

La réforme de la législation relative aux sondages d'opinion en matière électorale

C'est par la loi n°77-808 du 19 juillet 1977 qu'ont été introduites dans le droit français des règles relatives aux sondages d'opinion portant sur la matière électorale, destinées à la fois à mieux informer le public et à le protéger contre d'éventuelles manoeuvres dont le sondage mal conçu, ou présenté de manière fallacieuse pourrait être un instrument.

La Commission des sondages a été instituée par la Section III de ladite loi, pour veiller au respect de ses dispositions, dans la limite de compétences d'attribution bien définies. L'exercice de ces compétences a conduit la Commission à engager un dialogue permanent avec les instituts de sondage et les principaux organes de presse qui publient les enquêtes d'opinion : c'est par ce dialogue, tout autant que par les décisions juridiquement contraignantes qu'elle est appelée à prendre, que la Commission des sondages a progressivement assis son autorité et acquis une importante expérience dans le domaine considéré.

Il a semblé à la Commission qu'après plus de vingt ans d'application de la loi susmentionnée, qui n'a pas été modifiée depuis son entrée en vigueur, le moment était venu d'en faire le bilan et de proposer certains changements que l'expérience acquise lui paraît conduire à recommander.

Elle a été d'autant plus incitée à mener à bien cette réflexion qu'elle a été informée que l'autorité gouvernementale entendait elle-même engager l'étude des modifications qu'il serait souhaitable d'introduire dans la loi de 1977, spécialement, mais pas uniquement, dans son article 11, qui interdit la publication de tout sondage politique dans la semaine qui précède chaque tour de scrutin, et dont certaines difficultés d'application sont apparues à l'occasion des élections législatives de 1997.

Le présent rapport constitue la contribution de la Commission des sondages aux réflexions préliminaires à une éventuelle réforme de la législation applicable.

La Commission insiste toutefois sur le fait qu'elle n'entend pas prendre parti sur les choix qui relèvent au premier chef de l'opportunité politique. Il n'appartient pas, en effet, à l'autorité administrative qu'elle est, de se prononcer sur des questions qui ressortissent exclusivement à la compétence des organes politiques que sont le Gouvernement et, en dernier ressort, le Parlement.

Elle s'abstiendra donc d'énoncer quelque préférence sur tous les points qui, dans la législation en cause, lui paraissent relever du domaine des choix politiques fondamentaux : on le verra plus loin à propos de l'article 11 de la loi.

En revanche, elle croit pouvoir s'appuyer sur son expérience pour signaler les principales difficultés d'application auxquelles il conviendrait de remédier, et proposer les modifications d'ordre technique et juridique qui lui paraissent devoir être retenues.

Elle rappelle, d'ailleurs, qu'elle a déjà, par le passé, rédigé à l'attention du Premier ministre, de sa propre initiative, deux notes dont l'objet était de relever certaines difficultés, et de suggérer les solutions appropriées ; le texte de ces notes se trouve annexé, à toutes fins utiles, au présent rapport, dont l'ambition est évidemment plus vaste.

La Commission ne proposera pas de modifier l'architecture même de la loi du 19 juillet 1977, qui lui paraît, à l'expérience, satisfaisante. C'est pourquoi elle se bornera à suggérer, dans la mesure nécessaire, l'introduction d'amendements à la loi en se référant à la numérotation des articles actuellement en vigueur.

Il lui semble qu'il y a lieu d'examiner trois séries de questions :

- celles qui ont trait au champ d'application de la législation sur les sondages ;
- celles qui sont relatives aux obligations des personnes qui réalisent et diffusent des sondages et aux pouvoirs de la Commission ;
- celles, enfin, qui se rapportent à la règle d'interdiction et de publication

de sondages électoraux pendant une période déterminée et aux sanctions pénales applicables en cas de méconnaissance de la loi.

1 Le champ d'application de la législation sur les sondages

À cet égard, il y a lieu de distinguer les points sur lesquels la Commission, tout en exposant certaines difficultés qu'elle a pu rencontrer dans l'application de la loi, ne propose pas de modifier cette dernière, et ceux sur lesquels elle suggère d'introduire des changements législatifs.

A – les points sur lesquels la Commission ne propose pas de modifier la loi

1) La définition du « Sondage »

La loi ne définit pas elle-même la notion de "sondage"

La Commission s'est toujours référée, conformément à l'intention que l'on peut présumer avoir été celle du législateur, à la définition communément admise, en France et à l'étranger, par les spécialistes des études d'opinion : est un sondage au sens de la loi toute opération visant à donner une indication quantitative de l'opinion d'une population au moyen de l'interrogation d'un échantillon supposé représentatif de cette population.

Cette définition générale n'a jamais soulevé de difficulté de principe; elle n'est ni contestable ni contestée in abstracto.

En revanche, son application concrète peut soulever des difficultés.

Ce n'est pas le cas dans l'immense majorité des situations rencontrées : les études d'opinion réalisées par les instituts spécialisés sont, à n'en pas douter, des sondages, et, à l'inverse, une évaluation subjective de l'état de l'opinion par un commentateur de presse, et plus encore un pronostic de

vote, ne reposant sur aucune méthode scientifique – ce qui ne signifie pas nécessairement qu'ils soient erronés – n'entrent pas dans le champ d'application de la loi.

