

Conseil d'Etat

17 février 1989

I. Elections communales - Sondage d'opinion - Droits de l'Homme - Liberté d'expression - Article 5 de la loi du 18 juillet 1985.

II. Observations.

L'article 5 de la loi du 18 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion, selon lequel il est interdit, sous peine de sanctions pénales, à partir du trentième jour précédant la date des élections, de divulguer, de diffuser ou de commenter, par quelque moyen que ce soit, les résultats de sondages relatifs à ces élections, est contraire à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui garantit la liberté d'expression.

La prévention des effets que peut produire sur un scrutin la publication ou le commentaire des résultats d'un sondage ne figure pas parmi les fins particulières en vue desquelles cet article 10 autorise des restrictions à l'exercice de ces libertés.

L'article 3 du protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention aux termes duquel la Belgique s'est engagée à organiser des élections « dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » ne concerne pas les élections communales. Les interdictions portées par la loi du 18 juillet 1985 sont, en tout cas lorsqu'elles ont trait à des sondages relatifs à des élections communales, contraires à la Convention. Elles ne peuvent donc fonder un moyen d'annulation.

(Elections communales de Mons)

N° 32.026 — Considérant qu'il ressort de l'instruction que, au cours de la période de trente jours qui précéda les élections communales du 9 octobre 1988, deux sondages relatifs aux intentions des électeurs montois ont été publiés, de nombreux commentaires d'un sondage publié précédemment ont été donnés dans la presse locale et de multiples allusions à ces sondages ont été faites par des journalistes et par des hommes politiques ; que si certains de ces faits sont érigés en infractions, la députation permanente du conseil provincial du Hainaut, qui s'est estimée « incompétente pour se prononcer sur ces délits », et le Conseil d'Etat n'en sont pas moins habilités à se prononcer sur leur existence et sur leurs conséquences en droit électoral ;

Considérant que les requérants prennent un premier moyen de la violation des articles 2 et 5 de la loi du 18 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion, en ce que, première branche, des sondages auraient été publiés sans être accompagnés de toutes les indications prescrites à l'article 2, notamment de celles du nom et de la qualité de ceux qui ont fait procéder au sondage, et que, deuxième et troisième branches, des sondages auraient été publiés ou commentés pendant la période de trente jours qui a précédé les élections ;

Considérant que la loi du 18 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion dispose en son article 2 que la publication d'un tel sondage doit être

accompagnée d'un certain nombre d'indications et que celles-ci doivent être communiquées à l'Institut national de statistique, en son article 5 qu'à partir du trentième « jour civil » précédant la date de l'élection, « il est interdit de divulguer, de diffuser ou de commenter, par quelque moyen que ce soit, les résultats de sondages relatifs à ces élections » et, en son article 6, que « Les infractions à la présente loi peuvent être sanctionnées d'une amende de cinquante à deux mille francs » ; que la loi électorale communale dispose en son article 74bis que « Les élections ne peuvent être annulées, tant par la députation permanente que par le Conseil d'Etat, que pour cause d'irrégularités susceptibles d'influencer la répartition des sièges entre les différentes listes » ;

Considérant que la loi du 18 juillet 1985 n'établit de lien entre les prohibitions qu'elle porte et le droit électoral qu'en son article 5 ; qu'en sa première branche, fondée sur l'article 2, le moyen est irrecevable ;

Considérant que la partie intéressée conteste que les publications et commentaires litigieux aient eu quelque influence sur le scrutin ;

Considérant que l'ensemble des faits érigés en infractions par les lois pénales contient non seulement des comportements qui entraînent un dommage mais aussi des tentatives et divers comportements jugés dangereux, conduites incriminées en tant qu'elles sont réputées créatrices d'un risque et punissables alors même que ce risque ne s'est pas réalisé ; que la circonstance que la loi du 18 juillet 1985 prévoit des sanctions pénales contre ceux qui divulguent, diffusent ou commentent les résultats d'un sondage durant les trente jours précédant une élection n'implique donc pas que les comportements interdits soient présumés d'autorité avoir produit sur un scrutin l'effet que le législateur redoute ; qu'en revanche, ces incriminations imposent de présumer que les faits prohibés sont, à moins d'avoir trait uniquement à la répartition des sièges au sein d'une même liste, « susceptibles », comme le dit la loi, « d'influencer la répartition des sièges entre les différentes listes », et justifient par conséquent l'annulation de l'élection, même si l'influence de ces publications et commentaires sur un scrutin déterminé est discutable en fait ;

