

UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

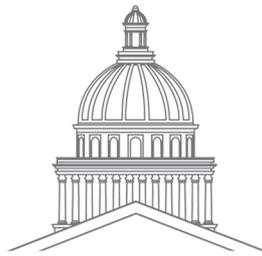
**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit Public Comparé**  
**Dirigé par Monsieur le Professeur Gilles Guglielmi**  
**2020**

***La lutte contre les fausses informations  
en période électorale face à la liberté  
d'expression  
Étude comparée : France/États-Unis***

**Baptiste CHARVIN**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Idris Fassassi**



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON - ASSAS

Master 2 Droit Public Comparé dirigé par  
Monsieur le Professeur Gilles GUGLIELMI

*La lutte contre les fausses informations en  
période électorale face à la liberté d'expression  
Étude comparée France/États-Unis*

Auteur : Baptiste CHARVIN

Sous la direction de  
Monsieur le Professeur Idris FASSASSI



Université Paris 2 Panthéon-Assas  
Année universitaire 2019-2020

*Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à leur auteur et n'engagent pas l'Université Paris II.*

*Sauf indication contraire, les traductions sont celles de l'auteur.*

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Idris Fassassi pour avoir accepté de diriger ce mémoire, pour ses conseils, et pour avoir partagé ses connaissances qui ont alimenté mes recherches et grandement aidé dans la rédaction de ce travail.

Je souhaite également remercier Monsieur le Professeur Gilles Guglielmi et l'ensemble des enseignants du Master 2 de droit public comparé pour leurs enseignements et pour avoir assuré la continuité pédagogique malgré les circonstances difficiles dans lesquelles la formation s'est déroulée.

J'adresse aussi mes remerciements à mes amis dont l'aide a été cruciale dans la relecture de ce mémoire et l'élaboration de la bibliographie. Je remercie particulièrement Antoine pour m'avoir accompagné tout au long de l'année et avec qui j'ai pu partager autant de déboires que de réussites.

Enfin, je remercie ma famille dont le soutien m'a toujours permis d'avancer et sans laquelle je n'aurais pu rédiger ce mémoire. J'espère cette étude à la hauteur du dévouement dont elle a sans cesse fait preuve à mon égard.

<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>2</b>
<b>PRINCIPALES ABREVIATIONS</b>	<b>5</b>
<b>MODE DE CITATION DES DECISIONS</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>7</b>
<b>PARTIE 1. LA LUTTE CONTRE LA MANIPULATION DE L'INFORMATION : UNE PROTECTION NÉCESSAIRE DES ÉLECTIONS</b>	<b>20</b>
<b>CHAPITRE 1. LA LÉGITIMATION DES RESTRICTIONS APPORTÉES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION</b>	<b>21</b>
SECTION 1. L'IMPACT DE LA MANIPULATION DE L'INFORMATION SUR LA DEMOCRATIE	21
Paragraphe 1. Une influence négative sur les électeurs	22
Paragraphe 2. La remise en cause de la presse en tant que « chien de garde » de la démocratie	23
A. Un rôle historiquement défendu des deux côtés de l'Atlantique	25
B. L'ajout d'obligations supplémentaires provoquées par le contexte	26
SECTION 2. LA PRESERVATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT ELECTORAL	27
Paragraphe 1. Un enjeu de souveraineté : l'ingérence des États dans les élections au travers des fausses informations	27
A. La diffusion de fausses informations en tant qu'ingérence par un État étranger dans le processus électoral et la réponse mitigée du droit international	28
B. La réception limitée du discours étranger en droit interne	29
Paragraphe 2. L'essentielle garantie de la sincérité et l'intégrité du scrutin	30
A. Des notions communes au droit électoral français et américain	31
B. Une portée similairement faible dans la jurisprudence	37
<b>CHAPITRE 2. LE DÉPLOIEMENT D'UN ARSENAL JURIDIQUE INSUFFISANT</b>	<b>39</b>
SECTION 1. DES INITIATIVES MULTIPLES D'ENCADREMENT DES FAUSSES INFORMATIONS EN PERIODE ELECTORALE	39
Paragraphe 1. Le choix par les États de mesures répressives	39
A. Un empilage illisible des voies de droit disponibles en France	39
B. Des procédures majoritaires et diversifiées aux États-Unis	43
Paragraphe 2. L'amplification de la responsabilité des opérateurs de plateformes numériques et l'obligation de transparence en période électorale	45
A. Le rôle des plateformes dans la circulation des fausses informations lors des élections	46
B. Les devoirs des plateformes en période électorale	47
SECTION 2. LA FRAGILE MISE EN ŒUVRE DES MESURES PAR LE JUGE	50
Paragraphe 1. Le rôle contrasté du juge dans le contentieux électoral	50
A. La compétence du juge en matière de contentieux électoral	50
B. La légitimité perplexe du juge en matière de contentieux électoral	52
Paragraphe 2. Des limites inhérentes à la nature du contentieux	54
A. La complexité des critères constitutifs de l'infraction	55
1. L'ambiguïté certaine de la définition de « fausses informations »	55
2. Le problème du critère de la malice avérée (« <i>actual malice</i> ») aux États-Unis	57
B. Les compétences limitées des juges	60
<b>PARTIE 2. UNE CONCILIATION DIFFICILE AVEC LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : LES LIMITES DU RÉGIME RÉPRESSIF</b>	<b>63</b>
<b>CHAPITRE 1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION CONÇUE COMME LE CŒUR DU DÉBAT PUBLIC</b>	<b>63</b>
SECTION 1. UN DROIT RENFORCÉ PAR LE CONTEXTE ÉLECTORAL	64

