la compatibilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 s'est posée à l'occasion de l'élection des représentants au Parlement européen qui devait se dérouler le 13 juin 1999. Dans cette affaire, le CSA avait pris une recommandation le 9 mars 1999 adressée à l'ensemble des services de télévision et de radio en vue de l'élection des représentants au Parlement européen, puis une décision le 11 mai 1999 relative aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle en vue de cette élection. La Commission des sondages avait émis un communiqué le 20 avril 1999 adressé aux organismes de sondages et aux organes de presse en vue de la même élection. Ces deux autorités ont enjoint aux organes de presse ou de communication par voie de radiodiffusion ou de télévision, aux organismes de sondages ainsi qu'aux candidats, de se conformer aux prescriptions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 en vertu desquelles, dans la semaine qui précède le scrutin, la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection sont interdits. M. Meyet demanda au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir de ces actes. Il soutenait que les dispositions qu'il attaquait étaient entachées d'illégalité, et faisait valoir à cette fin que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 serait, par suite d'un changement de circonstances, devenu incompatible avec la Convention européenne des Droits de l'homme. Il invoquait à l'appui de sa requête l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme reconnaissant à toute personne le droit de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées, et l'article 14 de la même Convention, précisant que la jouissance des droits reconnus dans la Convention doit être assurée sans discrimination. Le requérant invoquait dans le moyen un changement de circonstances depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1977 à la suite duquel l'article 11 de cette loi serait devenu incompatible avec l'article 10 de la Convention. Les deux problèmes juridiques qui étaient ainsi posés étaient, d'une part, les dispositions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 sont-elles incompatibles avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ? D'autre part, le juge administratif, pour contrôler la compatibilité d'une disposition législative avec un traité régulièrement ratifié ou approuvé, peut-il rechercher si l'incompatibilité est apparue postérieurement à l'intervention de la disposition ? La réponse à ces deux questions permettra de déterminer si le communiqué de la Commission des sondages enjoignant aux organismes de sondage et aux organes de presse de se conformer aux prescriptions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 est entaché d'illégalité (225).

Par l'arrêt du 2 juin 1999, la section du contentieux du Conseil d'État conclut à l'irrecevabilité de la demande aux motifs que par les dispositions contestées par le requérant, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages ont procédé à une interprétation des règles de droit applicables qui ne méconnaît ni le sens, ni la portée de ces règles et ne contrevient pas aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes et qu'il suit de là que ces dispositions ne sont pas de nature à faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et que, dès lors, la requête n'est pas recevable. Ainsi, le Conseil d'État accepte de contrôler un

(224) CE. 2 juin 1999, Meyet, Rec. p. 160, D.1999.IR.184 ; P. Aff.11 oct.1999, n° 202, p. 10, n. E. Desfougères ; Communication, Commerce électronique, oct.1999, p. 25, n° 19, obs. A. Weber ; RFD Const. 42, 2000, p. 359, chron. M. Verpeaux. Concl. Bonichot, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999.

(225) Cependant se pose préalablement le problème de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre le communiqué de la Commission des sondages mais que nous verrons infra, II, A.

communiqué de la Commission des sondages, et il affirme que l'interdiction de publier ou de diffuser des sondages pendant la semaine qui précède les élections ne constitue pas une atteinte à la liberté d'expression et que l'évolution de la situation ne rend pas incompatible les dispositions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

●-L'interdiction de publier ou de diffuser des sondages pendant la semaine qui précède les élections ne constitue pas une atteinte à la liberté d'expression

La question du conflit entre l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 et l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme avait déjà été tranchée dans un autre arrêt Meyet (226). Mais le contentieux de 1995 était un contentieux électoral relatif à l'annulation des élections européennes du 12 juin 1994, alors que celui de 1999 appartient au contentieux de l'excès de pouvoir (227). De la conciliation des libertés en présence, il ressort que l'interdiction de la publication des sondages prévue par la loi constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique.

*** Les libertés en présence**

Le droit à la liberté d'expression affirmé par l'article 10 Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 comprend, d'après le paragraphe 1, la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques. Or l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 semble difficilement conciliable avec ces libertés. Dans son alinéa premier, il dispose en effet que pendant la semaine qui précède chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci, sont interdits, par quelque moyen que ce soit, la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec une élection. Cette interdiction porte atteinte à la liberté d'expression puisqu'elle vient limiter la possibilité de publier ou diffuser ou commenter l'information que constitue un sondage mené sur ces élections. Le sondage constitue une information, or l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme reconnaît la liberté de communiquer des informations ou des idées, mais aussi de les recevoir. La liberté est atteinte aussi bien du côté des journalistes et éditeurs que des lecteurs. Le Conseil d'État admet que l'interdiction de publier ou de diffuser des sondages dans la semaine qui précède le scrutin constitue une atteinte à la liberté d'expression ainsi qu'une ingérence de la part de l'autorité publique dans le domaine du droit à la liberté d'expression au sens du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme (228). La question est de savoir s'il constitue une des restrictions autorisées par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

(226) C.E. Ass. 17 févr. 1995, Rec. p. 79

(227) Chron. M. Verpeaux, in RFD Const. 42, 2000, p. 362.

(228) *ibid.*

* L'interdiction de publier les sondages, une restriction nécessaire à l'exercice des libertés

Le droit à la liberté d'expression peut connaître des restrictions, mais celles-ci doivent répondre à des conditions énumérées par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Cet article prévoit que l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités, il peut être soumis à des restrictions, mais aussi à des sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique, dès lors qu'elles répondent à l'une ou l'autre des exigences énumérées audit paragraphe. Le Conseil d'État commence par rappeler que l'un des critères justifiant la restriction à la liberté d'expression est la protection des droits d'autrui. Puis il examine la restriction qu'apporte l'article 11 de la loi de 1977 au regard des critères du paragraphe 2 de l'article 10. La limitation posée par l'article 11 précité est prévue par la loi. Elle doit être justifiée par un objectif légitime. Or elle a pour but de permettre que les électeurs ne soient pas influencés par une avalanche de sondages qui ont un impact d'autant plus grand que la vie politique est bipolarisée et ils sont susceptibles d'être induits en erreur par des sondages inexacts ou pire, par des manœuvres qu'il pourrait s'avérer difficile de sanctionner dans le cadre du contentieux électoral. Enfin, le caractère proportionné de la limitation résulte de la durée limitée dans le temps de l'interdiction. Elle est une mesure nécessaire selon le Conseil d'État, suivant en cela l'avis du Commissaire du Gouvernement Bonichot (229).

Le Conseil d'État vise expressément « la protection des droits d'autrui » pour justifier la restriction. Il s'agit de protéger les électeurs, de veiller à ce que leur choix ne soit point influencé. Il rappelle que la raison d'être de la restriction apportée par l'article 11 loi du 19 juillet 1977 est le souci du législateur d'éviter que le choix des citoyens ne soit influencé dans les jours qui précèdent immédiatement un scrutin par une appréciation qui peut être erronée, sans qu'aucune rectification puisse utilement intervenir, des chances respectives des candidats. Cet argument avait été invoqué lors des travaux préparatoires de la loi de 1977. Ce qui motivait le législateur de 1977 et ce que retient le Conseil d'État, c'est que ces sondages peuvent avoir l'apparence du vrai et se révéler faux, sans que quiconque, faute de temps, puisse corriger cette fausse impression. Le rattachement de la liberté de choix des électeurs aux droits d'autrui peut surprendre. En effet, il peut sembler surprenant de faire entrer dans son champ d'application la protection d'une opinion, d'une conviction, qui peut évoluer librement (230). La Cour de cassation, dans l'arrêt rendu par la chambre Criminelle le 14 mai 1996, évoquait les droits des électeurs contre une pression qui pourrait s'exercer sur leur conscience à la veille du scrutin et a décidé que les limitations de l'article 11 étaient justifiées par la protection des droits d'autrui, c'est-à-dire du droit de l'électeur, à l'objectivité et à la sérénité de son vote (231). Le Conseil d'État montre clairement le lien entre la raison d'être, la

(229) Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Bonichot, rappelle que la limitation existe ailleurs avec des durées variables : deux jours en Grèce, une semaine au Portugal et en Allemagne, deux semaines en Italie, un mois au Luxembourg, alors qu'il n'y a pas de limitation en Irlande, en Autriche, aux Pays-Bas, au Royaume-Unis et au Danemark (concl. sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11).

(230) Chron. M. Verpeaux, in RFD Const. 42, 2000, p. 359.

(231) Le Conseil d'État de Belgique a considéré au contentieux par un arrêt du 17 février 1989 que l'interdiction de diffuser des sondages dans les trente jours avant l'élection était incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme et la section de législation a confirmé cette position dans un avis du 12 avril suivant. La Cour suprême du Canada a pris la même position à propos d'une loi qui interdisait la divulgation des sondages dans les trois jours précédant le scrutin par

motivation de l'interdiction et la protection des droits d'autrui. L'objectif du législateur, lorsqu'il interdit ces publications et diffusions de sondages, est de protéger le libre choix des électeurs en évitant qu'ils ne soient influencés dans les jours qui précèdent immédiatement un scrutin. Le Conseil d'État interprète la notion de droits d'autrui dans le cadre de la marge d'appréciation que la Convention européenne laisse au législateur. Mais la liberté de choix des électeurs doit-elle être protégée et doit-elle l'être de cette façon ? Ce moyen de protection est-il efficace ?

Ce qui est critiqué à travers le rappel des dispositions législatives dans les actes de la Commission des sondages et du Conseil supérieur de l'audiovisuel, c'est la loi du 19 juillet 1977 elle-même au regard du traité (232). Les dispositions rappelant ou interprétant la loi du 19 juillet 1977 seraient incompatibles avec la Convention européenne des Droits de l'homme selon le requérant parce que la loi de 1977 serait incompatible avec elle. Le Conseil d'État considère que la restriction est justifiée. D'autre part, il invoque la durée limitée dans le temps de la restriction, et la marge d'appréciation que l'article 10, paragraphe 2, de la Convention réserve au législateur national. Ainsi, conclut le Conseil d'État, les dispositions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention. Le Conseil d'État avait déjà jugé que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 n'était pas incompatible avec la liberté d'expression consacrée par la Convention européenne des Droits de l'homme ni avec le Pacte international sur les droits civils et politiques dans l'arrêt d'Assemblée du 17 février 1995, *Meyet* précité. Mais le requérant (233) ne conteste pas tant le fait que les dispositions de l'article 11 aient été originellement incompatibles avec les engagements internationaux de la France, il soutient qu'il en irait désormais différemment.

②-*L'évolution de la situation ne rend pas incompatible les dispositions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme*

Le contrôle de conventionnalité d'un texte peut être exercé par le juge administratif sans condition de délai, à propos de l'édiction de tout acte administratif d'application d'une loi (234). La loi du 19 juillet 1977 n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel et la Cour européenne des Droits de l'homme n'a jamais été saisie d'une question identique à celle posée par l'article 11 de la loi française.

Le Conseil d'État reconnaît la possibilité d'apprécier le critère d'incompatibilité survenu postérieurement à l'intervention de la disposition. Dans son troisième considérant le Conseil d'État rappelle, en visant l'article 55, que la juridiction compétente pour connaître du moyen portant sur la compatibilité des dispositions législatives avec le Traité régulièrement ratifié ou approuvé peut rechercher si l'incompatibilité existait dès l'origine ou est apparue postérieurement. Cela constitue une innovation importante dans l'examen de la conventionnalité des lois. La nécessité de ce double examen est déduite des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution ». Cette référence n'est pas claire. Selon M. Verpeaux (235), on ne peut que considérer que l'examen de la compatibilité d'une loi, par rapport à un traité ratifié ou approuvé

un arrêt du 29 mai 1998 (cité in Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11).

(232) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11.

(233) Le requérant avait déjà été débouté sur ce point dans l'espèce du 17 février 1995.

(234) Chron. M. Verpeaux, in RFD Const. 42, 2000, p. 359.

(235) *ibid.*

doive être, pour des raisons spécifiques, opéré à la fois dès l'édiction de la loi et postérieurement (236).

Le critère d'incompatibilité réside dans un changement de la situation de droit et non dans un changement de la situation de fait. La question qui se posait concerne la compatibilité, et plus précisément le moment d'appréciation de l'existence d'un élément d'incompatibilité. Ce critère serait le fait que l'interdiction ait cessé d'être nécessaire, c'est-à-dire que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 serait devenu incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme et surtout avec l'interdiction de discrimination posée par l'article 14 de la Convention. Ces dispositions pouvaient selon le pourvoi être compatibles dès l'origine, mais, par suite d'éléments nouveaux auraient cessé de l'être. Le Conseil d'État admet dans un premier temps la possibilité de contrôler si l'incompatibilité existait dès l'origine. Dans un second temps, il contrôle l'apparition postérieure d'un critère d'incompatibilité.

Le requérant soutenait à l'appui de son pourvoi que du fait de la diffusion des résultats de sondages par des chaînes de télévision ou des journaux étrangers, ou par les opérateurs de réseaux de communication par ordinateurs, « l'interdiction édictée par la loi aurait cessé d'être nécessaire au sens de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme et engendrerait des discriminations entre les citoyens qui seraient contraires à son article 14 ». L'article 10, dans son paragraphe 2, dispose que les restrictions à ce droit doit constituer une mesure nécessaire. Pour le requérant, la possibilité d'accéder aux informations prohibées parce qu'elles sont publiées à l'étranger rend inutile la mesure (237). N'étant plus nécessaire, l'interdiction de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 est incompatible avec l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme. De plus, cette interdiction est source de discrimination, parce que tous les français n'ont pas accès à ces organes étrangers d'information mais elle est limitée à ceux qui disposent d'un accès à Internet ou qui peuvent se procurer la presse écrite ou radio-télévisée de ces régions, ce qui peut restreindre aux personnes résidant dans des zones frontalières ou qui ont les moyens suffisants pour obtenir ces documents. Et il résulte de l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme que « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) la fortune, (...) ou toute autre situation ». La rédaction très large de cet article permet de fonder le moyen. Selon le Commissaire du gouvernement (238), l'argument selon lequel la législation n'est plus valable parce qu'elle pourrait désormais être ouvertement violée et qu'elle porterait atteinte à l'égalité entre les citoyens ne peut être retenu. S'il reconnaît que l'internationalisation des communications a limité la portée effective de la loi du 19 juillet 1977, que les réseaux câblés, les antennes paraboliques et Internet ont permis d'obtenir des informations de l'étranger et que les organes de presse étrangers sont totalement libres, de faire état de sondages relatifs aux élections en France (239), il

(236) Le Commissaire du Gouvernement a cependant estimé que la possibilité d'effectuer un contrôle évolutif de la loi par rapport à un engagement international tenait aux spécificités de ce rapport. La compatibilité ou l'incompatibilité peuvent varier en fonction de plusieurs paramètres tels que la survenance d'un traité postérieur à la loi, la remise en vigueur d'un traité ou d'une stipulation d'un traité ou un changement dans l'interprétation d'un traité (Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11).

(237) Il est à noter que les clauses de vente des sondages contrôlées : en principe les organismes français ne doivent pas vendre ces sondages à l'étranger.

(238) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11.

(239) Comp. CE. Ass. 20 oct. 1989 (RFDA 1990-86, concl. A.M. Leroy) qui a décidé que la loi de 1977 n'empêchait pas la publication et la diffusion en France de sondages réalisés hors de France au sujet

rappelle que la validité d'une loi ne se juge pas en fonction de la plus ou moins grande effectivité de son application. L'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 est-il devenu, par suite d'un changement de circonstances, incompatible avec les engagements internationaux souscrits par la France? Le Commissaire du Gouvernement considérait que la jurisprudence sur les changements de circonstances de droit ou de fait qui peuvent affecter la légalité des règlements administratifs ne peut pas être transposée purement et simplement aux lois (240). Le juge administratif ne peut connaître de la validité d'une loi que par rapport aux engagements internationaux. Il ne peut donc dire qu'un changement dans les circonstances de fait pourrait affecter la validité d'une disposition législative. En revanche, rien n'interdit au juge de faire varier son interprétation des textes en fonction de l'évolution de la société (241). Le Conseil d'État reconnaît l'existence d'une évolution, mais il précise qu'elle n'est pas de nature à engendrer une incompatibilité. D'après le Conseil d'État, seul un changement dans la situation de droit engendrerait une incompatibilité entre les stipulations de l'article 10 Convention européenne des Droits de l'homme et la loi nationale. Seul le changement dans la situation de droit engendrant une incompatibilité entre l'article 10 Convention européenne des Droits de l'homme et l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 ferait un obstacle juridique. Or il n'y en a pas. Le Conseil d'État relève que l'essentiel de l'argumentation développée par le requérant tient au changement de circonstances de fait, à l'évolution des conditions économiques et techniques, dans lesquelles la loi est concrètement appliquée. Le Conseil d'État ne peut pas tirer de cette évolution un argument juridique.

Le changement dans la situation de droit aurait pour conséquence de créer une incompatibilité entre l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 et l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Ensuite, si cette incompatibilité existait, elle ferait « juridiquement obstacle » à l'application de la loi de 1977. Pourquoi ferait-elle obstacle? En vertu de l'article 55 de la Constitution et de la supériorité des traités régulièrement ratifiés sur les lois, mêmes postérieures. Pourquoi ne viser qu'un changement dans une situation de droit? Est-ce parce que l'article 10 prévoit que les restrictions doivent être prévues par la loi et que seule une évolution de même nature pourrait y porter atteinte? Il est exact que pour qu'une loi connaisse un changement, ce ne peut être qu'une modification ou une abrogation, et un tel changement ne peut être opéré que par une norme de même niveau ou de niveau supérieur, mais non par une situation de fait. La loi a vocation à s'appliquer aux faits, non à s'y soumettre. La loi n'étant pas modifiée, il n'y pas d'incompatibilité entre l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 et l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

Pour le Conseil d'État, l'existence de nouveaux moyens de diffusion des résultats de sondages par des chaînes de télévision ou des journaux étrangers, ou par les opérateurs de réseaux de communication par ordinateurs ne constitue pas un changement dans la situation de droit, mais un changement dans la situation de fait. Et un changement dans la situation de fait ne saurait avoir d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation qu'a l'autorité administrative d'en assurer l'application. Le Conseil d'État, s'il rejette l'argument, ne lui dénie pas tout effet. Ce changement peut conduire le législateur, dans son pouvoir souverain d'appréciation, à considérer que l'évolution en cause justifierait des modifications de certaines modalités de la

d'opérations électorales s'étant déroulées dans un pays étranger dans le cadre des élections européennes.

(240) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11.

(241) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11.

loi en cause, ou même son principe. Mais une telle évolution serait à l'initiative du législateur, et non une conséquence directe de l'évolution de la situation de fait. Elle n'a pas d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation qu'a l'autorité administrative d'en assurer l'application. Ainsi, le Conseil d'État précise que le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages ont pu prendre respectivement les recommandations, décisions et communiqués en toute légalité.

Le Conseil d'État rejette le moyen fondé sur la discrimination en se fondant une fois encore sur la distinction entre changement de la situation de droit et changement de la situation de fait. Il affirme que le caractère général et impersonnel de l'article 11 de la loi de 1977 ne permet pas de considérer qu'il contienne des dispositions de nature discriminatoires. Le Conseil d'État se fonde sur la rédaction de l'article, sur un argument de texte, alors que le demandeur invoquait l'évolution des circonstances de fait. Là encore, un changement dans la situation de fait n'est pas constitutif d'une discrimination permettant de conclure à l'incompatibilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

L'administration doit s'abstenir de faire application d'une loi contraire à un traité (242). Si la loi est contraire au traité, la Commission des sondages ne peut prendre un acte d'application de celle-ci.

β- Juridictions de l'ordre judiciaire

● Jugement du Tribunal de grande instance de Paris, rendu le 15 décembre 1998 (243)

A l'occasion des élections législatives organisées les 25 mai (premier tour) et 1er juin 1997 (deuxième tour), le quotidien « Le Parisien » daté du 30 mai 1997 a publié un sondage réalisé par l'institut C.S.A., ainsi qu'un article de Dominique de Barrigues de Montvallou intitulé « Législatives - la gauche aurait la majorité dimanche », reprenant et commentant les résultats de ce sondage d'opinion. Cette publication ayant eu lieu entre les deux tours, la Commission des sondages déposa une plainte et des poursuites pénales furent engagées. Le Procureur de la République fit citer devant la chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance M. Philippe Amaury, directeur de publication du journal « Le Parisien » et le journaliste Dominique de Barrigues de Montvallou, pour avoir, au cours de la semaine précédant le scrutin, publié et commenté un sondage d'opinion ayant un rapport avec l'élection législative, faits qui sont prévus et réprimés aux articles 1, 11, 12 de la loi du 19 juillet 1977 et 90-1 du Code électoral, article qui fixe le montant des sanctions.

Le Tribunal de grande instance commence par rappeler les dispositions des articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme, puis il précise que ces dispositions ont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, « une valeur supérieure à la loi interne et leur autorité s'impose aux juridictions nationales » (244). Et c'est sur cette base qu'il considère qu'il lui appartient de rechercher si les dispositions des articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 sont conformes aux

(242) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11 ; M. Verpeaux considère qu'en décider autrement aurait conduit à un contrôle d'opportunité (Chron. RFD const. 42, 2000, p. 359).