On peut rencontrer toutefois des cas intermédiaires ou incertains : la Commission les qualifie en tenant compte des caractéristiques propres à chaque espèce. Elle est, en toute hypothèse, soucieuse d'éviter qu'une évaluation ne présentant pas les caractères d'un sondage soit présentée comme tel au public, et, dans l'ensemble, les organes de presse se sont pliés à cette discipline – par exemple, en rappelant bien que ce que le langage commun avait tendance à appeler les "sondages par minitel" et dont certaines chaînes de télévision étaient friandes naguère, ne méritaient pas cette qualification

Il ne paraît guère opportun à la Commission d'étendre le champ d'application de la loi au-delà des sondages *stricto sensu* – les critères d'un contrôle seraient d'ailleurs, en ce cas, impossibles à déterminer.

Il ne paraît guère utile, par ailleurs, d'introduire dans la loi une définition du sondage qui se bornerait à reprendre celle qui, à l'heure actuelle, est appliquée sans soulever de contestation. Cela ne serait au surplus d'aucune utilité pour trancher les cas limites susmentionnés, et qui ne peuvent l'être, par définition, que par un examen particulier de chaque espèce, par la Commission d'abord, par les juridictions compétentes, le cas échéant, ensuite.

2) *La notion de « rapport direct ou indirect » avec une élection ou un vote référendaire.*

La loi de 1977 ne s'applique pas à tous les sondages, et pas même à tous les sondages politiques, mais seulement à ceux "ayant un rapport direct ou indirect" avec un référendum, une élection présidentielle, l'une des élections réglementées par le Code électoral ou l'élection des députés au Parlement européen (article 1er).

Sur ce point aussi, l'application de la loi peut soulever des difficultés de frontière: qu'est-ce qu'un "rapport direct ou indirect" ?

On n'aura pas d'hésitation à considérer qu'un sondage portant sur des intentions de vote entre dans le champ d'application de la loi. En ce qui concerne les autres sondages, la question peut se révéler plus délicate. La Commission a toujours considéré que la notion de "rapport direct ou indirect" s'apprécie différemment selon que l'on se situe à un moment plus ou moins proche d'une échéance électorale. À un moment éloigné d'une telle échéance, un sondage portant sur l'opinion du public relativement à une question d'ordre politique, ou destiné à faire apparaître le jugement de l'opinion sur une personnalité politique – les "cotes de popularité" – n'entre pas en règle générale dans le champ de la loi. Il en va autrement à l'approche d'un scrutin : le sondage portant sur une question de fond qui fait l'objet d'un débat entre les formations politiques, par exemple, sera considéré, à un tel moment, comme présentant un rapport au moins "indirect" avec le scrutin à venir.

En pratique, la Commission fait savoir par un communiqué publié et adressé aux principaux instituts, environ deux mois avant chaque scrutin, qu'elle estime désormais que la proximité du scrutin est telle que les sondages autres que d'intentions de vote, mais portant sur des questions politiques, qui échappaient jusqu'alors à son contrôle, doivent lui être à présent soumis. Ce communiqué, qui n'a de valeur qu'interprétative, est dans l'ensemble bien accepté par ses destinataires, et ses prescriptions sont respectées. La pratique de la Commission à cet égard, qui n'est d'ailleurs que l'explicitation de la loi, n'a jamais soulevé de contestation contentieuse.

Il ne paraît pas utile à la Commission de préciser davantage dans la loi elle-même la notion de "rapport direct ou indirect" : cela serait d'ailleurs fort difficile, une telle notion ne pouvant, par nature, être appréciée qu'en tenant compte de l'ensemble des circonstances de chaque cas particulier, au regard de l'objet du sondage et du moment auquel intervient sa publication.

3) La notion de publication ou de diffusion

Cette notion de "publication ou diffusion" a pu donner lieu à des difficultés d'interprétation. Il est d'autant plus nécessaire de répondre à ces difficultés que la notion en cause commande non seulement la portée

de l'interdiction instituée par l'article 11, mais aussi, et plus fondamentalement, l'étendue de la compétence de la Commission des sondages dont le contrôle ne peut s'exercer – en dehors des périodes d'interdiction – que sur la régularité des sondages publiés ou diffusés.

De la jurisprudence de la Commission jusqu'à ce jour, ressortent à cet égard les éléments suivants.

Au sens le plus étroit, que le législateur avait sans doute directement à l'esprit en 1977, un sondage est "publié" lorsque ses résultats sont reproduits par un organe de la presse écrite, qui en a normalement commandé la réalisation en vue de le porter à la connaissance de ses lecteurs.

De même, un sondage est "diffusé" lorsque ses résultats sont portés à la connaissance du public par un organe de communication audiovisuelle, qui en a normalement commandé la réalisation – seul, ou conjointement avec un organe de presse écrite.

C'est à ce sens étroit que correspondent la plupart des sondages dont la Commission assure le contrôle en temps normal – c'est-à-dire en dehors des périodes où leur publication ou diffusion est interdite par la loi.

Mais la Commission des sondages ne s'est pas arrêtée à cette première signification, afin de ne pas vider de tout effet utile les dispositions de la loi – notamment celles de l'article 11 – par une interprétation qui aurait permis trop facilement de les contourner.

Cet "élargissement" – qui est conforme à l'intention générale du législateur – s'est manifesté dans deux directions : en ce qui concerne, d'une part, l'intention de diffusion, et en ce qui concerne, d'autre part, les modalités de diffusion.

Sur le premier point, la Commission a estimé qu'il importe peu que le sondage ait été commandé – et réalisé – en vue d'être porté à la connaissance du public ou qu'il fût destiné, dans l'esprit de son commanditaire, à demeurer confidentiel.

Il se peut qu'un sondage destiné, à l'origine, à la seule information de son commanditaire, soit ultérieurement rendu public sur la décision de ce dernier. Il se peut aussi, et ce cas de figure est le plus délicat, qu'un tiers – non autorisé – par rapport au commanditaire, après avoir eu connaissance du sondage par des voies plus ou moins confidentielles, décide d'en rendre publics les résultats : les "fuites" dans la presse ont été ainsi assez fréquentes, par exemple au sujet de sondages réalisés par les services des renseignements généraux.