<b>Paragraphe 1. Une conception quasi-maximale de l'expression politique jugée nécessaire en démocratie</b>	65
<b>Paragraphe 2. L'exercice plein et entier de la liberté d'expression lors des élections</b>	67
<b>SECTION 2. LA PROTECTION DES FAUSSES INFORMATIONS PAR LE JUGE</b>	69
<b>Paragraphe 1. Une reconnaissance en demi-teinte d'un droit au mensonge</b>	70
A. L'établissement de la vérité grâce au contre-discours	70
1. La valeur du discours entendue comme moyen de limitation de la liberté d'expression	71
2. L'appartenance proclamée des fausses informations au sein du libre marché des idées	73
B. Une vision plus tempérée en France et en Europe	75
<b>Paragraphe 2. L'opération d'un contrôle strict par les juridictions</b>	77
A. L'obstacle majeur de « <i>l'exacting</i> » et du « <i>strict scrutiny</i> » aux États-Unis	78
1. La difficile survie des lois devant le juge	78
2. Un type de contrôle remis en cause lorsqu'appliqué aux fausses informations	82
B. Le contrôle de proportionnalité, une limite plus ou moins forte à l'immixtion de l'État dans les pensées	83
<b>CHAPITRE 2. LA PRÉVENTION COMME ALTERNATIVE À LA RÉPRESSION</b>	87
<b>SECTION 1. LE PARI RISQUÉ DE L'ÉDUCATION AUX MÉDIAS ENTENDUE COMME REMÈDE AUX FAUSSES INFORMATIONS</b>	87
<b>Paragraphe 1. L'entrée de l'individu mieux informé dans une nouvelle forme de citoyenneté</b>	88
A. La citoyenneté numérique ou le renouveau de la participation démocratique	89
B. L'éducation comme solution au mal des fausses informations	90
<b>Paragraphe 2. Une méthode à double tranchant</b>	93
<b>SECTION 2. L'EXCEPTION AMERICAINE DE BONNES PRATIQUES EN CAMPAGNE ELECTORALE</b>	96
<b>Paragraphe 1. Un serment gage de devoirs moraux</b>	97
<b>Paragraphe 2. L'absence de contrainte ou l'espoir du volontariat</b>	98
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b>	101
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	103
<b>TABLE DE LA JURISPRUDENCE</b>	118

