

Constitutions 2018 p.559

Fake news : une loi polémique, qui pose plus de questions qu'elle n'en résout

Diane de Bellescize, Professeur émérite de l'Université du Havre

*

**

L'essentiel

La loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, dite « loi *fake news* », voulue par Emmanuel Macron, a été l'objet de nombreuses critiques. La loi organique n° 2018-1201 du même jour comporte seulement deux articles, dont l'un concerne l'élection du président de la République. La loi n° 2018-1202 instaure une nouvelle action en référé visant à faire cesser la diffusion de fausses informations, le juge des référés devant se prononcer dans un délai de 48 heures, délai trop court pour opérer les vérifications nécessaires et trop long eu égard à la viralité des fausses informations, ce qui pose de nombreux problèmes ; elle élargit les pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), suscitant de nombreuses critiques et elle instaure un devoir de coopération des opérateurs de plateforme en ligne en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations. Sur beaucoup de points, la loi fait double emploi avec les textes existants, la loi de 1881 et la loi sur le CSA, et il aurait sans doute été plus judicieux d'intégrer dans ces deux textes la très grande majorité des dispositions figurant dans la loi *Macron*.

Depuis deux ans, les « *fake news* » (en français l'« *infox* », terme forgé à partir des mots « information » et « intoxication » ou « information fallacieuse », ou « fausse nouvelle », en réalité l'expression « *fake news* » est la plus utilisée) occupent le devant de la scène. L'expression popularisée par le président américain Donald Trump a été désignée mot de l'année 2017 par le dictionnaire britannique *Collins*. Or ce phénomène est loin d'être nouveau : les fausses informations, rumeurs destinées à nuire à ses opposants et diffamations ont toujours existé. Ainsi Roger Salengro, ministre de l'intérieur du gouvernement Léon Blum, fut l'objet d'une campagne de presse violente menée par les journaux d'extrême droite qui aboutit à son suicide, malgré la défense de Léon Blum et le vote de soutien de la Chambre des députés. Avec la part de plus en plus importante des personnes s'informant sur internet et *via* les réseaux sociaux - 57 % au moins des internautes dans l'Union européenne les utilisent pour collecter de l'information - les *fake news* - une expression popularisée par des *think tanks* libéraux il n'y a pas plus de deux ans - prospèrent.

Ce phénomène a pris une grande ampleur durant la campagne présidentielle américaine de 2016, le président Trump ayant accusé les médias et de nombreuses personnalités politiques - dont Barack Obama - et judiciaires, de mentir. En novembre 2017, *Facebook*, *Google* et *Twitter* ont dû s'expliquer devant des commissions du Congrès américain, dans le cadre d'une enquête pour déterminer si Moscou avait favorisé une victoire de Donald Trump en diffusant massivement des messages hostiles à sa rivale démocrate, Hillary Clinton : Les fausses informations contre Emmanuel Macron ont inondé la campagne électorale et se sont multipliées au fur et à mesure que la date de l'élection approchait, les plus fréquentes concernant de faux documents sur son compte aux Bahamas évoqué par Marine Le Pen, fausse information partagée plusieurs centaines de milliers de fois en seulement quelques heures,... le financement de sa campagne par l'Arabie saoudite, propos relayés par des sites proches de l'extrême droite et démentis par l'Agence France Presse et par le site du quotidien *Le Soir*. Peu de jours après son élection, lors de sa conférence du 29 mai 2017 en présence de Vladimir Poutine, Emmanuel Macron a reproché à la chaîne de télévision *Russia Today France* et à la radio *Sputnik*, deux médias appartenant à l'État russe, qui l'avaient pris pour cible, d'avoir propagé de fausses nouvelles pendant sa campagne présidentielle. « *Russia Today* et *Sputnik* ont été des organes d'influence durant cette campagne, qui ont, à plusieurs reprises, produit des contrevérités sur ma personne et ma campagne ». C'est sans doute la raison pour laquelle Emmanuel Macron, a annoncé lors de ses vœux à la presse le 3 janvier 2018, une future loi contre les *fake news* pour répondre aux campagnes de désinformation ayant ciblé le scrutin présidentiel français, loi qui devrait être effective pour les européennes de mai 2019 : « j'ai décidé de faire évoluer notre dispositif juridique pour protéger la vie démocratique des fausses nouvelles en période électorale », fausses nouvelles diffusées sur les réseaux grâce à des liens parfois payés par des annonceurs anonymes.

