

Compatibilité de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

Fabien Raynaud
Pascale Fombeur, Maîtres des requêtes au Conseil d'Etat

Par l'arrêt *Meyet* du 2 juin 1999, la section du contentieux du Conseil d'Etat a été amenée à se prononcer de nouveau sur l'applicabilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion en vertu duquel, 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. Plus précisément, était en cause la compatibilité de ces dispositions avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui affirme le droit à la liberté d'expression. Cette affaire a également été l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser les conditions de recevabilité d'un recours dirigé contre un acte interprétatif et les modalités selon lesquelles le juge recherche si une incompatibilité entre une loi et un traité est apparue postérieurement à l'adoption de la loi considérée.

Les actes interprétatifs doivent respecter la hiérarchie des normes

Le requérant, en sa qualité d'électeur, demandait l'annulation de différents actes pris par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission des sondages en vue de l'élection des représentants au Parlement européen le dimanche 13 juin 1999, qu'il critiquait en ce qu'ils avaient enjoint aux organes de presse, de radiodiffusion et de télévision, ainsi qu'aux organismes de sondages et aux candidats de se conformer aux prescriptions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977. Etaient ainsi attaqués une recommandation du Conseil supérieur de l'audiovisuel à l'ensemble des services de télévision et de radio en date du 9 mars 1999, une décision de la même autorité du 11 mai 1999 relative aux conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle et un communiqué de la Commission des sondages du 20 avril 1999 adressé aux organismes de sondages et aux organes de presse. Si le premier acte se présentait comme une « recommandation », prise sur le fondement du second alinéa de l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui dispose que, « pour la durée des campagnes électorales, le Conseil adresse des recommandations aux exploitants des services de communication audiovisuelle autorisés », le Conseil d'Etat avait déjà reconnu une portée normative à ce type d'acte (CE Sect. 7 mai 1993, *Lallemand et autres et Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, *Lebon* p. 146  ; pour une recommandation de la Haute Autorité de la communication audiovisuelle : CE Ass. 20 mai 1985, *Labbé et Gaudin*, *Lebon* p. 157 ; *RFDA* 1985, p. 554, concl. Michel Roux ; *AJDA* 1985, p. 412, chron. Sylvie Hubac et Jean-Eric Schoettl ; *D.* 1986, p. 12, note N. Griesbeck). Le caractère de décision du deuxième acte ne faisait aucun doute. Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà annulé une telle décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CE 23 mai 1997, *Meyet*, *Lebon* p. 197 ). En revanche, le communiqué de la Commission des sondages pouvait être regardé comme un acte ne faisant pas grief, eu égard aux pouvoirs de la commission ; en particulier, celle-ci saisit le parquet aux fins de poursuite, mais n'a pas de pouvoirs de sanction propres lorsqu'elle estime que des faits seraient constitutifs d'infractions à l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977.

Toutefois, les trois actes n'étaient attaqués que dans celles de leurs dispositions qui reprenaient les prescriptions de la loi du 19 juillet 1977, se bornant à rappeler que, dans la semaine qui précède le scrutin et pendant le déroulement de celui-ci, il ne devait être fait état d'aucun sondage ayant un rapport direct ou indirect avec l'élection, en application de l'article 11 de la loi. On pouvait dès lors se demander si, dans cette mesure, ils faisaient grief et étaient susceptibles de recours. En effet, la jurisprudence considère comme ne faisant pas

grief les actes qui, bien qu'habituellement susceptibles de recours, ne font en l'espèce que reproduire le contenu d'actes antérieurs, sans poser de normes par eux-mêmes. Il en a été jugé ainsi aussi bien à propos de mentions contenues dans une décision individuelle (CE 4 février 1949, *S^{té} des usines Renault*, Lebon p. 58) qu'à propos de dispositions à caractère général (pour un arrêté reproduisant la réglementation existante : CE 28 mai 1986, *Association de défense de l'enseignement de la conduite automobile*, Lebon tables p. 649 ; pour un avis aux importateurs rappelant des droits de douane résultant de l'application d'un règlement communautaire : CE 17 février 1992, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés*, Lebon tables p. 1192¹).