(243) TGI Paris, 17^e ch. corr. 15 déc. 1998, aff. Ministère public c/MM. Amaury et de Barrigues de Montvallou, jugement n° 9719203487, AJDA 20 juin 1999, p. 521 n. E. Desfougères.

(244) Comp. CE. 2 juin 1999 préc. le juge administratif se doit aussi d'appliquer un traité supérieur à la loi.

exigences des articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Le raisonnement suivi est le suivant. Les magistrats reconnaissent d'abord que la publication et les commentaires du sondage litigieux étaient interdits pendant la semaine précédant le scrutin du 1er juin 1997, parce que l'interdiction posée par l'article 11 de la loi de 1977 présente un caractère général et que la seule exception prévue à l'alinéa 2 de cet article n'intéresse pas les faits en cause. Mais ils précisent qu'une telle interdiction n'apparaît plus compatible avec la liberté de donner et de recevoir des informations sans considération de frontières posée à l'article 10 paragraphe 1 de la Convention européenne, ni avec le principe d'égalité des citoyens devant la loi qui est protégé par l'article 14 de la même Convention. Sur quels arguments les juges du fond s'appuient-ils ? Selon eux, « dès lors que les sondages publiés à l'étranger en toute légalité, sont connus, grâce aux moyens actuels de communication et notamment grâce à Internet, par des milliers d'électeurs français, l'interdiction de diffusion de ces informations par les médias nationaux pendant la semaine précédant le scrutin ne constitue plus une mesure nécessaire dans une société démocratique pour assurer la liberté des élections et la sincérité du scrutin ». Le Tribunal s'est appuyé sur le fait que l'apparition de nouveaux moyens d'information, au premier rang desquels le réseau informatique Internet, et l'internationalisation des moyens de communication permettent un contournement de la loi du 19 juillet 1977, et que par suite, l'interdiction n'apparaît plus compatible avec la liberté de donner et de recevoir des informations sans considération de frontière. D'autre part, elle est contraire au principe d'égalité devant la loi en ayant pour effet « de créer une discrimination entre les citoyens, au regard du droit à l'information », entre les citoyens favorisés qui ont accès à Internet et ceux qui n'en bénéficient pas. Il est bon de noter qu'au regard du droit à l'information, la volonté de fournir une information complète et objective à leurs lecteurs était le moyen essentiel mis en avant par les responsables de publications. La conséquence de ces constatations est que les dispositions des articles 11 et 12 de la loi de 1977 sont déclarées incompatibles avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme et ne peuvent recevoir application. Le Tribunal prononce la relaxe des prévenus.

Mais le Ministère public interjette appel du jugement, uniquement à l'encontre du directeur de publication, toujours sur la même question de la conformité des articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 avec les articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

● Arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu le 29 juin 2000 (245)

Le Ministère public plaide en faveur de la conformité de la loi française. Ses arguments étaient les suivants : la loi française, qui prohibe seulement la publication des sondages pendant d'une courte période, se borne à garantir la sincérité du scrutin. Le législateur est fondé à édicter des mesures restrictives à la diffusion de sondages en période électorale afin de protéger le libre exercice du droit de suffrage du citoyen. De plus, dans un arrêt du 14 mai 1996 (246), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait estimé que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 était conforme à l'article 10 de la Convention. Dans un arrêt du 23 janvier 1984, puis dans l'arrêt précité du 2 juin 1999, le Conseil d'État a jugé que la

(245) CA. Paris, 29 juin 2000, ch. n° 11, Sect. B, Juris-Data n° 126854.

(246) Cass. crim. 14 mai 1996, Bull. crim. n° 204, D. 1996, IR. 183, Gaz. Pal. 1996, 2^e sem. chron. crim. p. 148 ; v. également dans le même sens CA Paris, ch. n° 11, Sect. A, 6 avr. 1994, Juris-Data n° 022149, JCP.G.1994.IV.2446 ; CA Paris, ch. n° 11, Sect. B, Juris-Data n° n° 129178.

diffusion de sondages d'opinion dans la semaine précédant le scrutin était, dans certaines circonstances, de nature à en altérer la sincérité. Enfin, l'article 14 de la Convention européenne ne peut être interprété comme créant une égalité de droits pour obtenir des informations susceptibles de nuire au libre arbitre des électeurs. La défense, quant à elle, développait l'argumentation selon laquelle la loi du 19 juillet 1977 était une loi de circonstance, et que le contexte avait changé en raison du pluralisme de la presse et de la diffusion d'informations par Internet ou par le Minitel. Ensuite, la liberté des élections et la sincérité du scrutin ne figurent pas parmi les cas permettant de déroger à la liberté d'expression prévus par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne. Certes, le défenseur ne nie pas que la protection des droits d'autrui, visée par ce texte, puisse justifier des dispositions restrictives, mais il considère que la publication d'un sondage n'est pas en tant que telle attentatoire à la protection et à la réputation des droits d'autrui. Enfin, il invoque le caractère discriminatoire de l'article 11 de la loi de 1977, qui ne serait pas conforme à l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme aux motifs que l'interdiction édictée par la loi française serait constitutive d'une discrimination fondée sur les techniques actuelles.

La Cour, dans son arrêt rendu le 29 juin 2000 (247) infirme la décision. Elle commence par rappeler les termes des articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme, puis évalue les avantages et les inconvénients des droits en présence, à savoir la liberté d'information et le libre choix des électeurs. En premier lieu, elle considère que « les sondages réalisés dans la perspective d'un scrutin, s'ils participent à l'information des citoyens, peuvent également avoir une influence sur leur choix, tout particulièrement à l'égard des électeurs indécis ; que cette influence est incontestable, quoique difficilement quantifiable, et naturellement variable suivant le contexte politique et les individus ». Et elle donne à titre d'exemple le fait que le sondage peut inciter les électeurs à l'abstention s'ils estiment que leur vote sera sans effet sur l'issue du scrutin. La situation respective des candidats apparaissant dans un sondage peut également conduire les électeurs à se déterminer en faveur ou en défaveur de l'un d'eux et modifier le résultat final. Enfin, elle rappelle que malgré des progrès sensibles, la fiabilité des sondages n'est pas totale. C'est pourquoi les magistrats considèrent que « si le choix des électeurs doit être éclairé, il doit pouvoir s'exercer librement, c'est-à-dire dans des conditions de nature à préserver la réflexion personnelle, notamment dans les jours qui précèdent la consultation. ». La Cour conclut que les effets des sondages relèvent de la protection des droits d'autrui, au sens de l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne, les droits d'autrui étant « à la fois ceux des électeurs, dont la réflexion personnelle doit être sauvegardée, et ceux des candidats pour qui le scrutin doit être incontestable ». Après avoir établi la cause justifiant la restriction à la liberté d'expression, les magistrats répondent à l'argument selon lequel la loi serait une loi de circonstance. La prohibition de la publication des sondages dans la semaine précédant un scrutin était une condition nécessaire de l'expression du libre choix des électeurs, valable en 1977 et elle le demeure actuellement pour les mêmes motifs. La durée du délai d'une semaine est qualifiée de délai raisonnable, ce qui permet de concilier les droits en présence, c'est-à-dire la liberté d'expression et les droits d'autrui.

Enfin, pour répondre au moyen fondé sur le caractère discriminatoire de la disposition française, la Cour examine deux points. En premier lieu, la loi du 19 juillet 1977 elle-même. Celle-ci est d'application générale, ce qui permet aux magistrats de considérer qu'elle ne comporte en elle-même aucune discrimination.

(247) C.A. Paris, 11^e ch. B., 29 juin 2000, Juris-Data n° 126854 ; D. 2000, IR. 255.

En second lieu, les techniques modernes de communication ne connaissent pas de frontière. Elles permettent certes de contourner la prohibition légale dans la mesure où des sondages réalisés à l'étranger peuvent aisément parvenir à la connaissance des citoyens français. Mais la Cour dénie à cette circonstance la qualification de discrimination au sens de l'article 14 de la Convention au motif qu'il « peut conduire à remettre en cause de nombreuses législations, telles que celles sur le droit d'auteur ou sur la fraude informatique ». Elle préconise seulement une harmonisation de la législation au niveau européen (248). Ainsi, la Cour d'appel se prononce sur la compatibilité des articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 avec les prescriptions des articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme et infirme le jugement. Le directeur de publication du journal forme un pourvoi devant la Cour de cassation.

③ *Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, rendu le 4 septembre 2001 (249)*

Le pourvoi de M. Amaury est fondé sur les articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Il soutient que la liberté d'expression ne peut être limitée que par des « mesures nécessaires », c'est-à-dire qui répondent à un besoin social impérieux, et que les cas sont limitativement énoncés par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Selon lui, l'interdiction de publication des sondages d'opinion édictée par les articles 11 et 12 de la loi de 1977 est incompatible avec les dispositions précitées de la Convention européenne, cette interdiction n'ayant ni pour but ni pour objet de protéger le libre choix des électeurs et étant discriminatoire dans la mesure où les modes modernes de diffusion des nouvelles permettent à des organes de presse étrangers de publier et de diffuser les sondages effectués dans la semaine précédant le scrutin. Les restrictions imposées par la loi du 19 juillet 1977 ne constituent pas des « mesures nécessaires à un besoin social impérieux ». Le problème juridique, identique à celui qui s'est posé devant les autres juridictions, était de savoir si les dispositions des articles 11 et 12 de la loi du 19 juillet 1977 sont compatibles avec les dispositions des articles 10 et 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Et plus précisément, constituent-elles une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations qui est une mesure nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention ?

La Cour de cassation conclut à l'incompatibilité des dispositions et casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel. Elle vise l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'homme et dans le chapeau qui reprend en substance les dispositions de l'article visé, « selon ce texte, toute personne a droit à la liberté d'expression ; que l'exercice de ce droit, qui comprend, notamment, la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ne peut comporter de conditions, restrictions ou de sanctions prévues par la loi que lorsque celles-ci constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, notamment à la protection de la réputation ou des

(248) Une telle motivation est peut être discutable : la question peut se poser ainsi : le critère constituant la discrimination doit-il être de droit ou peut-il être de fait ? L'article 14 vise comme élément de distinction le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Tous les cas envisagés sont des éléments de fait, et on peut supposer que l'expression « toute autre situation » se réfère à des cas analogues. De plus, nier les discriminations fondées sur des circonstances de fait reviendrait à priver d'une très grande partie de ses effets l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

(249) Cass. crim. 4 sept. 2001, D. 2001.JR.2723 ; Juris-Data n° 010865.

droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». Puis elle considère qu'en « interdisant la publication, la diffusion et le commentaire, par quelque moyen que ce soit, de tout sondage d'opinion en relation avec l'une des consultations visées par l'article 1er de la loi du 19 juillet 1977, les textes fondant la poursuite instaurent une restriction à la liberté de recevoir et de communiquer des informations qui n'est pas nécessaire à la protection des intérêts légitimes énumérés par l'article 10§2 de la Convention susvisée; qu'étant incompatibles avec ces dispositions conventionnelles, ils ne sauraient servir de fondement à une condamnation pénale ». La Cour prononce la cassation sans renvoi. Les faits poursuivis ne peuvent faire l'objet d'aucune incrimination et elle prononce la relaxe.

La confrontation de la liberté d'expression et du libre choix des électeurs a abouti au rejet de la qualification de mesure nécessaire à la restriction apportée à la liberté d'expression. Les conséquences de l'incompatibilité sont que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 est insusceptible de fonder une condamnation pénale, et plus largement, cela aboutit à la limitation du champ d'application de la loi du 19 juillet 1977.

La Commission des sondages observe qu'en l'absence de modification de l'article 11 de la loi de 1977, « les condamnations pénales qui seraient prononcées en application de cette disposition seraient susceptibles d'être annulées en application de cette décision. L'interdiction prévue par la loi risque donc, en l'état actuel de la jurisprudence, d'être dépourvue de sanction pénale, et partant, de portée concrète » (250). La Commission n'envisage plus à présent de saisir le parquet des manquements à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 qu'elle serait amenée à constater (251). Cette jurisprudence a pour conséquence de placer la Commission des sondages dans une position difficile, faute de moyens suffisants à sa disposition, pour assurer en temps utile et de manière efficace le contrôle des sondages publiés à quelques jours, voire le jour du scrutin. Une mise au point indiquant l'absence de fiabilité d'une enquête qui serait rendue postérieurement au vote serait peu efficace. Or « la liberté de diffuser des sondages électoraux jusqu'au moment du vote ne s'entend qu'accompagnée, en contrepartie, de la garantie de la qualité de ces sondages » (252).

②- De lege ferenda : hypothèse de modification de la loi du 19 juillet 1977

α- Débats parlementaires

En mai 2001, des débats parlementaires avaient été menés dans le but d'apporter des modifications à la loi du 19 juillet 1977 (253). Dans une proposition de loi, les sénateurs Daniel Hoeffel et Charles Jolibois rappellent que si supprimer

(250) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », par M le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar, p. 10.

(251) Ibid.

(252) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », par M le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar, p. 10; une telle situation reporte éventuellement sur le juge de l'élection la charge de mesurer si la publication tardive d'un sondage, qu'il soit ou non constitutif d'une manœuvre, a faussé les résultats du scrutin.

(253) Proposition de loi « Publication et diffusion de certains sondages d'opinion », par D. Hoeffel, P. Gélard, C. Jolibois, Sénat, n° 57, 2000-2001; Rapport « Actualisation de plusieurs dispositions du code électoral », première lecture, P. Gélard, Sénat, Commission des lois, n° 310, 2000-2001; Débats parlementaires, séance du 17 mai 2001, session ordinaire 2000-2001, J.O. Sénat, p. 2171; Sénat, Analyse des discussions législatives et des scrutins publics, Texte des résolutions européennes, Année 2000-2001, II, Session ordinaire 2000-2001, période du 9 janvier au 28 juin 2001, p. 336 s.

l'interdiction de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 va dans le sens du développement des moyens de communication, la levée de l'interdiction serait source d'une difficulté qui tient à l'organisation des campagnes électorales (254). L'interdiction de publier des sondages depuis le territoire national peut avoir des effets pervers en encourageant la circulation en France de sondages réalisés dans des pays où la législation visant à assurer la qualité et l'objectivité des sondages est insuffisante (255). C'est pourquoi ils préconisent que soient interdits la diffusion et le commentaire de tout sondage le jour qui précède chaque tour de scrutin ainsi que pendant le déroulement de celui-ci jusqu'à l'heure de fermeture du dernier bureau de vote. Le sénateur Patrice Gélard, dans son rapport a jugé possible cette limitation de l'interdiction dès lors que la réglementation des sondages d'opinion serait renforcée durant la période précédant une élection (256). Ce but pourrait être atteint notamment en conditionnant la publication et la réalisation des sondages par un organisme déclaré auprès de la Commission des sondages au moins trois mois avant le premier tour de scrutin, et en renforçant les possibilités reconnues à la Commission des sondages d'exiger la publication de mises au point selon les modalités prévues pour le droit de réponse et de prévoir la possibilité de mises au point par la Commission des sondages dans le cas de réception en France de sondages publiés à l'étranger, en particulier par Internet (257). Lors des débats parlementaires a été souligné le fait que la matière intéresse à la fois l'information du citoyen et sa capacité à choisir ses représentants en toute clairvoyance et en toute responsabilité. Il ne serait pas raisonnable, selon les sénateurs, d'ouvrir un espace de liberté sans prévenir les possibles débordements qui transformeraient un sondage, simple instrument d'analyse et d'information préélectoral, en élément de propagande politique (258). La liberté accrue des sondages suppose le respect de principes et d'une déontologie (259).

En janvier 2002 un projet de loi « modifiant la loi n° 77-808 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion » (260) a été discuté en Conseil des ministres et devrait être soumis au Parlement. Il substitue à l'interdiction d'une durée d'une semaine prévue par l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, une interdiction qui ne commencera à courir qu'à compter de la veille du scrutin, soit le vendredi à minuit. En outre, il prévoit que l'interdiction s'appliquera à tous les sondages, y compris ceux qui auraient fait l'objet d'une publication, d'une diffusion ou d'un commentaire avant cette date. Toutefois, cette interdiction ne fera

(254) Proposition de loi « Publication et diffusion de certains sondages d'opinion », par D. Hoeffel, P. Gélard, C. Jolibois, Sénat, n° 57, 2000-2001, p. 4. En 1974, lorsque le Président Alain Poher a demandé au journal France Soir de ne pas publier un sondage le samedi précédant le deuxième tour de l'élection présidentielle, il était préoccupé par le fait que le code électoral interdit aux candidats de faire campagne le samedi précédant le scrutin. La publication le jour de l'élection donne l'occasion aux journalistes d'intervenir directement dans la campagne, alors que les candidats n'ont plus de droit de réponse. Rapp. art. L.49 C. élect.

(255) Rapport « Actualisation de plusieurs dispositions du code électoral », première lecture, P. Gélard, Sénat, Commission des lois, n° 310, 2000-2001 p. 36.

(256) Ibid.

(257) Rapport « Actualisation de plusieurs dispositions du code électoral », première lecture, P. Gélard, Sénat, Commission des lois, n° 310, 2000-2001 p. 5, p. 37; la période pendant laquelle ces garanties supplémentaires seraient applicables serait de quinze jours précédant un tour de scrutin. v. également Débats parlementaires, séance du 17 mai 2001, session ordinaire 2000-2001, J.O. Sénat, p. 2195.

(258) G. Allouche, Débats parlementaires, séance du 17 mai 2001, session ordinaire 2000-2001, J.O. Sénat, p. 2180.

(259) D. Hoeffel, Débats parlementaires, séance du 17 mai 2001, session ordinaire 2000-2001, J.O. Sénat, p. 2182.

(260) Document Assemblée nationale, n° 3540, à paraître; en ligne sur le site <http://www.legifrance>, 17 janvier 2002, connexion à 17.00h.

pas obstacle à la poursuite de la diffusion des publications parues ou des données mises en ligne avant le vendredi à minuit. L'objet de la loi n'est ni de contraindre les gestionnaires des sites Internet à supprimer leurs archives accessibles au public des informations relatives à des sondages, ni de faire cesser la mise en vente des publications parues les jours précédents. Enfin, pour garantir que la Commission des sondages pourra exercer efficacement son contrôle, la notice que l'organisme doit lui adresser devra lui être désormais transmise avant la publication ou la diffusion du sondage.

β- Propositions de la Commission des sondages

La Commission des sondages estime quant à elle qu'une modification de la loi du 19 juillet 1977 s'impose à bref délai, non seulement une modification de l'article 11, mais d'autres dispositions qui « gagneraient à être précisées ou adaptées ». Sur l'article 11, « la motivation de la Cour de cassation, selon la Commission des sondages, ne permet pas d'apprécier si l'interdiction de publication est, dans son principe, incompatible avec la Convention européenne des Droits de l'homme ou si l'incompatibilité découle de la durée excessive de cette interdiction » (261). Elle propose une interdiction débutant à minuit, le vendredi précédant le scrutin, suivant la proposition de loi adoptée par le Sénat en mai 2001. Une telle interdiction, dont le début coïnciderait avec la fin de la campagne électorale, couvrirait les vingt-quatre heures précédant le scrutin ainsi que le jour du scrutin dans sa totalité. Cette solution pourrait être de nature, selon la Commission, à concilier le respect de la liberté d'information et l'exigence d'un contrôle efficace. Enfin, pour pouvoir assurer le contrôle le plus efficace des sondages d'opinion qui pourraient être publiés ou diffusés très peu de temps avant le scrutin, la Commission des sondages souhaite que l'article 3 de la loi du 19 juillet 1977 soit modifié « afin de prévoir que la notice que les instituts doivent remettre à la Commission parvienne au secrétariat de la Commission au plus tard 24 heures avant la publication ou la diffusion du sondage » (262). La Commission explique sa proposition par la nécessité de disposer très rapidement des éléments nécessaires au contrôle des sondages, alors que la pratique des instituts est d'envoyer les notices au dernier moment, parfois même après la publication du sondage, obligeant ainsi le secrétariat à des rappels téléphoniques.

La Commission des sondages va faire davantage application des pouvoirs de contrôle que lui confère la loi. En effet, à présent que l'interdiction de publier des sondages dans la semaine précédant le scrutin ne peut plus être mise en œuvre, le besoin de veiller au respect de la qualité et de l'objectivité des sondages demeure, et il n'a jamais été contesté que parfois, et surtout en période électorale, des risques d'abus pouvaient survenir. La mission de contrôle de la Commission des sondages est toujours d'actualité, avec d'autant plus d'acuité.

La loi a un domaine d'application général. On ne peut confier à des autorités administratives indépendantes le pouvoir d'édicter des normes dans des domaines relevant de l'intérêt général. C'est peut être pourquoi la fonction normative de la Commission des sondages est limitée. En revanche, elle dispose de connaissances techniques étendues et peut émettre des propositions avisées, bien informées sur des secteurs techniques et en cela participer au processus normatif. La mission pour laquelle la Commission des sondages a été instituée est d'assurer la qualité et l'objectivité des sondages. Son rôle va être accru avec l'évolution de la

(261) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », par M. le Président J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar, p. 11.

(262) *ibid.*

réglementation des publications de sondages en période pré-électorale. Pour ce faire, elle dispose d'un pouvoir de contrôle et de deux moyens d'action positifs, que sont le pouvoir de définir des clauses obligatoires, et celui de proposer des règles, à quoi est venu s'ajouter l'émission de communiqués (263). Le premier est bien un pouvoir normatif, mais le domaine d'action de la Commission est limité. De plus, elle n'en fait pas usage. En revanche, le second couvre un champ d'application plus étendu et elle en fait un usage plus fréquent en pratique. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un pouvoir normatif, mais d'une influence normative.