Plusieurs projets allant dans le même sens avaient déjà été lancés dans différents pays. En Allemagne, la loi *NetzDG* du 1^{er} septembre 2017 « contre les discours de haine » et « les *fake news* », entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, est quasi unanimement controversée et considérée comme inconstitutionnelle par les experts. Le texte impose aux réseaux sociaux - aux hébergeurs comme *Facebook* ou *Google* - de supprimer sous 24 heures les publications « manifestation illégales » sous peine d'être sanctionnés par une amende pouvant aller jusqu'à 50 millions d'euros. L'Italie a opté en janvier 2018, pour le lancement d'un site internet sur lequel tout le monde peut signaler des potentielles *fake news* publiées en ligne, à charge ensuite pour la police des communications de faire des vérifications. S'il s'agit de fausse information, elle publie un démenti publié sur son site et sur les réseaux sociaux, un juge pouvant être saisi en cas de propos litigieux. Le Parlement britannique a mis en place une commission d'enquête début 2017 pour lutter contre la diffusion de fausses nouvelles et informations. En 2018, la création du « *National Security Communications Unit* », composé de sept fonctionnaires permanents est destinée à « combattre la désinformation de la part d'acteurs étatiques ou non ». Une commission parlementaire britannique a récemment suggéré de lutter contre les *fake news* en faisant payer une taxe aux entreprises de l'internet, comme *Facebook*, *Google* ou *Twitter*, et en les dotant d'un nouveau statut d'entreprise pour renforcer leur responsabilité.

Last but not least, en France, *Franceinfo* a lancé en juin 2018, une plateforme globale de lutte contre les fausses informations (*fact-checking*) et les rumeurs (*debunking*), baptisée « Vrai ou *fake* », pour lutter contre les *fake news* qui pullulent sur internet. L'ensemble du service public est partie prenante de ce projet : *Radio France*, *France Télévisions*, *France Médias Monde*, l'Institut national de l'audiovisuel, *Arte* et *TV5 Monde*. Du fait de la puissance de son réseau, présent en régions et dans le monde, « Vrai ou *fake* » se démarque des autres sites qui luttent également contre les fausses informations comme « *Décodex* » (*Le Monde*) ou « *Check news* » (*Libération*).

S'agissant de la loi *Macron*, Richard Ferrand et des députés membres du groupe « La République en Marche » et apparentés déposèrent à l'Assemblée nationale une proposition de loi et une proposition de loi organique respectivement le 16 et le 21 mars 2018 adoptées en première lecture, par l'Assemblée nationale le 3 juillet 2018 avec modifications. Cette première mouture a été critiquée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme et par le Conseil d'État sur plusieurs points, dont la plupart ont été réécrits. S'en suivirent des allers et retours entre le Sénat opposant à deux reprises la question préalable et l'Assemblée nationale. Après avoir épuisé toutes les navettes parlementaires et eu recours à la commission mixte paritaire pour tenter, en vain, un accord dans un climat tendu, les députés l'ont finalement emporté en séance le 21 novembre 2018, grâce au soutien de la majorité LREM-MoDem à l'Assemblée, et malgré les oppositions de droite et de gauche qui avaient déposé près de 200 amendements, dénonçant des lois « inutiles » et soulignant « un risque » d'atteinte à la liberté d'expression. La proposition de loi a été adoptée à 183 voix pour, 111 contre, et la proposition de loi organique à 347 voix pour, 204 voix contre. Le Conseil constitutionnel saisi, le 21 novembre par le Premier ministre et par plus de 60 sénateurs jugea, dans sa décision du 20 décembre 2018 la loi ordinaire et la loi organique conformes à la Constitution avec plusieurs réserves d'interprétation.

Les deux lois furent promulguées le 22 décembre 2018 et publiées le 23 décembre au *Journal officiel*. Elles visent à lutter contre la manipulation de l'information à l'heure numérique et à endiguer la diffusion de fausses informations pendant les périodes de campagne électorale. Constatant « l'existence de campagnes massives de diffusion de fausses informations destinées à modifier le cours normal du processus électoral par l'intermédiaire des services de communication en ligne » et considérant que les lois existantes sont « insuffisantes pour permettre le retrait rapide des contenus en ligne », les députés souhaitent par ce texte modifier le droit existant pour notamment permettre qu'une décision judiciaire puisse être rendue à bref délai. Ces lois ont réuni contre elles le Sénat, l'ensemble des partis politiques - gauche, droite et extrême droite, à l'exception de La République En Marche - et les syndicats de journalistes.