Pour vérifier l'absence de contenu normatif des actes attaqués, la décision *Meyet* examine en premier lieu la compatibilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec les stipulations des différents engagements internationaux invoqués. Et c'est du constat de compatibilité que le Conseil d'Etat déduit 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 que, par conséquent, ces dispositions ne sont pas de nature à faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Cette solution, qui aboutit à statuer sur la recevabilité de la requête après un examen approfondi de l'état du droit tel qu'il doit être appliqué, marque la volonté du juge de ne plus se satisfaire de ce qu'un acte ne semble pas avoir de portée juridique par lui-même, mais de vérifier qu'il n'innove pas par une interprétation juridiquement erronée des textes applicables. Ce raisonnement avait déjà été tenu à propos d'un communiqué de la Commission des sondages : « L'interprétation donnée par l'autorité administrative des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en oeuvre, 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*, Lebon p. 178² ; *Rev. adm.* 1993 p. 322, concl. Frédéric Scanvic). Cette solution est solennellement réaffirmée, abandonnant de façon définitive, au moins pour les autorités administratives indépendantes, la jurisprudence qui considérait irrecevable un recours dirigé contre une délibération au motif que celle-ci se bornait à donner une interprétation de la loi (par exemple : CE 27 septembre 1989, *SA Chopin et autres c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés*, Lebon tables p. 432).

Comme le faisait valoir le commissaire du gouvernement, Jean-Claude Bonichot, dans ses conclusions, même si les actes attaqués pouvaient être regardés comme n'apportant rien de plus que la loi, ils déterminaient l'attitude du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Commission des sondages pendant la durée de la campagne électorale, attitude qui pourrait le cas échéant être contestée dans le cadre d'un recours dirigé contre l'élection. Il jugeait donc du plus grand intérêt que soit tranchée le plus tôt possible la question de la pertinence juridique des positions prises. Il estimait de façon plus générale opportun que les prises de position des autorités administratives indépendantes, qui font application de la loi ou en donnent leur interprétation, puissent faire l'objet d'un contrôle qui permette de prévenir de multiples contentieux ultérieurs.

Il nous semble souhaitable qu'une telle solution soit désormais retenue pour l'ensemble des actes interprétatifs, et notamment pour les circulaires. En effet, depuis l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker* (CE Ass. 29 janvier 1954, Lebon p. 64 ; *RPDA* 1954, p. 50, concl. Tricot ; *AJDA* 1954, II bis, p. 5, chron. Gazier et M. Long ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 11^e éd. 1996, n° 85), une circulaire est susceptible de recours pour excès de pouvoir si elle ne se borne pas à interpréter les règles en vigueur mais fixe des règles nouvelles. A l'expérience, une telle distinction est apparue souvent difficile à opérer. Aussi le juge a-t-il renforcé son contrôle en déduisant progressivement le caractère interprétatif de la conformité aux textes interprétés. Ce tournant est marqué par la décision *Ordre des avocats à la cour de Paris* (CE 15 mai 1987, Lebon p. 175 ; *RFDA* 1988, p. 145,

concl. Jean Marimbert) qui ne se contente plus de ce qu'une circulaire se borne à faire connaître l'interprétation qu'appellent, selon son auteur, certaines dispositions législatives ou réglementaires pour en déduire l'irrecevabilité d'un recours tendant à son annulation. Le juge recherche, au besoin disposition par disposition, si l'interprétation est conforme aux textes qui en sont l'objet pour en déduire que la circulaire est véritablement interprétative et donc insusceptible de recours ou au contraire qu'elle ajoute à l'état du droit et a par conséquent un caractère réglementaire. Toutefois, en ce qui concerne les circulaires, cette ligne jurisprudentielle désormais dominante coexiste avec une autre tendance qui s'en tient à la jurisprudence antérieure s'attachant à la portée que les auteurs de l'acte ont entendu lui donner et s'abritant derrière la circonstance que l'interprétation ne revêt pas de caractère impératif⁽¹⁾.

Surtout, même lorsque le juge recherche dans quelle mesure la circulaire est conforme au droit qu'elle interprète pour en déduire son caractère réglementaire ou non, une ambiguïté demeure quant aux normes de référence du contrôle opéré. Il semble dans certains cas que le juge se contente de ce que la circulaire n'ait pas ajouté au texte qu'elle interprète, sans rechercher si elle donne la correcte interprétation de l'état du droit existant, compte tenu des exigences de la hiérarchie des normes. Ainsi, le recours dirigé contre une circulaire interprétant exactement les termes d'un décret ou d'une loi a été jugé irrecevable, sans examiner si le texte interprété était compatible avec les objectifs d'une directive communautaire comme y invitait le requérant (CE 27 mai 1998, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés*, à mentionner aux tables du *Lebon*⁽²⁾ ; CE 8 juillet 1998, *Fédération française des spiritueux*, à publier au *Lebon*⁽³⁾). Toutefois, d'autres décisions adoptent le raisonnement de la décision *Meyet* et prennent en considération l'ensemble du droit applicable. Ainsi, dans l'hypothèse d'une circulaire contraire à un décret qui, sur le point contesté, restreignait illégalement le champ d'application de la loi, une décision relève que son auteur « n'a pas fait une inexacte interprétation tant des dispositions législatives que de celles des dispositions réglementaires qui sont légalement applicables », pour en déduire qu'elle est sur ce point dépourvue de caractère réglementaire (CE 14 janvier 1998, *Confédération française démocratique du travail*, *Lebon* p. 2⁽⁴⁾).

