



GRUPE SOCIALISTE

LE PRESIDENT

Paris, le 30 novembre 2018

Les Sénateurs soussignés

à

Monsieur le Président
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier

75001 PARIS

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, l'expression de nos sentiments les meilleurs.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Kanner", with a horizontal line underneath.

Patrick KANNER

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres
du Conseil constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 PARIS

Le 29 novembre 2018

Monsieur Le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, telle qu'elle a été adoptée par l'Assemblée Nationale le 20 novembre 2018.

I - Sur la méconnaissance manifeste du législateur de sa propre compétence

La Constitution fixe, notamment en son article 34, le domaine de la loi. Vous êtes attentif à ce que le législateur ne reporte pas sur une autorité administrative, sur le pouvoir réglementaire ou sur une autorité juridictionnelle, le soin de fixer des règles ou des principes dont la détermination lui a été confiée.

L'article 34 a été élargi, lors de la réforme de 2008, au secteur des médias, le législateur a ainsi désormais compétence pour fixer les règles concernant « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ».

Il incombe, depuis lors, au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution, en particulier, son article 34 qui dispose : « la loi fixe les règles concernant ... le pluralisme et l'indépendance des médias ».

Vous avez mentionné la notion d'« incompétence négative » du législateur, pour la première fois, dans votre décision du 26 janvier 1967 n° 67-31 DC et l'avez constamment rappelée, notamment dans votre décision récente, du 10 novembre 2016, n° 2016-738 DC.

« Le contrôle des incompétences négatives » (« À la une » du site Internet du Conseil Constitutionnel de juillet-août 2014), est extrêmement explicite sur votre jurisprudence en la matière : « *La Constitution fixe, notamment en son article 34, le domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel est attentif à ce que le législateur ne reporte pas sur une autorité administrative, notamment le pouvoir réglementaire, ou sur une autorité juridictionnelle le soin de fixer des règles ou des principes dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi. Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. Il incombe, par exemple, au législateur d'assortir un dispositif mettant en œuvre un principe constitutionnel des garanties légales suffisantes. De même l'incompétence*

négative est également caractérisée si le législateur élabore une loi trop imprécise ou ambiguë. De même encore, le législateur ne peut pas renvoyer au pouvoir réglementaire de façon trop générale ou imprécise ».

De très nombreuses dispositions de la loi répondent à votre définition de l'incompétence négative.

A - Il n'est pas donné, dans la loi, de définition de la notion de manipulation de l'information. A l'article 1, la définition des « allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir de manière délibérée, artificielle ou automatisée par le biais d'un service de communication au public en ligne », semblant fonder une manipulation de l'information, n'apparaît qu'en creux, pour apporter un fondement à la procédure de saisine du juge des référés.

Aucune précision suffisante n'est apportée pour définir les notions d'allégations ou d'imputations inexactes ou trompeuses et, ainsi, les conditions d'exercice du pouvoir ainsi reconnu au juge.

L'assimilation de l'allégation à l'imputation n'est justifiable que sous les protections, ici absentes, du régime de la diffamation. Lorsque le message constitue une « allégation », cela suppose donc que son auteur mentionne qu'il a recours à une source extérieure ou fait état d'un doute. On ne peut, dès lors, soutenir être en présence d'une manipulation de l'information, selon l'intitulé de la proposition de loi

Quant à la notion « de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir », sur ce point encore, le juge des référés devra se livrer à des spéculations dont l'objet est pour le moins inconnu. Autant il est loisible au juge électoral, statuant *ex post*, de mesurer l'incidence probable qu'a pu avoir la diffusion d'une information sur l'issue du scrutin dont il doit apprécier la validité, autant il est difficile, pour ne pas dire arbitraire, de spéculer à chaud sur ladite incidence sur un scrutin non encore avenu.

Le législateur, en ne donnant pas une définition précise et incontestable de la notion dont découlera l'application de la loi, semble bien faire preuve d'incompétence négative.

B - Sur la notion de service audiovisuel « placé sous l'influence » d'un Etat étranger, visée par les articles 4, 5, 6, 8 de la loi, n'est pas davantage définie. Cette notion particulièrement imprécise et extensive ne repose sur aucun fondement juridique ; son application par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel ouvrirait la porte à de nombreux contentieux. Le législateur, ici aussi, laisse une marge d'appréciation trop large au Conseil et au juge pour définir cette notion qu'il n'a pas pris soin d'encadrer.