La loi s'articule autour de trois axes : 1/ Elle crée un référé visant à faire cesser la diffusion des fausses informations 2/ Elle élargit les attributions du Conseil supérieur de l'audiovisuel 3/ Elle impose aux opérateurs de plateformes en ligne un devoir de coopération 4/ Et elle fait double emploi avec des textes existants déjà susceptibles d'être utilisés contre les fausses informations

1. Un référé visant à faire cesser la diffusion des fausses informations

A- Qu'est-ce qu'une fausse nouvelle

Au cœur des polémiques, la définition même d'une « *fake news* ». À cette expression, la Commission d'enrichissement de la langue française (CELFL) préférerait les termes « information fallacieuse » ou le néologisme « *infox* » issu de « info » et « intox », plus fidèle au sens dégagé par l'expression anglaise « *fake news* ». « On ne peut pas définir "*fake news*" par la simple expression : "fausse information". C'est plus subtil que cela : en anglais, *fake* n'est pas *false*. Le terme "*fake*" comporte la notion de manipulation, de mensonge construit dans le but de tromper ». Divina Frau Meigs, chercheuse à la Sorbonne Nouvelle et enseignante, spécialiste des contenus et comportements à risque dans les médias s'inquiète de voir arriver ce terme à deux composantes, venant des États-Unis, dans le vocabulaire européen : « Le mot "*news*", en particulier, semble envoyer les gens dans la mauvaise direction. Il induit qu'il peut s'agir d'actualités avérées, alors qu'il est question de désinformation ». Il serait ainsi préférable de parler de « désinformation » ou de « mal-information », « au motif que le phénomène peut concerner des informations justes mais biaisées ou manipulées ».

Les versions successives de la définition de fausse nouvelle attestent du caractère mouvant et incertain de ce concept. Les premières propositions de loi - ordinaire et organique -, relatives à « la lutte contre la manipulation de l'information », étaient originellement appelées lois sur « les fausses nouvelles » ou « *fake news* ». Dans un premier temps, la commission des affaires culturelles a défini la notion de fausse information en précisant qu'il s'agissait de « Toute allégation ou imputation d'un fait dépourvu d'éléments vérifiables de nature à la rendre vraisemblable » (1^{re} lecture à l'Assemblée nationale). Problème : tous les faits ne sont pas forcément vérifiables. Début juin 2018, le rapporteur a fait voter une nouvelle formulation retenue par l'Assemblée nationale : « Toute allégation ou imputation d'un fait, inexacte ou trompeuse, constitue une fausse information », définition jugée trop large par la ministre de la culture Françoise Nyssen, et inadéquate dans bien des cas. En outre, cette définition ne fait aucune référence à l'intention de la personne partageant une *fake news*. Après ces écritures successives, les députés ont *in fine* retenu la formulation suivante : « des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin, diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne » sur les réseaux sociaux (art. L. 163-1 du code électoral [C. élect.]). À noter que l'idée d'une diffusion « délibérée » ne figurait pas dans les définitions antérieures. Cette loi offre, pour la première fois, une définition des « fausses informations ».

B- Une nouvelle action en référé visant à faire cesser la diffusion des fausses informations

L'article 163-2 du code électoral instaure une nouvelle voie de référé devant le juge civil visant à faire cesser la diffusion artificielle et massive de fausses informations destinées à altérer la sincérité du scrutin durant les trois mois précédant un scrutin national (C. élect., art. L. 163-1).

L'action en référé est circonscrite à des périodes précises, dont la mise en œuvre est limitée aux périodes de campagne pré-électorale et électorale, afin de limiter dans la mesure du possible la diffusion « des fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir », comme cela s'était produit lors de la dernière élection présidentielle américaine ou de la campagne du *Brexit*. Elle s'applique aux élections de portée nationale : élections législatives, sénatoriales, et européennes, opérations référendaires, et élections présidentielles. Les élections locales (région, département, commune) ne sont pas concernées. Le choix du gouvernement de limiter cette loi aux périodes électorales répond à un besoin très précis des candidats à un mandat électif, mais laisse en suspens la question des *fake news* qui surgissent hors des périodes d'élections ou qui ne concernent pas les candidats ? Si la législation actuelle n'est pas suffisante, peut-être aurait-il mieux fallu s'inspirer de l'exemple italien ?

Les dispositions nouvelles doivent permettre au « ministère public, à tout candidat, tout parti ou groupement politique ou toute personne ayant intérêt à agir » de saisir le juge des référés « lorsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de

communication au public en ligne », ceci pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises (C. élect., art. L. 163). Le juge ne pourra donc statuer que si une fausse information est le produit d'une stratégie délibérée.