Une clarification s'avère nécessaire. Certes, il n'est pas possible d'affirmer que par la décision *Meyet* la section du contentieux aurait entendu trancher le débat relatif aux circulaires, dès lors qu'il ne s'agissait pas de la question posée. Mais il nous paraît souhaitable que le raisonnement retenu à propos d'actes du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la Commission des sondages soit désormais adopté également pour les circulaires. En effet, il serait excessivement subtil de distinguer entre les deux types d'actes qui visent à indiquer l'interprétation qu'il convient de donner au droit existant, même si l'on peut relever que les uns s'adressent aux administrés tandis que les autres sont le plus souvent rédigés à des fins internes à l'administration. Surtout, les circulaires ont pour but, généralement, de donner des indications aux services sur la façon dont ils doivent appliquer les textes. Or l'administration commet une illégalité à appliquer un texte incompatible avec une norme supérieure, quand bien même le texte appliqué serait une loi (CE Ass. 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, *Lebon* p. 80⁽⁵⁾). Il ne semble donc guère opportun que le juge se limite à contrôler qu'une circulaire est conforme au texte immédiatement supérieur et laisse subsister des interprétations qui, si elles étaient suivies, entraîneraient l'annulation des décisions individuelles ainsi édictées. Une telle solution devrait d'ailleurs aboutir à juger recevable et fondée la demande d'annulation d'une circulaire qui interprète exactement l'état du droit, mais contredit un acte réglementaire illégal ou une loi incompatible avec un engagement international applicable en France, ce qui serait pour le moins paradoxal. Par conséquent, dès lors que le juge ne se contente plus de ce qu'une circulaire se présente comme un texte de nature interprétative pour refuser d'en contrôler la légalité mais recherche si l'interprétation donnée est exacte, il ne peut rester au milieu du gué en opérant son contrôle au regard du texte immédiatement supérieur, mais doit prendre en considération l'ensemble du droit applicable tel qu'il résulte de la hiérarchie des normes.

Une loi peut devenir contraire à un traité

L'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat s'était déjà prononcée sur la compatibilité de

l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE Ass. 17 février 1995, *Meyet et autres, Lebon p. 78*). Or aucune novation juridique n'était intervenue depuis lors. Aussi le requérant fondait-il une grande partie de son argumentation sur la circonstance que la loi, sans doute compatible à l'origine avec la Convention, aurait cessé de l'être du fait de la diffusion des résultats de sondages par des chaînes de télévision ou des journaux étrangers, ou sur Internet. La section du contentieux a écarté le moyen ainsi soulevé en recourant à un raisonnement original quant à la méthode de contrôle de la compatibilité entre une loi et un traité.

En premier lieu, la décision vérifie s'il existe une incompatibilité entre la loi du 19 juillet 1977 et la Convention en opérant une distinction entre l'incompatibilité qui pourrait exister dès l'origine et celle qui aurait pu survenir ultérieurement : « Au regard des exigences inhérentes à la hiérarchie des normes telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution, la juridiction compétente pour connaître d'un moyen tiré de ce qu'une disposition législative serait incompatible avec un traité régulièrement ratifié ou approuvé peut être invitée à rechercher, non seulement si cette incompatibilité existait dès l'intervention de cette disposition législative, mais aussi si elle est apparue postérieurement ». Appliquant ce principe, la section du contentieux opère un double contrôle, en se plaçant d'abord à la date de l'intervention de la loi du 19 juillet 1977, puis en recherchant si est intervenu depuis lors un changement qui ferait juridiquement obstacle à l'application de la loi.

En second lieu, la décision *Meyet* fait une différence, pour l'appréciation de la survenance éventuelle d'une incompatibilité entre la loi et le traité, entre le changement dans la situation de droit et le changement dans la situation de fait. Seul le premier type de modification est susceptible de déboucher sur une incompatibilité, le second, au contraire, ne devant pas être pris en considération : « Les limites auxquelles se heurte l'application effective de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 ne constituent pas un changement dans la situation de droit engendrant entre les stipulations de l'article 10 de la Convention et la loi nationale une incompatibilité qui ferait juridiquement obstacle, en vertu de l'article 55 de la Constitution, à l'application de cette loi ; [...] un changement dans la situation de fait - qu'invoque en réalité le requérant -, s'il peut conduire le législateur, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, à reconsidérer certaines modalités de la loi du 19 juillet 1977 ou même son principe, 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 ».