Dans tous ces cas, la Commission considère que le sondage a été "publié" ou "diffusé", ce qui emporte deux conséquences : d'une part, en dehors des périodes d'interdiction, elle est compétente pour exercer son contrôle, et l'organisme auteur du sondage devra lui fournir tous éléments d'information à cette fin – ce que les instituts acceptent de bon gré, en règle générale – ; d'autre part, si l'on se trouve à l'intérieur d'une période d'interdiction, l'infraction à la loi lui paraît constituée – mais, naturellement, le commanditaire du sondage ne pourra en être tenu ni pour l'auteur ni pour le complice, s'il n'a pris aucune part à la publication ou à la diffusion.

Sur le second point, la Commission considère que la loi n'a pas entendu viser un (ou des) mode(s) particuliers(s) de publication ou de diffusion : si la publication dans un organe de presse écrite et la diffusion sur les ondes de la radiodiffusion ou de la télévision sont les modes de communication les plus courants, ils ne sont pas les seuls à entrer dans le champ d'application de la loi.

C'est ainsi que des déclarations orales faites en public – au cours d'une réunion publique, par exemple, ou d'une conférence de presse –, ou encore la distribution d'un tract n'ayant pas, par définition, la nature d'une publication de presse peuvent être des modes de diffusion des résultats d'un sondage avec les deux conséquences mentionnées précédemment.

La modalité importe peu : la loi entend, d'une part, prohiber le fait de porter à la connaissance du public les résultats d'un sondage électoral en période d'interdiction, d'autre part, soumettre au contrôle de la Commission tout sondage électoral dont les résultats ont été portés à la

connaissance du public par quelque moyen que ce soit en dehors de la période susdite.

La véritable et seule difficulté ne tient pas au mode de diffusion mais à son ampleur. La "publication" ou la "diffusion" au sens de la loi supposent que les résultats du sondage soient portés à la connaissance du public, et non pas seulement diffusés au sein d'un cercle restreint de personnes.

La frontière qui sépare le "grand public" des "cercles restreints" n'est pas toujours facile à déterminer. La Commission s'est toujours prononcée au cas par cas, pour en déduire que la loi est applicable ou pas, sans élaborer de théorie générale.

Le nombre de personnes touchées par la diffusion de l'information est évidemment un critère utile. Mais il n'est ni facile à mettre en œuvre – à partir de combien de personnes ? Ni intellectuellement satisfaisant: un journal peut avoir fort peu de lecteurs, sans que cela le place en dehors des prescriptions de la loi.

Le critère principal paraît donc devoir être recherché dans l'accessibilité de l'information : constitue une "publication" ou une "diffusion" la mise à disposition du sondage de toute personne désireuse d'y avoir accès – en souscrivant un abonnement à une publication, par exemple, ou en composant un numéro de téléphone –, sans que le cercle des destinataires soit délimité a priori. C'est donc le caractère indéfini – et, par suite, potentiellement illimité – des destinataires qui constitue le critère décisif même si l'idée est exacte, il faut cependant constater qu'elle ne supprime pas toute difficulté d'appréciation dans les cas limites.

Mais il est certain, notamment, que l'insertion sur un site Internet des résultats d'un sondage électoral – tout autant que sur un serveur minitel – constitue une "publication" ou une "diffusion" au sens de la loi de 1977, dans la mesure où le site est librement accessible.

En définitive, il ne paraît pas à la Commission, malgré les questions susmentionnées, qu'il serait opportun de chercher à définir davantage, dans la loi elle-même, les notions de "publication" ou de "diffusion".

Comme pour les notions précédentes, seule une appréciation au cas par cas est de nature à résoudre les difficultés : celles-ci, au demeurant, ne sont finalement que marginales.

B – les points sur lesquels la Commission suggère de modifier la loi

1) Le champ d'application territorial de la loi

Sur ce point, la Commission ne peut que se référer à l'avis qu'elle a émis le 1er octobre 1997 sur la demande du Secrétaire d'État à l'outre-mer et dont le texte est joint, à toutes fins utiles, au présent rapport.

Elle a toujours estimé qu'en l'absence de mention expresse d'applicabilité, dans la loi de 1977, aux territoires d'outre-mer, cette loi, qu'elle ne considère pas comme une "loi de souveraineté" qui s'appliquerait de plein droit à ces territoires ne produit pas ses effets dans ceux-ci – pas plus que dans la collectivité territoriale de Mayotte.

Cette exclusion ne vaut pas seulement pour les sondages qui seraient relatifs aux élections propres à ces territoires (notamment les élections locales) mais aussi aux sondages relatifs aux scrutins nationaux, dans la mesure où ils sont publiés dans les territoires considérés.

La Commission est d'avis qu'une telle limitation du champ d'application territorial de la loi, bien qu'elle soit conforme au principe de spécialité législative des territoires d'outre-mer exprimé par l'article 74 de la Constitution, en l'absence de dispositions contraires ne se justifie pas objectivement par les particularités propres à ces territoires. En matière de contrôle et de réglementation des sondages électoraux, elle estime opportun d'aligner le régime des territoires d'outre-mer et de la collectivité territoriale de Mayotte sur celui qui est applicable en métropole.

La principale difficulté qui pourrait résulter d'une extension du champ d'application territorial de la loi est d'ordre purement pratique : l'effectivité de son contrôle, dans les territoires considérés, reposera pour

l'essentiel sur le dépouillement de la presse locale et l'examen des réclamations. Mais cette difficulté peut être résolue si les moyens matériels et budgétaires de la Commission sont renforcés pour lui permettre d'exercer la surveillance nécessaire.

