

Fausses nouvelles et nouvelles fausses : la réponse du droit

L'on peut comprendre que la démocratie se dote des outils indispensables à son exercice. Si le prix de ces outils est celui de la mise en cause de la liberté d'expression, il y a lieu de s'interroger sur leur utilité.

Il est actuellement débattu au Parlement de l'opportunité d'augmenter notre arsenal législatif dans deux propositions de loi et dans les termes suivants: « *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, 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 ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire (...) toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion* »¹.

Le Conseil d'État a défini les fausses nouvelles comme toute allégation ou imputation d'un fait dépourvue d'éléments vérifiables de nature à la rendre vraisemblable². **La pertinence d'une nouvelle lois'analyse eu égard à la législation existante ...Juridiquement parlant, car le droit doit être considéré comme l'outil de notre démocratie, les propositions de loi proposées sont-elles pertinentes eu égard à la législation existante (article 27 de la loi du 29 juillet 1881, 322-14 du Code pénal, L. 97 du Code électoral, L. 465-1 du Code monétaire et financier) ?** Déjà l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 punit d'une amende de 45 000 euros 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.

L'article 97 du Code électoral sanctionne d'une amende de 15 000 euros ceux qui à l'aide de *fausses nouvelles*, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses auront surpris ou détourné des suffrages, déterminé un ou plusieurs électeurs à s'abstenir de voter.

N'épiloguons pas sur la différence entre nouvelles fausses et fausses nouvelles, même si la lettre de la loi ne semble faire aucune différence (celles qui le sont et celles que l'on fabrique comme telles ?) ni sur la traduction de *fake news* en fausses nouvelles alors que sous cette expression apparaît l'intention de tromper et de manipuler. L'important est de savoir qu'il est des nouvelles fausses sans importance et d'autres qui ont changé la face du monde comme celle concernant Cléopâtre qui fit porter la nouvelle de sa mort à Antoine qui se tua de chagrin avant elle ! **eu égard à la jurisprudence existante, Combattre les fausses nouvelles est imposer un ordre vrai, sans doute un idéal de la part des politiques, surtout en démocratie. Mais c'est à la possibilité d'appliquer la loi qu'on l'estimera bonne ou non. La loi est une chose, la méthode prévue pour la mise en œuvre de son contenu en est une autre.**

En matière de liberté d'expression un véritable arsenal constitué de lois, mais aussi de

jurisprudence, existe déjà. La presse a reçu ses lettres de noblesse d'une loi, celle du 29 juillet 1881, à la fois civile et pénale qui s'applique aussi aux particuliers et qui a été interprétée et illustrée par la jurisprudence. Les juges ont dit que la liberté d'expression laissait sa place au mensonge qui peut bien être considéré pour les besoins de la démonstration comme une nouvelle fausse. Elle ne l'a pas consacré elle a simplement dit qu'en son nom, et parce qu'elle existe, le mensonge ne lui est pas étranger. En effet, selon l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, « la liberté d'expression est un droit. Son exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi et des propos, fussent-ils mensongers n'entrent dans aucun de ces cas »3. La Cour européenne des droits de l'homme elle-même indique que « la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent une personne ou une partie de la population : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »4. Les parlementaires qui s'emparent du problème de la liberté d'expression sur internet devraient suivre les juges qui rappellent qu'ils veillent déjà au respect de ce fondement de la démocratie et de ses limites y compris sur internet. Nul doute que la nouvelle loi, si elle est votée, fournira un des cas spécialement déterminés par la loi qui donnera lieu à l'abus d'exercice et, en son nom, le domaine de la liberté d'expression sera restreint d'autant, sans que soit démontrée la nécessité « des formalités, conditions et sanctions qui doivent s'interpréter strictement, auquel l'exercice de cette liberté est soumis »5.

Les lois existantes, la jurisprudence, semblent suffire, sans l'élaboration d'une nouvelle loi qui couvrirait les seules périodes électorales, à condition d'attirer les dispositions de la loi de 1881 dans le domaine civil et non plus pénal, ce que la méthode proposée à l'aide du référé semble vouloir faire. Mais c'est bien là que la difficulté surgit. **égard à son application Si la loi de 1881 était une loi seulement civile et non plus pénale, si l'on suit les recommandations maintes fois formulées du Conseil de l'Europe, le régime de référé qui existe déjà serait beaucoup plus utilisé qu'il ne l'est pour le retrait des fausses nouvelles. Il est le seul régime efficace aujourd'hui en cas de retrait de propos calomnieux ou simplement litigieux sur internet. Mais le délai du référé est court pour faire la part des choses et les décisions prises, qui en outre ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée, seront difficiles d'application à l'étranger et spécialement quand elles se heurteront au premier amendement de la Constitution américaine. Quand il s'est agi de savoir si la presse d'investigation pouvait être défendue dans l'affaire qui opposait Denis Robert à la banque Clearstream6, les juges de la Cour de cassation ont pris la peine de lire les écrits du journaliste et ils ont ainsi pu retenir que l'enquête était sérieuse et qu'à ce prix, et seulement à ce prix, la presse d'investigation pouvait être reconnue. La condition a fait son chemin suffisamment pour qu'aujourd'hui, le sérieux soit devenu nécessité. Le juge des référés est le juge de l'évidence et s'il doit être**

saisi pour dire, avant de prononcer son retrait, que l'information est fausse et ne doit plus être diffusée, il est devant une mission impossible. La preuve négative est toujours difficile à faire, celle de l'absence de vérité n'échappera pas à la règle mais l'on pourrait exiger du journaliste qui n'a pas à citer ses sources, qu'il les vérifie et ne diffuser l'information qu'à l'issue d'une étude sérieuse qui pourrait démontrer que l'information est fausse car le public a à en connaître et la presse doit communiquer dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités des informations et des idées sur les questions politiques ainsi que sur les autres thèmes d'intérêt général⁷.