Les raisons de ce choix sont aisées à comprendre. En effet, l'appréciation de l'incidence du changement de la situation de fait sur la compatibilité entre une loi et un traité se rapprocherait beaucoup d'un contrôle de l'opportunité de la loi, qu'il n'appartient pas au juge d'opérer. Le Conseil d'Etat marque ainsi sa déférence à l'égard du législateur : une loi, serait-elle obsolète, n'en reste pas moins applicable, et il revient au législateur, qui seul en a le pouvoir, de reconsidérer la pertinence des dispositions en cause du fait de l'évolution de la société. Plus encore, si le juge acceptait de se livrer à un tel contrôle, il signifierait ainsi qu'il revient à l'administration de procéder à cette même vérification lorsqu'elle doit appliquer une loi, puisque, de même qu'elle ne peut appliquer un règlement illégal, elle ne peut légalement appliquer une loi incompatible avec un traité (pour un exemple récent : CE 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et autres, req. n° 195354, à publier au Lebon*). Or un changement dans les circonstances de fait, à l'inverse d'un changement dans la situation de droit, apparaît généralement de façon progressive ; il est très difficile à apprécier, et encore plus à dater. Il serait dangereux que chaque administration devienne juge de la pertinence du maintien en vigueur des lois et cesse d'appliquer certaines d'entre elles en raison de modifications d'une situation de fait mouvante et diversement appréciable. C'est d'ailleurs pour cette raison que, pour les actes réglementaires eux-mêmes, la jurisprudence sur le changement des circonstances de fait est plus exigeante en matière économique, et plus généralement dans les matières où l'administration dispose de pouvoirs étendus pour adapter son action à l'évolution des circonstances de fait. La faculté de demander à l'autorité compétente d'abroger un règlement est alors limitée au cas où le changement des circonstances dans lesquelles la disposition litigieuse trouvait sa base légale a revêtu, pour des causes indépendantes de la volonté des

intéressés, le caractère d'un bouleversement tel qu'il ne pouvait entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure et a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique (CE Ass. 10 janvier 1964, *Ministre de l'Agriculture c/ Sieur Simonnet*, *Lebon* p. 19 ; *RDP* 1964, p. 182, concl. Guy Braibant ; *AJDA* 1964, p. 150, chron. Jean Fourré et Michèle Puybasset ; CE 26 avril 1985, *Entreprises maritimes Léon Vincent*, *Lebon* p. 125).

Toutefois, la distinction opérée entre une incompatibilité qui existerait dès l'intervention de la loi et une incompatibilité qui serait apparue postérieurement nous semble en grande partie artificielle et, pour tout dire, le détour par le contrôle de la compatibilité *ab initio* inutile. L'examen auquel le juge procède n'a pas pour but d'apprécier la conventionnalité d'une loi de la même façon qu'il contrôle la légalité de l'acte administratif afin de le faire disparaître rétroactivement de l'ordre juridique en cas d'illégalité. C'est en effet cette finalité du recours pour excès de pouvoir qui explique que la légalité d'une décision administrative soit appréciée par le juge au regard des règles de droit applicables et de la situation existante au jour où cette décision a été prise.

Certes, comme l'administration ne peut faire application d'un règlement qui serait devenu illégal par suite du changement des circonstances de droit ou de fait, le juge admet que les intéressés puissent à tout moment demander à son auteur d'abroger ou de modifier un tel acte (CE Sect. 10 janvier 1930, *Despujol*, *Lebon* p. 30 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 47). Il considère en outre, lorsqu'il statue sur une exception tirée de l'illégalité d'un règlement, qu'il peut être invité à rechercher non seulement si ce règlement a été légalement pris, mais s'il est resté légalement en vigueur à la date à laquelle il en a été fait application (CE Ass. 22 janvier 1982, *Ah Won*, *Lebon* p. 33 ; CE Ass. 22 janvier 1982, *Butin*, *Lebon* p. 26 ; *RDP* 1982, p. 822, concl. Alain Bacquet ; *AJDA* 1982, p. 440, chron. Frédéric Tiberghien et Bruno Lasserre). Mais lorsque le juge recherche si une loi est compatible avec un traité, la seule finalité de cette vérification consiste à déterminer la norme applicable au litige qui lui est soumis, compte tenu de la hiérarchie fixée par l'article 55 de la Constitution qui confère aux traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés, dès leur publication et sous réserve de leur application par l'autre partie, une autorité supérieure à celle des lois. Il importe peu, à cet égard, de savoir ce qu'il en était lors de l'édition de la loi, puisque celle-ci peut ne pas avoir été compatible à ce moment mais l'être devenue postérieurement, ce qui ne fera pas obstacle à son application. Car il n'en est pas de la loi comme d'un acte réglementaire : si l'administration est tenue d'abroger sur la demande de tout intéressé un acte réglementaire illégal, qu'il l'ait été dès l'origine ou le soit devenu (CE Ass. 3 février 1989, *C^{ie} Alitalia*, *Lebon* p. 44 ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 112), lequel disparaîtra alors de l'ordonnement juridique, une loi, qui, à un moment donné, ne peut être appliquée en raison de son incompatibilité avec un traité, n'est qu'écartée au profit de la norme supérieure et redevient applicable dès que l'incompatibilité disparaît.