Une autre difficulté pourrait naître de l'application des dispositions de l'article 11 de la loi qui ne permettent la diffusion des sondages tendant à donner une connaissance immédiate d'un tour de scrutin, avant la proclamation officielle des résultats, qu'après la fermeture du bureau de vote", compte tenu du décalage horaire entre la métropole et les territoires d'outre-mer (et certains territoires entre eux)

La Commission est d'avis, sur ce point, qu'il conviendrait d'énoncer la règle selon laquelle, dans les territoires d'outre-mer et à Mayotte, seuls les résultats des scrutins se déroulant sur le territoire ou la collectivité, que l'élection soit nationale ou locale, générale ou partielle, ne peuvent être diffusés avant la fermeture du dernier bureau de vote de ce territoire ou de cette collectivité.

En revanche, elle s'abstiendra de prendre parti sur la question de savoir si l'extension du champ d'application territorial de la loi peut être opérée par une loi ordinaire, ou, en application du deuxième alinéa de l'article 74 de la Constitution si l'on estime cet alinéa applicable en la matière, par une loi organique.

2/ les types de scrutins visés à l'article 1^{er} de la loi

La Commission a toujours interprété la notion de "référendum" au sens de l'article 1er de la loi comme ne visant que les consultations organisées, sur l'ensemble du territoire national, en application des articles 11 et 89 de la Constitution.

Indépendamment de la question du champ d'application territorial abordée au point précédent, la loi ne s'applique donc pas, *ratione materiae*, aux sondages relatifs à une "consultation des populations intéressées" par une cession de territoire au sens de l'article 53 de la Constitution.

En ce qui concerne la consultation des populations de la Nouvelle

Calédonie au sujet de l'avenir de ce territoire, la question a été réglée par une disposition spéciale introduite à l'article 17 de la loi du 5 juin 1987, dans le sens de l'applicabilité de la loi du 19 juillet 1977.

Il serait possible d'envisager d'introduire une disposition générale, dans la loi de 1977 elle-même et par un ajout à son article 1^{er}, tendant à soumettre les sondages relatifs à des "consultations de populations intéressées" au sens de l'article 53 de la Constitution aux prescriptions de la loi

2 – Les obligations des personnes et organismes qui réalisent et diffusent des sondages et attributions de la commission

A – les obligations des organismes ou personnes réalisant ou diffusant des sondages électoraux

Deux obligations pèsent principalement, en l'état actuel de la loi, sur ces organismes ou personnes : l'une concerne les organes – de presse, essentiellement – qui publient des sondages, c'est celle d'assortir la publication de certaines mentions obligatoires ; l'autre concerne les organes – instituts de sondage, pour l'essentiel – qui réalisent les enquêtes d'opinion, c'est celle de communiquer à la Commission une notice comportant certains renseignements.

1) La question des « mentions obligatoires » définies à l'article 2 de la loi

L'article 2 de la loi de 1977 indique la liste de ces mentions, qui est bien sûr limitative : s'il n'est naturellement pas interdit à un organe de presse d'ajouter des mentions complémentaires, il ne saurait lui être fait grief d'avoir omis de mentionner une information que si celle-ci est rendue obligatoire par les dispositions expresses de l'article 2.

La Commission ne propose pas de modifier la liste de ces mentions obligatoires : ni pour la réduire, car ces mentions sont toutes d'une grande utilité pour l'information du public, ni pour l'étendre.

Il a été proposé, par certains commentateurs de la loi, de rendre obligatoire la mention de la "marge d'erreur" affectant les résultats du sondage publié. Mais la détermination de cette "marge d'erreur" serait scientifiquement délicate, car les spécialistes s'accordent à considérer qu'on ne peut calculer exactement une telle marge que pour les sondages réalisés selon la méthode dite "aléatoire" – c'est-à-dire sur la base d'un échantillon constitué par tirage au sort –, et non pour les sondages réalisés selon la méthode des "quotas", généralement pratiquée en France.

L'indication de la marge d'erreur, dans ce deuxième cas, serait donc elle-même affectée d'une marge d'erreur.

Par ailleurs, une telle mention serait assez peu utile ou inadaptée : la préoccupation légitime de donner conscience au public de l'absence de certitude des résultats publiés relève plutôt d'une information générale de l'opinion quant à la richesse et aux limites de la technique des sondages, permettant de dissiper les confusions et les lieux communs, d'ailleurs de sens contraires, qui ont généralement cours.

Il a pu être également suggéré de rendre obligatoire la publication des résultats bruts en même temps que celle des résultats après "redressements". La Commission est d'avis qu'une telle publication ne contribuerait pas à une meilleure information du public, Mais que tout au contraire elle ne ferait qu'engendrer la confusion.

Il faut rappeler en effet que, comme la Commission a eu constamment l'occasion de le constater, les "redressements" pratiqués par les instituts de sondage à partir des résultats bruts n'ont ni pour objet ni pour effet d'altérer la sincérité des résultats – lorsqu'ils sont pratiqués, comme il appartient à la Commission de le vérifier, sur la base de critères non arbitraires –, mais au contraire de corriger des biais affectant soit la composition de l'échantillon, soit la qualité des réponses données par les personnes interrogées. La publication des résultats bruts, qu'une grande partie de l'opinion ne pourrait manquer de considérer comme les résultats "vrais" du sondage, aurait donc un effet de confusion intellectuelle, le public ayant alors tendance à accorder plus de crédit aux résultats les moins fiables, ce qui serait exactement à l'opposé des objectifs poursuivis par le législateur.