C - L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que la loi « est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ».

La bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration de 1789. Votre jurisprudence a constamment réaffirmé ce principe et vous avez souvent rappelé qu'il appartient au législateur « d'assurer la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice », notamment dans votre récente décision du 4 mai 2018 n°2018-704 QPC .

L'article 1 de la loi requiert que le juge des référés se prononce sur des faits qui pourraient influencer un scrutin non encore avvenu. Il s'agit d'un contrôle a priori sur des éléments pouvant ou non avoir un impact sur un évènement dont l'aboutissement constitue une inconnue. Le législateur -comme nous l'avons vu- n'a pas pris la peine de définir les éléments déclencheurs de la manipulation de l'information. Le juge n'aura ainsi pas la capacité d'apprécier, dans un délai extrêmement court de 48 heures, le caractère « inexact » ou « trompeur » d'une « allégation ou imputation », notions non précisées par le législateur.

Le législateur n'a donc pas davantage veillé à garantir la bonne administration de la justice.

Sur ces questions, il est manifeste que le législateur n'a pas épuisé sa compétence et qu'il a ainsi fait preuve d'incompétence négative.

II – Sur les atteintes manifestes à la liberté d'expression

Les sénateurs, auteurs de la saisine, estiment que plusieurs dispositions de la loi portent atteinte au principe constitutionnel de la liberté d'expression. Vous avez fréquemment rappelé l'importance de cette liberté, « fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale », dont la loi ne peut réglementer l'exercice « qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle » (décision des 10-11 octobre 1984, n° 84-181 DC).

La légitimité de l'objectif visé par le législateur, en l'occurrence la lutte contre la manipulation de l'information, ne suffit pas, ici, à justifier d'un aménagement de la liberté d'expression.

L'objectif de lutte contre la manipulation de l'information ne satisfait pas au test de proportionnalité ainsi défini par vous : « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi » (décision du 28 février 2012, n° 2012-647 DC). Cette constatation vaut quel que soit le support de diffusion visé par la loi, en dépit des différenciations qu'autorise votre jurisprudence en fonction des particularités du mode d'expression visé.

A - Ainsi apparaît inacceptable une intervention du juge des référés, prévue par l'article 1, pouvant prescrire en extrême urgence « toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser » la diffusion des allégations visées. L'injonction judiciaire d'interrompre la diffusion des messages visés intervient pour contraindre l'auteur d'un message à cesser de diffuser les pensées ou les opinions qu'il estime devoir propager, et ce précisément durant une période où la libre diffusion des idées est essentielle pour le débat démocratique et pour un scrutin non encore avvenu.

De surcroît, le pouvoir de prononcer une mesure aux effets aussi importants sur l'exercice de la liberté d'expression est confié à un juge unique qui, par définition, ne bénéficiera pas des échanges avec ses pairs que la collégialité permet seule. Il est, par ailleurs, prévu au II de l'article L. 163-2 que le juge des référés doit se prononcer dans le délai extrêmement bref de quarante-huit heures. L'importance de l'enjeu, surtout en période électorale, de sa décision ne s'accommode pas d'une telle contrainte. La réintroduction de la collégialité au niveau de la cour d'appel pourrait rassurer, mais on retrouve à son niveau le délai pour statuer de quarante-huit heures, incompatible avec les exigences d'une bonne justice et de la garantie des droits résultant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le caractère délibéré de la diffusion d'allégations ou imputations inexactes ou trompeuses, dont les critères qui les fondent n'ont pas été définis par le législateur, ne peut raisonnablement être établi dans ces conditions imparties à la décision judiciaire.

Il est donc manifeste qu'ici, l'atteinte à la liberté d'expression n'est ni adaptée, ni proportionnée à l'objectif poursuivi. Quant à sa nécessité, elle ne saurait s'apprécier qu'à l'issue du scrutin non avenu.