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

A.I.J.C	Annuaire International de Justice Constitutionnelle
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
<i>Ala. L. Rev.</i>	<i>Alabama Law Review</i>
Alaska Stat.	Alaska Statutes
BVerfG	Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne
Cal. Bus. & Prof. Code	California Business and Professions Code
Cass. Crim	Chambre criminelle de la cour de Cassation
CE	Conseil d'État
CIJ	Cour Internationale de Justice
CNCCEP	Commission Nationale de Contrôle de la Campagne électorale en vue de l'Élection Présidentielle
Colo. Rev. Stat.	Colorado Reviewed Statutes
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
Cour.EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv.EDH	Convention Européenne des Droits de l'Homme
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
<i>EJIL</i>	<i>European Journal of international law</i>
<i>FALR</i>	<i>First Amendment Law Review</i>
FARA	Foreign Agents Registration Act
<i>Fla. L. Rev.</i>	<i>Florida Law Review</i>
Fla. Stat.	Florida Statutes
<i>Fordham L. Rev.</i>	<i>Fordham Law Review</i>
GA Code	Georgia Code
H.R.	House of Representatives
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hastings L. J.</i>	<i>Hastings Law Journal</i>
<i>Ind. L.J.</i>	<i>Indiana Law Journal</i>
<i>J. Civ. L. Stud.</i>	<i>Journal of civil law studies</i>
<i>J. Econ. Perspect.</i>	<i>Journal of Economic Perspectives</i>
KS Stat.	Kansas Statutes
LA Rev. Stat.	Louisiana Revised Statutes
<i>La. L. Rev.</i>	<i>Louisiana Law Review</i>
LCEN	Loi dans la Confiance pour l'Économie Numérique
Mass. Gen. Laws	Massachusetts General Laws
<i>Md. L. Rev.</i>	<i>Maryland Law Review</i>
Mich. Comp. Laws	Michigan Compiled Laws
<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
Miss. Code	Mississippi Code
<i>Mont. L. Rev.</i>	<i>Montana Law Review</i>
N.D. cent. Code	North Dakota Century Code
<i>N.Y.U Rev. L. &amp; Soc. Change</i>	<i>New York University Law Review &amp; Social Change</i>
<i>Notre Dame L. Rev.</i>	<i>Notre Dame Law Review</i>
<i>Ohio N.U. L. Rev.</i>	<i>Ohio northern University law review</i>
<i>Okla. City U. L. Rev.</i>	<i>Oklahoma City University Law Review</i>

PIDCP	Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques
R.D.I.D.C.	Revue de droit international et de droit comparé
R.I.S.	Revue internationale et stratégique
RDLF	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP	Revue de droit public
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJO	Revue juridique de l'Ouest
RTDH	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
<i>S.M.U. L. Rev.</i>	<i>Southern Methodist University Law Review</i>
TGI Paris	Tribunal de Grande Instance de Paris
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>U. Cin. L. Rev.</i>	<i>University of Cincinnati Law Review</i>
<i>U. Dayton L. Rev.</i>	<i>University of Dayton Law Review</i>
<i>U. Miami Inter-Am. L. Rev.</i>	<i>University of Miami Inter-American Law review</i>
<i>U. PA. J. Const. L.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law</i>
<i>U. Pa. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Law Review</i>
U.S.C.	United States Code
<i>UCLA L. Rev.</i>	<i>University of California Law Review</i>
<i>UMKC L. Rev.</i>	<i>UMKC Law Review</i>
<i>Vand. L. Rev.</i>	<i>Vanderbilt Law Review</i>
W. Va. Code	West Virginia Code
Wis. Stat.	Wisconsin Statutes
<i>Wm. &amp; Mary L. Rev.</i>	<i>William &amp; Mary Law Review</i>
<i>Yale J.L. &amp; Human.</i>	<i>Yale Journal of Law &amp; The Humanities</i>
<i>Yale L. J.</i>	<i>Yale Law Journal</i>

## **MODE DE CITATION DES DECISIONS**

### **Cour suprême des États-Unis**

*Nom des parties*, numéro du volume, U.S., page, (année).

### **Conseil constitutionnel**

Cons. Const., date, numéro de la décision, *nom de la décision*.

Types de décisions :

AN/SEN : Élections à l'Assemblée nationale et Sénat.

PR : Élection du Président de la République.

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité.

DC : Contrôle de constitutionnalité des lois.

### **Cour européenne des droits de l'homme**

Cour.EDH, date de la décision, *nom des parties*.

---

## INTRODUCTION

---

*« Pour protéger nos démocraties, nous devons combattre le virus des fake news<sup>1</sup>, des informations fallacieuses, qui se propage et expose nos populations à des craintes irrationnelles et à des risques imaginaires. Et permettez-moi d'employer ce terme de « fake news », dont je reconnais l'origine, particulièrement ici. Là où la raison et la confiance sont absentes, il ne peut y avoir de vraie démocratie, car la démocratie est faite de choix éclairés et de décisions rationnelles. La corruption de l'information est une tentative de nuire à l'esprit même de nos démocraties. »<sup>2</sup>*

Invité à s'exprimer devant le Congrès à Washington D.C, le président de la République Emmanuel Macron manifestait sa volonté de lutter contre un phénomène qui a connu une ampleur sans précédent lors des élections présidentielles françaises et américaines de 2016 et 2017 : celui de la propagation massive de fausses informations au travers des moyens de communication. Quelques mois avant l'élection de Donald Trump à la Maison Blanche, c'est le Royaume-Uni qui était touché. La campagne qui a précédé le *referendum* relatif au *Brexit* a été impactée de telle sorte que l'année 2016 fut finalement celle dite des « fake news »<sup>3</sup>. Des deux côtés de l'Atlantique, un flot discontinu de mensonges a été véhiculé à la fois par les candidats mais aussi par les militants pour nuire à leurs adversaires politiques, s'arroger des mérites inexistantes ou simplement déformer la réalité. Il est ainsi reproché au Président Trump d'avoir fait 6420 déclarations fausses en l'espace de deux ans, incluant l'époque où il était candidat<sup>4</sup>, prétextant par exemple qu'il avait vu de ses propres yeux les tours jumelles