Cette position de la Commission des sondages est émise dans un domaine dans lequel elle rappelle qu'auparavant, elle considérait qu'il ne lui appartenait pas de prendre position parce qu'il relève d'un choix politique. Il s'agit apparemment d'un avis, émis par un organisme spécialisé à l'adresse du Gouvernement. Il y a là un avis rédigé en termes généraux et abstraits, qui concerne un domaine technique. Bien que la procédure de l'alinéa 2 de l'article 5 ne soit pas suivie, on peut supposer que c'est une proposition adressée au Gouvernement en vue de modifier la loi de 1977. Par ce moyen, la Commission des sondages exerce son pouvoir d'influence normative.

II - INFLUENCE NORMATIVE DE LA COMMISSION DES SONDAGES

L'exercice de compétences réglementaires est assez souvent jumelé avec l'attribution aux diverses autorités administratives indépendantes de compétences de recommandation, dont la qualification juridique est difficile (264), avec cette conséquence d'être contraignantes en fait sans donner prise au contrôle juridictionnel (265). La subtilité de cette autorité administrative indépendante qu'est la Commission des sondages se manifeste à travers la question de son influence normative. La loi du 19 juillet 1977 lui confère le pouvoir de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages d'opinion. D'autre part, la Commission des sondages émet des communiqués qui ne sont pas dépourvus d'effets pratiques. Les compétences qui lui sont reconnues lui permettent d'émettre des actes qui ont un caractère original. La spécificité de ces deux moyens d'expression (A) a pour conséquence une place originale des règles émises au sein de l'ordre juridique (B).

(263) Art. 5 al.1 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 : « Il est institué une Commission des sondages chargée d'étudier et de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages publiés ou diffusés tels que définis à l'article 1er » ; art. 1er D. n° 80-351 du 16 mai 1980 « Les opérations concourant à la réalisation, à la publication et à la diffusion de sondages d'opinion définis à l'article 1er de la loi susvisée du 19 juillet 1977 doivent être effectuées de manière à en assurer la qualité et l'objectivité ».

(264) G. Timsit, Les nouveaux modèles d'administration, Conseil d'État, Études et documents, 1978-1979, p. 19 ; J.-J. Biennu, Le Droit administratif : une crise sans catastrophe, Droits, 1986-4 p. 93 ; A. Holleaux, Les pouvoirs multiples dans le pouvoir, Rev. dr. prospectif, n° 5, 1978, p. 35 ; Y. Gaudemet, Les actions administratives informelles, Rev. internat. droit comparé, 1994 p. 645.

(265) Pour une comparaison avec les autres autorités administratives indépendantes, sont considérés comme ne faisant pas grief et donc insusceptible de recours en annulation les recommandations de la C.N.I.L. (C.E. 27 sept. 1989, S.A. Chopin, JCP 1990, II, 21525, note J. Freyssinet), les avis de la Commission de la sécurité des consommateurs (C.E. 27 mai 1987, S.A. Laboratoire Goupil, Rec. Lebon p. 181) ou un avertissement donné par le président du C.S.A. au directeur d'une station émettant sans autorisation (C.E. 26 juin 1991, SARL Com'in, Quot. jur. 14 janv. 1992, p. 2). En revanche, les « normes simplifiées », qu'élabore la C.N.I.L. sont des actes réglementaires susceptibles de recours pour excès de pouvoir (C.E. 12 mars 1982, C.G.T., Rec. Lebon p. 107), de même qu'une « note de terminologie » élaborée par l'ancienne C.N.C.L. (C.E. 16 nov. 1990, S.A. La Cinq, RFDA 1991, p. 635, note D. Truchet).

A- Le deux moyens d'expression de la Commission des sondages

L'influence normative de la Commission comprend celle qui s'exerce auprès du gouvernement par sa participation dans le processus de création des normes (1), et son pouvoir d'influence auprès des organismes de sondages et des organismes de presse, écrite et audiovisuelle, qui est réel, mais qui n'est pas exercé au moyen d'actes qualifiés de norme au sens strict, et ne peut donc prétendre au titre de pouvoir normatif (2).

1- La participation au processus normatif : le pouvoir de proposition

Ce pouvoir résulte des dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 5 de la loi du 19 juillet 1977. Il s'agit de l'une des missions principales de la Commission des sondages. D'après ces textes, elle est chargée d'étudier et de proposer des règles tendant à assurer dans le domaine de la prévision électorale l'objectivité et la qualité des sondages politiques publiés ou diffusés. Cette compétence intéresse tous les domaines qui ont trait aux sondages. L'élément formel de la norme fait défaut : la proposition pour être appliquée doit faire l'objet d'un décret en Conseil d'État. Mais la Commission participe au processus normatif en étant à l'origine ou en participant à l'élaboration des textes réglementaires.

a) Modalités d'émission des propositions

La Commission est chargée d'étudier et de proposer des règles tendant à assurer l'objectivité et la qualité des sondages. Cette mission d'étude apparaît étroitement associée à la mission de contrôle puisque c'est à l'occasion du recensement des notices et des incidents dont elle connaît que les éléments d'une déontologie sont appelés à se dégager progressivement (266). L'emploi de ce terme semble traduire la volonté du législateur d'une participation active de la Commission des sondages au processus de création de la norme (267) : si elles sont édictées par décret, les règles proposées viendront développer le droit applicable par la Commission et sur la base duquel elle exercera son contrôle (268).

Le décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 précise, dans son article 10, que ces propositions sont transmises au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice. Les deux points principaux recherchés dans un sondage sont l'objectivité et la qualité des sondages publiés ou diffusés. Il résulte de l'alinéa 2 de l'article 5 de la loi du 19 juillet 1977 que « les propositions de la Commission devront, pour être appliquées, faire l'objet d'un décret en Conseil d'État » (269). L'article 10 du décret n° 78-79 du 25 janvier 1978 précise que ces propositions sont transmises au Garde des

(266) P. Avril, Le droit des sondages, in Service public et libertés, mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier, éd. Émile-Paul, 1981, p. 690.

(267) D. Latournerie, La qualité de la règle de droit, l'influence des circuits administratifs de son élaboration, Rev. adm. 1981, p. 591 : Parmi les circuits d'élaboration de la règle de droit, depuis le milieu des années soixante les gouvernements et leurs ministères ont multiplié les directions techniques et confié de plus en plus souvent la préparation des textes aux services techniques compétents. V. spéc. Dupuis, Les visas apposés sur les actes administratifs, Mélanges Waline, 1974, p. 412.

(268) P. Avril, Le droit des sondages, in Service public et libertés, mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier, éd. Émile-Paul, 1981, p. 690.

(269) Y. Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif, in « Conseil constitutionnel et Conseil d'État », LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 87 ; G. Braibant, Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit, Mélanges Chapus 1992 ; M. Long, Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision, RFDA 1992, p. 707 ; ainsi que les Études de documents du Conseil d'État, 1986, n° 37 sur l'exercice de sa fonction consultative par le CE.

sceaux, qui les transmet ensuite au Conseil d'État dont la consultation est obligatoire (270). Le Conseil d'État veille au respect des règles de compétence posées par les articles 34 et 37 de la Constitution et au respect de la hiérarchie des normes juridiques. D'autre part, il contrôle les qualités de forme et de fond du texte (271). L'avis du Conseil d'État ne lie pas le Gouvernement car sa délibération n'a pas le caractère d'avis conforme (272). Les suites données par le Gouvernement à la consultation du Conseil sur un projet de texte dépendent de la nature des modifications apportées ou des objections formulées (273).

Un seul texte fut pris en application de ces dispositions. Il s'agit du décret n° 80-351 du 16 mai 1980 « pris pour l'application de l'article 5 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion ». Dans les visas (274) figure en premier lieu le rapport du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et du Ministre de l'Intérieur. Puis la loi du 19 juillet 1977 et notamment son article 5, ensemble le décret n° 78-79 du 25 janvier 1978. Ensuite, et c'est ce qui nous intéresse, il vise « les propositions de la Commission des sondages ». La référence au « Conseil d'État (section de l'intérieur) entendu » identifie les décrets dont les projets ont été soumis au Conseil d'État et qui ont été délibérés en section de l'intérieur.

Ce décret est très technique. C'est un décret pris en application de l'article 5 de la loi de 1977, c'est-à-dire dont les dispositions tendent à assurer l'objectivité et la qualité des sondages. L'objet du décret est de préciser les mesures qui devront être prises afin que les opérations concourant à la réalisation, à la publication et à la diffusion des sondages soient effectuées de manière à en assurer la qualité et l'objectivité (275). Le décret comprend des dispositions visant à assurer l'objectivité des résultats : l'article 2 de ce texte précise que l'échantillon des personnes interrogées doit être représentatif de l'ensemble des catégories sur lesquelles porte l'enquête. Les questions ne doivent pas être de nature à induire en erreur les personnes interrogées ou à orienter leurs réponses (276). Le choix des enquêteurs et

(270) G. Braibant, Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit, Mélanges Chapus, 1992 ; M. Long, Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision, RFDA 1992, p. 707 ; Études de documents du Conseil d'État, 1986, n° 37 sur l'exercice de sa fonction consultative par le Conseil d'État. Y. Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif, in « Conseil constitutionnel et Conseil d'État », LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 87.

(271) Le juge administratif contrôle le respect par le pouvoir réglementaire d'une habilitation législative qui subordonne son exercice à une délibération préalable du Conseil d'État (jurisprudence abondante) (Y. Robineau, Compétence du Conseil d'État, Attributions non contentieuses, J-CI Adm., fasc. 1071, 1996, n° 37).

(272) G. Timsit, Compétence liée et principe de légalité, D.1964 Chron. p. 217 ; Y. Robineau, Compétence du Conseil d'État, Attributions non contentieuses, J-CI Adm., fasc. 1071, 1996, n° 50 s.

(273) Le Gouvernement s'en remet très généralement au Conseil pour ce qui relève de l'amélioration des qualités formelles du texte. Lorsqu'est en jeu sa validité juridique, en passant outre à un avis qui relève l'illégalité d'une disposition d'un projet de décret, le Gouvernement s'exposerait à un risque contentieux qui le dissuade généralement d'agir ainsi. Lorsque le Conseil d'État a mis en avant des considérations de bonne administration, le Gouvernement est libre de s'y rallier ou de leur préférer sa conviction initiale. (Y. Robineau, Compétence du Conseil d'État, Attributions non contentieuses, J-CI Adm., fasc. 1071, 1996, n° 50 s.). V. également A. De Laubadère, J.-C. Venezia, Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, T.I 1994 LGDJ n° 80-1 ; R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 2000, T.I n° 519 ; Y. Gaudemet, Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif, in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 87.

(274) D. Rémy, Légistique, l'art de faire les lois, préf. F. Bernard, éd. Romillat, 1994, p. 132.

(275) Art. 1 D. n° 80-351 du 16 mai 1980. L'art. 5 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 ne vise que expressément que la publication ou la diffusion des sondages, alors que l'article 1 D. n° 80-351 du 16 mai 1980 vise en plus leur réalisation ; d'ailleurs, l'article 8 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977 précise que la réalisation et la vente des sondages doit avoir été effectuée conformément à la réglementation.

(276) CE, 11 décembre 1987, Société IPSOS, RFDA, mai - juin 1988, p. 495, concl. E. Guillaume ; art. 3 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

les instructions qui leurs sont données ne doivent pas être de nature à fausser les résultats. La durée de l'enquête ne doit pas excéder un délai tel que ses résultats ne puissent plus être regardés comme homogènes (277). Les redressements des résultats bruts de l'enquête éventuellement opérés ne doivent pas avoir pour effet d'affecter la sincérité des résultats des sondages (278). Le travail des enquêteurs doit être régulièrement contrôlé par l'organisme de sondage (279). De plus, le décret met à leur charge une obligation d'information de la personne interrogée. Elle doit être informée du nom de l'organisme qui réalise le sondage et l'enquêteur doit rappeler à cette personne qu'elle est en droit de ne pas répondre et de mettre fin à tout moment à l'entretien (280). La Commission est tenue au secret. La communication des documents mentionnant l'identité des personnes interrogées est réglementée. Ils ne peuvent être communiqués qu'aux personnes à qui est confié le contrôle du travail des enquêteurs et à celles qui sont chargées d'enquêtes exigeant l'usage de documents nominatifs. Les documents doivent en principe être détruits aussitôt que ce contrôle et ces enquêtes ont été effectuées. La seule exception à cette obligation, posée par l'article 9 du décret est que l'organisme qui réalise un sondage doit conserver et tenir à la disposition de la Commission pendant une durée de deux mois les documents permettant de vérifier l'objectivité et la qualité du sondage, notamment les détails du plan d'échantillonnage et de l'échantillon réel, les réponses recueillies et les autres documents établis au cours de l'enquête, les contrats de vente du sondage. Ce délai peut être prolongé par décision de la Commission lorsqu'elle l'estime nécessaire pour procéder à la vérification d'un sondage ou pour les besoins d'une instance juridictionnelle (281).

b) Portée des propositions

La Commission des sondages dispose d'un pouvoir de proposition, c'est-à-dire d'émettre un « acte par lequel un organe suggère, prépare ou oriente une décision qui doit normalement être prise par un autre organe » (282). Mais quelle est la portée de ces propositions ? Sont-elles un préalable nécessaire à la décision, mais qui ne lie pas apparemment l'autorité administrative destinataire (283) ? Elles exercent une certaine influence (284). L'avis, ou la proposition, n'est qu'un acte préparatoire (285). Il n'est pas un acte normateur. Il ne fait pas grief et est donc

(277) Art. 4 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(278) Art. 5 D. n° 80-351 du 16 mai 1980. CE. 11 décembre 1987, Société IPSOS, RFDA, mai - juin 1988, p. 495, concl. E. Guillaume, jugé que si la Commission a relevé que, même s'ils étaient représentatifs du point de vue socio-professionnel, la structure politique des échantillons était évaluée de façon imprécise, et que les résultats bruts des enquêtes auraient dû faire l'objet de redressements alors que l'article 5 du décret du 16 mai 1980 ne rend pas ces redressements obligatoires, se bornant à en prévoir l'éventualité, et qu'au surplus la société requérante avait pris soin de mentionner que les résultats des sondages n'avaient pas été redressés, et si, par suite, la mise au point est, sur ce point, inexacte, cette inexactitude n'est pas de nature, à elle seule, à entacher d'illégalité la décision attaquée.

(279) Art. 6 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(280) Art. 7 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(281) Art. 9 al.2 D. n° 80-351 du 16 mai 1980.

(282) F. Moderne, Proposition et décision, Mélanges Waline, 1974, p. 597.

(283) Sur les avis et les propositions, cf. C. Eude-Guias, Édition de l'acte administratif, Auteurs, forme, procédure, J-CL Adm. fasc. 107-20, 1998, n° 68s et 92 s.

(284) D. Rémy, Légistique, l'art de faire les lois, préf. F. Bernard, éd. Romillat, 1994, p. 35 sur le rôle particulier tenu par les autorités administratives indépendantes à mi-chemin entre les démembrements de l'administration et les organismes consultatifs. Sur le rôle de l'Administration dans la rédaction des lois, cf. G. Braibant, Qui fait la loi ? Pouvoirs, 1993, p. 43.

(285) G. Timsit, Les nouveaux modèles d'administration, Conseil d'État, Études et documents, 1978-1979, p. 19 ; J.-J. Bienvenu, Le Droit administratif : une crise sans catastrophe, Droits, 1986-4 p. 93 ;

insusceptible de recours en annulation. La loi ne prévoit pas une obligation de consultation à la charge du Gouvernement. On peut supposer que dernier est libre de décider de solliciter ou non l'avis de la Commission des sondages. Le rôle tenu par les organes techniques dans l'élaboration de la règle de droit s'est accru depuis le milieu des années soixante (286). Les organes émetteurs d'avis sont le plus souvent collégiaux et parmi les différentes catégories, les autorités administratives indépendantes occupent un rôle important. Aujourd'hui les avis ne sont plus une simple aide à la décision, mais consistent en l'association des sujets à l'exercice du pouvoir afin de susciter l'adhésion des destinataires de la norme plutôt que de leur imposer autoritairement sa volonté (287). Les autorités administratives indépendantes jouent un rôle important dans cette procédure de consultation. Cependant, une modification aussi radicale a des conséquences sur l'organisation des pouvoirs publics. L'institution consultative s'intègre difficilement dans l'ordonnement juridique traditionnel (288).

Aucune autre proposition au sens de l'article 5 de la loi de 1977 n'a été émise depuis le décret du 16 mai 1980. En revanche, l'avis de la Commission des sondages est demandé. Il en a été ainsi pour l'extension du décret de 1978 aux Territoires d'Outre-Mer (289). Un projet de décret lui est soumis et elle émet son opinion ; néanmoins pareille intervention ne sera peut être pas qualifiée de propositions au sens de l'article 5 précité (290). Il est probable qu'un avis technique sera suivi, alors qu'un avis portant sur un domaine politique ne le sera pas nécessairement. D'ailleurs, la Commission des sondages s'était toujours abstenue de prendre position sur le débat portant sur la modification de la loi du 19 juillet 1977 qui lui semblait relever d'un choix politique, jusqu'à ce qu'intervienne l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 4 septembre 2001 (291). D'autre part, une proposition de loi était débattue à l'Assemblée nationale en mai 2001 et M. le sénateur Hoeffel avait organisé une réunion avec des membres des instituts de sondages, des professeurs ainsi que le Président de la Commission des sondages. Le Président Galabert avait également été contacté par le Premier ministre suite à l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 septembre 2001.

2- Les communiqués

Ces communiqués sont le moyen d'expression le plus couramment utilisé par la Commission des sondages. Toute la spécificité de cette autorité administrative indépendante se révèle à travers leur nature juridique subtile (b). Mais avant de

A. Holleaux, Les pouvoirs multiples dans le pouvoir, Rev. dr. prospectif, n° 5, 1978, p. 35 ; Y. Gaudemet, Les actions administratives informelles, Rev. internat. droit comparé, 1994 p. 645.

(286) D. Latournerie, La qualité de la règle de droit, l'influence des circuits administratifs de son élaboration, Rev. adm. 1981, p. 591 : Parmi les circuits d'élaboration de la règle de droit, depuis le milieu des années soixante les gouvernements et leurs ministères ont multiplié les directions techniques et confié de plus en plus souvent la préparation des textes aux services techniques compétents. Dupuis, Les visas apposés sur les actes administratifs, mélanges Waline 1974, p. 412.

(287) Selon le Professeur Clapié, les avis pourraient être tenus pour des instruments de régulation (M. Clapié, Demandeurs et émetteurs d'avis, in L'inflation des avis en droit, *Economica*, sous la dir. de T. Revet, coll. Études juridiques, 1998, p. 33 spéc. p. 46) ; F. Zenati, La portée du développement des avis, in L'inflation des avis en droit, *Economica*, sous la dir. de T. Revet, coll. Études juridiques, 1998, p. 101, spéc. p. 104.

(288) F. Zenati, La portée du développement des avis, in L'inflation des avis en droit, *Economica*, sous la dir. de T. Revet, coll. Études juridiques, 1998, p. 101, spéc. p. 105, et cf. infra II-B.

(289) Ordonnance n° 98-730 du 20 août 1998, J.O. 22 août 1998, p. 12637, spéc. art. 2.

(290) Selon le Président Galabert.

(291) Sur l'évolution, voir infra.

l'envisager, il est nécessaire de procéder à une présentation des différents types de communiqués (a).

a) Typologie des communiqués

Le contenu des communiqués est très varié. Si de nombreux communiqués sont relatifs, en totalité ou partiellement à l'interdiction de publier ou diffuser des sondages dans la semaine qui précède le scrutin, en application de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, d'autres mentions peuvent y figurer. Il résulte de l'étude d'un échantillon représentatif de ces communiqués deux sortes de mentions, les unes par lesquelles la Commission des sondages rappelle uniquement les dispositions légales et réglementaires, les communiqués informatifs, les autres consistant en une interprétation de ces dispositions, ce sont les communiqués impératifs. Au sein d'un même communiqué peuvent figurer des mentions se rattachant à ces deux catégories.

●- Communiqués informatifs

Ils ont une visée didactique. Ils sont généralement, mais pas seulement, pris en dehors des périodes pré-électorales, au cours de laquelle les notices ne sont demandées que pour les sondages portant sur les intentions de vote.

* Communiqué à l'initiative de la Commission des sondages

La Commission précise généralement les raisons qui l'ont conduite à s'exprimer, telles que le contexte de campagne électorale marqué par un nombre important de sondages et l'augmentation de la fréquence des réclamations (292). Elle rappelle les principes qui guident son action (293). Elle peut apporter des précisions sur les modalités du contrôle qu'elle exerce, en rappelant l'étendue de celui-ci. Ainsi, à l'occasion des élections européennes de 1999, a-t-elle précisé qu'elle procéderait à l'examen systématique de la fiabilité de tous les sondages publiés ayant un rapport direct ou indirect avec ces élections. Elle informe également les organismes du fait qu'elle procède à une instruction, en cas de réclamation ou d'office, qui lui donne accès à l'ensemble des informations qui permettent d'apprécier les méthodes retenues et les conditions de réalisation du sondage (294). Cela constitue une application directe des articles 4 et 8 de la loi de 1977 et de l'article 9 du décret du 16 mai 1980. De même, lorsqu'elle informe les organismes de sondage et d'information des circonstances dans lesquelles elle peut être amenée à décider une mise au point, elle ne fait que rappeler les dispositions de l'article 9 de la loi du 19 juillet 1977 (295).