B - L'article 5 de la loi déferée autorise, en période électorale, le Conseil supérieur de l'audiovisuel à ordonner la suspension de la diffusion, par tout procédé de communication électronique, d'un service de radio ou de télévision avec lequel a été conclue une convention s'il constate que celui-ci est contrôlé par un État étranger ou placé sous l'influence de cet État et « diffuse, de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin ». Cette suspension peut être ordonnée « jusqu'à la fin des opérations de vote ».

Même circonscrite à des opérateurs contrôlés ou influencés -concept particulièrement imprécis et extensif- par un État étranger, cette faculté de suspension, confiée à une autorité administrative, est subordonnée à des conditions de fond encore plus mal précisées que celles précédemment critiquées : il n'est plus exigé, pour ce type de diffusion de fausses informations, que celle-ci ait revêtu un caractère massif.

L'exercice du pouvoir du CSA est subordonné au respect du principe du contradictoire, mais seulement en principe. Or, la nature de la mesure conduit à la faire tomber presque systématiquement dans le domaine des exceptions résultant du renvoi aux 1° et 2° de l'article L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration. L'urgence devrait pouvoir être invoquée à chaque fois, faute de quoi la mesure ne se justifierait pas et il en va de même pour le risque que la procédure contradictoire soit de nature à compromettre l'ordre public ou la conduite des relations internationales, de sorte que cette garantie procédurale s'apparente fort à un trompe-l'œil.

Il faut noter l'absence, en l'occurrence, de la moindre garantie juridictionnelle spécifique telle l'obligation pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, de demander au président de la Section du contentieux du Conseil d'État de prononcer une mesure aussi grave. La possibilité d'utiliser les procédures de référé à l'encontre de la mesure de suspension prononcée ne permet guère d'obvier à cette carence et d'assurer une protection suffisante de la liberté de communication des pensées et des opinions.

Les mêmes critiques valent pour la possibilité pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel, prévue par l'article 6, de prononcer la sanction de résiliation unilatérale de la convention

conclue avec une personne morale contrôlée ou influencée par un État étranger, si le service qui fait l'objet de la convention « porte atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, dont le fonctionnement régulier de ses institutions, notamment par la diffusion de fausses informations ». Une fois encore, la définition des conditions mises à l'exercice d'un pouvoir exorbitant du droit commun diffère des formules précédemment utilisées par la loi, avec un emprunt incongru à l'article 16 de la Constitution et un emploi de l'adverbe « notamment » qui imprime en l'espèce à cette disposition une dose d'approximation encore plus forte. Alors qu'il n'est même pas requis qu'il soit justifié d'une urgence quelconque, la loi ne tient ici absolument pas compte du respect du principe de liberté d'expression.

En l'espèce, il est également manifeste que les atteintes à la liberté d'expression ne sont ni adaptées, ni proportionnées à l'objectif poursuivi de lutte contre la manipulation de l'information.

III – Atteinte aux principes constitutionnels de responsabilité personnelle et de personnalité des peines, garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789.

La faculté de résiliation unilatérale de la convention par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, prévue par l'article 6 de la loi, porte atteinte à un autre principe à valeur constitutionnelle, celui de responsabilité personnelle et de personnalité des peines, garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789.

Vous l'avez rappelé dans votre décision du 16 juin 1999, n° 99 – 411 DC : « Nul n'est punissable que de son propre fait ».

Cette atteinte serait d'autant plus manifeste que le CSA devrait principalement fonder sa décision sur « des contenus que la société avec laquelle il a conclu la convention, ses filiales, la personne morale qui la contrôle ou les filiales de celles-ci, éditent sur d'autres services de communication au public par voie électronique... ». Le Conseil d'Etat, avait pourtant mis en garde le législateur, rappelant, dans son avis, que le fait de « sanctionner une personne morale en raison des seuls agissements commis par d'autres personnes morales qui peuvent être sans lien direct avec elle (ce serait le cas des filiales de l'actionnaire de la société) apparaît difficilement conciliable avec les principes constitutionnels de responsabilité personnelle et de personnalité des peines, garantis par les articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789. »

Pour tous ces motifs et ceux que vous relèveriez d'office, les requérants vous invitent à censurer les dispositions contestées de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

Nous vous prions, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil constitutionnel, d'agréer l'expression de notre haute considération.