---

<sup>1</sup> L'expression « fausses informations » ou « fausses nouvelles » sera préférée à l'usage du terme « *fake-news* ». S'il pouvait autrefois désigner particulièrement les fausses informations, son usage massif et répété de la part des autorités politiques l'a dénué de son sens et de sa portée, à tel point qu'il est aujourd'hui un mot galvaudé davantage employé pour entretenir une défiance envers la presse que pour la protéger. Les expressions françaises précitées sont plus neutres. Prévu pour remplacer cette expression anglo-saxonne, le terme « d'infox », issu de la recommandation sur les équivalents français à donner à l'expression « *fake news* » publiée au journal officiel le 4 octobre 2018 (n°0229 du 4 octobre 2018, texte n°113), véhicule un sens plus satisfaisant en ce qu'il se rapproche de la définition choisie dans le cadre de cette étude. Néanmoins au regard de son absence dans les textes juridiques, ce terme ne sera pas employé.

<sup>2</sup> Emmanuel MACRON, Discours du président de la République devant le Congrès des États-Unis d'Amérique, 25 avril 2018, *Elysée.fr*, URL : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/04/25/discours-demmanuel-macron-devant-le-congres-des-etats-unis-damerique>.

<sup>3</sup> Angie HOLAN, "The media's definition of fake news vs. Donald Trump's", *FALR*, Volume 16, 2017, p.122.

<sup>4</sup> Meg KELLY, Glenn KESLER, Salvador RIZZO, "President Trump has made 6420 false or misleading claims over 649 days", *Washington Post*, 2 novembre 2018. URL:

s'effondrer ou que le Gouvernement mexicain encourageait des criminels à franchir la frontière<sup>5</sup>. La candidate Clinton s'était elle-même essayée à l'exercice<sup>6</sup>, preuve que la pratique transcende les partis. Le même phénomène s'est répandu en France<sup>7</sup> puisque le candidat Macron avait par exemple été accusé d'évasion fiscale à la suite d'un piratage informatique<sup>8</sup>. Les mensonges ne sont pas réservés aux candidats ou à leur base militante, ils sont aussi propagés par les citoyens, agissant en leur nom propre ou en celui d'États étrangers. A cet égard, la Russie aurait joué un rôle crucial dans la propagation des fausses nouvelles en France<sup>9</sup> comme aux États-Unis<sup>10</sup> sans qu'aucune certitude ne puisse toutefois être établie.

Propager des fausses nouvelles en période d'élections n'est en soi pas une nouveauté. On en retrouve en effet des traces dans l'Antiquité<sup>11</sup> et l'Empire Romain où elles étaient utilisées dans le but de nuire à la réputation d'adversaires politiques et *in fine* d'obtenir le pouvoir<sup>12</sup>. Avec l'invention de l'imprimerie au XV<sup>ème</sup> siècle, la propagation des fausses informations s'est facilitée, amplifiée, jusqu'à atteindre un public bien plus large que par le passé<sup>13</sup>. C'est ainsi que Thomas Jefferson, Andrew Jackson ou encore Abraham Lincoln ont fait l'objet de campagnes calomnieuses lorsqu'ils étaient candidats<sup>14</sup> et dès 1907, une « épidémie de fausses

---

<https://www.washingtonpost.com/politics/2018/11/02/president-trump-has-made-false-or-misleading-claims-over-days/>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>5</sup> Angie DROBNIC HOLAN & Linda OIU, «2015 Lie of the year: the campaign misstatements of Donald Trump», *Politifact.com*, URL: <https://perma.cc/62ZC-6BKN>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>6</sup> Lauren CAROLL, «Hillary Clinton's top 10 most misleading claims», *Politifact.com*, 27 octobre 2016. URL : <https://www.politifact.com/article/2016/oct/27/hillary-clintons-top-10-most-misleading-claims/>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>7</sup> Adrien SENECA, « Présidentielle : les immigrés, les médias, et Macron, cibles privilégiées des intox », *Le Monde*, 29 mars 2017. URL : [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/29/presidentielle-les-immigres-les-medias-et-macron-cibles-privilegiees-des-intox\\_5102894\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/29/presidentielle-les-immigres-les-medias-et-macron-cibles-privilegiees-des-intox_5102894_4355770.html). Consulté le 7 mars 2020.