2) La « notice » prévue à l'article 3 de la loi

La Commission ne suggère pas de modifier sensiblement la liste des éléments d'information qui doivent obligatoirement figurer dans la notice que l'organisme auteur du sondage est tenu de déposer auprès d'elle pour la mettre en mesure d'exercer son contrôle. Elle observe que la liste figurant à l'article 3 de la loi est précédée par un "notamment", et que l'article 8, deuxième alinéa, du décret n°78-79 du 25 janvier 1978 pris pour

l'application de la loi de 1977 permet à la Commission, en tout état de cause, de "demander des renseignements en complément des indications exigées par la loi".

Les textes actuels lui permettent donc d'obtenir toute information ou tout document nécessaire à l'exercice de son pouvoir de contrôle. Il existe cependant une information qui ne figure pas dans la liste de l'article 3, mais qu'elle tend à réclamer systématiquement lorsqu'elle ne lui a pas été spontanément fournie : c'est l'ordre des questions qui ont été posées aux personnes interrogées. La loi exige seulement de l'organisme qu'il indique dans la notice "le texte intégral des questions posées", mais il est clair que l'ordre dans lequel celles-ci ont été présentées aux questionnés n'est pas sans importance pour apprécier si elles n'ont pas été "de nature à induire en erreur les personnes interrogées ou à orienter les réponses", pour reprendre les termes de l'article 3 du décret n°80-351 du 16 mai 1980 pris pour l'application de la loi.

La Commission estime qu'il n'y aurait que des avantages à ce que cette information figure obligatoirement et automatiquement dans les notices, ce qui supposerait l'ajout d'une mention, très simple à rédiger, dans la liste figurant à l'article 3 de la loi.

Quant au moment auquel la notice doit être fournie à la Commission, l'article 3 se borne à prévoir, dans sa rédaction actuelle, que ce doit être "à l'occasion de la publication ou de la diffusion" du sondage en cause. La formule est assez imprécise, mais la Commission l'a toujours interprétée comme signifiant : simultanément à la publication, de manière à ce qu'une éventuelle mise au point de sa part n'intervienne pas, compte tenu des délais qui lui sont nécessaires pour remplir son office, trop longtemps après ladite publication. Cette interprétation pourrait être plus clairement consacrée par la lettre de la loi ; il suffirait pour cela que l'article 3 commence par les mots: "dès la publication ... "

On pourrait même envisager que, à certaines périodes, un délai minimum s'écoule obligatoirement entre le dépôt de la notice et la publication du sondage ; cette suggestion sera évoquée plus loin en liaison avec les questions soulevées par l'article 11.

B – la Commission des sondages et ses pouvoirs

1) La composition de la Commission

Bien qu'il soit assez délicat pour la Commission de porter une appréciation sur sa propre composition, elle tient à faire observer que celle-ci, ainsi que le mode de désignation de ses membres, lui ont assuré une indépendance et une impartialité qui n'ont jamais été mises en doute, ce qui est particulièrement important s'agissant d'un organisme dont le domaine d'intervention touche directement à des scrutins politiques. Elle est en effet composée de trois membres de chacune des plus hautes juridictions que sont le Conseil d'État, la Cour de Cassation et la Cour des Comptes, désignés sur la proposition respective des chefs de chacune d'elles.

Il n'est pas sans intérêt de relever que d'autres autorités collégiales comparables, exerçant une mission de contrôle sur des questions touchant à la compétition électorale et à la vie politique, ont une composition identique : il en va ainsi de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques et de la Commission pour la transparence financière de la vie politique.

Certes, il a pu être suggéré par le passé d'inclure dans la Commission des sondages soit des professionnels des sondages – dirigeants d'instituts, par exemple – soit des représentants des organes de presse, soit encore des élus politiques, notamment des parlementaires – ou une combinaison de ces différentes possibilités. La proposition en a notamment été faite, en 1977, lors de l'examen de la proposition de loi qui allait devenir la loi du 19 juillet 1977. Mais les amendements en ce sens ont été retirés, après que le rapporteur du texte eut souligné les risques de "politisation" de la Commission qu'ils comportaient.

Plus généralement, il convient de prendre sérieusement en compte les

difficultés qu'impliquerait la modification de la composition de la Commission dans le sens indiqué plus haut : d'une part, il serait difficile de préserver la confiance absolue qu'inspire la Commission actuelle quant à son impartialité et à sa neutralité, aussi bien à l'égard des diverses formations politiques que des organismes de sondages qui se trouvent sur un marché concurrentiel ; d'autre part, il se poserait de délicats problèmes de choix et de pondération, car il faudrait assurer une représentation équitable entre les formations politiques et au sein des milieux professionnels concernés, ce qui pourrait se révéler fort délicat.

2) Les attributions de la Commission

a) Il semble à la Commission que certaines de ses attributions actuelles pourraient être supprimées ou mériteraient d'être précisées.

– Dans la première catégorie, il y a lieu de mentionner l'article 5, 3ème alinéa, de la loi de 1977, qui habilite la Commission à "définir les clauses qui doivent figurer obligatoirement dans les contrats de vente des sondages".

La Commission n'a jamais fait usage de cette habilitation. S'il s'agit de prévoir l'inclusion dans les contrats en cause de clauses rappelant les exigences de la loi, il est permis de penser qu'une telle inclusion serait superfétatoire et la Commission n'a jamais estimé devoir l'imposer aux co-contractants potentiels. S'il s'agit de définir des clauses obligatoires allant au-delà des exigences de la loi, on peut avoir des doutes sérieux sur la constitutionnalité d'une telle attribution de compétence, en termes aussi généraux, à une autorité administrative telle que la Commission, dans un domaine touchant directement aux obligations civiles et commerciales. C'est la raison pour laquelle celle-ci a été réticente à mettre en oeuvre l'article 5, troisième alinéa – lequel ne lui impose, en tout état de cause, aucune obligation en ce sens, puisqu'il se borne à lui conférer une habilitation –, outre que la définition du contenu des "clauses obligatoires" visées par la loi apparaît, en raison même de la généralité de la formule, très délicate.