Considérant que la partie intéressée allègue que l'article 5 de la loi du 18 juillet 1985 n'est pas conforme à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; que les requérants déclarent à tort que la partie intéressée renonce en son mémoire en réponse à invoquer cette Convention, à laquelle d'ailleurs le Conseil d'Etat doit d'office avoir égard ;

Considérant que la Convention des droits de l'Homme reconnaît en son article 10 à toute personne le « droit à la liberté d'expression » comprenant celle de « communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques » ; que l'exercice de ces libertés peut être soumis à des restrictions si celles-ci 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 » ; que la prévention des effets que peut produire sur un scrutin la publication ou le commentaire des résultats d'un sondage ne figure pas parmi ces fins particulières qui justifient des restrictions ; qu'il est vrai que, dans l'arti-

cle 3 du protocole additionnel du 20 mars 1952 à la Convention, la Belgique s'est engagée à organiser des élections « dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif » ; qu'il ressort toutefois des termes de cette disposition, sans qu'il soit besoin d'examiner si c'est « la libre expression de l'opinion » de l'électeur que tend à protéger l'interdiction de la divulgation et du commentaire du résultat de sondages, que les élections communales sont étrangères à son objet, faute que les conseils communaux, dont les pouvoirs sont limités et réglés par le législateur, fassent partie « du corps législatif » ; que les interdictions portées par l'article 5 de la loi du 18 juillet 1985 sont, en tout cas lorsqu'elles ont trait à des sondages relatifs aux élections communales, contraires à la Convention et ne peuvent donc fonder un moyen d'annulation ; que le moyen ne peut être retenu ;

...

La suite sans intérêt.

Du 17 février 1989 - Cons. d'Etat, 3^e ch.

J.L.M.B. 89/380

Siég. : MM. **R. Van Aelst**, **L. François** (rapp.) et Mme **M.-L. Thomas**.

Greffier : Mme **M.-C. Hondermarcq**.

Auditeur : M. **M. Leroy** (avis conforme).

Plaid. : M^{es} **E. Balate**, **J.-J. Viseur** et **E. Peiffer**.

Observations

La publication de sondages d'opinion pendant le mois qui précède l'organisation d'élections

« La loi était déjà dans l'air, elle se trouve aujourd'hui dans sa stratosphère ». Par cette formule aérienne — dont le ton tranche aimablement avec la couleur traditionnelle du discours politique — le Ministre de l'Intérieur a récemment posé le constat de l'inadéquation, au lendemain du présent arrêt, de la loi du 10 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion¹.

Il faut dire que cette loi n'a jamais vraiment donné entière satisfaction². Fortement inspirée d'une loi française similaire³, elle fut adoptée après de longues tergiversations et au prix de modifications peu compréhensibles, dont la moindre ne fut pas de porter d'une semaine à un mois le délai au cours duquel, à la veille d'élections, il est interdit de publier des sondages.

Dès le lendemain de son entrée en vigueur — à l'occasion des élections législatives du 13 octobre 1985 — la loi fut une première fois violée. Plus significatif encore, cette violation ne fut pas sanctionnée, pas plus d'ailleurs que toutes celles qui furent commises à l'occasion de scrutins ultérieurs. Et, si l'on ajoute que la commission

¹ *Moniteur belge*, 13 août 1985.

² Voy. notamment K. RIMANQUE, "De grondwettelijke vrijheid van drukpers als titelpagina", *R.W.*, 1985-1986, col. 475 ; L. NEELS, "De grondwettelijke vrijheid van drukpers als titelpagina. Naschrift", *R.W.*, 1985-1986, col. 553 ; F. JONGEN, "A propos de la publication des sondages en campagne électorale", *Journal des procès*, n° 71, 1985, p. 14 ; D. VOORHOOF, "Verkiezingen, opiniepeilingen en de media", *T.B.P.*, 1987, p. 72.

³ Loi n° 77-708 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, *Journal officiel*, 20 juillet 1977, p. 3837.

supposée contrôler l'application correcte de la loi n'a jamais été installée, on comprendra que l'arrêt du 17 février 1989 vient en quelque sorte assener le coup de grâce à un texte déjà fort mal en point.

Un projet modifiant la loi du 18 juillet 1985 vient d'ailleurs d'être soumis en urgence à la section législation du Conseil d'Etat. Selon la presse, un premier avis aurait été remis et le Ministre de l'Intérieur en aurait demandé un deuxième, rendu cette fois en chambres réunies. Dans ce contexte, il n'est pas inintéressant que formuler quelques observations sur le présent arrêt.