<sup>8</sup> « Rumeur sur un prétendu compte offshore aux Bahamas : Macron contre-attaque », *Le Monde*, 4 mai 2017, URL : [https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore\\_5122300\\_4854003.html](https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore_5122300_4854003.html). Consulté le 5 mai 2020.

<sup>9</sup> Martin UNTERSINGER, « Les preuves de l'ingérence russe dans la campagne de Macron en 2017 », *Le Monde*, 6 décembre 2019. URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/12/06/macronleaks-des-hackers-d-etat-russes-ont-bien-verse-la-campagne-presidentielle-de-2017\\_6021987\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/12/06/macronleaks-des-hackers-d-etat-russes-ont-bien-verse-la-campagne-presidentielle-de-2017_6021987_4408996.html). Consulté le 5 mai 2020.

<sup>10</sup> Mary-Clare JALONICK & Eric TUCKER, «Bipartisan Senate Report Backs Assessment That Russia Interfered in the 2016 Presidential Election», *Time.com*, 21 avril 2020. URL : <https://time.com/5825061/senate-report-russia-interference/>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>11</sup> Robert DARTON, « On retrouve tout au long de l'histoire l'équivalent de l'épidémie actuelle de fake news », *Le Monde*, 20 février 2017. URL : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/20/la-longue-histoire-des-fake-news\\_5082215\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/20/la-longue-histoire-des-fake-news_5082215_3232.html). Consulté le 5 mai 2020.

<sup>12</sup> Julie POSETTI, Alice MATTHEWS, «A short guide to the history of fake news and disinformation: a learning module for journalists and journalism educators», *International Center for Journalists*, Juillet 2018, p.1.

<sup>13</sup> Jacob SOLL, «The long and brutal history of fake news», *Politico Magazine*, 18 décembre 2016. URL: <https://www.politico.com/magazine/story/2016/12/fake-news-history-long-violent-214535>. Consulté le 4 mai 2020.

<sup>14</sup> Lors de l'élection de 1800, il était reproché à Thomas Jefferson de vouloir « mettre en place une Nation ou le meurtre, le viol, l'adultère et l'inceste seraient enseignés et pratiqués librement ». Abraham Lincoln était quant à lui accusé d'être un « alcoolique ». Voir. Rick UNGAR, «The dirtiest presidential campaign ever? Not even close»,

informations » à l'encontre de William McKinley circulait dans les journaux<sup>15</sup>. S'il arrive que leur influence soit limitée, faute de remplir l'objectif visé, elles peuvent parfois avoir des conséquences dramatiques<sup>16</sup>. Puisqu'elle est « aussi ancienne que le Gouvernement des Hommes »<sup>17</sup>, il nous faut nous intéresser non pas à l'existence-même de cette pratique mais à son impact sur les élections, renforcé par les nouveaux modes de communication qui ont permis au mensonge politique de gagner une « systématisme et une diffusion dont il n'aurait osé rêver »<sup>18</sup>.

Les difficultés terminologiques que soulève ce sujet nous imposent de faire preuve d'une grande vigilance et de rigueur. La notion de « fausses informations » est en effet difficile à définir. Interprétée de manière trop large, elle impliquerait de s'intéresser à toute sorte de mensonge, qu'il s'agisse du délit de diffamation ou de la simple erreur dénuée d'intention. Cela aurait aussi pour effet d'englober les propos simplement exagérés ou humoristiques. D'un autre côté, envisager la notion d'une manière trop étroite complexifierait la qualification juridique des faits, ce qui rendrait inefficace les mesures adoptées et impacterait la comparaison que l'on se propose d'établir. Il résulte des diverses définitions avancées que constituent des fausses informations celles qui sont « volontairement truquées, falsifiées ou trompeuses »<sup>19</sup>. Elles peuvent être « intentionnelles ou non, émaner d'entreprises ou de personnes physiques sur les réseaux sociaux ou plus largement sur internet »<sup>20</sup>. Il peut également s'agir des informations propagées dans « un but intentionnel et dont la fausseté est vérifiable »<sup>21</sup>. L'article L.163-2 du

---

*Forbes*, 20 août 2012. URL: <https://www.forbes.com/sites/rickungar/2012/08/20/the-dirtiest-presidential-campaign-ever-not-even-close/#310133f73d84>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>15</sup> Adrienne LAFRANCE, « How the fake news crisis of 1896 explains Trump », *The Atlantic.com*, 19 Janvier 2017. URL: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/01/the-fake-news-crisis-120-years-ago/513710/>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>16</sup> En France, la campagne de dénigrement mensongère à l'encontre du Ministre de l'Intérieur Roger Salengro le poussera au suicide. Voir. Catherine MORIN-DESAILLY, « Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la lutte contre la manipulation de l'information », Rapport n°677 (2017-2018), *Sénat*, 18 juillet 2018, p.12.