Dans certains domaines très précis, ni la loi de 1977 ni le décret du 16 mai 1980 n'apportent de précisions suffisantes. Aussi est-ce par la voie des communiqués que la Commission précise les points en relation avec sa mission de contrôle. Ainsi, précise-t-elle les obligations relatives à la structure territoriale des échantillons au regard des quartiers, ainsi que les éléments de redressement (296). Les communiqués peuvent également préciser les obligations des médias. Dans le cadre du développement des sites Internet elle « invite à la plus grande prudence les auteurs de telles enquêtes, lesquelles ne répondent aucun des critères techniques et

(292) Communiqué du 12 mai 1999, cf. annexe.

(293) Communiqué du 12 mai 1999.

(294) Communiqué du 12 mai 1999.

(295) Communiqué du 12 mai 1999.

(296) Communiqué du 12 décembre 2000.

scientifiques qui doivent présider à la réalisation des sondages, notamment en ce qui concerne la constitution d'un échantillon représentatif » (297). Les termes employés pour cette invitation marquent moins le caractère obligatoire du communiqué qu'à d'autres occasions, peut être est-ce parce que ces enquêtes sont à la frontière de son champ de compétence. Néanmoins, pour déterminer cette frontière, elle emploie de nouveau un ton impératif marqué par le verbe devoir et des expressions telles que « en aucun cas » (298) : « Ces opérations ne doivent en aucun cas être présentées comme des sondages et la diffusion de leurs résultats doit s'accompagner de précautions de nature à souligner les limites de leur fiabilité et à relativiser leur portée » (299).

Elle apporte également des précisions quant à l'exercice de son contrôle sur les sondages électoraux (300). Les communiqués peuvent être relatifs à la publication de résultats de sondages par la presse alors qu'ils n'étaient pas destinés à être publiés (« fuites ») et pour lesquels aucune notice n'avait donc été adressée à la Commission puisque seules doivent l'être celles portant sur les sondages destinés à être publiés ou diffusés (301). Enfin, elle contrôle que la façon dont ce sondage est publié ne fausse pas les résultats. Ainsi, « la publication et la diffusion des questions du sondage doivent correspondre au texte des questions effectivement posées lors de l'enquête et ne doivent pas altérer la portée des résultats obtenus » (302).

* Les « rappels à l'ordre ». Ils ont lieu suite à une constatation de la Commission du non respect des obligations légales par les organes de presse ou les instituts de sondages. Cela appartient à sa mission de contrôle. Ces communiqués sont très précis. Ainsi, fustige-t-elle les organismes de presse présentant des pourcentages d'intention de vote comme ayant une valeur absolue et sans tenir compte du pourcentage d'erreur aléatoire (303). Un communiqué relatif à la coordination des sites Internet, émis pendant la semaine précédant un scrutin, informe que la Commission a saisi les services de la Chancellerie d'une demande tendant à ce que la question de savoir si la publication des coordonnées des sites accessibles par Internet sur lesquels certains journaux étrangers ont annoncé qu'ils publieraient les résultats de sondages relatifs aux élections législatives des 25 mai et 1er juin 1997 peut être qualifié de complicité de délit de diffusion illégale des résultats d'un sondage électoral dans la semaine précédent « *chaque tour de scrutin* » (304).

* Les consultations. Dans cette hypothèse, la Commission a été saisie de questions relatives à la portée de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977. Elle y a répondu de manière précise et détaillée. La question portait sur le sens que la Commission entend donner à l'alinéa 3 de cet article qui indique que « l'interdiction ne s'applique pas aux opérations qui ont pour objet de donner une connaissance immédiate des résultats de chaque tour de scrutin et qui sont effectuées entre la fermeture du dernier bureau de vote en métropole et la proclamation des résultats »

(297) Communiqué du 20 févr. 2001.

(298) Communiqué du 20 févr. 2001.

(299) Communiqué du 20 févr. 2001.

(300) Communiqué du 20 févr. 2001.

(301) Communiqué du 25 avril 2000.

(302) Communiqué du 18 décembre 2001, cf. annexe.

(303) Communiqués du 19 février 1992 (comparaison avec les résultats sportifs), du 14 février 1995 et du 23 mai 1997 (constatations pendant la semaine pendant laquelle la publication, la diffusion et le commentaire de tout sondage ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection est interdit).

(304) Communiqué du 23 mai 1997.

(305). La Commission précise que « cet alinéa ne vise que les opérations - et non les sondages - réalisés le soir du scrutin à partir des résultats de certains bureaux de vote, en vue d'obtenir une estimation immédiate des résultats d'ensemble » (306). Elle définit ensuite la période d'interdiction qui comprend « non seulement les sondages portant sur les intentions de vote du deuxième tour, mais aussi ceux qui, effectués à la sortie des urnes, donc avant la fermeture des bureaux de vote, portent sur le comportement des électeurs au 1er tour et visent à donner une analyse plus fine des résultats de ce scrutin » (307). Le 23 février 2001 la Commission a rendu un communiqué à la suite d'interrogations sur la portée de l'interdiction des sondages entre le 4 mars 2001, 0 heures et le 18 mars, 20 heures en application de l'article 11 de la loi de 1977 sur d'éventuels sondages « sortie des urnes ». La Commission a précisé que la publication de tels sondages ayant pour objet soit les intentions de vote au second tour des élections municipales, soit les motivations ou les souhaits des personnes interrogées est interdite. Elle expose ensuite la raison qui a motivé sa solution : de tels sondages seraient de nature à exercer une influence sur les résultats du second tour. Elle autorise en revanche la réalisation et la diffusion de sondages « sortie des urnes » portant exclusivement sur le vote que venait d'émettre la personne interrogée et ayant pour seul objet de permettre l'estimation des résultats du premier tour des élections municipales. Elle rappelle, par ailleurs, que les résultats de ces estimations ne pourront être rendus publics qu'après la fermeture de tous les bureaux de vote métropolitains. Ces interrogations, antérieures à la période d'interdiction des publications ou de diffusion des sondages permettent à la Commission de préciser le champ d'application de la loi.

②-Communiqués impératifs

Ils sont formulés de manière générale et abstraite. Ils s'imposent aux administrés dans la mesure où leur non respect va entraîner la publication d'une mise au point (308) ou la saisine du ministère de la Justice pour le prononcé d'une sanction pénale (309) en application de l'article 12 de la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977. Mais, conformément à la jurisprudence administrative, ils ne doivent qu'interpréter la loi, sans y ajouter (310).

* Définition par la Commission de l'étendue de sa compétence

Elle a précisé la notion de sondage : « Il y a sondage au sens de la loi du 19 juillet 1977 dès lors que, sous quelque appellation que ce soit, des résultats chiffrés sont présentés sur la base d'une enquête auprès d'un échantillon de la population » (311). Par ailleurs, elle précise que l'étendue de son contrôle varie dans le temps : « En dehors des périodes préélectorales pendant lesquelles sa compétence s'étend à tous les sondages ayant un rapport direct ou indirect avec les élections, la loi du 19 juillet 1977 ne lui confie le contrôle que des sondages portant sur des intentions de vote. En conséquence, les enquêtes du type "cote de popularité", appréciation sur tel homme politique, comme celles réalisées sur minitel lors de l'émission télévisée "L'heure de vérité" ne relèvent pas actuellement de sa compétence » (312). M. Huet

(305) Communiqué du 25 mai 1988, cf. annexe.

(306) Communiqué du 25 mai 1988.

(307) Communiqué du 25 mai 1988.

(308) Communiqué du 12 mai 1999.

(309) Communiqué du 23 mai 1997.

(310) cf. infra.

(311) Communiqué du 26 mai 1987.

(312) Communiqué du 26 mai 1987.

précisait qu'il a fallu admettre que la loi a un champ d'application variable, parce qu'un sondage sur un problème important du débat électoral n'a plus, après la clôture du scrutin, d'impact sur les élections. La Commission doit donc, pour chaque consultation électorale, fixer l'étendue de sa juridiction (313). Les sondages peuvent également porter sur les « motivations » des électeurs, « sur l'état de l'opinion à l'égard des candidats, des partis ou groupements politiques ou généralement à l'égard d'un sujet lié au débat électoral » (314). Dans ces communiqués, la Commission des sondages fait expressément référence à la loi du 19 juillet 1977, bien qu'elle procède à une interprétation de celle-ci. En effet, la loi ne procède pas à ces distinctions entre les divers types de sondages, ni ne détermine deux périodes. Pourtant, cette distinction est systématiquement appliquée par la Commission (315).

La Commission des sondages a également défini le champ de sa compétence : « toute publication ou diffusion, même partielle, a pour effet d'attirer le sondage dans la sphère de contrôle de la Commission, alors même que ce sondage aurait été à l'origine destiné à rester confidentiel » (316). Les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 « s'appliquent aussi aux sondages rendus publics au cours d'un entretien ou d'un débat, ainsi qu'aux résultats chiffrés de questions posées aux auditeurs ou téléspectateurs d'émissions radiophoniques ou télévisées » (317). La Commission procède à une interprétation du terme de diffusion qui a pour conséquence de préciser les limites du champ de sa compétence.

Enfin, elle a précisé les conditions de publication et de diffusion des sondages. La Commission des sondages rappelle d'abord, à propos des mentions devant accompagner la publication et la diffusion de tout sondage d'opinion, que « les prescriptions de l'article 2 de la loi du 19 juillet 1977 sont de portée générale ». Puis elle en fait application en affirmant que « l'obligation de mentionner les indications énumérées à cet article pèse donc non seulement sur l'organe de presse commanditaire du sondage qui en assure la publication ou la diffusion intégrale, mais également sur tout média qui ferait état des résultats d'un sondage pour les annoncer avant leur publication intégrale par le commanditaire » (318). Il y a là une interprétation des dispositions de l'article 2 de la loi précitée. Lorsqu'elle précise que « toute référence à un sondage ou publication partielle de ses résultats doit satisfaire à la double condition suivante : permettre l'identification précise du sondage dont il est fait mention et ne pas altérer la sincérité de ses résultats par une publication erronée ou trop partielle » (319), elle rappelle les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 qui imposent un contrôle de la qualité et de l'objectivité des sondages, mais la formulation du communiqué, avec l'emploi du verbe devoir, semblent témoigner du caractère impératif de la disposition. Et lorsqu'elle précise, dans un autre communiqué, que « lorsqu'il apparaît que le sondage a été effectué dans des conditions qui ne respectent pas les prescriptions de la loi, la Commission décide une mise au point » que l'organisme d'information qui a publié le sondage est tenu de publier, elle prononce une mesure destinée à

(313) P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105.

(314) Communiqués du 18 décembre 2001, 20 avril 1999.

(315) v. P. Huet, Le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale, Études et documents du Conseil d'État, 1979-1980, p. 105.

(316) Communiqué du 20 février 2001.

(317) Communiqués du 18 décembre 2001, 20 avril 1999.

(318) Communiqué du 12 mai 1999.

(319) Communiqué du 20 février 2001.

corriger les erreurs, mais qui constitue aussi une sanction morale pour l'organisme qui se voit contraint de révéler publiquement ces erreurs (320).

*** Le communiqué fixant les dates**

Deux périodes sont à distinguer, correspondant à deux types de communiqués. Le premier type de communiqué détermine le point de départ de la période préélectorale. Il est émis quelques mois avant la date des élections. A partir de la date fixée, les organismes doivent envoyer tous les documents exigés par la loi de 1977 (321). Il en est ainsi, lorsque la Commission dit « A compter du mardi 1er janvier 2002, (date de publication ou de diffusion) ces dispositions [de la loi du 19 juillet 1977] s'appliquent à tous les sondages d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection présidentielle » (322). La base est dans la loi, mais le communiqué fixant le point de départ de la période pré-électorale a un caractère normatif selon le Président de la Commission des sondages, M. Jean-Michel Galabert. En effet, à partir de ce moment là, le non respect des prescriptions peut donner lieu à des mises au point.

Le second type de communiqué est relatif à l'interdiction de publier et de diffuser des sondages pendant la semaine qui précède les élections présidentielles, législatives, municipales (323), européennes ou d'un référendum (324), sur le fondement de l'article 11 de la loi de 1977. Ce sont les plus connues. Le communiqué fixe la date à partir de laquelle l'interdiction est applicable et celle à laquelle elle prend fin (325). On peut se demander, par analogie avec l'autre type de communiqué, si ceux-là ne sont pas non plus normatifs. Les candidats ne doivent pas faire état des sondages qui n'auraient pas été publiés ou diffusés avant cette date. Elle n'empêche pas que soient repris ou commentés des sondages déjà publiés auparavant, à condition que la date des sondages soit précisée. La loi interdit en effet la publication et la diffusion et le commentaire des sondages pendant cette période. Elle ne vise pas la date de réalisation. La Commission dans ses communiqués interprète la loi et en fait application (326). Elle interdit la publication des résultats du deuxième tour, mais précise que sont autorisés les opérations de simulation de vote à partir des résultats du premier tour, c'est-à-dire sans le concours d'aucun sondage (327). Elle interdit également de vendre le sondage à un organisme étranger pour publication ou diffusion pendant la période d'interdiction (328). « En revanche, la réalisation et la diffusion de sondages "sortie des urnes" portant exclusivement sur le vote que venait d'émettre la personne interrogée et ayant pour

(320) Dans son rapport de 2001, la Commission a insisté sur la nécessité de réserver pour la publication des mises au point, un emplacement comparable à celui consacré aux sondages (Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », p. 3, par M le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar).

(321) Communiqué du 26 mai 1987.

(322) Communiqué du 18 décembre 2001. Voir par exemple le communiqué du 21 janvier 1995 : « à compter du lundi 30 janvier 1995 (date de publication ou de diffusion) ces dispositions [de la loi du 19 juillet 1977] s'appliquent à tous les sondages d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection présidentielle » ; Communiqué du 20 février 1986, paragraphe 2. V. également Communiqué 20 avril 1999 relatif aux élections européennes.

(323) Communiqué du 18 janvier 2001.

(324) Communiqué du 12 septembre 2000 ;

(325) Par ex. pour les élections de 1995 : communiqué du 21 mars 1995 « aucun nouveau sondage ne doit être publié ou diffusé par quelque moyen que ce soit du 16 avril 0 heures au 23 avril 20 heures et du 30 avril 0 heures au 7 mai 20 heures » ; v. également communiqués du 2 mars 1978, 16 mai 1979, 4 juin 1984, 20 février 1986, 11 avril 1988, 15 janvier 1998, 23 février 2001.

(326) Avis n° 5 du 16 mai 1979, n° 14 du 4 juin 1984 et communiqué du 21 mars 1995.

(327) Communiqué 5 août 1983.

(328) Avis n° 5 du 16 mai 1979 ; communiqué du 15 janvier 1998.

seul objet de permettre l'estimation des résultats du premier tour des élections (...) sont autorisées » (329). La Commission des sondages reprend là la disposition de l'alinéa 3 de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 (330). Le communiqué du 18 décembre 2001, dernier communiqué en date, ne peut plus faire application de cette interdiction. Il enjoint donc aux organismes d'agir avec la plus grande prudence. Réapparaît ainsi la mission de conseil des autorités administratives indépendantes.

A travers ces communiqués, la Commission des sondages précise le champ d'application de la loi, et étend l'interdiction de diffusion aux personnes intervenant publiquement pendant la période électorale (331). Elle précise que sont interdites les opérations telles qu'« indiquer même par une formule qualitative, une tendance qui serait révélée par des sondages » ou « diffuser des prévisions chiffrées apparaissant comme le résultat d'un sondage, même si elles ne sont pas présentées comme tel (c'est-à-dire si le mot sondages n'apparaît pas) » (332). La Commission précise les indications devant accompagner la publication ou la diffusion des questions du sondage (333). Elle rappelle le caractère obligatoire de la publication des mises au point. Certes beaucoup de communiqués portent sur l'interdiction de publication pendant la semaine qui précède les élections. Est-ce à dire que leur nombre diminuera à présent, en raison de la jurisprudence de la Cour de cassation ? Non, la mission de la Commission des sondages de garantir l'objectivité et la qualité des sondages demeure et peut même s'accroître en raison de la nécessité d'assurer l'objectivité et la qualité des sondages alors que fait défaut l'interdiction de publier ces sondages dans la semaine précédant le scrutin. Elle s'exercera par d'autres moyens, et notamment par une augmentation des contrôles selon le Président Galabert.

b) Régime juridique

① - Caractéristiques

Ces communiqués ne sont pas expressément prévus par la loi du 19 juillet 1977. Ils se présentent sous la forme d'un document assez bref, généralement d'une ou deux pages, avec l'en-tête de la Commission des sondages, daté et intitulé « Communiqué de la Commission des sondages ». Le terme d'avis a pu être utilisé, surtout avant 1980, néanmoins aucune différence de nature ne semble distinguer ces deux qualifications. Quelle est la durée de leur application ? Est-elle limitée aux élections pour lesquelles le communiqué a été pris, ou est-elle sans limitation ? Il faut distinguer entre les mesures relatives à une élection déterminée, telles que la fixation de la date de départ de l'obligation de se soumettre au contrôle, qui ne sont relatives qu'à l'élection pour laquelle elles ont été prises. En revanche, lorsque la Commission des sondages affirme une position de principe, il y a lieu de considérer cette position comme générale et non limitée dans le temps, surtout qu'elle est souvent régulièrement reprise dans les communiqués postérieurs. Elles sont qualifiées de « doctrine » de la Commission des sondages (334). Dans ces

(329) Communiqué du 23 février 2001.

(330) Et ce jusque dans la précision du terme de l'interdiction : « La Commission rappelle que les résultats de ces estimations ne pourront être rendus publics qu'après la fermeture de tous les bureaux de vote en métropole ». (Communiqué du 23 février 2001).

(331) Communiqué du 11 avril 1988.

(332) *ibid.*

(333) Communiqué du 11 avril 1988.

(334) F. Gazier, R. Abraham, La Commission des sondages et les élections municipales de 1989, Pouvoirs 1990, p. 107 ; Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux

communiqués, la Commission des sondages interprète les dispositions de la loi du 19 juillet 1977, et formule ses principes en termes généraux, abstraits et de manière impérative. Elle détermine également le champ de sa compétence.

Les communiqués sont transmis aux agences de presse et notamment à l'Agence France Presse à l'agence Reuters, aux principaux journaux et aux organismes de sondage. Ils jouissent ainsi d'une large diffusion.

②- Recevabilité du recours devant le Conseil d'État

La position du Conseil d'État en la matière semble posée depuis la décision Notre Dame du Kreisker du 29 janvier 1954 (335) où il apparaît que dès lors que par circulaire, un ministre fixait des règles nouvelles, mêmes relatives à l'application d'une loi, la circulaire a, dans ces dispositions, un caractère réglementaire et dès lors, l'administré est recevable à déférer au Conseil d'État les prescriptions contestées. A partir de cette jurisprudence et des conclusions de M. Tricot, le juge a été conduit à effectuer une distinction entre les circulaires purement interprétatives contre lesquelles le recours est irrecevable, et les circulaires réglementaires contre lesquelles le recours est possible. Les critères de distinction sont exprimés dans un considérant de principe de l'arrêt du 19 juin 1993, Institut français d'opinion publique (336), rendu sur un recours formé contre un communiqué. Sont interprétatives les circulaires qui commentent un texte, recommandent un certain comportement et sont réglementaires celles qui créent une véritable règle de droit opposable aux intéressés. Il arrive que saisi d'un recours direct en annulation contre une circulaire, le Conseil d'État commence par examiner si elle est conforme à la légalité ; dans l'affirmative, il lui reconnaît un caractère interprétatif. Le raisonnement est très net dans l'arrêt du 15 mai 1987, Ordre des avocats à la Cour de Paris (337) : le Conseil d'État ne commence pas par examiner la nature de la circulaire, mais sa légalité ; de sa légalité, il déduit sa nature (338). Selon cette décision, l'interprétation donnée par l'administration ne fait grief que si d'une part elle est obligatoire par ses propres termes et d'autre part elle revêt un caractère juridiquement erroné c'est-à-dire qu'elle innove par rapport aux dispositions légales. En terme de technique contentieuse, cette approche implique l'examen du fond de la requête précède la solution à donner à la question de la recevabilité.

Déjà, dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement Scanvic avait affirmé que le Conseil d'État était compétent pour connaître d'un communiqué, en premier et dernier ressort en vertu des dispositions de l'article 10 de la loi de 1977 qui prévoit dans son deuxième alinéa que les décisions de la Commission des

élections municipales de 2001 », p. 3, par M. le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar.

(335) C.E. Ass. 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, 12^e éd. 1999, n° 80, p. 497.

(336) L'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général, n'est susceptible d'être directement déférée au juge de l'excès de pouvoir que si et dans la mesure où ladite interprétation méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elle se propose d'explicitier ou contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques » (CE. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117, concl. F. Scanvic ; D.1993.IR.214, Rev. adm. 1993, p. 322 concl. Scanvic).

(337) CE. 15 mai 1987, Rec. 175 ; RFDA 1988, p. 149 concl. J. Marimbert.