La Commission considère qu'il n'y aurait que des avantages à ce que la

disposition en cause soit abrogée.

– Dans la seconde catégorie, il faut mentionner l'article 5, 4ème alinéa, de la loi, qui charge la Commission de s'assurer que les organismes de sondages ne se livrent pas à des pratiques anti-concurrentielles.

Outre que la Commission des sondages est assez mal placée pour exercer une surveillance effective sur cet aspect de l'activité des organismes de sondages, la formule: "elle s'assure que ..." utilisée par le législateur est d'une grande imprécision, en l'absence de tout pouvoir d'action spécifique. Aussi bien, la disposition en cause n'a-t-elle donné lieu à aucune intervention concrète de la part de la Commission. Il faut tenir compte, par ailleurs, de ce que, postérieurement à la loi de 1977, le droit français de la concurrence a considérablement évolué, notamment par la création du Conseil de la concurrence par l'ordonnance du 1er décembre 1986.

Il serait donc plus clair et plus réaliste, de l'avis de la Commission, de modifier la rédaction du 4ème alinéa de l'article 5 en se bornant à indiquer que lorsque la Commission constate, dans l'exercice de ses fonctions, une pratique du genre de celles que mentionne cet alinéa, elle saisit de ces faits le Conseil de la concurrence, lequel appréciera la suite à leur donner.

En même temps, il conviendrait de supprimer l'incrimination particulière qui, à l'article 12 de la loi, renvoie au dernier alinéa de l'article 5.

b) Il a pu être suggéré d'attribuer à la Commission certains pouvoirs supplémentaires, qu'elle n'estime cependant pas opportun de se voir conférer.

Trois compétences éventuelles méritent d'être mentionnées à ce titre, que la Commission suggère d'écarter.

L'attribution d'un pouvoir d'autorisation préalable à la publication des sondages visés par la loi serait, aux yeux de la Commission, une solution très excessive. On pourrait d'ailleurs s'interroger sérieusement sur la constitutionnalité d'une telle attribution de compétence, qui porterait à la liberté de la communication, notamment, une atteinte dont l'ampleur

serait difficile à justifier au regard des objectifs d'intérêt public poursuivis.

L'attribution d'un pouvoir de nature réglementaire, qui pourrait consister dans l'habilitation donnée à la Commission d'édicter elle-même les règles visées à l'article 5, 1er alinéa de la loi de 1977, tendant à assurer "l'objectivité et la qualité des sondages", règles dont elle se borne, en l'état actuel de la loi, à proposer l'adoption au gouvernement qui statue par décret en Conseil d'État, serait d'une faible utilité pratique – ces règles ayant été définies par le décret du 16 mai 1980 qui ne paraît pas appeler de modification particulière – et d'une opportunité plus que douteuse – le système actuel, qui associe à la décision la Commission et l'autorité gouvernementale, étant largement préférable. Au surplus, cette solution pourrait se heurter à des obstacles de constitutionnalité, compte tenu du caractère restrictif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relativement à l'attribution par la loi d'un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante.

Enfin, l'attribution à la Commission du pouvoir d'infliger elle-même des sanctions pécuniaires aux personnes et organismes qui se sont rendus coupables de violation de la loi serait – même s'il va de soi que ce pouvoir s'exercerait sous le contrôle du juge – peu opportun. En dépit de certaines difficultés, qui seront mentionnées plus loin, la voie de la répression pénale, qui est la voie ordinaire, et surtout dans un domaine qui touche à la liberté de la communication, paraît de loin préférable à la Commission.

c) En définitive, le pouvoir d'ordonner la publication des mises au point qu'elle estime nécessaires, pouvoir qu'elle tient de l'article 9 de la loi, et dont la pratique a démontré l'efficacité, paraît à la Commission suffisant pour l'exercice de la mission générale que lui a conférée le législateur.

La Commission appelle cependant l'attention du Gouvernement sur la nécessité de corriger une malencontreuse rédactionnelle qui s'est glissée par inadvertance, lors de la discussion parlementaire de la loi de 1977, dans le premier alinéa de l'article 9. Il conviendrait, après les mots "défini à l'article 1er", et avant les mots "en violation des dispositions de la présente loi", d'ajouter le mot : "réalisé". Il est clair en effet que l'intention du législateur a été, et les travaux préparatoires en font foi, de

permettre à la Commission de rendre publique une mise au point soit lorsqu'un sondage a été "réalisé" en violation de la loi et des textes réglementaires d'application, soit lorsqu'il a été publié en violation de la loi ou dans des conditions de nature à en altérer la portée. C'est bien ainsi que la loi a toujours été comprise, mais il serait préférable de mettre sa lettre en accord avec son sens manifeste.

3 – L'interdiction de la publication des sondages pendant une période déterminée et la question des sanctions pénales

A – l'interdiction de la publication instituée
par l'article 11 de la loi de 1977

Ainsi qu'il a déjà été dit dans l'introduction du présent rapport, la Commission n'entrera pas sur ce point dans un débat qui relève au premier chef de l'opportunité politique.