I. Compatibilité avec la Convention européenne

La question de la compatibilité de l'article 5 de la loi du 18 juillet 1985 avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de sauvegarde des libertés fondamentales avait déjà été soulevée à plusieurs reprises par la doctrine qui, de façon unanime, avait conclu à la non-conformité⁴. Dès lors, la seule surprise de l'arrêt résiderait donc éventuellement dans la netteté avec laquelle le Conseil d'Etat rejette un moyen légalement fondé en tirant argument de la non-conformité de la loi en question avec une norme de droit international directement applicable. Mais, si l'on constate qu'il ne s'agit là finalement que d'une confirmation des principes dégagés depuis l'arrêt *Le Ski*, force est de reconnaître que le rejet du moyen est moins surprenant qu'il n'y paraît.

Néanmoins, on peut sans doute regretter l'aspect peu nuancé de ce rejet. Certes, la protection de l'électeur, *ratio legis* de la disposition contestée, ne semble pas figurer au rang des raisons qui, selon l'alinéa 2 de l'article 10, sont susceptibles de justifier des restrictions : mais, dès lors que le Conseil d'Etat entreprend, comme il le fait ici, un contrôle diffus de constitutionnalité — *sensu lato* — des lois, n'aurait-il pas été opportun, vu l'importance de ses effets, de motiver plus amplement la décision ?

Une piste de réflexion aurait pu, notamment, être trouvée dans le caractère disproportionné de la mesure. En effet, c'est au moins autant la durée de l'interdiction de publication que son principe même qui apparaît comme une restriction à la liberté d'expression. En France, où les sondages ne sont interdits que dans les sept jours qui précèdent le scrutin, l'interdiction n'a d'ailleurs jamais soulevé le torrent de contestations qu'elle a pu provoquer en Belgique et son respect n'a souffert que peu d'exceptions.

Par ailleurs, on notera avec intérêt la précision apportée par le Conseil d'Etat à propos de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention, qui prévoit l'obligation pour les signataires — dont la Belgique — d'organiser des élections « dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Confirmant la jurisprudence de la Commission et de la Cour⁵, le Conseil d'Etat souligne que le concept de « corps législatif » doit être compris dans un sens restrictif et qu'il ne peut donc viser les conseils communaux.

C'est donc logiquement que le Conseil d'Etat décide que les interdictions de l'article 5 sont contraires à la Convention, « en tout cas lorsqu'elles ont trait à des son-

⁴ Pour une étude approfondie de la question, voy. notamment D. VOORHOOF, *op. cit.*, p. 80.

⁵ Voy. M. MELCHIOR, "Le droit à des élections libres pour le choix du corps législatif dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme", in *Hommage à Charles Goossens*, Liège, 1985, p. 307.

dages relatifs aux élections communales ». Mais ce dispositif soulève un autre problème. S'il n'a pas été modifié ou abrogé à ce moment, l'article 5 sera-t-il applicable à l'occasion des prochaines élections législatives ? Il faudra, à tout le moins, concilier les principes de l'article 10 de la Convention et ceux de l'article 3 du Protocole additionnel⁶.

En corollaire se profile une sous-question : l'article 5 sera-t-il applicable lors du prochain scrutin régional et européen du 18 juin ? En d'autres termes, un Conseil régional, d'une part, le Parlement européen (aux pouvoirs renforcés par l'Acte unique), d'autre part, doivent-ils être considérés comme des « corps législatifs » ? Sans doute des assemblées d'entités fédérées ont-elles déjà été reconnues comme « corps législatifs ». Mais la réponse s'apprécie *in concreto*, notamment à la lumière de la force des normes qu'elles adoptent : d'aucuns ne seront-ils pas tentés dès lors de soulever ici le débat de la portée exacte des ordonnances du Conseil de la Région de Bruxelles Capitale pour soutenir qu'il n'est pas un corps législatif ?

II. Influence des sondages

Avant de se prononcer sur la conformité de l'interdiction de l'article 5, le Conseil d'Etat considère que les incriminations portées par cette disposition créent une présomption d'influence sur la répartition des sièges entre les différentes listes. Plus même, cette présomption est considérée comme irréfragable, puisque le Conseil d'Etat ne juge pas nécessaire de vérifier si, en l'espèce, l'irrégularité a pu avoir une influence réelle.