Une fois saisi, le juge des référés doit se prononcer dans un délai de 48 heures à compter de la saisine, si ces fausses informations sont diffusées « de manière artificielle ou automatisée » et « massive ». Ce délai est très court pour opérer les vérifications nécessaires, mais très long, eu égard à la viralité des fausses informations. C'est au juge de qualifier la « fausse nouvelle » ; il peut prescrire aux personnes physiques ou morales toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion, ceci durant les trois mois précédant un scrutin national. Il peut également prononcer le blocage d'un contenu illicite dans un délai de 48 heures, supprimer un contenu et interdire sa remise en ligne, fermer le compte d'un utilisateur voire bloquer l'accès au site internet, prononcer le déréférencement d'un site ou le retrait d'un contenu par l'hébergeur. Le juge des référés relève de la 17^e Chambre correctionnelle (tribunal de grande instance de Paris). Cette chambre spécialisée « en droit de la presse » étant déjà submergée par les procès (les audiences de plaidoiries ont souvent lieu dans le délai d'un an ou plus), on voit mal comment elle pourra affronter cette nouvelle vague de demandes, à moins que des moyens supplémentaires ne lui soient rapidement affectés.

En cas d'appel, la cour d'appel doit se prononcer dans un délai de 48 heures à compter de la saisine.

La loi risque de ne pas se révéler efficace en raison de cette si courte durée, jugée insuffisante pour estimer la légitimité d'une information, d'autant plus que les *fake news* peuvent être assez élaborées. En référé, le juge n'aura pas les moyens de mettre en place sous 48 heures une procédure judiciaire d'urgence lors des élections dans le but de faire cesser la diffusion de fausses informations, ni de statuer sur la fausseté d'une *fake news* dans un délai si court, sauf dans les cas où la fausseté serait patente. Et le demandeur aura du mal à prouver que l'allégation présente un caractère de vraisemblance. Comment déterminer le vrai du faux en si peu de temps et différencier rapidement et sans aucun doute possible ce qui relève d'un contenu erroné diffusé sans intention de nuire d'une fausse nouvelle propagée sciemment, d'une rumeur ou d'une erreur volontaire ou involontaire, et décider ou non de prendre des mesures « proportionnées et nécessaires ». Comment prouver, s'interroge la commission des lois, que l'on a pas commis une fraude fiscale ou que l'on ne dispose pas d'un compte *offshore* ? Définir juridiquement les fausses nouvelles paraît une gageure. En avril 2018, le Conseil d'État faisait d'ailleurs part de ses réserves dans un avis consultatif et jugeait que « les faits constituant des fausses informations sont [...] délicats à qualifier juridiquement » ; il soulignait également le risque que le jugement porté à une *fake news* ne la relance sur les réseaux sociaux⁽¹⁾. Autre problème : en 48 heures, la ou les *fake news* auront déjà été très largement propagées sur le *web*, et par conséquent prononcer le blocage d'un contenu illicite risque d'être peine perdue.

La loi suscite de nombreuses interrogations : qu'advendra-t-il si quelqu'un partage par erreur une information prise pour vraie ? L'absence de contestation par le juge prouvera-t-elle la véracité de l'information ? En l'absence de certitudes, n'y a-t-il pas un risque que le juge se déclare incompétent ? « Comment apprécier la sincérité d'un scrutin qui n'a pas eu lieu ? ». Selon Roseline Letteron, professeur de droit public à la Sorbonne, « si l'article L. 97 du code [C. élect.] sanctionnant les manœuvres frauduleuses ayant détourné les suffrages intervient après l'élection, c'est parce que c'est à ce moment-là que le juge peut véritablement apprécier s'il y a eu l'altération de la sincérité du scrutin ».

Enfin, la constitutionnalité du dispositif de référé porterait atteinte à la liberté d'expression, une atteinte qui ne serait pas nécessaire, car d'autres dispositions permettraient d'obtenir déjà le résultat recherché, une atteinte inadaptée en raison des risques d'instrumentalisation de cette voie, une atteinte non proportionnée visant tous propos et pas seulement les propos révélant une intention délibérée de fausser le scrutin.

In fine, se pose la question du choix du gouvernement de limiter cette loi aux périodes électorales, qui certes répond à un besoin précis des candidats à un mandat électif, mais ignore, volontairement ou non, le sort des *fake news* propagées hors des périodes d'élections ou qui ne concernent pas les candidats. Peut-être aurait-il mieux fallu s'inspirer de l'exemple italien (v. introduction). Dans un éditorial, le directeur du *Monde*, Jérôme Fenoglio, questionne l'utilité même de la loi : « Le problème majeur de nos sociétés ne tient pas tant dans les fausses nouvelles, mais dans le fait que nombre de citoyens aient fini par y croire ».