(338) note sous C.E. Ass. 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Grands arrêts de la jurisprudence administrative, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, 12^e éd. 1999, n° 80, p. 506. Selon ces auteurs, un tel contrôle ne se différencie guère en réalité de celui de la circulaire réglementaire.

sondages sont susceptibles de recours devant le Conseil d'État (339). Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 2 juin 1999, Meyet, le Commissaire du Gouvernement Bonichot (340) considère qu'il est opportun que les prises de positions des autorités administratives indépendantes qui font application de la loi ou en ordonnent leur interprétation puissent faire l'objet d'un contrôle qui permet de prévenir une multiplication du contentieux ultérieurs (341). Mais là encore, si le contrôle est possible, c'est que les actes ont une nature spécifique. Le Commissaire du Gouvernement rappelle que le communiqué de la Commission des sondages peut s'assimiler à une simple circulaire et propose au Conseil d'État de faire application de la jurisprudence admettant la recevabilité du recours contre les circulaires issu de la décision du 15 mai 1987 « Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris » (342) et repris notamment dans l'arrêt rendu le 18 juin 1993, Institut français d'opinion publique (343), selon lequel le recours (contre une circulaire) est recevable quand l'interprétation faite d'un texte législatif ou réglementaire n'est pas la bonne, alors qu'il ne l'est pas dans le cas contraire. Dans sa décision du 2 juin 1999, le Conseil d'État considère que « le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages ont procédé à une interprétation des règles de droit qui ne méconnaît ni le sens, ni la portée de ces règles et ne contrevient pas aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » (344). Il a été jugé par le Conseil d'État, dans l'arrêt du 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique précité, que « l'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre, au moyen de dispositions impératives à caractère général, n'est susceptible d'être directement déférée au juge de l'excès de pouvoir que si et dans la mesure où ladite interprétation méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elle se propose d'explicitier ou contrevient aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes juridiques » (345) et dès lors que les dispositions du communiqué de la Commission des sondages constituent une simple interprétation des prescriptions édictées par le législateur, qui n'est pas de nature à faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, les requêtes dirigées contre lesdites dispositions sont irrecevables. La Commission des sondages ne doit pas ajouter aux termes de la loi du 19 juillet 1977, mais le commissaire du gouvernement Scanvic considère qu'une interprétation qui se déduit des dispositions de la loi est valable (346).

③- Sanctions

Le fait que les propositions émises dans les communiqués s'imposent aux administrés dans la mesure où leur non respect va entraîner la publication d'une

(339) Concl. F. Scanvic sur CE. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117 ; D.1993.IR.214, Rev. adm. 1993, p. 322

(340) Concl. Bonichot sur CE. 2 juin 1999, P. Aff. n° 113 du 8 juin 1999, p. 11

(341) *ibid.*

(342) RFDA 1988-145, concl. Marimbert

(343) V. également C.E. Ass. 29 juin 1990, G.I.S.T.I. Grands arrêts de la jurisp. adm., M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Devolvé, B. Genevois, Dalloz 1999, p. 751 et C.E. 14 janv. 1998, C.F.D.T. Rec. p. 3

(344) Avant dernier considérant

(345) C.E. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117, concl. F. Scanvic ; D.1993.IR.214, Rev. adm. 1993, p. 322 concl. Scanvic.

(346) Concl. F. Scanvic sur CE. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117 ; D. 1993, IR, 214, Rev. adm. 1993, p. 322. V. également F. Raynaud, P. Fombeur, AJDA, 1999, p. 560.

mise au point (347) suffit-il pour leur reconnaître un caractère contraignant ? Après avoir défini la notion de sondage, la Commission des sondages dans un communiqué du 26 mai 1987 précise que « les organes de presse ou de diffusion qui relatent des informations relatives à des intentions de vote ou qui s'abritent derrière le caractère prétendument confidentiel d'une enquête réalisée à des fins privées sans pouvoir justifier de l'existence d'un sondage doivent donc, pour éviter d'être en infraction avec la loi, expressément préciser qu'ils ne font pas état d'un sondage mais de simples estimations ou pronostics et les présenter avec cette réserve. A défaut de quoi ils tombent sous le coup d'une mise au point de la Commission ». Ainsi, est précisé que la publication de certaines informations ne respectant pas les dispositions de la loi de 1977 précisées par la Commission des sondages sont susceptibles de faire l'objet d'une mise au point. Le caractère contraignant semble affirmé. Enfin, le Commissaire du Gouvernement Bonichot, dans ses conclusions sur l'arrêt Meyet du 2 juin 1999, précise que les communiqués déterminent l'attitude qui sera celle (...) de la Commission des sondages pendant le temps de l'élection. Le cas échéant, celle-ci pourrait être contestée dans le cadre d'un recours contre l'élection elle-même. La violation de l'article 11 de la loi de 1977 a conduit à annuler des opérations électorales (348).

Il semble que l'on puisse conclure que les communiqués de la Commission des sondages ont valeur de circulaires interprétatives. La subtilité de leur régime juridique explique que l'on recherche leur nature juridique. Les communiqués ne sont pas des normes au sens strict, mais que sont-ils ? C'est la question de la place des règles de la Commission des sondages au sein de l'ordre juridique.

B- Place des règles émises par la Commission des sondages au sein de l'ordre juridique

Aux règles par lesquelles elle peut définir les clauses obligatoires des contrats de vente des sondages qui auraient qualité normative, la Commission des sondages préfère les communiqués, plus consensuels, pour exprimer ses directives et informer les administrés de sa position. Lorsque, pour assurer l'objectivité et la qualité des sondages, elle propose des règles au Gouvernement (349), ces propositions ont certes pour objet la création de nouvelles normes mais pour être appliquées, elles doivent faire l'objet d'un décret en Conseil d'État. Néanmoins, aux règles qui auraient qualité normative et pourraient s'appliquer par voie impérative, la Commission des sondages préfère les communiqués pour exprimer ses directives et informer les administrés de sa position, les communiqués qui ont pour objet l'interprétation de la norme supérieure qu'est la loi du 19 juillet 1977 et les décrets d'application du 25 janvier 1978 et du 16 mai 1980.

Les propositions des communiqués, se présentent sous une forme générale et abstraite qui semblent s'apparenter aux normes. En sont-elles vraiment ? Le pouvoir de recommandation dont dispose la Commission des sondages au moyen des communiqués, s'il est apparemment exclusif de toute idée de contrainte, comporte pourtant des effets juridiques pour les destinataires (350). Ses positions sont parfois

(347) Communiqué du 12 mai 1999.

(348) CE. 23 janvier 1984, Élections municipales d'Étampes, Rec. p. 19, R.D. Publ. 1984, p. 1673, Gaz. Pal. 2 Pan. adm. 391.

(349) Art. 5 al.1 et 2 L. n° 77-808 du 19 juillet 1977.

(350) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP.G.1986.I.3254.

qualifiées de « doctrine » (351). L'effectivité des propositions de la Commission des sondages n'est pas seulement le résultat de son influence morale. La pratique des mises au point et de la saisine du parquet révèle une effectivité juridique, même si on ne peut les qualifier de sanctions. Les organismes de sondage et de presse peuvent se conformer aux prescriptions qui n'ont pas la nature de norme parce qu'ils en voient l'utilité. Mais aussi parce que les communiqués expriment la position de la Commission et que, s'ils ne les respectent pas, ils feront probablement l'objet de mises au point. Alors, quelle est la nature juridique de ces entités ? La question du pouvoir normatif de la Commission des sondages peut être ainsi posée : quelle est la place des règles prises par les autorités administratives indépendantes au sein de l'ordre juridique, ce qui suppose également d'envisager leur place parmi les sources du droit. La réponse peut être envisagée sous deux angles. Le premier, en raison de la place spécifique qu'elle occupe en sa qualité d'autorité administrative indépendante (2). Le second résulte de la spécificité de son régime juridique (1) : elle occupe une place nouvelle au sein des sources du droit. Les caractères de ces entités permettent de déterminer leur place dans l'ordre juridique.

On peut penser que l'efficacité des communiqués va trouver son domaine limité du fait de l'incompatibilité de l'article 11 de la loi de 1977 avec la Convention européenne des Droits de l'homme affirmée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 4 septembre 2001. Il faut relativiser la portée de cette solution. La mission de la Commission des sondages ne se limitait pas à veiller au respect de cette prohibition. Sa mission est plus générale. Elle dispose d'autres moyens d'assurer sa mission de contrôle de la qualité et de l'objectivité des sondages, tels que les pouvoirs d'investigation et de mise au point. Si de nombreux communiqués portaient sur cette interdiction, ils n'étaient pas seuls, et d'autres thèmes étaient abordés relatifs à la déontologie de la réalisation et de la diffusion des sondages. Ce n'est pas la fin de la compétence de la Commission des sondages, mais l'ouverture vers une évolution de celle-ci.

1- Caractéristiques des règles émises par la Commission des sondages

Les communiqués sont formulés en termes généraux et abstraits et sous forme impérative. Seule la sanction fait défaut. On peut considérer que les sujets de droit savent qu'ils doivent agir conformément aux prescriptions de la Commission, il y a l'*opinio necessitatis*, le respect des prescriptions l'atteste, et il y a l'objet de régulation sociale. Les règles émises par la Commission des sondages ont un caractère novateur. Soit les critères a priori nécessaires pour reconnaître une norme font défaut à ces règles, mais on peut alors se demander si ces critères sont réellement nécessaires ? Soit ces critères sont présents, mais sous une nouvelle forme. Le conflit entre les communiqués et la norme juridique (b) résulte de l'ambiguïté du régime juridique des sanctions(a).

a) Ambiguïté du régime juridique des communiqués

En cas de non respect des dispositions de la loi du 19 juillet 1977, ou des décrets réglementaires, la Commission des sondages peut prendre des mises au point. Mais la Commission des sondages a précisé, auparavant dans les communiqués sa position sur les modalités d'application des textes, ne faisant qu'application du pouvoir qui lui est reconnu d'interpréter de la loi, sans rien y

(351) F. Gazier, R. Abraham, *La Commission des sondages et les élections municipales de 1989*, Pouvoirs 1990, p. 107.

ajouter (352). Il est certain qu'elle prononcera des mises au point en cas d'application des dispositions légales et réglementaires contraires aux positions qu'elle a exprimé dans ces communiqués, qui sont destinés, précisément, à informer les justiciables. Pour autant, peut-on considérer que les mises au point sont des mesures prises pour assurer le respect des communiqués ? On peut seulement affirmer qu'elles sont prises pour assurer le respect de la loi de 1977 et des décrets d'application dans le cadre de l'interprétation qui en est faite par la Commission des sondages (353). De même, lorsque la Commission des sondages estime qu'un organisme n'a pas respecté les dispositions légales et réglementaires, il peut décider de saisir le parquet. Ces sanctions indirectes résultent de la volonté du législateur.

①- Sanctions indirectes

* Publication des mises au point

Au moyen de ces actes administratifs individuels, la Commission des sondages demande aux organismes de presse d'apporter des rectifications aux informations publiées. Il apparaît, à la lecture des mises au point destinées à être publiées, que la Commission des sondages indique les raisons pour lesquelles elle a estimé que les dispositions de la loi de 1977 n'ont pas été respectées. C'est le cas, par exemple, lorsqu'aucune des règles relatives à la représentativité de l'échantillon des personnes interrogées n'a été respecté (354). Il a été jugé dans l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État « d'Orcival », rendu le 22 décembre 1982 (355), que la décision par laquelle la Commission des sondages demande à un organe de presse de publier une mise au point « ne constitue ni une sanction pénale, professionnelle ou disciplinaire, ni une mesure administrative au sens de la loi du 4 août 1981 portant amnistie ». Certes, ils s'apparentent au droit de réponse, en leur qualité de correctifs. Néanmoins, ne peut-on réellement les qualifier de sanction ?

L'efficacité de ces actes est réduite en pratique du fait que les organes de presse leurs accordent une place moins importante qu'aux sondages. C'est pourquoi il a été demandé, lors des travaux parlementaires de mai 2001, que la Commission des sondages dispose du pouvoir de contraindre les organes d'information n'ayant pas respecté leurs obligations légales à la publication d'une mise au point. Il serait souhaitable que dans le cas d'un sondage publié dans les deux semaines avant le scrutin, la mise au point demandée par la Commission des sondages soit publiée dans les délais les plus brefs et d'une manière susceptible de susciter un écho comparable à celui du sondage lui-même (356).

(352) cf. supra II, A.

(353) D'ailleurs, les limites de cette interprétation sont posées par la jurisprudence du Conseil d'État qui n'admet le recours contre les communiqués, parfois par des administrés faisant l'objet de mises au point, que pour contrôler que par ces communiqués, la Commission des sondages ne fait qu'interpréter la loi, sans rien y ajouter (cf. concl. Bonichot sous CE. 2 juin 1999, Meyet, Pet. Aff. 8 juin 1999, n° 113, p. 11).

(354) Mise au point du 8 mars 2001, concernant le mensuel « A la Une ».

(355) CE. Ass. 22 déc. 1982, d'Orcival, req. p. 437, AJDA 1983, p. 321 concl. Y. Robineau. Le Commissaire du Gouvernement soutenait que la mise au point n'est pas une sanction professionnelle. Les mises au point ont pour objet de rectifier l'information antérieurement transmise au public.

(356) Rapport « Actualisation de plusieurs dispositions du code électoral », première lecture, P. Gélard, Sénat, Commission des lois, n° 310, 2000-2001 p. 36 ; également in Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », par M. le Président. J.-M. Galabert et M. le secrétaire général Guyomar.

* Saisine du parquet

La Commission des sondages peut saisir le parquet des infractions à la loi de 1977. Néanmoins, cette mesure comporte une nécessaire relativité : il peut décider de ne pas poursuivre. Dès lors peut-on toujours leur dénier la qualification de sanction. Certes les sanctions ainsi prononcées n'émanent pas de la Commission des sondages, mais c'est elle, qui décide de saisir ou non le Ministère public.

Pour mesurer la nature de la saisine du parquet, il faut en examiner les modalités. La Commission des sondages saisit le Ministère public près le Tribunal de grande instance de Paris sur le fondement de l'article 12 de la loi du 19 juillet 1977 pour toute infraction à la loi du 19 juillet 1977, telle que refus de publication de mise au point, défaut de notice, ainsi que pour violation de l'article 11 de la loi. Il diligente systématiquement une enquête puis apprécie s'il poursuit ou non. Généralement, il poursuit, mais il est arrivé qu'il y ait une survenance d'une amnistie. Il a été jugé que la décision prise par la Commission des sondages de saisir le Parquet en vue de poursuites, pour des faits regardés comme constitutifs d'infractions à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 « tend à l'engagement d'une procédure pénale ; que cette décision est inséparable d'une procédure judiciaire » dès lors le Conseil d'État se déclare incompétent pour connaître de la requête (357). L'article 12 précité permet renvoi à l'article L.90-1 du Code électoral qui permet de punir les infractions d'amendes d'un montant qui peut atteindre 75 000 euros d'amende (358).

Mais de telles sanctions interviennent longtemps après les faits délictueux et sont mal adaptées. Elles ne privent pas de leurs effets les faits punissables puisque elles interviennent parce que les organismes d'information se sont refusés à publier des mises en garde de la Commission des sondages. De plus, elles sont souvent mal proportionnées aux possibilités financières souvent considérables des organismes. Enfin, la survenance d'une amnistie à l'issue d'élections présidentielles est de nature à leur retirer tout effet dissuasif lors des campagnes correspondantes (359).

Certes, ces mesures n'émanent pas de l'autorité publique au sens classique, mais peut-on leur dénier la qualification de sanction ? Il existe des sanctions de nature diverses. Il existe des règles sans sanctions, certains règlements administratifs. Il est classique de citer les obligations naturelles, les règles de droit international privé. De plus, la Commission des sondages est une autorité administrative.

②- Intention du législateur

En matière de presse la rapidité de l'intervention joue un rôle très important. Le procédé de la publication de la rectification au moyen de la mise au point est mieux adapté à l'objet de la protection que les sanctions pénales. En effet, les sondages d'opinion sont menés en vue d'une élection. Une sanction qui interviendrait après celle-ci serait d'une efficacité très réduite puisque que l'information aurait déjà atteint l'opinion et que le but en vue duquel cette information a été diffusée, à savoir l'élection, est passé. De plus, un rectificatif peut

(357) CE. 11 déc. 1992, Société Le Figaro, n° 135785, Rec. p. 841, 994, 1188.

(358) Le texte dispose 500 000F, mais l'article 3 de l'Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs renvoie à l'annexe 1, tableau relatif aux amendes et autres sanctions pécuniaires qui fixe cette correspondance.

(359) O. Schrameck, X. Delcros, La Commission des sondages, un garant fragile de la démocratie, AJDA 1988, p. 386.

avoir des conséquences sur l'opinion publique et sur celle des pairs. L'importance de ce type de « sanction » empruntant la voie de la publication est telle qu'elles sont également prévues lorsque la sanction pénale est prononcée, l'article 12 de la loi de 1977 prévoit dans son dernier alinéa que « la décision de justice sera publiée ou diffusée par les mêmes moyens que ceux par lesquels il a été fait état du sondage publié ou diffusé en violation des dispositions de la présente loi ». L'ordre public est également assuré par le fait que des sanctions pénales peuvent venir s'ajouter à l'obligation de publier la mise au point. Elles font d'ailleurs suite au refus des organismes de presse de publier ce document.

Une sanction est socialement organisée, c'est-à-dire définie par le droit, attachée à une conduite contraire à celle imposée par une norme juridique et comportant généralement un pouvoir de contrainte (360). Dire qu'une règle de droit est sanctionnée « cela signifie qu'on peut en demander l'application en justice, qu'elle peut servir de fondement à un recours judiciaire » (361). La différence entre sanction et contrainte réside dans le fait que toute règle de conduite obligatoire comporte une sanction au sens large sans, pour autant, comporter ce pouvoir de contrainte qui paraît inhérent au Droit. Il est des sanctions naturelles comme la réprobation publique, ou morales ou religieuses, qui n'impliquent pas de contrainte objective (362). Il peut y avoir des règles juridiques sans sanction directe par des moyens de contrainte, comme en droit international public. Mais cela n'exclut pas des moyens de contrainte indirecte (363).

Le législateur a préféré la solution de l'influence par l'acceptation que celle de l'autorité (364). Les sanctions sont indirectes et n'ont pas la nature des sanctions émanant de l'autorité publique. Mais c'est précisément ce qui a été voulu par le législateur. Il résulte des travaux parlementaires que ce moyen de contrainte fut préféré aux sanctions classiques. En effet, il a été soutenu qu'en ces matières, elles étaient moins adaptées que la pression de l'opinion publique (365) et des pairs. Le pouvoir de contrainte est mis en œuvre par la pression publique, qui s'apparente à l'*opinio necessitatis* (366), opinion de la majorité des membres du corps social qui se conforment à la règle. Des amendes demandent longtemps avant d'être obtenues, et ne remplissent pas assez efficacement leur fonction de réparation du dommage, de remise en état de la société. Alors que l'information de l'opinion publique, en intervenant très rapidement après la publication litigieuse, notamment au moyen des

(360) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 33.

(361) P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 1992, n° 10.

(362) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 34.

(363) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 34. Plus généralement, il existe des sanctions ; mais leur intensité et leurs formes sont variables. Aux sanctions pratiquées dans les sociétés primitives où l'individu se faisait justice à lui-même se sont substituées des formes de justice publique.

(364) C. Teitgen-Colly, *Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution*, in C.-A. Colliard, G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Les voies du droit, 1988, p. 21, spéc. p. 35.

(365) La désapprobation de l'opinion publique peut s'accompagner de conséquences économiques : les gens achèteront avec circonspection un périodique dont les informations ne sont pas fiables.

(366) C. Larroumet, *Droit civil, T.I, Introduction à l'étude du droit privé*, 1998, n° 13 : Celui auquel elle s'applique est tenu de s'y conformer, le plus souvent sous la menace d'une sanction. Cependant, ce n'est pas la sanction qui est le critère du caractère obligatoire de la norme. Celui-ci provient de l'opinion de la majorité des membres du corps social qui se conforment à la règle. C'est l'*opinio necessitatis*. La contrainte provient des autres autant que de lui-même et s'il n'agit pas comme il devrait, il transgresse une règle. Ce n'est pas la sanction qui caractérise la règle de droit, c'est l'obligation, le caractère obligatoire de la règle de droit. En réalité il n'existe pas de règle qui ne soient point obligatoires. Cependant, le caractère obligatoire de la règle de droit n'a pas toujours la même force.

programmations des mises au point par les sociétés nationales de radiodiffusion et de télévision, a deux conséquences : d'une part rétablir la vérité sur les sondages ou leurs commentaires, d'autre part permettre la pression de l'opinion publique et des pairs. M. Galabert, Président de la Commission des sondages confirme que ces moyens sont extrêmement efficaces. Les sanctions pénales n'ont d'ailleurs pas été oubliées puisque elles sont énumérées à l'article 12 de la loi du 19 juillet 1977 qui prévoit que seront punis des peines portées à l'article L.90-1 du Code électoral qui prévoit 75 000 euros d'amende (367).

b) *Conflit entre la nature juridique spécifique des communiqués et la notion de norme au sens classique*

En l'absence de sanction émanant de l'autorité publique, on doit dénier la qualification de norme juridique aux communiqués. Néanmoins, il ne s'agit pas pour autant de règles morales.

