

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, aux fins de déclarer contraires à la Constitution son article 1^{er} car, d'une part, il porte une atteinte à la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée, d'autre part, il méconnaît le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines.

1. Sur l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication

L'article 1^{er} du texte déféré, en ce qu'il organise une nouvelle procédure *ad hoc* de référé visant à faire cesser, en période électorale, la diffusion « *des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir* » lorsque celles-ci sont diffusées sur Internet « *de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne* », porte une atteinte à la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée.

a) Les garanties constitutionnelles attachées à la liberté d'expression et de communication

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 énonce que : « *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public* » (article 10) et que : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* » (article 11).

Le Conseil constitutionnel considère que la liberté d'expression et de communication, ainsi garantie par la Déclaration de 1789, est une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés¹* », que la loi ne peut en réglementer l'exercice « *qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle²* » et que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi³* ».

Il souligne également « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services⁴* » :

1 Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

2 Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, considérant n° 37.

3 Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, cons. 15.

les restrictions d'accès aux services de communication en ligne doivent donc être encadrées par des garanties suffisantes.

Tel n'est manifestement pas le cas de l'article 1^{er} du texte déferé.

b) Une atteinte portée à la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée

Le texte déferé porte une atteinte à la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée, au nom d'un objectif de préservation de la sincérité du scrutin qui n'a jusqu'à présent été mentionné que dans les décisions prises par le Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral.

L'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication n'est pas nécessaire.

En effet, s'il est légitime pour le législateur de restreindre la diffusion de contenus haineux, diffamatoires ou qui ont pour effet de fausser la sincérité du scrutin, ces objectifs sont déjà satisfaits par les dispositions existantes des articles 24, 27 et 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, l'article 9 du code civil, les articles 226-4-1, 226-8, 226-10 du code pénal mais également par l'article L. 97 du code électoral qui punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de surprendre ou détourner des suffrages, ou encore d'avoir conduit des électeurs à s'abstenir, à l'aide de « *fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses* ».

En sus de la répression pénale de ces comportements, des actions civiles peuvent déjà être exercées contre la diffusion d'allégations inexactes sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 ou de l'article 809 du code de procédure civile qui dispose que le président du tribunal de grande instance « *peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ». De plus, le I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique permet déjà à l'autorité judiciaire de prescrire en référé ou sur requête aux hébergeurs de tels services ou aux fournisseurs d'accès à Internet toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

L'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication n'est pas adaptée.

En effet, la procédure de référé *ad hoc* instituée par le texte déferé permet à toute personne ayant un intérêt à agir d'instrumentaliser ce référé à des fins dilatoires. De plus, comment le juge des référés pourrait-il, en 48 heures, établir *a priori* l'altération d'un scrutin qui n'a pas encore eu lieu ? La sincérité du scrutin risquerait d'être affaiblie en cas de décision d'appel, contredisant le juge des référés de première instance, notifiée après le scrutin.

Par ailleurs, en ne définissant pas les « *mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion* », et plus particulièrement en n'excluant pas le recours au déréférencement d'un site ou un blocage d'accès d'adresses électroniques à certains services de communication au public en ligne, le législateur n'a pas assorti cette procédure de garanties suffisantes et a donc méconnu sa compétence, en violation des exigences de l'article 34 de la Constitution.

4 Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet*, cons. 12.

L'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication n'est pas proportionnée. Traditionnellement, la jurisprudence française accorde une large place à la liberté d'expression et de communication en matière politique, et notamment en période électorale où le contexte favorise les polémiques. Le Conseil constitutionnel rappelle ainsi que « *la liberté d'expression revêt une importance particulière dans le débat politique et dans les campagnes électorales*⁵ ».

De même, considérant qu'une personne politique « *s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens*⁶ », la Cour européenne des droits de l'homme justifie l'expression de certains propos ou allégations de faits ayant un caractère outrageant ou diffamatoire par la nécessité du « *débat d'intérêt général*⁷ » et tolère, dans le contexte d'une campagne électorale, des propos plus vifs que ceux tenus en des circonstances différentes⁸. Elle rappelle que si la diffusion d'informations authentiques est un but légitime dans une société démocratique, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'empêche pas « *la discussion ou la diffusion d'informations reçues, même en présence d'éléments donnant fortement à croire que les informations en question pourraient être fausses*⁹ ».

Il serait donc particulièrement attentatoire au principe de libre communication des idées de restreindre la diffusion d'allégations qui ne troublent pas ou ne sont pas susceptibles de troubler la paix publique, qui ne sont attentatoires ni à l'honneur, ni à la considération ni à la vie privée des personnes, qui ne causent aucun dommage, et dont l'effet sur un scrutin n'est qu'incertain.