À l'heure actuelle, des moyens de lutte autres que législatifs contre les fausses nouvelles se développent : des réponses journalistiques avec des « *débunkages* » de médias comme *Le Monde*, ou d'agence de presse comme *l'AFP* (le *debunkage* est un exercice qui consiste, face à une déclaration, à démontrer en quoi elle est fausse ou trompeuse, à démythifier des *fake news*). Se mettent également en place des initiatives technologiques comme le projet « *Owl* » (ou hibou) de *Google*, prônant des actions pour lutter contre le fléau de la désinformation.

II. Une extension des pouvoirs du CSA dans le domaine de l'audiovisuel (titre II de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018)

A- De nouveaux pouvoirs sont conférés au Conseil supérieur de l'audiovisuel

La loi anti *fake-news* prévoit que le CSA peut refuser de conclure une convention avec un service de radio ou de télévision si sa diffusion comporte un risque grave d'atteinte à la dignité de la personne humaine, à la liberté et à la propriété d'autrui, au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la protection de l'enfance et de l'adolescence, à la sauvegarde de l'ordre public, aux besoins de la défense nationale ou aux intérêts fondamentaux de la nation, dont le fonctionnement régulier de ses institutions. Lorsque la conclusion de la convention est sollicitée par une société contrôlée par un État étranger ou placée sous l'influence de cet État, le CSA peut, pour apprécier la demande, tenir compte des contenus qu'elle-même ou ses filiales éditent sur d'autres services de communication au public par voie électronique (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 33-1).

Pendant la période précédant une élection, les pouvoirs du CSA sont particulièrement étendus à l'égard des médias audiovisuels si le demandeur est une personne morale contrôlée par un État étranger ou placée sous l'influence de cet État ; sont implicitement visés, les

médias pro-russes *RT* ou *Sputnik* durant la campagne présidentielle de 2017. Si le CSA constate que cet État diffuse, de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin, la loi prévoit trois hypothèses :

- le CSA peut refuser de conclure la convention, « si cette interdiction est nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public ou aux besoins de la défense nationale ou aux intérêts fondamentaux de la nation » ;

- il peut suspendre pendant un mois la conclusion de la convention, au cas où elle aurait été conclue avec une personne morale contrôlée par un état étranger ou placée sous l'influence de cet état qui diffuserait, de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin, et ainsi éventuellement mettre fin à la diffusion de services de radio ou de télévision jusqu'au terme des opérations de vote (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986, nouv. art. 33-1). De même il peut empêcher, suspendre ou interrompre la diffusion de services de télévision contrôlés par un État étranger ou sous l'influence de cet État, et portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou participant à une entreprise de déstabilisation de ses institutions ;

- enfin, il peut prononcer, après mise en demeure, la résiliation unilatérale de la convention conclue avec une personne morale contrôlée par un état étranger ou placé sous l'influence de cet état si le service qui a fait l'objet de cette convention porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation, dont le fonctionnement régulier de ses institutions, notamment par la diffusion de fausses informations (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986, nouv. art. 42-6).

De nouvelles compétences sont confiées au CSA. Il reçoit notamment mission de participer à la lutte contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou de porter atteinte à la sincérité de scrutins, en adressant aux opérateurs de plateforme en ligne des recommandations visant à améliorer la lutte contre la diffusion de fausses informations, et en contrôlant le suivi de leurs obligations. Celles-ci doivent mettre en place un dispositif facilement accessible permettant à leurs utilisateurs de signaler de fausses informations (L. n° 2018-1202 du 22 déc. 2018, titre III, art. 12).

En cas de manquement aux obligations résultant des dispositions de la loi, le président du CSA peut demander en justice qu'il soit ordonné à la personne qui en est responsable de se conformer à ces dispositions, de mettre fin à l'irrégularité ou d'en supprimer les effets. La demande peut avoir pour objet de faire cesser la diffusion ou la distribution, par un opérateur de réseaux satellitaires ou un distributeur de services, d'un service de communication audiovisuelle relevant de la compétence de la France et contrôlé, par un État étranger ou placé sous l'influence de cet État si ce service porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986, art. 42-10).

Qu'il s'agisse de lutter contre les *fake news*, de sanctionner les services de diffusion d'informations et de contenus qui portent atteinte aux intérêts précités (dignité humaine, liberté et propriété d'autrui, protection de l'enfance, etc.), le CSA dispose ainsi d'importants pouvoirs de sanctions. Mais le risque que ses décisions découlant de ses nouvelles attributions soient contestées devant le juge judiciaire n'est pas négligeable.

B- Ces dispositions ont suscité de très nombreuses critiques

Le renforcement « abusif et dangereux » du rôle du CSA, et « ses pleins pouvoirs en période électorale » ont provoqué une levée de boucliers. « Il s'agit d'une extension très nette des pouvoirs du CSA, à la fois sous l'angle du contrôle de la sincérité des scrutins, et sous celui de la surveillance des plateformes en ligne alors qu'historiquement, l'internet ne relève pas du CSA, comme M^c Le Guehec, avocat au barreau de Paris. De la fausse information au délit d'opinion, il n'y a qu'un pas. Du pouvoir de police confié au CSA à l'instauration d'une police des médias, il n'y a également qu'un pas ».