Il s'agit, en effet, au-delà des indéniables difficultés pratiques que soulève la mise en oeuvre de l'interdiction instituée par l'article 11, et qui ont été notablement accrues par le développement des nouveaux moyens de transmission de l'information – on pense notamment au réseau Internet – comme l'a montré la période précédant immédiatement la scrutin législatif de 1997, de procéder à un arbitrage entre des intérêts publics divergents et des libertés antagoniques : la liberté de l'électeur qui doit être mis à l'abri des pressions indirectes et des manœuvres susceptibles d'altérer son jugement ; la liberté de réaliser des sondages – que la loi de 1977 ne met pas en cause – et celle de la presse de les publier – qu'elle limite ratione temporis.

Un tel arbitrage est éminemment politique : la Commission se gardera donc d'exprimer quelque préférence que ce soit.

Elle peut cependant souligner, à titre liminaire, deux points :

L'un relève du droit comparé : contrairement à ce qui est souvent avancé sans vérification sérieuse, la loi française n'est pas la seule en Europe à interdire la publication des sondage électoraux dans la période qui précède immédiatement un scrutin. Il en va ainsi en Espagne (5 jours avant l'élection), en Grèce (10 jours), en Italie (28 jours), au Luxembourg (30 jours), au Portugal (7 jours), et même, hors d'Europe, au Canada (72 heures).

L'autre relève du droit supra-législatif : il ne semble pas que, dans le choix qui se présente à lui, le législateur soit entravé par le nécessaire respect des principes de valeur constitutionnelle et du droit européen.

Sur le plan constitutionnel, bien que la loi de 1977 n'ait pas été soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, on peut penser que celui-ci hésiterait beaucoup aujourd'hui à censurer une loi qui maintiendrait une interdiction de publication telle que celle définie à l'article 11 – mais il en irait peut être autrement si la période d'interdiction était allongée dans des proportions importantes.

Sur le plan du droit européen, on peut estimer que l'article 11 dans son état actuel n'est contraire ni au Traité de Rome, ni à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi en a jugé, en tout cas, la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 6 avril 1994 – Albert du Roy et autres.

C'est donc au législateur qu'il appartient de faire un choix.

La Commission se bornera à quelques recommandations en se plaçant dans les deux hypothèses envisageables : suppression, ou réduction importante de l'interdiction prévue à l'article 11 ; maintien (voire léger allongement, qui est théoriquement envisageable) de la période d'interdiction pré-électorale.

1) L'hypothèse du maintien

Dans l'hypothèse du maintien, voire d'un allongement, de la période d'interdiction, la Commission rappelle qu'il se présente une difficulté particulière – à laquelle le législateur de 1977 n'avait sans doute pas songé – dans le cas où deux scrutins de nature différente se suivent à une semaine d'intervalle.

Telle a été le cas, par exemple, en mars 1992 – le second tour des élections cantonales suivait d'une semaine le tour unique des élections régionales –, en septembre 1992 – les élections sénatoriales ont suivi d'une semaine le référendum sur le traité d'union européenne –, et en mars 1998 – même situation qu'en mars 1992).

Dans un tel cas, la rédaction rigoureuse de l'article 11 interdit de publier, dans la semaine séparant les deux scrutins, des sondages tendant à donner une analyse du premier scrutin – motivation et profil des électeurs, par exemple –, alors qu'ils ne sont guère susceptibles d'exercer une influence

sur le second. Sur ce point, l'interprétation stricte de la Commission des sondages a été confirmée par le Conseil d'État (28 Juin 1993, IFOP, Recueil Lebon p. 178), alors que la Cour d'appel de Paris a paru être d'un avis inverse dans un arrêt, qui ne semble pas avoir été frappé d'un pourvoi en cassation, du 8 septembre 1994.

Dans les notes au Premier ministre en date des 29 octobre 1992 et 27 avril 1993, mentionnés dans l'introduction au présent rapport, la Commission a suggéré, pour résoudre cette difficulté, de modifier l'article 11 en exceptant de l'interdiction de publication, dans le cas où deux élections de nature différentes se suivent à une semaine d'intervalle, les sondages tendant exclusivement à analyser les résultats du premier scrutin.

Elle ne peut que maintenir cette suggestion.

2) L'hypothèse d'une limitation

Dans l'hypothèse où le choix serait fait de supprimer toute interdiction de publication, ou de limiter cette interdiction au jour du scrutin ou au jour et à la veille du scrutin, la question du contrôle de la Commission se poserait en des termes nouveaux.

Il semble à la Commission que dans ce cas, il y aurait lieu de prévoir, en contrepartie, un renforcement de l'efficacité de son contrôle pendant la période précédant immédiatement chaque tour de scrutin.

Plusieurs voies sont théoriquement envisageables, dont certaines paraissent devoir être écartées.

La Commission écarte toute idée d'autorisation préalable à la publication des sondages, pour les raisons déjà indiquées.

L'idée de ne permettre la réalisation des sondages à objet électoral, dans la période précédant le scrutin – une semaine, par référence à l'article 11 dans sa rédaction actuelle, ou deux –, que par les instituts qui auraient déclarés à la Commission – et auraient donc été créés – avant le début de cette période, ou bien, variante de l'idée précédente, de ne permettre la

publication que des sondages réalisés par de tels instituts, qui a pu être mise en avant, ne paraît pas devoir être retenue. Elle apporterait dans doute à la libre activité des organismes de sondages une restriction excessive par rapport à l'objectif d'intérêt public poursuivi.

En définitive, la meilleure idée paraît être, aux yeux de la Commission, d'imposer un délai minimum entre le dépôt de la notice prévue à l'article 3 de la loi et la publication du sondage, lorsque cette publication doit intervenir dans la semaine – ou les deux semaines – précédant chaque tour de scrutin. Ce délai, qui pourrait être raisonnablement de 24 heures, permettrait à la Commission de rendre publique s'il y a lieu, une mise au point à un moment qui suivrait de très près la publication même du sondage – voire simultanément à cette publication.