En effet, différents événements peuvent modifier dans le temps le rapport de compatibilité existant entre une loi et un traité, dans un sens ou dans un autre. Le plus évident consiste dans l'entrée en vigueur d'un traité postérieurement à l'édition de la loi, qui était d'ailleurs la seule hypothèse, avant l'intervention de la décision *Nicolo* (CE Ass. 20 octobre 1989, *Lebon* p. 190, concl. Patrick Frydman ; *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, préc. n° 113), dans laquelle le juge administratif se considérait habilité à écarter la loi au profit du traité (CE 15 mars 1972, *Dame veuve Sadok Ali*, *Lebon* p. 213). Le traité peut également être modifié, de telle sorte que la loi devienne compatible. En outre, l'applicabilité même du traité est sujette à variation, à tout le moins pour les engagements bilatéraux, du fait de la condition de réciprocité posée par l'article 55 de la Constitution. C'est d'ailleurs pour cette raison que le Conseil constitutionnel s'est refusé à assurer le respect de l'article 55 de la Constitution dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois prévu à l'article 61. Les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle, tandis que la supériorité des traités sur les lois « présente à la fois un caractère relatif et contingent, tenant, d'une part, à ce qu'elle est limitée au champ d'application du traité et, d'autre part, à ce qu'elle est subordonnée à une condition de réciprocité dont la réalisation peut varier selon le comportement du ou des Etats signataires

du traité et le moment où doit s'apprécier le respect de cette condition » (Cons. constitutionnel, déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.* p. 19).

Dès lors, la seule question pertinente semble celle de la compatibilité entre la loi et le traité à la date de l'édition de l'acte attaqué, de façon à déterminer les normes au regard desquelles il convient d'en apprécier la légalité. La conséquence en est que seule la situation de fait existant à cette date peut être prise en considération, pour autant que l'adaptation du droit à la situation de fait soit exigée par le traité et constitue ainsi un élément du contrôle de conventionnalité. Certes, le plus souvent, c'est un contrôle abstrait qui est opéré entre deux normes de portée générale. Toutefois, le caractère plus ou moins concret du contrôle dépend en réalité des exigences de la norme supérieure. Celle-ci impose parfois l'adaptation de la norme inférieure aux circonstances de fait ; cette adaptation devient alors une condition de la validité de cette norme par rapport à la norme supérieure. Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel vérifie qu'une loi n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité, il recherche le cas échéant si une différence de situation - de droit ou de fait - justifie une différence de traitement (par exemple Cons. constit., déc. n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, *Rec.* p. 49). De même, le Conseil d'Etat contrôle l'adaptation des règlements pris en matière de police aux circonstances de temps et de lieu, pour vérifier que les restrictions apportées aux libertés individuelles sont proportionnées aux exigences du respect de l'ordre public (par exemple CE Sect. 25 janvier 1980, *Gadiaga et autres, Lebon* p. 44, concl. Michel Rougevin-Baville) (2).

En matière de restriction aux libertés publiques, l'adaptation à la situation de fait constitue souvent un élément de la légalité. On peut ainsi comprendre que la Cour européenne des droits de l'homme opère un contrôle concret et considère que « la Convention est un instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles » (CEDH 25 avril 1978, *Tyrer*, série A, n° 26, § 31). Ce raisonnement l'a amenée à tenir compte de « l'évolution et [des] normes communément acceptées de la politique pénale des Etats membres du Conseil de l'Europe » pour apprécier le caractère dégradant d'une peine au sens de l'article 3 de la Convention (*Tyrer*, préc.). De la même façon, elle a pris en considération l'évolution du droit interne des Etats membres - reflétant en réalité l'évolution des mentalités et de la société - pour apprécier la compatibilité de la distinction faite par le droit belge entre famille naturelle et famille légitime quant à l'établissement de la filiation maternelle avec le droit au respect de la vie familiale énoncé par l'article 8 (CEDH 13 juin 1979, *Marckx*, série A, n° 31, § 41). On peut dès lors soutenir que le Conseil d'Etat aurait dû procéder à un contrôle de compatibilité de la loi française avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au regard de la situation de fait existant à la date des actes attaqués.