<sup>17</sup> Jean-Noël JEANNENEY, « L'histoire vraie des fausses nouvelles », *France Culture*, 1<sup>er</sup> avril 2017. URL : <https://www.franceculture.fr/emissions/concordance-des-temps/lhistoire-vraie-des-fausses-nouvelles-1>. Consulté le 5 mai 2020.

<sup>18</sup> Jean-Jacques COURTINE, « Le mentir vrai », in. Jonathan SWIFT, *L'art du mensonge politique*, Jérôme Million, 2011, p.12.

<sup>19</sup> Patrick TROUDE-CHASTENET, « Fake news et post-vérité, de l'extension de la propagande au Royaume-Uni, aux États-Unis et en France », *Quaderni*, Éditions de la maison des sciences de l'homme, n°96, 2018, p.88.

<sup>20</sup> Walid CHAIEHLOUJ, « Fake news et droit de la concurrence : réflexions au prisme des cas Facebook et Google », *RIDE*, 2018, n°1, p.18 cité par Myriam QUEMENER in. « Fake news, infox, quelles réponses juridiques ? », *Dalloz*, IP/IT, 2019, p.178.

<sup>21</sup> Hunt ALLCOTT and Matthew GENTZKOW, « Social media and fake news in the 2016 election », *J. Econ. Perspect*, Volume 31, n°2, 2017, p.213. « We define "fake news" to be news articles that are intentionally and verifiably false, and could mislead readers ».

code électoral tel qu'il résulte de la loi relative à la manipulation de l'information<sup>22</sup> dispose que les fausses informations sont des « allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir, diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne ». Ce sont en définitive « les informations fausses, inexactes ou trompeuses, destinées et partagées intentionnellement pour causer un préjudice public ou pour en tirer un profit »<sup>23</sup>, notamment grâce aux « clics »<sup>24</sup>. Puisque notre étude porte sur la période électorale, cette définition semble la plus appropriée. Elle regroupe en effet les critères de la fausseté des informations, de l'intentionnalité de leur propagation mais aussi et surtout, la volonté de nuire au scrutin. Ce faisceau d'indices est au cœur des mesures prises par ces deux États pour lutter contre leur prolifération. Ce sera donc celle qui sera retenue.

La notion « d'élection » étant trop large, elle doit être délimitée. Elle est entendue comme un « mode de nomination des titulaires de certaines fonctions publiques »<sup>25</sup> qui s'exprime au travers du « choix pour les citoyens de certains d'entre eux pour la conduite des affaires publiques »<sup>26</sup>. Cette définition sera retenue sans prise en compte toutefois du mode de scrutin. Par exemple, l'expression « élections générales » reprise dans la loi française précitée se définit normalement comme « le renouvellement général de tous les membres lors de la même séquence électorale »<sup>27</sup>, contrairement aux élections dites « partielles » lors desquelles « seule une partie est élue à la même date »<sup>28</sup>. Pourtant, il apparaît à la lumière des débats parlementaires que ces dispositions ont en fait vocation à s'appliquer aux élections à portée nationale<sup>29</sup>. Cela inclut donc les élections présidentielles, législatives, européennes et

---

<sup>22</sup> Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

<sup>23</sup> HIGH-LEVEL GROUP ON FAKE NEWS AND ON ONLINE INFORMATION, « A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent high-level group on fake news and online disinformation », *Commission européenne*, 2018, p.11. « *The present Report addresses all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit* ».

<sup>24</sup> CLAY CALVERT, STÉPHANIE MCNEFF, AUSTIN VINING, SEBASTIAN ZARATE, « Fake news and the first amendment, reconciling a disconnect between theory and doctrine, » *U. Cin. L. Rev*, Volume 86, Issue 1, article 3, *Revue* 99, 2018, p.103. « *When narrowly defined, 'fake news' means a made-up story with an intention to deceive, often geared toward getting clicks* ».

<sup>25</sup> Pierre AVRIL, Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je ?, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2014, p.48.