Il faut en effet tenir compte des délais incompressibles dont la Commission a besoin pour examiner, éclairée par les observations de l'expert qui la conseille, la qualité et l'objectivité du sondage et pour exercer son contrôle dans le respect des droits de la défense, qui impliquent qu'avant toute mise au point de sa part l'institut en cause soit mis à même de faire valoir ses observations en réponse aux griefs qui lui sont adressés. Il n'est donc guère envisageable que la mise au point soit adoptée, et encore moins publiée, dans un délai inférieur à 48 heures – très exceptionnellement 24 heures à compter du moment où la Commission reçoit la notice sur la base de laquelle elle peut commencer à exercer son contrôle.

B – Les sanctions pénales

C'est l'article 12 de la loi du 19 juillet 1977 qui définit le régime juridique des sanctions pénales applicables à ceux qui violent les prescriptions légales ; cet article ne vise pas seulement l'infraction à l'article 11, relatif à l'interdiction de publication, mais à plusieurs autres obligations ou interdictions définies par la loi : il convient donc de s'interroger sur le caractère adapté de ce régime de sanctions, quel que soit le sort qui sera réservé à l'article 11.

La Commission n'a pas à proposer de modification relativement au quantum des peines encourues, qui paraît adapté, ni à la définition des incriminations, réserve faite de celle dont elle a précédemment suggéré la

suppression.

Elle a eu, en réalité, à faire face à deux séries de difficultés

1) La première est relative à la détermination de la personne pénalement responsable, lorsqu'une infraction à la loi a été commise par voie de presse (écrite ou audiovisuelle).

La loi de 1977 ne comporte aucun renvoi à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, ni à la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Il en résulte que la responsabilité du directeur de la publication ne peut pas être présumée, et l'intéressé poursuivi systématiquement devant la juridiction pénale, ni recherchée à titre subsidiaire, à défaut du directeur, la responsabilité de l'"auteur" du message, selon le système de "responsabilité en cascade" prévue par les lois de 1881 et 1982 – et dont les modalités précises sont d'ailleurs quelque peu différentes.

Il en résulte aussi qu'il appartient au ministère public de faire la preuve de la participation personnelle de la personne poursuivie aux faits délictueux, ce qui peut se révéler assez difficile dans des entreprises de communication.

C'est en tout cas ainsi qu'en a jugé la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 14 septembre 1995 confirmant un jugement de première instance dans le même sens, qui après avoir relevé l'absence de référence, dans la loi de 1977, à celle de 1881, constate que le ministère public n'a pas rapporté "la preuve formelle que les quatre prévenus – directeurs de publication du "Parisien", de "France Soir", de "Libération" et du "Quotidien de Paris" – aient pris une part personnelle, active et consciente à l'élaboration du contenu des informations critiquées, à la décision de les publier, ou à l'acte même de publication, de diffusion ou de commentaire".

La position ainsi adoptée est peut-être plus restrictive que celle qui paraît se dégager d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation en date du 13 décembre 1988 qui semble au contraire admettre, par principe, la responsabilité du directeur de publication en cas d'infraction à la loi de

1977, et on ne saurait dire que la jurisprudence pénale soit tout-à-fait stabilisée sur cette question.

En tout cas, il serait hautement souhaitable, de l'avis de la Commission, de remédier à ce qui est sans doute une lacune de la loi de 1977 en introduisant à l'article 12 de ladite loi un renvoi, comme il en existe dans d'autres législations, aux dispositions pertinentes des lois de 1881 et 1982.

On pourrait à cet égard s'inspirer des articles 226-2, 227-24, 423-16 et 423-25 du Code pénal relatifs aux atteintes à la vie privée, à la protection des mineurs, et aux atteintes à l'autorité ou à l'indépendance de la justice, qui indiquent que "lorsque l'infraction est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables".

2) La seconde série de difficultés concerne la répression des infractions commises par la voie du réseau Internet.

Ce problème ne concerne pas seulement la répression de l'infraction à l'article 11 de la loi, question qui pourrait devenir sans objet si l'interdiction de publication est supprimée ou moins aiguë si elle est réduite dans sa durée, mais aussi bien d'autres infractions à la loi – par exemple, une omission des mentions obligatoires prévues à l'article 2. Il convient donc de l'examiner, quel que soit par ailleurs le sort réservé à l'article 11.

Il n'est pas douteux que la répression des infractions commises sur le réseau Internet soulève des problèmes juridiques complexes et encore mal résolus par le droit positif : celle de la détermination de la personne responsable, de la qualification éventuelle de "complicité", de la localisation géographique de l'infraction, *etc.*

Il semble à la Commission que ces questions dépassent le seul cadre de la législation sur les sondages, et qu'elles ne peuvent trouver que des réponses uniformes pour l'application de l'ensemble des législations qui interdisent ou restreignent, pour des motifs d'intérêt public, la diffusion de

certaines messages, ou au contraire imposent certaines obligations à l'occasion de cette diffusion.

Il reste aussi, en dehors de la répression *stricto sensu*, à s'interroger sur l'efficacité et les modalités de la "mise au point" dont la loi rend la publication obligatoire par l'organe qui a publié le sondage critiqué, lorsque cette publication a été faite sur le réseau Internet.

Il paraît peu probable qu'une révision prochaine de la loi de 1977, si elle a lieu, soit l'occasion de régler toutes ces questions, qui relèvent d'une réflexion séparée et globale d'ailleurs déjà entamée dans certains cadres institutionnels, et à laquelle la Commission des sondages pourrait apporter sa contribution.

Ronny ABRAHAM

Jacqueline BAUCHET