Toutefois, la section du contentieux a été plus sensible aux inconvénients très importants qu'aurait pu avoir une appréciation de la compatibilité susceptible d'évoluer au gré des changements de la situation de fait, et notamment à l'insécurité juridique qui pouvait en résulter.

L'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 est toujours compatible avec l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Aux termes de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend 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 et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations./ 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

»

Pour apprécier la compatibilité de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, au moment de son édicition, avec ces stipulations, la section du contentieux ne pouvait se fonder sur aucun arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui se serait prononcé sur des dispositions similaires. On peut en revanche noter que d'autres juridictions, après le Conseil d'Etat en 1995 (*Meyet, préc.*), avaient eu à trancher la question. En particulier, la chambre criminelle de la Cour de cassation avait considéré en 1996 que l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, « qui protège la liberté des élections et la sincérité du scrutin, par ailleurs garanties par l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention » satisfaisait aux exigences de l'article 10 de la Convention (Cass. crim. 14 mai 1996, *Albert du Roy, Bull. crim.* n° 204). Mais si l'on cherchait des exemples en dehors de nos frontières, on pouvait relever que la Cour suprême du Canada avait jugé qu'une interdiction similaire durant les trois derniers jours des campagnes électorales était « une limite injustifiée de la liberté d'expression » garantie par la Charte canadienne des droits et libertés, dès lors qu'il n'était pas établi que les électeurs canadiens formeraient un groupe vulnérable qui risquerait d'être victime de manipulation ou d'abus et qu'une mesure d'interdiction était trop générale au regard du but poursuivi (Cour suprême du Canada 29 mai 1998, *Thomson Newspapers Company c/ Canada, Légipresse* janvier-février 1999, n° 158, III-19, note E. Derieux) (3).

A défaut de jurisprudence de la Cour de Strasbourg elle-même, le Conseil d'Etat s'est efforcé d'adopter un mode de raisonnement similaire au sien. Considérant que l'interdiction de la publication ou de la diffusion de sondages dans la semaine qui précède le scrutin constituait 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, il a recherché si cette ingérence satisfaisait aux exigences du second paragraphe du même article. Pour cela, il a procédé à une triple vérification, conformément à la jurisprudence de la Cour qui juge que pour être admissible une ingérence doit être prévue par la loi, viser un but légitime au regard de l'article 10 et présenter un caractère de nécessité dans une société démocratique pour atteindre ce but.

Les deux premières exigences pouvaient aisément être considérées comme satisfaites. Ainsi, la section du contentieux a relevé qu'il était constant que la restriction apportée à la publication ou à la diffusion des sondages relatifs aux consultations électorales trouvait son fondement dans la loi. Et, sans nul doute, les conditions d'accessibilité et de prévisibilité que doit remplir une norme pour que la Cour européenne des droits de l'homme la reconnaisse comme une loi au sens de l'article 10 de la Convention étaient réunies. Puis le Conseil d'Etat a relevé que la raison d'être d'une telle restriction repose sur 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. Il a considéré que l'objectif ainsi poursuivi se rattachait à la « protection des droits d'autrui » au sens des stipulations du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. C'est sur cette même notion, et plus précisément « les droits des électeurs contre une pression qui pourrait s'exercer sur leur conscience à la veille d'un scrutin » que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 avril 1994, confirmé en cassation par l'arrêt *Albert du Roy* (préc.), s'était fondé. La Cour européenne des droits de l'homme avait déjà admis le rattachement à cette notion de l'objectif de pluralisme de l'information (CEDH 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres*, série A, n° 173, §§ 69 et 70). On pouvait estimer que le souci d'assurer la sérénité du vote des électeurs en relevait également.

La satisfaction du critère de nécessité était sans nul doute plus délicate à apprécier. La Cour a, dans ce domaine, développé sa méthode de raisonnement à partir des arrêts *Sunday Times* (CEDH 26 avril 1979, série A, n° 30, §§ 59 et 62), *Barthold* (25 mars 1985, série A, n° 90, § 55) et *Lingens* (8 juillet 1986, série A, n° 103, §§ 39 et 40). En vertu de sa jurisprudence, l'adjectif « nécessaire » utilisé par la Convention implique l'existence d'un « besoin social impérieux » susceptible de justifier une restriction à l'exercice de la liberté d'expression. A cet égard, si les autorités nationales bénéficient d'une certaine marge d'appréciation, il appartient à la Cour européenne d'opérer un contrôle plus ou moins large selon le cas, et à cette fin de vérifier si l'ingérence se fonde sur un tel besoin, c'est-à-dire si elle est « proportionnée au but