<sup>26</sup> Serge GUINCHARD, Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, p.432.

<sup>27</sup> Armel LE DIVELLE, Michel DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 11<sup>ème</sup> édition, 2017, p.151.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Naïma MOUTCHOU, « Avis fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi relative à la lutte contre les fausses informations (n°799) », *Assemblée Nationale*, 25 mai 2018.

paradoxalement les élections sénatoriales<sup>30</sup>. Les scrutins locaux sont donc exclus du champ d'application du texte. Ce dernier critère n'est pas satisfaisant pour deux raisons. D'abord, parce que les jurisprudences relatives aux fausses informations en période électorale concernent pour la plupart des élections locales. De plus, s'il est aisé d'établir une typologie des élections auxquelles les citoyens français sont convoqués, tel n'est pas le cas aux États-Unis. A l'échelon local, de l'État fédéré et au niveau fédéral, les États-Uniens élisent les membres du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire<sup>31</sup>. Il en résulte un très grand nombre de scrutins qui, faute de concerner des fonctions politiques, n'intéressent pas notre propos. Cette étude ne se focalisera donc que sur les élections politiques<sup>32</sup>, indépendamment du mode de scrutin et de leur portée géographique. Mais là encore, on voit poindre une autre difficulté qui est celle de la délimitation de la « période électorale ».

En France, les dispositions de l'article L.163-2 du code électoral sont éclairantes puisqu'elles ne peuvent être appliquées que dans un temps donné. Elles s'étendent ainsi dans 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 ». Ce délai ne soulevant pas de difficultés particulières, c'est celui-là qui sera retenu pour qualifier la notion de « période électorale » en France. Aux États-Unis néanmoins, il est difficile de la délimiter. Qu'il s'agisse des primaires, des élections présidentielles ou des *midterms*, il se dégage l'impression que le pays connaît sans cesse des campagnes électorales. Nous ferons donc démarrer la période électorale aux États-Unis à partir du moment où un candidat aura annoncé son intention de se présenter à une élection pour l'interrompre lors de la proclamation des résultats.

Le contexte électoral est sans nul doute celui qui est le plus touché par les fausses informations car plus que jamais, les réseaux sociaux sont primordiaux « toute tentative de conquête du pouvoir »<sup>33</sup>. Les fausses informations semblent fonctionner de telle manière qu'elles peuvent influencer sur le dénouement du scrutin. On estime par exemple qu'au regard du faible écart entre Hillary Clinton et Donald Trump en 2016, leur impact aurait été suffisant pour

---

<sup>30</sup> Un renouvellement de la moitié du Sénat a lieu tous les 3 ans depuis la loi organique n°2003-696 du 30 juillet 2003 portant réforme de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat. On ne peut dès lors parler d'élections générales mais bien d'élections partielles.

<sup>31</sup> Elisabeth ZOLLER, « La candidature à la maison blanche », *Pouvoirs*, n°138, 2011, p.107.

<sup>32</sup> Le terme de « politique » est ici à comprendre comme « tout ce qui trait au Gouvernement de la société dans son ensemble ». Olivier NAY, *Lexique de sciences politiques*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2017, p. 463. Cela implique par exemple donc d'exclure les élections relatives au pouvoir judiciaire (juges, procureurs...).

<sup>33</sup> Idris FASSASSI, « Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Lextenso, n°57, 2017, p.69.

la priver de la victoire au collège électoral<sup>34</sup> (cette théorie est néanmoins remise en cause<sup>35</sup>). Parce qu'il est reproché aux fausses nouvelles de nuire au débat public<sup>36</sup> et au final, à l'intégrité de l'élection<sup>37</sup>, la France et les États-Unis ont mis en place des outils pour limiter leur propagation. Mais les deux États se heurtent au principe de la liberté d'expression. Sur les deux rives de l'Atlantique, la liberté d'expression est considérée comme une liberté fondamentale. Elle s'exprime au travers de l'obligation faite par l'État de respecter les croyances et opinions personnelles et plus globalement, de garantir la possibilité pour chacun de s'exprimer, sans craindre d'être poursuivi. La conception de la liberté d'expression n'est cependant pas la même dans les deux pays, ce qui explique que le degré de protection qui lui est accordé soit moins fort ou moins élevé.

En France, elle est une « liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »<sup>38</sup>. Elle est proclamée au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont la valeur est constitutionnelle<sup>39</sup>. Le texte prévoit ainsi 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 »<sup>40</sup>. En conséquence, « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi »<sup>41</sup>. La France étant partie au Conseil de l'Europe, elle doit également respecter la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 10 stipule que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». À noter toutefois que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités,

---

<sup>34</sup> Richard GUNTHER, Paul A. BECK, Eric C. NISBET, "Fake news may have contributed to Trump 2016's victory", *Ohio State University*, 2018, p.1.