Reporters Sans Frontières estime que le CSA devrait « pouvoir exiger des garanties d'indépendance éditoriale de l'ensemble des médias », plutôt que de se focaliser sur les médias étrangers. L'association souligne le risque de déclencher des mesures de rétorsions de la part de pays « qui se livrent déjà à des guerres de l'information ».

Il demeure néanmoins que cet ensemble de mesures a une durée de vie limitée, puisqu'elles s'appliquent seulement « pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises ».

III. Le devoir de coopération des opérateurs de plateforme en ligne en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations

Alors que des fausses informations ont récemment pollué plusieurs scrutins électoraux, notamment aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Catalogne, la lutte contre la manipulation de l'information s'avère indispensable. Le titre III de la loi du 22 décembre 2018 relatif à la lutte contre la diffusion de fausses informations crée de nouvelles obligations pour les « plateformes », notamment un devoir de coopération.

Ces plateformes ont déjà des devoirs de surveillance dans les domaines de lutte contre les contenus racistes et négationnistes ; ils sont complétés par la loi et accrus.

Tout d'abord les opérateurs de plateformes en ligne sont dans l'obligation de mettre en oeuvre des mesures en vue de lutter contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité des scrutins, en facilitant leur signalement par les utilisateurs, en rendant transparents les algorithmes utilisés, en luttant contre les comptes propageant massivement les fausses informations, en informant les utilisateurs sur l'identité des personnes physiques ou personnes morales leur versant des rémunérations, ainsi que sur la nature, l'origine et les modalités de diffusion des contenus ; en participant à l'éducation aux médias et à l'information. Les opérateurs doivent rendre ces mesures publiques et adresser chaque année un rapport au CSA.

En outre, selon l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, les opérateurs de plateformes numériques sur lesquelles échangent les internautes ne peuvent pas voir leur responsabilité civile ou pénale engagée que si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour

retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

Les opérateurs de plateforme ont une obligation de transparence sur la provenance des faits « constituant des fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir ». Ils doivent mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à leurs utilisateurs de signaler de fausses informations. Si les plateformes dépassent un certain volume de connexions par jour, elles doivent désigner un représentant légal en France exerçant les fonctions d'interlocuteur référent sur le territoire français vers lequel la justice peut se tourner, et elles doivent rendre transparents les algorithmes utilisés dans le cadre de la lutte contre les *fake news*.

La loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication crée un devoir de coopération des plateformes qui pourront empêcher, suspendre ou interrompre la diffusion de services de télévision contrôlés par un État étranger ou sous l'influence de cet État, et portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation. Le contrôle de ces missions incombe au Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui fait également des recommandations aux plateformes numériques afin de lutter contre la manipulation de l'information et s'assure du respect de leurs obligations dans ce domaine. Les pouvoirs du CSA, déjà étendus par la loi, sont également renforcés à l'égard des plateformes qui se voient imposer un devoir de coopération

Néanmoins, le CSA ne dispose pas en la matière de pouvoir de sanction.

L'article L.163-1 du code électoral créé par la loi du 22 décembre 2018, prévoit que, pendant les trois mois précédant les élections générales, les opérateurs de plateforme en ligne dont l'activité dépasse un seuil déterminé de nombre de connexions sur le territoire français sont tenus de fournir à l'utilisateur une information « loyale, claire et transparente » sur l'identité des personnes physiques ou morales (sociétés) qui les rémunèrent (annonceurs) pour faire la promotion de contenus d'informations se rattachant à un débat d'intérêt général ; ils doivent rendre public le montant des rémunérations reçues à ce titre. Toutes ces informations figurent dans un registre mis à la disposition du public par voie électronique.

Le Conseil d'État estimait que le texte confiait un trop « large pouvoir d'appréciation » aux plateformes numériques dans la lutte contre les fausses infos, au détriment potentiel de la liberté d'expression. En réalité, ces plateformes ou « intermédiaires techniques » (*Twitter*, *Facebook*, *Youtube*, etc) ne sont pas, *a priori*, responsables des contenus illicites qui y sont partagés. Elles ne peuvent donc pas être tenues pour responsables de la diffusion d'un contenu illicite, sauf si elles en ont eu connaissance de façon manifeste, et n'ont pas promptement agi dès cette prise de connaissance, pour en permettre le retrait. Le mécanisme de signalement n'a pas pour objet d'obliger les plateformes à retirer les contenus signalés. Le dispositif doit permettre d'assurer l'information des internautes en les alertant sur les contenus ayant fait l'objet d'un grand nombre de signalements. Néanmoins, la majorité des fausses nouvelles transitent et se partagent sur ces plateformes et réseaux. La responsabilité du signalement des contenus considérés comme de fausses informations reposera donc sur la responsabilité du public utilisateur et n'imposera pas d'obligation d'une quelconque appréciation de ces contenus par les hébergeurs.