En outre, la procédure de référé *ad hoc* instituée par le texte déféré apparaît disproportionnée dès lors qu'elle permettrait d'empêcher la diffusion d'allégations qui ne seraient que trompeuses mais pas inexactes, alors qu'elles peuvent pourtant participer du débat démocratique.

Enfin, en permettant d'appliquer cette procédure de référé à toute allégation inexacte ou trompeuse d'un fait « *de nature à altérer la sincérité d'un scrutin à venir* », le texte déféré n'a pas restreint l'application de ce référé aux allégations, diffusées de manière délibérée dans la seule intention d'altérer la sincérité d'un scrutin à venir. La seule condition d'une diffusion « *délibérée, artificielle ou automatisée* » des allégations ne suffit pas à restreindre l'application de cette procédure aux actes de mauvaise foi dès lors qu'un contenu « *de nature à altérer la sincérité d'un scrutin* », par exemple parodique ou satirique, peut être diffusé délibérément et repris « *de manière virale* » sur Internet, sans aucune motivation d'altérer un scrutin. Pour l'ensemble de ces raisons, l'article 1^{er} du texte déféré devra être déclaré contraire à la Constitution.

5 Conseil constitutionnel, décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, loi pour la confiance dans la vie politique, considérant n° 13.

6 CEDH, 8 juillet 1986, Lingens c/ Autriche, n° 9815/82.

7 CEDH, 8 juill. 1999, n° 26682/95, Surek c/ Turquie.

8 CEDH 11 avr. 2006, n° 71343/01, Brésilier c/ France.

9 CEDH, 2^e section, 6 septembre 2005, Sarov c/ Ukraine, n° 65518/01.

2. Sur la méconnaissance du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines

L'article 1^{er} du texte déféré, en ce qu'il crée un délit sanctionnant le non-respect de nouvelles obligations de transparence, est contraire aux principes qui fondent le droit pénal français et qui découlent de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* »

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition impose tout d'abord au législateur de « *fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale*¹⁰ ». Le soin de définir les infractions et les peines qui y sont attachées ne peut échoir au pouvoir réglementaire ou à l'interprétation des magistrats. Ensuite, le législateur doit « *définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »¹¹ mais également pour éviter « *une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infraction* »¹².

En outre, le législateur est tenu au principe de clarté de la loi pénale, qui découle de l'article 34 de la Constitution et de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ainsi que de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, dans le respect des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, qui lui imposent « *d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques*¹³ ».

Le texte déféré vise à créer, sous peine de sanctions pénales, plusieurs nouvelles obligations de transparence pour les opérateurs de plateforme en ligne concernant la promotion de « *contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général* » (nouveaux articles L. 112 et L. 163-1 du code électoral).

Serait puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait pour un opérateur de plateforme en ligne, 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, de ne pas se soumettre à l'obligation de fournir, à l'utilisateur, « *une information loyale, claire et transparente sur l'identité de la personne physique ou sur la raison sociale, le siège social et l'objet social de la personne morale et de celle pour le compte de laquelle, le cas échéant, elle a déclaré agir, qui verse à la plateforme des rémunérations en contrepartie de la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général* ».

Serait puni des mêmes peines le fait de ne pas rendre public « *le montant des rémunérations reçues en contrepartie de la promotion de tels contenus d'information lorsque leur montant est supérieur à un seuil déterminé.* »

10 Conseil constitutionnel, décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, considérant n° 25.

11 Conseil constitutionnel n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, considérant n° 7.

12 Conseil constitutionnel n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, considérant n° 5.

13 Conseil constitutionnel, décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, considérant n°27.

L'imprécision des notions retenues, notamment celle de « *contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général* », fait naître une grande incertitude sur les éléments constitutifs de ces infractions, incertitude qui apparaît contraire au principe de légalité des délits et des peines.

De plus, ces obligations excèdent l'objectif de préservation de la sincérité du scrutin. En posant des obligations de transparence concernant l'ensemble des « *contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général* », cette disposition est susceptible de viser un nombre important de contenus sans aucun lien avec les faits de manipulation de l'information aux fins d'altérer la sincérité d'un scrutin. L'imprécision de la notion est même susceptible de rendre applicables les dispositions à toutes les publicités concernant des acteurs économiques publics ou des entreprises fondant leur publicité commerciale sur un « *contenu d'information* », ce qui porterait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre.

Les peines encourues pour méconnaissance de ces obligations, insuffisamment précises et définies, sont donc contraires à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.