Il s'ensuit que la marge d'appréciation du juge dans la recherche de la vérité, au moyen d'une procédure contrainte, à savoir le référé, est bien trop faible pour assurer à la loi sa respectabilité et une quelconque utilité....et aux acteurs qu'elle met en cause. En période électorale, donc limitée dans le temps, pour l'assainissement de laquelle les propositions de loi sur les fausses nouvelles sont envisagées, il existe des éléments d'appréciation, tels les sondages, qui donnent des nouvelles approximatives. La commission des sondages est chargée d'étudier et de proposer les règles tendant à assurer l'objectivité et la qualité des sondages publiés ou diffusés et de vérifier leur conformité à la loi du 19 juillet 1977.

L'exactitude n'existe pas en ce domaine mais l'interprétation qu'on peut faire des sondages n'est pas non plus du domaine de l'arbitraire. Entre le vrai et le faux, l'exact et l'improbable, il faut choisir.

C'est donc par rapport aux acteurs concernés que la diffusion de fausses nouvelles susceptibles de modifier le scrutin doit être analysée. La nouvelle loi concernerait l'auteur de l'information, mettrait en cause la déontologie des journalistes et leur sérieux, ainsi que l'analyse critique des citoyens.

Les propositions de loi prévoient que la procédure de référé sera limitée aux cas dans lesquels il est établi que les informations fausses ont été diffusées « de manière délibérée ». Selon l'application prétorienne qui a été faite de la loi de 1881 et en matière de diffamation, la mauvaise foi est présumée, ce qui signifie que la preuve de son existence n'est pas à faire. Il est étrange de voir qu'une loi qui existe depuis si longtemps se mesure aujourd'hui à une autre loi qui ne suit pas son mode d'emploi. Pourtant c'est bien de preuve qu'il s'agit dans les projets de loi nouvelle. Le juge devra et c'est là la difficulté, rechercher celle de « l'inexactitude ou de la tromperie », alors que sa saisine n'est justifiée qu'en cas « d'allégations ou imputations inexactes ou trompeuses » qui doivent donc l'être ou au moins présumées l'être ou seulement susceptibles de l'être. En matière de diffamation, c'est le diffamateur qui doit faire la preuve de la vérité de ses allégations afin d'être lavé du soupçon. Quand la fausse nouvelle empruntera le chemin de la diffamation, il est aisé d'imaginer le conflit d'application de lois qu'il faudra résoudre. Que le journaliste, ou l'éditeur, ou l'hébergeur quand il en prend la qualité, diffuse une information fausse, c'est qu'il n'a donc pas procédé à l'enquête sérieuse que justifie la nécessité de l'information et

dans ce cas seulement le retrait de l'information fautive est justifié. La tentation est forte d'aller plus loin et de dire que la diffusion d'informations fautes peut se faire dans un but d'intérêt général, à condition qu'elles soient présentées telles qu'elles sont, c'est-à-dire, fautes après la démonstration que le journaliste ou le diffuseur devra en faire. A la fonction de la presse qui est de diffuser s'ajoute en effet le droit pour le public de recevoir des informations. S'il en allait autrement avance la CEDH, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de « chien de garde »⁸.

Après la difficulté démontrée pour le juge de prouver la fausseté de la nouvelle, il reste qu'il incombe au journaliste de diffuser la fautive nouvelle qui ne vaut que comme nouvelle fautive mais après l'avoir identifiée et démontrée comme telle, sans avoir besoin de citer ses sources et la confiance dans le sérieux de son enquête sera établie.

Enfin, comment peut-on, au niveau d'une démocratie, exiger que tout ce qui doit être dit soit vrai et croyable alors que la véritable valeur de la population devrait s'illustrer dans le doute. Le monde informatique nous impose à tous une manière de voir et de penser et nous enlève l'espace de la réflexion. Ne serait-ce pas, au moment du débat de cette loi, le temps de nous remettre en condition d'humanistes capables de choisir, de croire ou de ne pas croire et de trier la vraie et la fautive information ? Le niveau élevé des connaissances et les analyses qui nous permettent de les enrichir devraient suffire à faire que l'opinion de chacun écarte de l'information l'erreur et la fausseté.

L'éducation aux médias, à l'école, permettrait, telle que prévue dans les nouveaux projets de loi, une formation à l'analyse critique de l'information disponible. Là encore, le risque d'une formation à la lecture officielle de l'information laisse sceptique. Le réseau social Facebook qui s'engage à lutter contre les fautes informations a annoncé qu'il allait hiérarchiser ses sources d'information selon la fiabilité accordée par ses utilisateurs. Pourquoi dès lors ne pas les laisser apprécier, même en dehors des réseaux sociaux, les effets ou non de la nouvelle fautive et ouvrir ainsi de vrais débats ? **A-E. C.**

Auteur(s) :

Anne-Elisabeth Crédeville - Conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation

Notes de bas de page :

1. Texte n° 180 adopté par l'Assemblée nationale le 9 octobre 2018, article 1.
2. Avis consultatif du Conseil d'Etat sur la « Lutte contre les fautes informations » du 4 mai 2018.
3. Civ.1, 10 avril 2013, pourvoi n° 1210177.
4. CEDH Handyside c. Royaume-Uni 7 décembre 1976, n° 24 et Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, n° 298.
5. CEDH Observer et Guardian c. Royaume-Uni du 26 novembre 1991, n° 216.
6. Civ.1 3 février 2011, pourvoi n° 0910303.
7. CEDH Colombani c. France, n° 51279/99.
8. CEDH Thorgeir Thorgeirson c. Islande 25 juin 1992 n° 239.