légitime poursuivi », ou encore si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent « pertinents et suffisants ». Le degré du contrôle opéré par la Cour dépend du caractère plus ou moins objectif des notions considérées. Laissant une plus grande liberté d'appréciation aux autorités nationales quand est en cause la protection de la morale, pour laquelle il n'existe pas de notion européenne uniforme (CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times*, série A, n° 30, § 59), son contrôle est plus étroit lorsque est en cause la liberté de la presse, laquelle joue un « rôle éminent [...] dans un Etat de droit » (CEDH 23 avril 1992, *Castells c/ Espagne*, série A, n° 236, § 43 ; V. également CEDH 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, Rec. pp. II-500-501, § 40), et notamment quand il s'agit de la participation au débat politique, dont « le libre jeu [...] se trouve au coeur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière » (CEDH 8 juillet 1986, *Lingens*, série A, n° 103, § 42).

Le Conseil d'Etat, pour sa part, a considéré qu'en raison tant de la justification de la restriction apportée à la publication ou à la diffusion des sondages que de la durée limitée de la période au cours de laquelle elle s'applique et compte tenu de la marge d'appréciation que l'article 10, paragraphe 2, de la Convention réserve au législateur national, les dispositions de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 n'étaient pas incompatibles avec les stipulations de l'article 10 de la Convention.

Cette appréciation peut paraître raisonnable. D'ailleurs la Cour a déjà admis que certaines restrictions à la liberté d'expression puissent être justifiées par le souci de donner plus de sérénité au débat public. Ainsi, par un arrêt *Rekvényi c/ Hongrie* du 20 mai 1999, elle a considéré qu'un amendement à la Constitution hongroise interdisant aux membres des forces armées et des services de police et de sécurité de s'affilier à un parti politique, et de se livrer à des activités politiques, pour garantir la neutralité politique de ces fonctionnaires et contribuer à la consolidation et au maintien de la démocratie pluraliste, poursuivait des buts légitimes au sens de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention - la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique et la défense de l'ordre - et n'était pas disproportionné aux buts visés. L'objectif de l'article 11 de la loi de 1977 est de prévenir l'influence possible sur le choix des électeurs de sondages erronés ou dont les résultats seraient présentés de façon trompeuse tard dans la campagne électorale (4). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une restriction apportée au débat politique, et la garantie de la sérénité du scrutin contribue assurément à la préservation de la société démocratique. Enfin, on peut douter qu'il existe des moyens de se prémunir efficacement des risques que comporterait la publication, au tout dernier moment, de sondages auxquels il ne serait plus possible de réagir. C'est en définitive plus la durée d'une semaine qui peut donner matière à hésitation que le principe même de l'interdiction.

En revanche, on pourra regretter que le Conseil d'Etat ait évité de prendre parti sur l'incidence des limites auxquelles se heurte désormais l'application effective de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, en considérant qu'il s'agissait d'un changement dans la situation de fait qui ne saurait avoir d'incidence sur la portée de la loi et sur l'obligation de l'appliquer. En effet, la Cour européenne, pour apprécier le caractère nécessaire d'une ingérence, tient compte dans son raisonnement de l'utilité de la mesure. Ainsi, dans un cas de condamnation d'un journaliste pour violation du secret de l'instruction, elle s'est fondée sur la circonstance que les informations données avaient déjà été fournies au public et avaient ainsi perdu leur caractère secret pour retenir l'existence d'une violation de l'article 10 (CEDH 22 mai 1990, *Weber*, série A, n° 177, §§ 49 à 51 ; pour un raisonnement semblable dans l'hypothèse voisine d'un périodique qui publiait un rapport confidentiel du service de sécurité intérieure, V. CEDH 9 février 1995, *Vereniging Weekblad Bluf !*, série A, n° 306-A, § 43). Appréciant la compatibilité avec l'article 10 d'une interdiction faite à des sociétés de fournir aux femmes enceintes des informations sur les possibilités d'avortement à l'étranger, la Cour a relevé parmi d'autres éléments la possibilité de se procurer les mêmes renseignements auprès d'autres sources en Irlande et la faible efficacité de la mesure quant au nombre d'avortements pratiqués par des Irlandaises en Grande-Bretagne (CEDH 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman*, série A, n° 246-A, §§ 76 et 77). S'agissant enfin de la condamnation du directeur de la publication et d'un journaliste du *Canard enchaîné* après la reproduction d'extraits d'avis d'imposition, la Cour a notamment pris en considération la circonstance que,

si la publication des avis d'imposition était prohibée, les informations qu'ils véhiculaient n'étaient pas secrètes (CEDH 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, req. n° 29183/95, § 53).