Les opérateurs doivent rendre publiques ces mesures ainsi que les moyens qu'ils y consacrent, et adresser chaque année au Conseil supérieur de l'audiovisuel un rapport dans lequel sont indiquées les modalités de mise en oeuvre desdites mesures. Celui-ci examine chaque année le bilan des plateformes, tant en ce qui concerne les moyens financiers alloués que les mesures prises pour empêcher la publication de faux contenus.

IV. Une loi inutile qui fait double emploi avec des textes existants déjà susceptibles d'être utilisés contre les fausses informations

Dans l'ensemble, la loi a suscité de très nombreuses critiques. Les dispositions concernant le recours au référé ont été jugées inefficaces et dangereuses. La commission des lois avait d'ailleurs souligné l'absence d'évaluation « de l'arsenal actuel en matière de lutte contre les abus de la liberté d'expression » et considéré que le dispositif du référé ne pourrait s'appliquer que très difficilement.

L'absence d'opportunité d'une loi dédiée aux *fake news* a été très souvent soulevée, notamment par les juristes, l'arsenal législatif en vigueur étant déjà largement tenu pour suffisant. De nombreuses dispositions légales répriment en effet déjà la propagation de fausses nouvelles dans l'intention de nuire.

Concernant les auteurs de fausses nouvelles, l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, punit d'une amende de 45 000 € « la publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler ». « Les mêmes faits seront punis de 135 000 € d'amende, lorsque la publication, la diffusion ou la reproduction faite de mauvaise foi sera de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la nation ». Trois éléments sont donc nécessaires : le caractère faux de la nouvelle ; le risque de trouble à la paix publique et la mauvaise foi. Cependant, pour pouvoir réprimer ces faits, il faut pouvoir identifier leurs auteurs souvent anonymes ou difficilement identifiables s'ils utilisent un réseau social électronique.

Les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881 organisent le système de responsabilité en matière de délit de presse applicable à l'infraction de diffusion de fausse information, prévu par l'article 27 de la même loi.

L'article 54 de la loi de 1881 réduit à 24 heures le délai entre la citation et la comparution en cas de diffamation ou d'injure pendant la période électorale contre un candidat à une fonction électorale.

L'article 27 est assez rarement appliqué par les tribunaux en raison du caractère étroit de son périmètre et des conditions prévues par le législateur. Les rares condamnations sont anciennes. Il nécessite d'être complété pour être en phase avec l'évolution des nouvelles technologies et des méthodes de manipulation de l'information par des organes de presse. Selon Basile Ader, vice bâtonnier du barreau de Paris, « Il suffit de regarder la loi, elle propose déjà des outils, encore faut-il les connaître et les utiliser ». Si seul le procureur peut déclencher les poursuites dans le délit de fausse nouvelle, le magistrat peut « tout à fait le faire lorsqu'il estime qu'une *fake news* est susceptible de troubler la paix publique, ce qui est notamment le cas lorsque cela fausse les résultats d'une élection ». Et les particuliers, s'il

est porté atteinte à leur honneur ou à leur considération, peuvent initier une poursuite en diffamation (L. du 29 juill. 1881, art. 29). Outre cet article, il est également possible, depuis la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004, d'agir en référé en cas d'urgence.

La publication de fausses nouvelles ayant eu pour effet de fausser un scrutin électoral est d'ores et déjà réprimée par l'article L. 97 du code électoral : Dans le cadre spécifique d'élections politiques, cet article dispose : « Ceux qui, à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manoeuvres frauduleuses, auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 € ». Malheureusement, cet article pose problème : les comportements prohibés doivent avoir un impact sur le scrutin, ce qui est difficile à déterminer, d'où de très rares arrêts. Sans doute la nécessité de prouver un lien de causalité entre les « fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manoeuvres frauduleuses » et les résultats du scrutin explique-t-elle le faible recours à cette infraction pénale.

Une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui critiquait l'imprécision de l'article L. 97 du code électoral a été rejetée par la cour d'appel de Douai (2).