①-Rejet de la qualification de norme juridique au sens classique

Selon la définition générale, les normes juridiques ou règle de droit correspondent toujours à des prescriptions destinées à ordonner des relations sociales en imposant des comportements déterminés dont le respect est assuré par l'autorité publique (368). Néanmoins, selon le doyen Jean Carbonnier, il s'agit d'une règle de conduite humaine, à l'observation de laquelle la société peut nous contraindre par une pression extérieure plus ou moins intense (369) selon une technique spécifique de production. Elle est assortie d'un commandement (370), et d'une sanction, encore que ce dernier critère puisse être discuté. Les caractères de généralité et d'abstraction de la règle ne permettent pas de distinguer la règle de droit d'autres règles de conduite. Ainsi, selon Kelsen, « un ordre normatif qui règle la conduite humaine en tant qu'elle a rapport à d'autres hommes, directement ou indirectement, est un ordre social. La morale et le droit sont de semblables ordres sociaux » (371). Et l'ordre juridique est l'ordre social qui se caractérise par le fait qu'il ordonne une certaine conduite en attachant à la conduite contraire un désavantage, la sanction. Ainsi, il est nécessaire de recourir à la sanction pour distinguer la règle de droit de la règle morale.

(367) Le texte dispose 500 000F, mais l'article 3 de l'Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 portant adaptation de la valeur en euros de certains montants exprimés en francs dans les textes législatifs renvoie à l'annexe 1, tableau relatif aux amendes et autres sanctions pécuniaires qui fixe cette correspondance.

(368) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 31 s ; H.,L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 1996, 1re leçon ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T.I, Sirey, Paris, 1914, p. 48.

(369) J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 4.

(370) Les sanctions sont prévues pour obtenir des assujettis le respect de la règle. Les sanctions s'appliquent si la règle est transgressée. Leur objet est de contraindre les personnes à se conformer à la règle ou à les punir pour l'avoir transgressée, ou d'effacer les conséquences de la transgression, ou encore de réparer le préjudice qui en est résulté. La mise en œuvre des sanctions du droit est réservée à la puissance publique, plus précisément au pouvoir exécutif, mais elles ne se confondent pas avec le caractère obligatoire de la règle de droit. (H.,L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, 1996, 1re leçon).

(371) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 32 ; J.-P. Delville, *L'incidence de la règle morale dans la réalisation du droit*, RRJ 1992-4, p. 913 ; P. Jestaz, *Les frontières du droit et de la morale*, RRJ, 1983, p. 334.

La définition de la norme juridique marque sa spécificité par rapport aux autres normes sociales (372). La contrainte, le commandement, le caractère obligatoire de la règle de droit serait le fait d'être obligé de suivre la règle, et la sanction serait le moyen d'obliger à suivre la règle. La contrainte est inhérente à la règle de droit. La reconnaissance de la sanction comme un élément essentiel de la règle de droit peut être discuté (373). Une norme est sanctionnée lorsqu'elle est proclamée comme appartenant à l'ordre juridique (374). La consécration d'une règle se distingue mal de sa mise en œuvre. Une règle est assortie de conséquences lorsque l'ordre juridique la reçoit comme pouvant donner lieu à des décisions précises d'application prises par les autorités publiques ou par les particuliers. La règle est donc assortie de conséquences lorsque le juge en déduit des décisions d'application, indépendamment de savoir si ces décisions seront ou non suivies d'effet. Néanmoins la plupart des normes attribuent quelque chose, un droit, une qualité, sans prescrire de comportement particulier (375). La question de la mise en œuvre de la règle est plus délicate. La règle est à première vue assortie de coercition lorsque les destinataires peuvent se trouver directement ou indirectement forcés de respecter la décision du juge. La règle est assortie de coercition lorsque l'ordre juridique prévoit les moyens de son application autoritaire, par exécution effective. Néanmoins, une règle est effective lorsque les destinataires se conforment au modèle qu'elle édicte. Or ce résultat s'obtient sous l'effet de la contrainte juridique, mais aussi de la contrainte sociale ou pour toute autre raison. La contrainte et la sanction apparaissent comme les causes de l'effectivité de la règle (376). La contrainte suppose une organisation externe, qu'elle soit une contrainte sociale organisée. La sanction quant à elle est la conséquence juridique impliquée par la règle (377). P. Jestaz remarque que l'on qualifie souvent de *lex imperfecta* celle qui ne bénéficie pas de la contrainte. Mais l'imperfection tient non à la loi elle-même, mais aux carences de l'ordre juridique dont elle émane. Selon lui, la vraie *lex imperfecta* est plutôt celle qui, de par sa structure propre, ne peut jamais entrer en application même avec l'appui de toutes les contraintes imaginables (378).

Pour Kelsen une norme dépourvue de sanction est juridiquement « irrelevante ». A un « contenu juridique juridiquement irrelevant » quelque chose qui est « en forme de droit sans constituer une norme juridique ». Il préconise le rejet de toute définition du droit qui ne le caractérise pas comme un ordre de contrainte. La raison majeure étant que seul l'élément de contrainte permet de clairement distinguer le droit de tout autre ordre social (379). Il admet néanmoins que dès lors que l'on définit le droit comme un système de normes, il faut reconnaître que la science du droit ne peut pas se passer de la notion de contenu juridique irrelevant. La distance entre la norme au sens classique et les actions est partiellement occupée par des règles d'une espèce particulière que sont notamment les éthiques, les déontologies ou les doctrines des administrations, et auxquelles on pourrait ajouter les positions de principe des autorités administratives indépendantes (380).

(372) J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 30 ; F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, T.I, Sirey, Paris, 1914, p. 48 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 1951, p. 32.

(373) certains règlements ne sont pas sanctionnés.

(374) P. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D.86.197.

(375) Ce qui est le cas, par exemple, en droit privé des règles de filiation, de succession.

(376) P. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D.86.197.

(377) *ibid.*

(378) *ibid.*

(379) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 59-60.

(380) A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D.93.207.

Selon A. Jeammaud, la normativité réside dans la vocation à servir de référence dans des opérations de jugement permettant de déterminer comment dans des opérations de jugement permettant de déterminer comment des « choses », envisagées, réalisées, devraient, doivent ou auraient dû être. Il s'agit d'aborder l'ordre juridique comme un complexe de motifs agissant sur l'activité réelle de l'homme ; repérer comment les normes juridiques influencent les actions devrait aider à comprendre en quoi ou en quel sens le droit opère régulation (381).

●-La règle émise par la Commission des sondages n'est pas une règle de morale

La règle de droit se définit principalement par référence à ses caractères, mais également au moyen de ses fondements (382). Or si les fonctions de la règle édictée par la Commission des sondages sont identiques ou vont dans la même direction que celles des règles de droit, alors ce sera au moins un indice en faveur de la qualification de norme. Le fondement, le but de la règle de droit est à mettre en comparaison avec celui des règles édictées par la Commission des sondages. La règle de droit est destinée à régir les rapports sociaux (383). La règle émise par la Commission des sondages est destinée à régir des rapports sociaux dans un domaine particulier, celui de la presse et des sondages. Les règles édictées par la Commission des sondages le sont à des fins de régulation, de moralisation de la publication et de la diffusion des sondages politiques. Alors la règle produite par la Commission des sondages ne serait-elle qu'une règle morale, puisque cette dernière est également dépourvue de contrainte socialement organisée au sens classique du terme ? Nous retrouvons la distinction du Droit et de la Morale, distinction classique (384) mais qui est ici renouvelée par les sources. Il ne s'agit plus de la religion ou de la philosophie mais d'acteurs de la vie juridique, d'autorités administratives (385). Pour autant, les critères demeurent inchangés. Certes il y a une ressemblance entre morale et contrainte sans sanction, mais la distinction est la suivante : la morale a pour objet le comportement de la personne, les règles des autorités administratives indépendantes, de la Commission des sondages ont pour but la régulation sociale (386). La règle émise par la Commission des sondages n'est pas seulement une

(381) A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D.93.207 ; Pour une étude critique du rôle de la sanction dans le droit D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?* Ed. Odile Jacob, 1997, spéc. p. 75 et pour une critique de la théorie du critère organique et formel dans la hiérarchie des normes : D. de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, préf. P. Bon, *Économica*, 1996, p. 11.

(382) P. Jestaz, *Le Droit*, Dalloz, 1991, p. 30 ; G. Gurvitch, *Remarques sur la classification des formes de la sociabilité*, Arch. phil. droit. et de soc. jur. Cahier double, 5^e année, Sirey, 1935, III-IV, p. 43 ; L. Le Fur, *Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale*, Arch. phil. droit. et de soc. jur. Cahier double, 5^e année, Sirey, 1935, III-IV, p. 7 ; H. Dupuyroux, *Les grands problèmes de droit*, Arch. phil. droit. et soc. jur. Cahier double, 8^e année, Sirey, 1938, I-II, p. 7.

(383) C. Larroumet, *Droit civil*, T.1, Introduction à l'étude du droit privé, 1998, n° 13.

(384) P. Jestaz, *Pouvoir juridique et pouvoir moral*, RTD civ. 1990, p. 625.

(385) A propos d'un type de régulation qui intervient par la voie des mœurs, cf. P. Jestaz, *Le Droit*, Dalloz, 1991, p. 29.

(386) Droit et morale se distinguent par leurs sources : la morale procède du commandement religieux, de l'éthique sociale ou de la conscience individuelle, alors que la règle de droit est issue des prescriptions des autorités publiques. Ils se distinguent par leurs finalités : la morale vise à la perfection de l'homme alors que le droit ne tend qu'à une bonne organisation de la vie en société. Enfin, la sanction du droit est socialement organisée, tandis que la morale n'est sanctionnée que par la conscience de l'individu, par un au-delà le cas échéant ou par la réprobation des autres. (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz coll. Méthodes du droit, 1998, n° 39 ; H.,L. et J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, 1996, 1^{re} leçon).

norme morale car d'une part elle a vocation à réguler la société, d'autre part il existe un certain nombre de contraintes, de sanctions indirectes. Néanmoins, les normes dites de soft law tiennent pour partie à la résurgence de la morale au sein des préoccupations de notre époque (387) et une partie des décisions de Commission des sondages relèvent de l'éthique, participent d'une volonté d'élaborer une déontologie des sondages, mission pour laquelle elle a été instituée.

La Commission des sondages par ses compétences peut préciser les conditions techniques à remplir pour assurer la qualité et l'objectivité des sondages, ainsi qu'elle le fit préalablement au décret de 1980. La Commission des sondages a une mission de moralisation de ce secteur. C'est pourquoi, pour pouvoir l'exercer, que peut être est préféré la solution de l'influence par l'acceptation que celle de l'autorité (388).

En conclusion, apparaissent des règles appartenant à une catégorie nouvelle. Le rôle spécifique de la Commission des sondages commande la spécificité de la nature de ses moyens. Si les communiqués de la Commission des sondages sont dépourvus de sanction, au sens classique, ils ne sont pas dépourvus de conséquences, et même de conséquences juridiques par les mises au point qu'elle peut ordonner de publier ou la saisine du parquet. Apparemment les règles émises par la Commission des sondages ne relèvent pas de la définition traditionnelle de la norme. Pourtant, elles en remplissent certains critères, et surtout, les finalités des règles de droit. Certes ces règles ne sont pas des normes au sens classique du terme, mais n'appartiennent-elles pas à une nouvelle catégorie de normes ?

2- Émergence de règles de nature nouvelle ?

L'évolution que traduit la nature spécifique des communiqués émis par la Commission des sondages se fait au sein d'un besoin de régulation (a) qui se manifeste par l'apparition de nouvelles catégories au sein de la hiérarchie des normes (b).

a) Le besoin de régulation dans le domaine des sondages électoraux

●- Causes du phénomène

Le rapport de la Commission des sondages consacré aux élections européennes de 1999 montre que « l'intérêt croissant [pour le scrutin] de l'opinion publique, du moins de ses relais médiatiques, s'est traduit par une augmentation considérable du nombre des sondages ainsi que des réclamations qui ont été enregistrées à la Commission ». A l'occasion des élections municipales de 2001, 203 sondages portant sur des intentions de vote et relevant du champ de contrôle de la Commission des sondages et 46 réclamations lui furent adressés (389). Ce phénomène traduit, selon ce rapport un « véritable besoin de régulation dans le domaine des sondages électoraux que la compétence et le professionnalisme des instituts de sondages et le caractère bien établi de la doctrine de la Commission ne suffisent pas à satisfaire ». Le concept de régulation n'est pas aisé à définir.

(387) F. Osman Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509.

(388) C. Teitgen-Colly, Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution, in C.-A. Colliard, G. Timsit, Les autorités administratives indépendantes, PUF, Les voies du droit, 1988, p. 21, spéc. p. 35.

(389) Rapport de la Commission des sondages « La Commission des sondages face aux élections municipales de 2001 », p. 2, par MM. J.-M. Galabert et M. Guyomar.

L'autorité de régulation est un intermédiaire entre le pouvoir qui fixe les règles et les opérateurs sur le terrain, qui se consacre essentiellement au contrôle du respect des textes, et, en cas de manquements marqués, engage immédiatement les procédures nécessaires pour les faire appliquer (390). Le but de la régulation est de chercher par tous moyens à susciter des standards de comportement dictés par l'observation attentive de la réalité ainsi que par une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviations constatées (391). Selon MM. Gazier et Cannac le mot de régulation caractérise le mieux la mission des autorités administratives indépendantes « quelque chose d'intermédiaire entre le choix des politiques, qui n'appartient qu'aux autorités élues ou directement contrôlées par les élus, et la gestion des services qui est l'affaire des administrations, placées sous le pouvoir hiérarchique ou la tutelle des premières » (392). C. Teitgen-Colly remarque que le Conseil constitutionnel se montre, dans sa jurisprudence relative aux instances de régulation, soucieux de ne pas figer le schéma institutionnel lorsqu'il paraît opportun de recourir à de nouveaux modes de régulation. Il veille néanmoins à préserver les principes essentiels de notre système politique (393). La place nouvelle qu'occupent les normes de la Commission des sondages correspond à la place des autorités administratives indépendantes. Pour montrer la spécificité du pouvoir normatif de la Commission des sondages, il est nécessaire dans cette partie de rattacher la Commission des sondages aux autorités administratives indépendantes qui sont la catégorie à laquelle elle appartient et qui conditionne son régime juridique. Les autorités administratives indépendantes sont des « administrations nouvelles » (394) « en suspens » par rapport à la hiérarchie administrative de droit commun (395). Les règles de droit ont pour objet de régir l'organisation d'une société et les relations de ceux qui la composent (396). Elles sont l'instrument privilégié de régulation de la vie sociale (397).

Les autorités administratives indépendantes apparaissent comme une forme d'auto-limitation du pouvoir exécutif central. Il s'agit d'une troisième voie entre celle de la décentralisation, territoriale ou par services, et l'institution d'une juridiction administrative. Elle est destinée à jouer un double rôle de protection des citoyens et d'auxiliaire du pouvoir central (398). Le développement des autorités administratives indépendantes porte condamnation des structures traditionnelles de l'organisation des pouvoirs publics, qu'il s'agisse de l'Administration ou de la Justice. En accordant à certaines de ces autorités des pouvoirs exorbitants, de type législatif, exécutif et juridictionnel, on a renié certaines principes essentiels de distinction, sinon des pouvoirs, du moins des fonctions, ce qui n'est pas sans risques ni dangers pour les libertés individuelles (399). Monsieur Latournerie

(390) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 280.

(391) *ibid.*

(392) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et.ctdoc. du Conseil d'État, 1983-1984, p. 20.

(393) C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, R.D.P. 1990, p. 153, spéc. 258.

(394) C. Debbasch, Les formes nouvelles de l'administration, Revue de droit prospectif, n° 2, 2° trim. 1976, p. 17.

(395) A. Lazareff, La réglementation des sondages politiques en droit français, Thèse Paris II, 1983 ; A. Lazareff, Le droit des sondages politiques, analyse de la réglementation française, LGDJ 1984, préf. R. Drago, p. 56.

(396) C. Grzegorzczk, T. Studnicki, Les rapports entre la norme et la disposition légale, in Arch. phil. droit. ; Le langage du droit, n° 19, Sirey 1974, p. 243 qui distinguent entre l'énoncé normatif, étudié par la logique déontique, et la norme elle-même.

(397) J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, Thémis, PUF, 2001, p. 57.

(398) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et.ctdoc. du Conseil d'État, 1983-1984, p. 28.

(399) F. Terré, Introduction générale au droit, Précis Dalloz 1999 n° 244.

conclut d'une part le déclin de l'ère de souveraineté, la croissance de l'ère de négociation et surtout le fait que le droit d'autorité cède la place au droit de l'intervention (400). Cela expliquerait l'importance aujourd'hui du droit « mou », du droit consensuel, qui tire son autorité d'un consensus et non de la personne de laquelle il émane et qui coexisterait aux côtés d'un droit impératif.

L'existence d'un pouvoir normatif spécifique de la Commission des sondages semble s'inscrire dans une crise du droit administratif (401). Les autorités administratives indépendantes sont à première vue incompatibles avec les principes fondamentaux sur lesquels l'État français a été bâti (402). Selon le Professeur Chevallier, cette mutation s'explique par la crise de l'État providence (403). Les autorités administratives indépendantes semblent annoncer la substitution au modèle classique unitaire d'un modèle polycentrique, c'est-à-dire comportant des pôles de pouvoir différenciés et indépendants les uns des autres (404). On peut considérer que le recours aux autorités administratives indépendantes révèle une certaine impuissance de l'administration dans des domaines particuliers, mais c'est aussi un moyen pour permettre aux administrations centrales de se consacrer plus efficacement à l'exercice des responsabilités qui sont de leur ressort (405). Les autorités administratives indépendantes, sont le plus souvent qualifiées d'instances de régulation. Ce terme vise à désigner une activité qui n'emprunte pas les voies de droit classiques, notamment celles du « droit autoritaire », pour lui préférer une voie fondée sur la négociation (406). Il s'agit plutôt d'une évolution du droit administratif. Peut être aussi y-a-t-il une évolution des modalités de production des normes, une évolution de la légistique (407), et plus largement du pouvoir dont la cause résiderait dans l'évolution de la société (408). Mais quelle est la nature juridique du pouvoir de la Commission des sondages d'émettre des communiqués ?

(400) D. Latournerie, La qualité de la règle de droit : l'influence des circuits administratifs de son élaboration, *Revue administrative*, 1981 p. 591.

(401) J.-J. Bienvu, Le droit administratif, une crise sans catastrophe, *Droits*, 1986-4 p. 93.

(402) J. Chevallier, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP.G.1986.I.3254*.

(403) J. Chevallier, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP.G.1986.I.3254* ; Gérard Timsit dénonce la fin du mythe de l'unité de l'administration (G. Timsit, Les nouveaux modèles d'administration, Études et Documents du Conseil d'État, 1978-1979, p. 19).

(404) J. Chevallier, Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes, *JCP.G.1986.I.3254* ; Gérard Timsit dénonce la fin du mythe de l'unité de l'administration (G. Timsit, Les nouveaux modèles d'administration, Études et Documents du Conseil d'État, 1978-1979, p. 19).

(405) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 324.

(406) M. Clapié, Demandeurs et émetteurs d'avis, in L'inflation des avis en droit, *Économica*, sous la dir. de T. Revet, coll. Études juridiques, 1998, p. 33 spéc. p. 46.

(407) La légistique est la technique législative, le processus de formation législative (D. Rémy, *Légistique, l'art de faire les lois*, éd. Romillat, coll. « Pratique du droit » 1994 ; A. Viandier, *Recherches de légistique comparée*, Fondation Européenne de la Science, Le processus législatif, éd. Springer-Verlag, Berlin, 1988 ; *Légistique formelle et matérielle*, sous la direction de C.-A. Morand, PUAM 1999). Le terme de légistique réunit la « méthodologie législative », qui s'intéresse au contenu du processus de décision pour parvenir à une législation plus rationnelle, et la « technique législative » ou « légistique » qui s'attacherait essentiellement aux problèmes formels d'expression dans l'ordre juridique d'un contenu normatif donné (J.-L. Bergel, *Informatique et légistique*, D. 1987, Chron. 171 ; du même auteur, *Méthodologie juridique*, Thémis, PUF, 2001, p. 297) dans l'objectif d'améliorer la qualité des textes, élaboration et expression des normes juridiques. (D. Bourcier, *Approche légistique et systémique de la codification*, Rapport final, juin 1998, CNRS -UPRESA 6054, Groupe IDL Informatique Droit linguistique et Ministère de la Justice, GIP Droit et Justice, Convention n° 960508100210, p. 4). (*Légistique formelle et matérielle*, sous la direction de C.-A. Morand, PUAM 1999 A. Viandier, La crise de la technique législative, *Droits* (Revue française de théorie juridique) 1986-4, p. 75).

(408) L. Boy, Réflexions sur « le droit de la régulation », (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche), D.2001.3031. L'auteur remarque que la déréglementation appelle la régulation.

