



RÉFÉRÉ « FAKE NEWS » : QUEL ACCUEIL EN JURISPRUDENCE ?

Par Michaël Goupil, avocat au cabinet Seban & Associés

■ Quel est le contexte du jugement ?

Lors de la campagne des élections européennes de mai 2019, une députée européenne et un sénateur ont assigné devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris la société d'hébergement Twitter sur le fondement de l'article L.163-2 du Code électoral. Ils demandaient la suppression d'un tweet, publié le 1^{er} mai par le ministre de l'Intérieur, qu'ils estimaient inexact et trompeur. Ce tweet était le suivant : « Ici à la Pitié-Salpêtrière, on a attaqué un hôpital. On a agressé son personnel soignant. Et on a blessé un policier mobilisé pour le protéger. Indéfectible soutien à nos forces de l'ordre : elles sont la fierté de la République. » Le juge s'est attaché à analyser tous les critères requis par le texte, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel (décision 2018-773 du Conseil constitutionnel du 20 décembre 2018), pour rejeter finalement la demande.

■ Que dit l'article L. 163-2 I du Code électoral ?

Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales (législatives, sénatoriales, européennes, présidentielles et de référendum) et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises, 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, le juge des référés peut, à la demande du ministre public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant un intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire aux personnes physiques ou morales mentionnées au 2 d'alinéa I de

l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 du même alinéa I toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion.

■ Quelles sont les règles procédurales ?

Elles sont fixées par les alinéas I à III du même article. Ajoutons que l'action ne peut être portée que par la voie du référé à l'encontre des prestataires techniques d'un service de communication au public en ligne, à savoir les hébergeurs et, à défaut, les fournisseurs d'accès à Internet.

Néanmoins, l'auteur du message pourra intervenir volontairement au procès. Le délai d'action est celui du cadre de la campagne électorale jusqu'au dernier jour du scrutin. Seul le tribunal de grande instance de Paris est matériellement et territorialement compétent. Le juge des référés, une fois saisi, doit statuer dans les 48 heures (délai dépourvu de sanction). La mesure judiciaire qui sera prononcée devra avoir pour effet de faire cesser la diffusion.

■ Comment est définie la fausse information ?

Le législateur n'a pas retenu l'expression « fausse nouvelle », mais celle « d'allégations ou d'imputations inexactes ou trompeuses d'un fait » ; ce fait doit être précis, c'est-à-dire susceptible de faire l'objet d'une preuve contraire.

La notion emprunte une partie de sa définition à la diffamation (article 29 alinéa I de la loi du 29 juillet 1881) pour viser un fait informationnel à l'exclusion des « opinions, parodies, exagérations ou inexactitudes partielles » (Conseil constitutionnel, 20 décembre 2018) ; la notion ne la recoupe pas pour autant, car

l'imputation sanctionnée par le référé n'est pas celle qui porte « atteinte à l'honneur et à la considération » du candidat mais celle qui est de nature à altérer la sincérité du scrutin.

Notons deux réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel : le caractère trompeur ou inexact des allégations ou imputations, ainsi que le risque d'altération de la sincérité du scrutin, doivent être « manifestes ».

■ Qu'est-ce qu'une imputation de fait « manifestement trompeur ou inexact » ?

On peut supposer qu'un fait manifestement trompeur ou inexact repose sur une information grossièrement erronée ou à l'évidence contournée.

Sur ce point, le jugement du 17 mai 2019 nous apporte un éclairage mais ne rejette pas néanmoins cette interprétation : pour dire que « la condition selon laquelle l'allégation doit être manifestement inexacte ou trompeuse n'est pas remplie », le juge a analysé les pièces produites par les plaideurs (essentiellement des articles de presse ayant couvert l'événement de l'hôpital) et retenu que l'information n'était ainsi « pas dénuée de tout lien avec des faits réels ».

Le caractère « manifestement trompeur ou inexact » s'attache donc, à l'inverse, à ce qui est dépourvu de tout lien avec des faits réels – ce qui renvoie à la notion de fiction et ne va pas aller dans le sens d'en faciliter l'administration de la preuve (prouver une absence de fait est particulièrement difficile).

■ Comment définir le risque manifeste d'altération du scrutin ?

Le principe de sincérité du droit électoral est que le résultat de l'élection doit être l'exact reflet de la volonté exprimée par la majorité

du corps électoral. Ici, il ne s'agit pas pour le demandeur de plaider l'influence déterminante (gravité, intensité de la répercussion) d'une irrégularité sur la sincérité du vote, en lumière avec un écart de voix. Cela n'aurait aucun sens car le référé interviendra avant les résultats. Dans la décision commentée, le juge a donc examiné si, au regard des éléments de contexte entourant sa diffusion (contestation immédiate de l'information litigieuse, versions contradictoires diffusées...), chaque électeur avait été en mesure « de se faire une opinion éclairée, sans risque manifeste de manipulation ».

Le risque d'atteinte au scrutin est donc apprécié in abstracto et, par déduction, de la puissance à tromper dont l'information litigieuse sera revêtue.

■ Comment se caractérise la « manipulation » de l'information ?

La loi fixe trois critères cumulatifs.

- Celui de « massivité » est délicat : si la cible du texte est la « viralité » des réseaux sociaux, il nécessite une approche de quantification et donc une subjectivité dans l'appréciation d'un seuil au-delà duquel la diffusion répondra au critère.

- Ensuite, la diffusion doit être « délibérée », supposant la preuve d'une intention de tromper l'électorat.

- Enfin, la diffusion doit être « artificielle ou automatisée ». Certains attendaient que la jurisprudence détermine si l'automatisme ou l'artificialité de la diffusion résulteraient du fon-

ctionnement même des réseaux sociaux. La réponse est négative : s'appuyant sur les travaux parlementaires, le jugement de mai 2019 indique que la notion « renvoie [...] aux contenus sponsorisés – par le paiement de tiers chargés d'étendre artificiellement la diffusion de l'information – et aux contenus promus au moyen d'outils automatisés – par le recours à des bots ».

■ Quel sera l'avenir de ce texte ?

Certains sénateurs ont estimé le dispositif inutile sur un plan juridique et pratique.

Dans ce cadre, si les réserves d'interprétation constitutionnelles se veulent protectrices de la liberté d'expression, le débat reste entier sur l'effectivité de la procédure : en présence d'une information grossièrement erronée, le juge risquera de considérer que l'électorat a été en capacité de se forger seul une opinion éclairée, de sorte que le risque d'altération du scrutin ne sera pas manifeste.

Du reste, si le caractère manifestement trompeur du fait repose sur une information dépourvue de tout lien avec des faits réels – cas de figure qui n'implique pas nécessairement cette capacité de rationalité chez les électeurs – ce n'est alors plus tant la preuve de l'altération sur le scrutin qui est compromise que celle de la démonstration d'un fait de fiction (fait négatif).

L'équilibre souhaité entre la liberté d'expression et la préservation de la sincérité du scrutin apparaît ainsi fragile. ●

Un mécanisme restrictif

Parmi les instruments de lutte contre la manipulation de l'information dans l'espace public, l'article L.163-2 du Code électoral a été institué pour obtenir en référé la cessation de la diffusion de fausses informations sur les services de communication au public en ligne. Une première application jurisprudentielle est venue nous rappeler le caractère nettement restrictif du mécanisme (Paris, Réf. 17 mai 2019, n° 53935).