C'est sur le fondement de ce même article que, lors des élections présidentielles de 2017, François Fillon avait porté plainte à l'encontre du journal *Le Canard Enchaîné*, à la suite de la publication des articles relatifs aux supposés emplois fictifs accordés à son épouse. Cette plainte a été classée sans suite.

Enfin, l'action en diffamation peut être efficace pour lutter contre les fausses informations portant atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne (L. du 29 juill. 1881, art. 29).

De nombreux textes concernent également les fausses informations, notamment l'article L.11 du code électoral ; les articles L. 121-2 à L. 121-4 du code de la consommation ; l'article 410-1 du code pénal ; l'article L. 443-2 du code de commerce ; l'article L. 465-3-2 du code monétaire et financier.

L'arsenal législatif français est donc abondant, mais il permet hélas difficilement de contraindre les géants du *web* à davantage de responsabilité et de transparence. Seules des mesures prises à l'échelle internationale pourraient y contribuer. À l'heure actuelle, le meilleur rempart contre les fausses nouvelles reste l'éducation citoyenne avec un renforcement de l'éducation aux médias dans les collèges et lycées, solution lente que préconise l'experte Divina Frau-Meigs.

V. Conclusion

Les dispositions actuellement en vigueur permettent déjà de lutter contre les « fausses informations ». Pourquoi ne pas s'y référer plutôt que de mettre sur pied une nouvelle réglementation. Il suffisait d'intégrer dans les deux textes existants, la loi de 1881 et la loi sur le CSA la très grande majorité des dispositions figurant dans cette loi *Macron* votée à la demande du président. La lecture du contenu de la loi met d'ailleurs en lumière l'absence de modification du cadre juridique existant. Certes il faudrait faire évoluer les textes existants et dans certains cas les moderniser. Mais il s'agit d'une solution à moyen terme.

Pour Divina Frau-Meigs professeure à l'Université Paris III Sorbonne-Nouvelle en sciences de l'information et membre du comité d'experts sur les *fake news* mis en place par la Commission européenne en novembre 2017, le principal défaut de la loi est sans doute d'être « francofrançaise », alors que la question mériterait un traitement à l'échelle de l'Europe : « C'est mal comprendre la logique transfrontière d'internet que de légiférer en France, alors que la loi américaine, où se trouvent les plus grands pourvoyeurs de *fake news*, n'en tiendra pas compte ». Les États membres avancent en ordre dispersé ; certains privilégient des voies législatives (France, Allemagne) d'autres des actions non contraignantes. La Commission prône une approche fondée sur l'autoréglementation.

Il est difficile de prévoir quelle sera l'efficacité de cette loi qui s'appliquera pour la première fois aux élections européennes le 26 mai 2019. Les critiques portent sur tous les aspects de la loi : le référé impraticable en 48 heures, l'extension très importante des pouvoirs du CSA à la fois sous l'angle du contrôle de la sincérité des scrutins, et sous celui de la surveillance des plateformes en ligne « alors qu'historiquement, l'internet ne relève pas du CSA », commente M^e Le Guehec ; enfin la régulation des plateformes dont la mise en oeuvre pratique paraît très incertaine.

La loi est actuellement considérée par ses opposants comme liberticide et inopérante. L'opposition juge ces textes « inefficaces » voire « potentiellement » dangereux pour la liberté de la presse et remplaçant un arsenal juridique déjà assez complet, notamment avec la loi de 1881. Dans le milieu de la presse la loi a provoqué une levée de boucliers : le syndicat national des journalistes (SNJ) dénonce un texte « inefficace et potentiellement dangereux car on met le pas vers quelque chose qui pourrait conduire à de la censure ». « Ce texte menace la liberté d'expression et la liberté d'informer et peut aussi devenir un moyen d'entraver le travail des journalistes professionnels ». Les professionnels du droit, les plateformes et la plupart des partis politiques sont extrêmement critiques. La députée du parti Les Républicains, Constance Le Grip, craint notamment des « effets indésirables » comme un « risque d'autocensure » et juge que les nouveaux pouvoirs du CSA font peser des « menaces d'atteinte à la liberté de la presse ». Pour Nicolas Dupont-Aignan « LREM organise la censure de l'opinion adverse et confie aux juges notre démocratie ».

Une conclusion s'impose : la loi sur les *fake news* met en lumière la difficulté de légiférer sur la vérité de l'information.

Mots clés :

COMMUNICATION AUDIOVISUELLE * Conseil supérieur de l'audiovisuel * Fake news * Opérateurs de plateforme * Fake news * Devoir de coopération * Fake news * Référé

(1) Avis délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'État dans sa séance du 19 avr. 2018.

(2) Douai, 31 mars 2015.

Copyright 2019 - Dalloz – Tous droits réservés