● - Moyens de régulation

α- Les normes de Soft law

Le cadre au sein duquel les communiqués évoluent semble relever de ce nouveau type de règles de conduite sociale qui se développent depuis trois décennies. Les règles émises par les autorités administratives indépendantes telles que la Commission des sondages se placent aux côtés des différents codes d'éthique, code de déontologie émanant de sources privées. Ce type si particulier de règles est qualifié de « droit mou » ou « droit flou » ou encore de « soft law » (409). Quelle est leur place au sein de l'ordre juridique ? Dès lors que ces règles sont susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ne peut-on considérer qu'il y a réception de la règle par l'ordre juridique étatique qui conduirait à intégrer cette norme dans la pyramide des normes (410) ? Certes, on peut objecter que les communiqués dans lesquels la Commission des sondages interprète les lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre ne sont susceptibles d'être directement déférés au juge de l'excès de pouvoir « que si et dans la mesure où ladite interprétation méconnaît le sens et la portée des prescriptions législatives ou réglementaires qu'elle se propose d'explicitier ou contrevient aux exigences de la hiérarchie des normes » (411). Toutefois, d'après les conclusions du Commissaire du Gouvernement, le Conseil d'État doit procéder d'abord à l'examen au fond de la requête avant de pouvoir répondre à la question de sa recevabilité (412). Certes, la solution demeure l'irrecevabilité, mais il y a en pratique un contrôle sur le fond. D'autre part, les communiqués, même s'ils n'ont pas un caractère contraignant, ne sont pas pour autant dénués d'effectivité. Peut-on toujours dénier la qualification de règles juridiques, de normes à ces règles formulées en termes généraux et abstraits, susceptibles d'un contrôle, suivies en pratique et non dépourvues de sanction directe ? Selon F. Osman, le droit mou peut acquérir une effectivité conditionnée par la manière dont il a été adopté, ainsi que par son contenu. « Si [son contenu] est le reflet de règles généralement acceptées comme des coutumes, des standards de comportement, (...) on peut conclure que les juges étatiques sont autorisés à leur conférer le statut de sources du droit » (413). Ces « normes de comportement souhaitable » constituent, selon cet auteur, une source formelle non négligeable du droit (414).

Un courant doctrinal se développe à l'heure actuelle. On préfère dire que le droit, plutôt qu'il ne règle les conduites, les régule. Le mot paraît plus faible, moins contraignant. La sanction n'est plus regardée comme essentielle (415). La règle de droit devient simple modèle (416). Les manifestations de ce genre se sont multipliées. Le droit apparaît plus flexible que la codification ne l'avait laissé supposer.

(409) Osman (F) Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509.

(410) Osman (F) Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509, spéc. p. 520.

(411) C.E. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, *Légipresse* oct. 1993/8, n° 105, p. 117, concl. F. Scanvic ; D.1993.IR.214, *Rev. adm.* 1993, p. 322 concl. Scanvic.

(412) *ibid.*

(413) Osman (F) Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509, spéc. p. 529.

(414) *ibid.*

(415) P. Jestaz, La sanction ou l'inconnue du droit, D.86.197.

(416) A. Jeammaud, Les règles juridiques et l'action, D.93.207.

β- Émergence d'une nouvelle définition de la norme

L'évolution de la définition de la fonction normative (417) conduira probablement à distinguer deux sens (418). Au sens classique, la Commission des sondages n'a pas dans l'exercice de son pouvoir de proposition, une fonction normative mais une fonction indicative, incitative et une autorité éthique. Dans le sens nouveau, il semble y avoir l'émergence d'une nouvelle définition de la norme à côté de l'ancienne. En ce sens là, la Commission des sondages a une fonction normative. Ainsi, deux domaines du droit apparaissent : d'un côté, le droit est nécessairement sanctionnateur dans certains secteurs (419) et dans d'autres domaines, il peut être "souple". Il y a un besoin de normes moins contraignantes destinées à influencer moralement et faire évoluer certains domaines dans lesquels le législateur traditionnel ne peut intervenir en raison de leur trop haute technicité, mais sans attribuer un pouvoir trop important à l'autorité qui en a la charge. De plus, le droit a tendance à évoluer vers le consensus plus que vers le contrôle. L'efficacité de cette procédure peut surprendre, mais elle donne des résultats dans des domaines présentant des caractères spécifiques, notamment de technicité tels que le droit des sondages. Le recours à des Commissions indépendantes de la hiérarchie administrative constitue un trait de l'action publique contemporaine, « comme si l'État, tout en affirmant son droit et son devoir d'intervention, reconnaissait les limites des procédés traditionnels, particulièrement dans les secteurs où les libertés publiques subissent l'impact des techniques modernes » (420). L'intérêt du pouvoir moral, éthique de la Commission des sondages est de lui permettre d'agir en un domaine où la souplesse est nécessaire. La fonction de régulation ne consiste pas à prendre en charge des activités, à fournir des prestations au public, mais à encadrer le développement d'un secteur de la vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains équilibres (421). L'adoption d'un nouveau type de régulation avait été jugé nécessaire par Pierre Avril, lorsque « l'impact des nouvelles technologies affecte un secteur sensible, comme celui des libertés publiques, et exige par conséquent une intervention spéciale ; et que d'autre part, le caractère évolutif de ces mêmes technologies crée une situation d'indétermination telle que leur encadrement juridique requiert une flexibilité suffisante pour en accompagner le développement » (422).

L'objectif d'équilibre fonde les pouvoirs qui sont utiles à sa réalisation et les limite. L'autorité en charge de l'office de régulation doit avoir tous les pouvoirs nécessaires à la régulation, mais pas plus que cela (423). Madame le Professeur

(417) Évolution des fonctions normatives de l'État : les conditions d'exercice de la fonction législative ont changé, D. de Béchillon, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, préf. P. Bon, *Économica*, 1996, p. 57s.

(418) C. Grzegorzcyk, T. Studnicki, Les rapports entre la norme et la disposition légale, *Arch. phil. droit.* n° 19, Sirey 1974, p. 243 ; Le langage du droit, p. 243 ; J.-L. Gardies, *Système normatif et système de normes*, *Arch. phil. droit.* n° 19, Sirey, 1974, p. 75.

(419) J. Carbonnier, *Droit civil*, Introduction, PUF Coll. *Thémis Droit privé*, 26^e édition refondue, 1999, n° 11 ; La loi, *Arch. phil. droit.*, T.25, Sirey 1980.

(420) P. Avril, Le droit des sondages, in *Service public et libertés*, mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier, éd. Émile-Paul, 1981, p. 690 ; J. Rivero précise que les progrès de la recherche scientifique, les progrès techniques, appellent des mesures préventives (J. Rivero, *État de droit, état du droit*, in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de G. Braibant, Dalloz 1996, p. 609).

(421) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, JCP.G.1986.I.3254.

(422) P. Avril, Le droit des sondages, in *Service public et libertés*, mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier, éd. Émile-Paul, 1981, p. 690.

(423) M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D. 2001, 610. Le texte est relatif à la régulation dans le domaine économique, mais ces propos peuvent également s'appliquer à la Commission des

Frison-Roche précise que en matière de régulation, au sens technique du terme, la fin justifie et crée les moyens (424). Par conséquent, en raison du souci d'adéquation des solutions aux caractéristiques du secteur, dans la mesure où celui-ci évolue, le droit doit changer. Le droit de la régulation ne cesse de se modifier, et apparaît « davantage comme un flux de solutions particulières, mouvantes, flux dans lequel les différentes manifestations juridiques se confondent, jusqu'à ce que de la masse de solutions se dégagent des principes » (425). Pour maintenir ces équilibres il faut poser des règles du jeu plus ou moins évolutives.

Le rôle croissant des avis en droit, le terme d'avis étant pris au sens large de recommandations, communiqués, perturbe les sources du droit (426). Ils se situent à une place intermédiaire entre la proposition et la prescriptions (427). La particularité des autorités administratives indépendantes est leur double qualité. En tant qu'autorités administratives, le régime des actes décisifs qui émanent de ces autorités obéit au régime des actes des autres autorités administratives, notamment leur régime contentieux. Mais en tant qu'autorités indépendantes, elles sont situées hors de la hiérarchie administrative et bénéficient d'une indépendance organique et fonctionnelle, qui trouve toutefois sa limite dans le contrôle du juge administratif (428).

Ces normes de droit mou ou de soft law (429) auxquelles on adhère « volontairement » (430), permettent plus de liberté aux administrés tout en les encadrant. Sauf dans les domaines où le droit doit être dur, sanctionnateur, notamment lorsque l'ordre public ou les bonnes mœurs sont en jeu, cette soft law peut être utile car elle permet aux administrés d'évoluer, aux normes de s'adapter dans des domaines - souvent des domaines techniques- où la matière va trop vite et le droit est toujours en retard. Elles permettent aussi aux notions d'évoluer de manière souple, sans que la loi garde-fou ne se transforme en barrière (431). Ce

sondages en raison de leur généralité. V. également L. Boy, *Réflexions sur « le droit de la régulation »*, (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche), D.2001.3031.

(424) M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D.2001, 610.

(425) M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation*, D. 2001, 610.

(426) Sur les dangers des multiplications des pouvoirs au sein de l'Administration, cf. A. Holleaux, *Les pouvoirs multiples dans le pouvoir*, (Rev. dr. prosp. n° 5, 1978, p. 35). Sur l'évolution de la fonction législative, on peut remarquer que l'administration participe de manière croissante à la fonction législative (J.-M. Pontier, *La fonction législative de l'administration en France*, in *Table Ronde du Centre de recherches administratives des 21-22 oct. 1994 Aix en Provence spéc. p. 16 s.*)

(427) P. Jestaz, *Rapport de synthèse, in L'inflation des avis en droit*, sous la dir. de T. Revet, *Économica, Études juridiques*, 1998, p. 113.

(428) M. Clapié, *Demandeurs et émetteurs d'avis*, in *L'inflation des avis en droit*, *Économica*, sous la dir. de T. Revet, coll. *Études juridiques*, 1998, p. 33 spéc. p. 46.

(429) F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509* ; elles sont à distinguer des standards. Le standard est une notion floue, à contenu variable, telle que la référence à la bonne foi, aux bonnes mœurs *Cahiers de méthodologie juridique*, n° 3, Les standards dans les divers systèmes juridiques, sous la direction de J.-L. Bergel, *Rev. rech. jur.* 1988 p. 803 s, v. spéc. J.-L. Bergel, avant-propos p. 805 reprenant les différentes définitions ; également Ph. Jestaz, *Rapport de synthèse*, p. 1181 ; et D. Pinard, *Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charge canadienne des droits et libertés*, p. 1069 ; F. Osman, *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit RTD civ. 1995 p. 509*.

(430) C. Teitgen-Colly, *Les autorités administratives indépendantes, histoire d'une institution*, in C.-A. Colliard, G. Timsit, *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, *Les voies du droit*, 1988, p. 21.

(431) Développement de l'usage de règles de conduite sociale intitulées codes de déontologie, directives, « Droit mou » ; certains considèrent qu'il s'agit d'une dégradation de la norme « instruments de régulation des activités humaines ». Le développement de la soft law participerait-il au déclin de la qualité de la loi ? Nous ne pensons pas qu'il y ait un lien logique et un lien systématique. Le droit flou est une traduction possible d'une évolution de la notion de norme par rapport au contenu recouvert par

nouveau type de règles n'a pas les mêmes motivations que le droit dit « impératif » et par conséquent, ne se traduit pas juridiquement par les mêmes manifestations. Cela a pour conséquence un rôle et une place spécifique occupés par les autorités qui émettent de telles normes, et notamment les autorités administratives indépendantes, parmi lesquelles figure la Commission des sondages. Le professeur Gaudemet emploie le terme d'« actions administratives informelles » pour désigner des actes juridiques imputables aux personnes publiques et (...) comme tels, ces actes sont soumis à une procédure incluant le respect de règles de compétence et de forme, ces actions se caractérisant par le fait qu'elles ne comportent aucun effet juridique obligatoire à l'égard des administrés (432). Ces actions informelles se développent depuis ces dernières décennies, surtout dans les aspects les plus novateurs des interventions administratives, domaines dans lesquels l'administration attend plus d'efficacité de cette action informelle que du commandement. Le vocabulaire employé pour ces actes est varié : recommandations, avis, propositions etc. (433). La théorie des actes administratifs informels trouve sa limite lorsque l'autorité administrative doit agir par voie d'autorité, notamment dans le domaine de la police administrative (434). Parmi les causes de l'émergence des actions administratives informelles se trouvent les faiblesses du système administratif classique (435). Le système de l'acte administratif obligatoire, susceptible d'un contrôle juridictionnel est apparu de plus en plus souvent trop lourd, formaliste et d'une efficacité limitée sans pour autant préserver les droits des administrés (436). Néanmoins, un danger accompagne le développement de ces actes informels. Ils peuvent avoir vis-à-vis des administrés une autorité de fait équivalente à celle qu'aurait une mesure juridique contraignante, mais sans être assorties des garanties accompagnant traditionnellement de tels actes. La jurisprudence a étendu le contrôle contentieux à ces mesures (437).

La régulation est la tâche qui consiste à assurer, entre les droits et les obligations de chacun le type d'équilibre voulu par la loi. Elle implique une vision systémique de la société et de ses rapports avec l'État. Le rôle de l'État est moins de commander directement aux acteurs sociaux que d'établir entre eux des « règles du jeu » et de veiller à ce qu'elles soient respectées. Seule la définition de ces tâches relève directement du Parlement et du Gouvernement. La seconde nécessite le

la notion de norme. Sur cette question, cf. A. Viandier, *La crise de la technique législative*, *Droits* (Revue française de théorie juridique) 1986-4, p. 75 ; G. Braibant, *Qui fait la loi ?*, *Pouvoirs* 1993, 64, p. 43.

(432) Le Professeur Gaudemet précise qu'il reprend les termes employés par le professeur Tokiyasu Fujita, dans son rapport général (Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, *Rev. internat. dr. comp.* 1994-2, p. 645).

(433) Selon le Professeur Gaudemet, on peut leur appliquer la distinction classique actes individuels et actes réglementaires (Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, *Rev. internat. dr. comp.* 1994-2, p. 645, spéc. p. 651).

(434) Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, *Rev. internat. dr. comp.* 1994-2, p. 645.

(435) J.-J. Bienvu « *Le droit administratif, une crise sans catastrophe* » *Droits*, 1986-4 p. 93.

(436) Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, *Rev. internat. dr. comp.* 1994-2, p. 645.

(437) Y. Gaudemet, *Les actions administratives informelles*, *Rev. internat. dr. comp.* 1994-2, p. 645, spéc. p. 653 : dès lors qu'elle est susceptible de modifier la situation de droit des administrés, elle relève, comme tout acte administratif faisant grief, du contrôle du juge de l'excès de pouvoir qui, en cas d'illégalité, en prononcera l'annulation (CE, 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame de Kreisker*, préc.). Chaque fois que les actions administratives informelles sont en fait et en droit obligatoires pour leurs destinataires, elles sont requalifiées en actes administratifs, faisant grief et supportent le contrôle contentieux correspondant. Dans d'autres cas, le juge préférera relever et affirmer le caractère non contraignant de la mesure en cause, il rejettera le recours, mais en ayant vidé l'acte de toute « l'agressivité » que lui reprochait le requérant.

recours à des autorités administratives indépendantes (438). Cela correspond d'ailleurs à la pratique de la Commission des sondages qui a préféré donner de ses dispositions une interprétation libérale et veiller à établir avec la profession comme avec la presse et les médias, des relations de travail plutôt que d'user des moyens de contrôle et de répression que la loi fournit (439). Selon M. Huet, la Commission est « consciente des limites de son action, limites que lui imposent à la fois les moyens mesurés dont elle dispose et l'objet même de la loi qui a entendu prévenir les abus mais non pas créer un instrument d'inquisition qui serait contraire à l'esprit de nos institutions » (440). La loi de 1977 et les décrets d'application sont rédigés de manière concise, laissant ainsi une large marge à l'interprétation de la Commission. Dans un milieu où l'évolution rapide des techniques d'information génère sans cesse de nouveaux problèmes, un excès de réglementation pourrait avoir par sa rigidité et ses contraintes des effets particulièrement pernicieux, auxquels s'ajouteraient le risque d'un trop grand décalage entre le droit et le fait (441).

Il faut noter que les règles techniques ne s'imposent pas toujours avec évidence dans un domaine tel que la réalisation de sondages. C'est pourquoi la Commission ne fixe pas de normes techniques au sens strict du terme. Il existe plusieurs procédés de réalisation des sondages et la recherche ne doit pas être figée (442). Elle veille à ce que les techniques employées permettent d'assurer la qualité et l'objectivité du sondage. La Commission des sondages a une mission de régulation (443), et à cette fin dispose du pouvoir d'enjoindre aux organismes de presse et de sondages d'adopter un certain comportement. La prescription peut se faire de deux façons. Soit le commandement est prescrit par la voie de la mise au point, auquel cas elle peut être assortie de sanction car le non respect peut avoir pour conséquence le dépôt d'une plainte au parquet. Soit il est ordonné par la voie du communiqué, mais alors, il n'y a pas de sanction directe au non respect de la proposition. Néanmoins, assortie ou non de sanctions, l'injonction à laquelle la Commission peut procéder traduit l'existence d'un pouvoir de contrôle et de commandement qui lui permet une ingérence plus ou moins grande dans la gestion de l'organisme de presse ou de sondage concerné (444). Les campagnes en vue des élections donnent à la Commission des sondages l'occasion de préciser sa doctrine sur certains points, d'engager le dialogue avec quelques nouveaux partenaires, d'aborder un nombre limité de questions nouvelles, mais surtout, elles lui permettent de marquer « la continuité de son action et l'unité de son inspiration, au-delà des particularités liées à tel ou tel type de scrutin » (445). Il est possible que ce soit en se gardant de tout interventionnisme excessif mais en sachant faire respecter des règles clairement établies, qu'elle peut le mieux asseoir son autorité (446).

(438) F. Gazier, Y. Cannac, *Étude sur les autorités administratives indépendantes*, *Études et documents du Conseil d'État*, 1983-1984, p. 20 ; qui précisent que la seconde fonction n'est en rien juridictionnelle.

(439) P. Huet, *le contrôle des sondages d'opinion en matière électorale*, *Études et documents du Conseil d'État*, 1979-1980, p. 105.

(440) *ibid.*

(441) O. Schrameck, X. Delcros, *La Commission des sondages, un garant fragile de la démocratie*, *AJDA* 1988, p. 386.

(442) P. Avril, *Le droit des sondages*, in *Service public et libertés, mélanges offerts au Professeur R.-E. Charlier*, éd. Émile-Paul, 1981, p. 690.

(443) J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, *JCP.G.* 1986.I.3254.

(444) N. Decoopman, *Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes*, *JCP.* 1987. G. I. 3303.

(445) F. Gazier, R. Abraham, *La Commission des sondages et les élections municipales de 1989*, *Pouvoirs* 1990, p. 107 spéc. p. 115 ; ces remarques sont toujours d'actualité.

(446) F. Gazier, R. Abraham, *La Commission des sondages et les élections municipales de 1989*, *Pouvoirs* 1990, p. 107.

Dans son rapport pour 2001, le Conseil d'État emploie le terme de « quasi-réglementation » pour désigner les moyens employés par les autorités administratives indépendantes pour exercer leur mission (447). L'attribution d'un pouvoir réglementaire strictement encadré aux autorités administratives indépendantes n'est pas contraire à la Constitution. Le Conseil d'État considère qu'il serait opportun d'avoir plus largement recours à ce pouvoir réglementaire encadré dans des domaines qui connaissent une mutation technique rapide et où les administrations centrales n'ont pas nécessairement une expertise établie. « Conférer un pouvoir réglementaire à une autorité de régulation se justifie dès lors que la réglementation appelle une adaptation régulière, d'ordre technique, compte tenu de la vitesse d'évolution (...) des stratégies des acteurs » (448). Si le Conseil d'État est favorable à un développement du pouvoir de prendre des actes réglementaires, il préconise, en parallèle, une augmentation du contrôle des autorités de régulation. L'encadrement serait assuré au moyen de l'homologation par le ministre des règlements pris par les autorités administratives indépendantes (449) et au moyen d'un renforcement des mécanismes par lesquels les autorités administratives indépendantes rendent compte de leur action et sont contrôlées.

Une meilleure connaissance de la « doctrine » des autorités de régulation doit être encouragée. Les opérateurs ont besoin de sécurité juridique et de prévisibilité, et doivent pouvoir connaître les critères permanents sur lesquels sont fondées les décisions individuelles des autorités de régulation (450).

b) *Spécificité de la place occupée par les règles émises par la Commission des sondages au sein de la hiérarchie des normes*

①- La Commission des sondages, source du droit

La source publique du droit est la manifestation, la traduction de l'autorité régalienne d'édicter les normes. Cela relève de la nature de ses compétences et c'est de là qu'à l'origine il émanait. Le fait que les professionnels les respectent n'est pas sans rappeler l'autre source du droit, celle qui émane d'en bas, de la pratique, à l'exemple -dans un tout autre domaine- des usages ou de la coutume (451), au lieu d'émaner d'en haut, des autorités régaliennes, mais qui a une valeur moindre dans notre ordre juridique.

Reconnaître un pouvoir normatif à la Commission des sondages a pour conséquence de reconnaître que la Commission est une source du droit, créatrice des règles de droit (452). L'est-elle en tant qu'autorités administratives, c'est-à-dire comme source « secondaire » appartenant à une source principale qu'est le pouvoir réglementaire ? Ou chaque source est-elle autonome ? Sa qualité d'autorité administrative indépendante permet-elle de la qualifier de source autonome ? Les

(447) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 338.

(448) *ibid.*

(449) Du moins de ceux qui n'auraient pas pour simple objet de préciser des règles ou normes édictées par décret Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, pp. 339-364, et 379.