Ce raisonnement peut surprendre. N'est-il pas excessif de considérer qu'une simple incrimination pénale — car tel est le seul objet des articles 5 et 6 de la loi du 18 juillet 1985 — suffit à faire présumer, *iuris et de iure*, une irrégularité susceptible d'avoir influencé la répartition des sièges entre les listes ? Il eût semblé plus opportun de vérifier si, en l'espèce, il y avait ou non eu influence : le Conseil d'Etat aurait notamment pu examiner, comme il le fait souvent en cas de contestation sur la portée d'une irrégularité, le nombre de voix ayant permis l'attribution du dernier siège à une liste plutôt qu'à l'autre.

L'absence d'un tel examen *in concreto* est d'autant plus regrettable qu'il aurait pu conduire, le cas échéant, à constater que la publication du sondage litigieux — même en dehors de toute prohibitions légale, dès lors qu'on concluait à la non-conformité de l'article 5 — pouvait malgré tout constituer une irrégularité susceptible d'avoir influencé la répartition des sièges.

En effet, d'autres irrégularités peuvent affecter la publication d'un sondage que la période à laquelle il est publié : c'est le cas, notamment, du défaut des différentes mentions techniques imposées par l'article 2. Pareilles irrégularités seraient tout autant susceptibles d'avoir influencé la répartition des sièges : il conviendrait à tout le moins de le vérifier *in concreto*. Qu'on imagine par exemple le cas d'une liste qui, trois jours avant le scrutin, ferait dans un tract état d'un prétendu sondage scientifique lui accordant quatre-vingts pour cent des voix, sans préciser la façon dont ledit sondage aurait été effectué. Si cette liste emportait le dernier siège par un très faible écart, ne pourrait-on raisonnablement prétendre à l'annulation du scrutin ?

⁶ Selon la presse, le Conseil d'Etat aurait, dans son premier avis, laissé au législateur la faculté « d'apprécier si, pour assurer la libre expression de l'opinion des électeurs, il y a lieu d'abroger l'article 5 précité ou, au contraire, de le maintenir » (*Le Soir*, mardi 4 avril 1989).

A notre sens, c'est donc de façon erronée que le Conseil d'Etat déclare ici irrecevable le moyen fondé par les requérants sur l'article 2 : tout autant que l'article 5, sa violation éventuelle pouvait constituer une irrégularité dont il aurait convenu de vérifier si elle avait ou non été susceptible d'influencer la répartition des sièges.

III. L'imputabilité de la faute

Un point doit encore être relevé qui aurait pu poser problème en l'espèce et qui pourrait être soulevé à l'occasion de contestations ultérieures : c'est celui de l'imputabilité de la publication irrégulière d'un sondage. On ne pourrait en effet se contenter de la publication irrégulière d'un sondage en période électorale pour justifier l'annulation d'un scrutin : encore faudrait-il vérifier à qui la faute est imputable et qui en a tiré le bénéfice. Sans cela, toutes sortes de manœuvres douteuses pourraient être imaginées, à commencer par celle d'une liste qui, sentant son échec prochain, ferait publier par une tierce voie un sondage illégal lui permettant ensuite de postuler l'invalidation du scrutin.

On ne peut que souhaiter que le législateur, s'il révisé la loi du 18 juillet 1985 — ce qui paraît souhaitable — tire les enseignements de cet arrêt. Outre la question du principe même de l'interdiction de publication en campagne électorale, qui doit être fondamentalement repensé, il conviendra, d'une part, de déterminer les effets que l'on souhaite attacher, dans le domaine du contentieux électoral, aux irrégularités commises en matière de sondages, et, d'autre part, d'ébaucher les conditions dans lesquelles l'imputabilité de ces fautes pourra être établie dans ce domaine particulier.

FRANÇOIS JONGEN.

Cour d'appel de Bruxelles

24 janvier 1989

Obligations - Renonciation à un droit - *Rechtsverwerking*.

Un droit peut s'éteindre par renonciation. Celle-ci doit être certaine, ce qui implique qu'elle résulte d'un acte intentionnel.

L'extinction d'un droit peut aussi résulter de l'adoption, par le titulaire de ce droit, d'un comportement inconciliable avec celui-ci. En s'abstenant de toute procédure pendant plusieurs années, en négligeant de faire la moindre diligence pour mettre effectivement en œuvre l'expertise et, après avoir constaté la carence de l'expert choisi, de pourvoir à son remplacement et en omettant de prendre quelque mesure conservatoire pour maintenir les lieux en état, alors que le débiteur lui avait annoncé qu'il ferait exécuter des travaux de réparation par un tiers, le créancier a, par son désintéret manifeste et prolongé, provoqué l'extinction de son droit de créance en se privant de la possibilité de l'invoquer.

(S.P.R.L. Charles de Ronge / R. Mortelmans)