Or le débat a été récemment relancé par un jugement du tribunal de grande instance de Paris qui a considéré que, « 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, mais aurait au contraire pour effet de créer une discrimination entre les citoyens, au regard du droit à l'information ». Il en a déduit l'incompatibilité de l'article 11 de la loi de 1977 avec l'article 10 de la Convention européenne, combiné avec son article 14 qui prohibe les discriminations dans l'exercice des droits et libertés qu'elle reconnaît (TGI Paris 17^e ch. 15 décembre 1998, *Ministère public c/ MM. Amaury et de Barrigue de Montvallan*, *Légipresse* 1999, n° 158 III-16, note E. Derieux ; *AJDA* 1999, p. 521, note Eric Desfougères ; Yann Bréban, Internet et la publication de sondages d'opinions en période électorale : vers un droit des hyperliens, *Gaz. Pal.* 18-20 avril 1999, p. 28). En effet, la loi n'interdit pas aux instituts de sondage d'effectuer des sondages et d'en porter les résultats à la connaissance de ceux qui les ont commandés, par exemple des partis politiques, mais seulement d'en faire état publiquement, afin de ne pas influencer l'électeur au moment où il va faire son choix définitif. La presse étrangère peut donc publier des sondages sur des élections françaises pendant la période d'interdiction. Désormais, de grands quotidiens étrangers publient de tels sondages également sur leur site web qui peut être consulté depuis la France mais ne tombe pas sous le coup de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977, du fait du principe de territorialité de la loi pénale (5).

Il n'est pourtant pas certain que la possibilité de connaître sur Internet les résultats de sondages dont la diffusion est interdite modifie radicalement les données de l'analyse. La prise de connaissance par ce moyen reste limitée et correspond à une démarche volontaire de recherche d'informations particulières, différente de celle du téléspectateur assistant au journal télévisé. C'est ce qui explique, par exemple, que la Cour suprême des Etats-Unis ait exercé sur une législation relative aux services de communication électronique interactive un contrôle différent de celui retenu pour la communication audiovisuelle par voie hertzienne (26 juin 1997, *Reno, Attorney General of the US et al. vs American Civil Liberties Union et al.* ; 117 S.Ct 2329, 65 USLW 4715 ; *RDP* 1997, p. 1637, comm. Dominique Custos). Et il nous semble difficile d'affirmer que la circonstance que certains auraient plus facilement accès à Internet que d'autres engendrerait d'une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne.

Toutefois, c'est en définitive au législateur qu'il reviendra de se prononcer sur ces questions et de réexaminer la pertinence de l'interdiction de publication, de diffusion et de commentaire de sondages d'opinion en rapport avec une élection dans la semaine qui précède le scrutin.

Mots clés :

ACTE NON REGLEMENTAIRE * Circulaire
COMMUNICATION AUDIOVISUELLE * Campagne électorale * Conseil supérieur de l'audiovisuel
* Compétence
DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX * Liberté d'expression
LOI * Appréciation de la validité de la loi
TRAITE INTERNATIONAL * Application

(1) Pour des exemples récents : CE 28 mai 1997, *Association des techniciens territoriaux de France et autres*, req. n° 180376 ; CE 21 janvier 1998, *Lambert et M^{me} Mignon*, req. n° 183942.

(2) Les règlements de police sont d'ailleurs le domaine privilégié d'application de la jurisprudence sur le changement des circonstances de fait (par exemple : CE 25 janvier 1933,

Abbé Coiffier, Lebon p. 100 ; CE Ass. 20 décembre 1995, *M^{me} Vedel et M. Jannot, Lebon* p. 440  ; *RFDA* 1996, p. 313, concl. Jean-Marie Delarue  ; *AJDA*  1996, p. 124, chron. Jacques-Henri Stahl et Didier Chauvaux).

(3) On relèvera cependant que cet arrêt a fait l'objet d'opinions dissidentes de trois des huit juges qui ont pris part à la décision.

(4) En 1974, le premier tour de l'élection présidentielle, qui voyait s'affronter à droite Valéry Giscard d'Estaing et Jacques Chaban-Delmas, semblait montrer que certains électeurs, dans le souci d'un vote utile, avaient été enclins à se rallier au courant qui paraissait majoritaire dans l'estimation des intentions de vote.

(5) Certains journaux français ont en outre enfreint l'interdiction durant les dernières campagnes électorales, tandis que d'autres ont donné sur leur site les adresses électroniques des sites étrangers où les résultats de sondage pouvaient être consultés, ce qui a été jugé légal (TGI Paris 17^e ch. 15 décembre 1998, *Ministère public c/ Serge July, Légitimes* 1999, n° 158 III-16).