(450) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 340.

(451) Rappr. de la Lex mercatoria.

(452) P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 8 « Sources » du droit, Arch. phil. droit, T.27, Sirey, 1982 ; J.-L. Vuillierme, *Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit)*, p. 5 ; C. Perelman, *Ontologie juridique et sources du droit*, p. 23 ; J.-L. Sourlioux, « Sources du droit » en droit privé, p. 33 ; B.-S. Jackson, *Structuralisme et « sources du droit »* ; N. Nitsch, *L'inflation juridique et ses conséquences*, p. 161 ; G. Dufour-Kowalska, *Philosophie du fondement et fondement du droit*, p. 191 ; C. Atias, *Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?* p. 209.

autorités administratives indépendantes seraient-elles des autorités en droit (453) ? Les autorités administratives indépendantes font partie du Droit objectif (454). Il y a une pluralité de sources du Droit objectif. « Les sources du droit sont, parmi les organes du corps social, ceux qui ont qualité pour exprimer la règle de droit et en affirmer le caractère obligatoire » (455). La Commission des sondages est une source du droit dans un domaine précis, lorsqu'elle définit les clauses obligatoires dans les contrats de vente de sondages. Dans un autre domaine, elle est une autorité qui participe à la construction de l'édifice juridique (456), soit en étant à l'origine de normes par son pouvoir de proposition qui peut donner lieu à décret en Conseil d'État, soit en complétant l'application des règles existantes par son pouvoir de communication (457). Pour autant, peut-on lui dénier la qualification de source du droit ? La confiance que les citoyens peuvent placer dans les décisions des autorités administratives indépendantes constitue, dans une certaine mesure, une source du droit (458).

②- Place des communiqués dans la hiérarchie des normes

L'autorité de laquelle les communiqués émanent occupe une place spécifique au sein de la hiérarchie des normes (459). Les autorités administratives indépendantes constituent une catégorie juridique nouvelle pour laquelle, MM. Gazier et Cannac considéraient au début des années quatre-vingt qu'il convenait de faire une place dans notre droit public (460), et qui semblent l'avoir conquise aujourd'hui. S'il y a innovation dans la place occupée par ces institutions dans notre système juridique, il y a également innovation dans la nature juridique des « actes », des décisions (461). La question de la place des autorités administratives indépendantes dans notre système institutionnel a été débattue. En effet, si elles appartiennent à l'État, elles ne sont pas subordonnées au Gouvernement (462). En

(453) J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF Coll. Thémis Droit privé, 26^e édition refondue, 1999, n° 142.

(454) F. Terré, *Introduction générale au droit Précis Dalloz 1999 n° 149* « Le droit objectif est l'ensemble des règles de droit qui gouvernent les rapports des hommes entre eux ».

(455) F. Terré, *Introduction générale au droit, Précis Dalloz 1999 n° 149*. Selon P. Mazeaud, le Parlement se dessaisit de sa compétence, renonce à exercer ses prérogatives lorsqu'il institue une Commission, telle que le CSA, dans laquelle ne figurent aucun de ses membres. (P. Mazeaud, *Le Parlement et ses « adversaires », Pouvoirs, 1993-64 p. 109*). V. également M. Couderc, *Le législateur parlementaire : pour en finir avec un pléonasme, Pouvoirs, 1993,64 p. 49* qui rappelle que jadis, la règle d'or était qu'il n'y a pas d'État de droit lorsque la loi n'est pas librement délibérée par une assemblée démocratiquement élue.

(456) F. Terré, *Introduction générale au droit Précis Dalloz 1999 n° 148*. L'auteur désigne par le mot autorité « des groupes ou des institutions dont la mission contribue indirectement à la formation du droit » (op. cit. n° 234).

(457) On pourrait se demander si les décisions de la Commission des sondages ne peuvent pas être considérées comme une source coutumière de norme, notamment en raison de la répétition de ses positions ?

(458) F. Gazier, Y. Cannac, *Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et. et doc. du Conseil d'État, 1983-1984*, p. 28 ; D'autre part, les sources du droit évoluent : P. Jestaz, *Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, RTD civ. 1996*, p. 299. L'auteur montre qu'à l'époque contemporaine la France légaliste et l'Angleterre casuistique ont quelque peu rapproché leurs positions. Les deux pôles interactifs sont la loi et le juge, et les pôles officieux, tels que la doctrine émanant des administrations, se déversent dans ces deux sources officielles (p. 310).

(459) Hiérarchie des normes cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 224.

(460) F. Gazier, Y. Cannac, *Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et. et doc. du Conseil d'État, 1983-1984*, p. 14.

(461) J.-L. Bergel, *Différence de nature égale différence de régime, RTD civ. 1984*, p. 255.

(462) Conseil d'État, Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, p. 284.

leur qualité d'institutions administratives, les autorités administratives indépendantes ont un caractère public. Elles sont parties inhérentes de l'État, même si elles sont appelées à prendre une certaine distance par rapport au gouvernement de cet État (463). Elles sont situées au sein de l'Exécutif, mais ne sont pas des prolongements du pouvoir législatif. Ce ne sont pas non plus des juridictions (464). En leur qualité d'autorités, elles sont dotées d'un pouvoir autonome de décision ou d'influence dans un secteur déterminé, l'information et la communication pour la Commission des sondages. Leurs interventions, même lorsqu'elles se traduisent par des décisions dont la portée juridique peut être discutée, sont assorties d'un poids suffisant, s'insèrent dans une action cohérente et suivie, et s'imposent avec force. Elles font autorité sur les administrés (465). Enfin, l'indépendance qui leur est reconnue par la loi s'exerce à titre principal vis-à-vis des pouvoirs publics et exclut toute notion de subordination hiérarchique, de tutelle ou de contrôle, mais elle s'exerce également vis-à-vis de tout groupe de pression d'origine privé et conduit à récuser toute formule de défense ou de représentation des opinions ou des intérêts (466). Les autorités administratives indépendantes ne s'insèrent jamais dans les hiérarchies internes d'un ministère. Elles leur demeurent extérieures et sont directement rattachées, soit au Premier ministre, soit, si leur compétence est spécialisée, au ministre correspondant (467), qui est le Garde des sceaux, Ministre de la justice pour la Commission des sondages (468). Ces autorités n'exercent ni pouvoir hiérarchique, ni tutelles. elles ne reçoivent pas d'ordre, n'observent pas d'instruction, ne sollicitent pas d'autorisation, n'attendent pas d'approbation (469).

Créée par la loi, la Commission des sondages tient son pouvoir de celle-ci et non de la Constitution comme le Parlement et le gouvernement. Son pouvoir se situe à un niveau infra-législatif. La source de ce pouvoir contient en elle-même sa limite ; elle ne peut avoir plus de droit que le législateur ne peut lui en conférer. La Commission des sondages est de plus soumise au respect des décrets. Les propositions de la Commission des sondages doivent pour être appliquées faire l'objet d'un décret en Conseil d'État, conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 5 de la loi du 19 juillet 1977. La place qu'occupent les communiqués est plus délicate à cerner. Le décret s'impose à la Commission des sondages, on peut en conclure que les communiqués occupent une place infra-décrétale. Quelle peut être la nature juridique de ces communiqués, qui s'imposent aux destinataires, qui ont pour fonction d'assurer le respect de la loi du 19 juillet 1977 et des décrets d'application, mais qui sont soumis au pouvoir réglementaire et qui tirent ce pouvoir de la loi ? Ce pouvoir de type réglementaire attribué à une autorité qui ne s'insère pas dans la hiérarchie administrative de l'exécution, n'est pas conforme à la tradition constitutionnelle française qui attribue le pouvoir réglementaire au gouvernement et non pas à une autorité indépendante de celle-ci (470). D'autre part, à ce pouvoir dit « quasi législatif » (471) s'associe un pouvoir d'application individuelle des normes, pouvoir dont dispose d'ordinaire l'administration d'exécution. Enfin, la

(463) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et. et doc. du Conseil d'État, 1983-1984, p. 13.

(464) *ibid.*

(465) *ibid.*

(466) *ibid.*

(467) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et. et doc. du Conseil d'État, 1983-1984, p. 22.

(468) Art. 1er D. 25 janv. 1978.

(469) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Et. et doc. du Conseil d'État, 1983-1984, p. 23.

(470) M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, D. 2001, 610.

(471) M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, D. 2001, 610.

Commission des sondages dispose aussi d'un pouvoir indirect de sanction, puisqu'elle peut ordonner des mises au point et saisir le parquet. Il semble y avoir une remise en cause de la légitimité de la norme au regard de la hiérarchie posée par Kelsen (472). Néanmoins, ce n'est qu'une apparence.

En premier lieu, il faut noter que la Commission des sondages, comme toute autorité administrative indépendante, demeure étroitement soumise au contrôle juridictionnel qu'exerce le Conseil d'État par la voie du recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'État contrôle l'interprétation que donne la Commission des sondages de la loi du 19 juillet 1977 et des règlements d'application. Elle ne doit pas méconnaître le sens ni la portée des prescriptions législatives et réglementaires qu'elle se propose d'explicitier et ne doit pas contrevenir aux exigences de la hiérarchie des normes (473). Le Commissaire du Gouvernement Bonichot, dans ses conclusions sur la décision du 2 juin 1999, Meyet, considère que le communiqué de la Commission des sondages peut s'assimiler à une circulaire (474). Le Conseil d'État, en rappelant que la Commission des sondages est soumise au respect de la hiérarchie des normes (475), met fin à toute interrogation sur la remise en cause de la légitimité de la norme au regard de la hiérarchie posée par Kelsen (476).

(472) L. Boy, Réflexions sur « le droit de la régulation », (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche), D. 2001, 3031 ; C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, R.D.P. 1990, p. 153, spéc. 161 s ; J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 178 ; H. Kelsen, Théorie pure du droit, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 224.

(473) C.E. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117, concl. F. Scanvic ; D. 1993, IR, 214, Rev. adm. 1993, p. 322 concl. Scanvic. CE. 2 juin 1999, Meyet, Rec. p. 160, D. 1999, IR, 184 ; P. Aff. 11 oct. 1999, n° 202, p. 10, n. E. Desfougères ; Communication, Commerce électronique, oct. 1999, p. 25, n° 19, obs. A. Weber ; RFD Const. 42, 2000, p. 359, chron. M. Verpeaux.

(474) Pet. Aff. n° 113, 8 juin 1999, p. 11.

(475) C.E. 18 juin 1993, Institut Français d'Opinion Publique et autres, Légipresse oct. 1993/8, n° 105, p. 117, concl. F. Scanvic ; D. 1993, IR, 214, Rev. adm. 1993, p. 322 concl. Scanvic ; CE. 2 juin 1999, Meyet, Rec. p. 160, D. 1999, IR, 184 ; P. Aff. 11 oct. 1999, n° 202, p. 10, n. E. Desfougères ; Communication, Commerce électronique, oct. 1999, p. 25, n° 19, obs. A. Weber ; RFD Const. 42, 2000, p. 359, chron. M. Verpeaux.

(476) L. Boy, Réflexions sur « le droit de la régulation », (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche), D. 2001, 3031 ; C. Teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, R.D.P. 1990, p. 153, spéc. 161 s ; J.-L. Bergel, Méthodologie juridique, Thémis, Droit privé, PUF, 2001, p. 178 ; H. Kelsen, Théorie pure du droit, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant LGDJ, coll. La pensée juridique, 1999, p. 224.

CONCLUSION

La Commission des sondages joue un rôle important pour la régulation des sondages dans notre société. Elle constitue une garantie de neutralité, d'objectivité, et permet à la puissance publique d'éviter d'être suspectée de partialité ou d'arbitraire, tout en assurant son intervention effective dans un secteur déterminé (477). Néanmoins, la place qu'occupe la Commission des sondages au sein de l'ordre juridique commande les limites à ses pouvoirs. Le Gouvernement ne saurait, sans manquer à sa mission, se décharger des tâches fondamentales qui lui incombent en vertu de la Constitution et par la volonté du suffrage. Aucune autorité administrative indépendante ne peut, à la place de l'autorité gouvernementale, ni définir une politique ni, prendre des dispositions réglementaires générales (478). C'est une conséquence normale de la hiérarchie des normes. Le Conseil constitutionnel n'a reconnu la possibilité de délégation du pouvoir normatif qu'à la condition qu'il soit limité. La Commission des sondages a qualité pour prendre certains actes - les clauses obligatoires dans les contrats de vente des sondages- qui ont incontestablement la nature juridique de normes, tandis que pour d'autres -les communiqués-, la qualification est délicate, subtile. Néanmoins on peut retenir la qualification de norme si l'on adopte une conception dynamique de celle-ci et des critères qui la constituent, et qu'on l'inclut au sein de la *Soft law*, en raison de l'activité de régulation de la Commission des sondages.

Les normes édictées par voie de communiqués se situent à un niveau infra-législatif et infra-décrétal. Les principes posés dans les communiqués sont formulés en termes généraux et abstraits, et de manière impérative. Il s'agit certes d'une interprétation de la loi et des textes réglementaires, mais elle est appréciée assez largement par le Conseil d'État. Ils s'imposent aux destinataires que sont les organismes de sondages et les organismes de presse, bien que la qualification de sanction des mises au point soit discutée, et que la possibilité pour la Commission des sondages de saisir le parquet ne soit qu'une sanction indirecte. Ainsi, les communiqués ne portent pas atteinte à la hiérarchie des normes, puisque la Commission des sondages doit se conformer aux règles supérieures. Il s'agirait davantage d'un nouveau type de normes, infra-décrétale mais avec un pouvoir effectif sur les destinataires. La force avec laquelle ils s'imposent aux administrés est un critère important pour déterminer leur place au sein de la hiérarchie des normes. Les administrés qui ne respectent pas les prescriptions des communiqués sont susceptibles de faire l'objet de mises au point, voire d'une saisine du parquet. On ne peut dénier une effectivité de droit, et non seulement de fait, aux communiqués. Cette autorité, ainsi que nous l'avons vu, est subordonnée à la hiérarchie des normes. Les normes infra-décrétales sont de nature variées et parmi elles se trouvent les circulaires. Les communiqués peuvent être qualifiés de circulaires, mais il est préférable d'admettre qu'ils appartiennent à cette catégorie de normes de *soft law* occupant une nouvelle place, aux côtés des circulaires, au sein du droit de la régulation.

(477) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Études et documents du Conseil d'État, 1983-1984, p. 28.

(478) F. Gazier, Y. Cannac, Étude sur les autorités administratives indépendantes, Études et documents du Conseil d'État, 1983-1984, p. 29.

ANNEXES

COMMISSION DES SONNAGES
Conseil d'État
Palais-Royal - 75100 Paris 01 SP
Tél. 01-42-96-80-34
Fax. 01-40-20-88-69

Paris, le 18 décembre 2001

COMMUNIQUÉ

1. À l'approche de l'élection présidentielle qui doit avoir lieu en avril et mai prochains, la Commission des Sondages appelle l'attention des organismes de sondages ainsi que des organes de presse, de radiodiffusion et de télévision, sur les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion.

À compter du mardi 1er janvier 2001 (date de publication ou de diffusion) ces dispositions s'appliquent à tous les sondages d'opinion ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection présidentielle, c'est-à-dire ceux qui portent non seulement sur les intentions de vote des électeurs et leurs motivations, mais aussi sur la popularité des hommes politiques, sur l'état de l'opinion à l'égard des candidats, des partis ou groupements politiques ou généralement à l'égard d'un sujet lié au débat électoral.

Il en résulte notamment que la publication ou la diffusion de tel sondage doit être accompagnée des mentions suivantes : le nom de l'organisme qui l'a réalisé et celui de l'acheteur, le nombre de personnes interrogées et les dates des interrogations.

La publication et la diffusion des questions du sondage doivent correspondre au texte des questions effectivement posées lors de l'enquête et ne doivent pas altérer la portée des résultats obtenus.

Ces dispositions s'appliquent aussi aux sondages rendus publics au cours d'un entretien ou d'un débat, ainsi qu'aux résultats chiffrés de questions posées aux auditeurs ou téléspectateurs d'émissions radiophoniques ou télévisées.

2. Ayant constaté une certaine tendance des commentateurs des sondages portant sur la prochaine élection présidentielle à présenter les pourcentages d'intentions de vote comme ayant une valeur absolue permettant un classement des candidats selon la préférence des électeurs, la Commission croit utile, de rappeler que l'interprétation de tels sondages doit se faire en tenant compte de la marge d'erreur aléatoire dont ils sont affectés.

La taille et les modalités de constitution des échantillons ont notamment pour effet que les résultats obtenus par les candidats réalisent, dans les intentions de vote, un score qui n'excède pas, après redressement, un pourcentage de l'ordre de 5% ne sont pas véritablement significatifs. La Commission demande donc aux instituts ainsi qu'aux organes de presse qui assurent la publication ou la diffusion des sondages d'alerter l'opinion publique sur la prudence avec laquelle ces résultats doivent être interprétés.

3. L'interdiction de toute diffusion des résultats d'un sondage dans la semaine précédant le scrutin, édictée à l'article 11 de la loi du 18 juillet 1977, se trouve, à la suite de l'arrêt du 4 septembre 2001 de la Cour de cassation dépourvue de toute sanction pénale.

Dans ces conditions, et pour le cas où aucune disposition législative nouvelle n'interviendrait en temps utile pour prévoir une durée plus limitée d'interdiction, la

Commission des Sondages demande aux instituts et organes de presse de faire de leur liberté de publication et de diffusion des sondages un usage raisonnable et conciliable notamment avec la possibilité pour la Commission d'exercer sur les conditions d'élaboration et de publication de ces sondages le contrôle dont la loi l'a chargé. Elle demande également aux instituts en vue de faciliter à la Commission l'exercice de son contrôle de faire le nécessaire pour que la notice, dont l'article 3 de la loi prévoit l'envoi à la Commission à l'occasion de tout sondage parvienne au secrétariat de la Commission 24 heures avant la diffusion du sondage.

--*--*--*--

Paris, le 12 mai 1999

COMMUNIQUÉ

Dans un contexte de campagne électorale marqué par un nombre important de sondages et des réclamations plus fréquentes que par le passé, le Commission des Sondages estime utile de rappeler les principes qui guident son action.

La Commission examine systématiquement la fiabilité de tous les sondages publiés ayant un rapport direct ou indirect avec les prochaines élections européennes. A cette fin, les instituts de sondage lui communiquent une notice comprenant les éléments qui sont énumérés à l'article 3 de la loi du 19 juillet 1977.

En outre, en cas de réclamation ou d'office lorsqu'elle le juge nécessaire, la Commission procède à une instruction qui lui donne accès à l'ensemble des informations qui permettent d'apprécier les méthodes retenues et les conditions de réalisation du sondage, étant précisé qu'il n'appartient pas à la Commission de rendre publics les documents de travail (résultats bruts, redressements, etc...) qui lui sont ainsi communiqués.

Le contrôle de la Commission des Sondages s'exerce principalement sur les deux points suivants :

- les conditions de réalisations du sondage : constitution et représentativité de l'échantillon, formulation des questions posées, réalisation de l'enquête sur le terrain, documentation du dossier ;
- les méthodes d'élaboration des résultats publiés : prise en compte des résultats bruts, méthodes de redressement, constance des méthodes utilisées d'un sondage à l'autre.

Cela étant, l'on ne doit pas perdre de vue que les résultats de tout sondage sont affectés d'une marge d'incertitude inévitable.

En ce qui concerne les conditions de publication et de diffusion des sondages, que la Commission est également chargée de contrôler, il est rappelé que les prescriptions de l'article 2 de la loi du 19 juillet 1977 sont de portée générale. L'obligation de mentionner les indications énumérées à cet article pèse donc non seulement sur l'organe de presse commanditaire du sondage qui en assure la publication ou la diffusion intégrale, mais également sur tout média qui ferait état des résultats d'un sondage pour les annoncer avant leur publication intégrale par le commanditaire.

Lorsqu'il apparaît que le sondage a été effectué dans des conditions qui ne respectent pas les prescriptions de la loi, la Commission décide une mise au point que l'organe d'information qui a publié ou diffusé le sondage est tenu de publier. La méconnaissance de certaines des dispositions de la loi du 19 juillet 1977 ainsi que le refus de publier une mise au point sont punis des peines d'amendes prévues à l'article L.90-1 du Code électoral.

Paris, le 25 mai 1988

COMMUNIQUÉ

Saisie de questions relatives à la portée de l'interdiction posée à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, la Commission des sondages, après en avoir délibéré, juge nécessaire de préciser le sens qu'elle entend donner à l'alinéa 3 de cet article qui indique que « l'interdiction ne s'applique pas aux opérations qui ont pour objet de donner une connaissance immédiate des résultats de chaque tour de scrutin et qui sont effectuées entre la fermeture du dernier bureau de vote en métropole et la proclamation des résultats ».

Cet alinéa ne vise que les opérations -et non les sondages- réalisées le soir du scrutin à partir des résultats de certains bureaux de vote, en vue d'obtenir une estimation immédiate des résultats d'ensemble.

La diffusion de tout sondage tel que défini à l'article 1er de la loi de 1977 demeure donc interdite, ce qui comprend non seulement les sondages portant sur les intentions de vote au 2ème tour, mais aussi ceux qui, effectués à la sortie des urnes, donc avant la fermeture des bureaux de vote, portent sur le comportement des électeurs au 1er tour et visent à donner une analyse plus fine des résultats de ce scrutin.