<sup>35</sup> Andrew GUESS, Brenda NYHAN, Jason REIFLER, "Selective exposure to misinformation: Evidences of the consumption of fake news during the 2016 US presidential campaign", 2018.

<sup>36</sup> Ari Ezra WALDMAN, "The marketplace of fake news", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol.20, n°4, 2018, p.850.

<sup>37</sup> William P. MARSHALL, "False campaign speech and the first amendment", *U. Pa. L. Rev.*, vol.153, 2004, p.285.

<sup>38</sup> Cons. Const, 10 et 11 octobre 1984, 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

<sup>39</sup> Cons.Const. 16 juillet 1971, 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*.

<sup>40</sup> Art.11 DDHC.

<sup>41</sup> Art.10 DDHC.

conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi. » Ces articles n'excluent donc pas des limites. Bien que la Cour strasbourgeoise considère que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »<sup>42</sup>, elle ne saurait être utilisée de sorte à aller « à l'encontre des valeurs de la convention »<sup>43</sup>. Il en va ainsi des discours de haine, notamment négationnistes ou antisémites prohibés tant par le juge<sup>44</sup> que par le législateur<sup>45</sup>. Il est d'usage de dire que la différence fondamentale avec les systèmes français et européen est que ce type de discours est davantage protégé outre-Atlantique<sup>46</sup>. La Cour suprême l'a en effet démontré<sup>47</sup> bien qu'elle ait posé des limites<sup>48</sup>. Cela tient au fait que la notion de « dignité » a en Europe une valeur qu'elle n'a pas aux États-Unis, ce qui explique un régime plus répressif<sup>49</sup>.

Aux États-Unis, la liberté d'expression est envisagée comme un contre-pouvoir qui fait obstacle à toute ingérence de l'État, fédéré comme fédéral dans l'esprit des citoyens. Puisque le Gouvernement ne peut pas prétendre gouverner les consciences<sup>50</sup>, le premier amendement inscrit dans le marbre du *Bill of Rights* prévoit que « le congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant son exercice ; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse, ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour une réparation de ses torts »<sup>51</sup>. Son champ d'application est extrêmement large. Il couvre à la fois la liberté de croyance et de religion ainsi que la liberté de la presse et le droit de s'exprimer. La seule lecture du texte ne peut pas elle-seule permettre de comprendre sa portée. La particularité du système juridique américain réside dans le fait que la Constitution, à la fois courte et ancienne, n'a que très peu été modifiée au cours de son histoire. Dans ce contexte, il a fallu en préciser l'étendue et les limites. Les États-Unis ayant hérité de la tradition juridique de *common law*, le juge occupe une place prépondérante dans l'application

---

<sup>42</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

<sup>43</sup> Cour EDH, 20 février 2007, *Pavel Ivanov c. Russie*.

<sup>44</sup> Cour EDH, 20 octobre 2015, *M'Bala M'Bala c. France*.

<sup>45</sup> Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

<sup>46</sup> Karen BIRD, « L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n°46, 2001, p.265.

<sup>47</sup> *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *R. A. V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992), *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

<sup>48</sup> *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

<sup>49</sup> James Q. WHITMAN, « Liberté d'expression et systèmes électoraux : mutations d'une liberté censée être fondamentale », *Jus politicum*, n°4, juillet 2010.

<sup>50</sup> Charles. FRIED, « Liberté d'expression, liberté de pensée, libertés hors du droit ? Deux décisions controversées de la Cour Suprême des États-Unis », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Lextenso, n°36, 2012, p.159.

<sup>51</sup> Stéphane RIALS, Julien BOUDON, *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je ? PUF, 15ème édition, 2015, pp.45-46.

de la loi et dans l'interprétation<sup>52</sup> de la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité « diffus » permet aux tribunaux de tous les niveaux d'écarter une loi du litige s'ils la considèrent contraire à la Constitution. C'est néanmoins la Cour suprême qui a joué un rôle fondamental dans la construction du droit à la liberté d'expression tel qu'on le connaît aujourd'hui<sup>53</sup>. Depuis l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803<sup>54</sup>, la Cour suprême interprète « la loi suprême du pays »<sup>55</sup> de telle sorte que « l'idéal traditionnel de liberté des Américains se réalise d'une façon conforme aux besoins de la société d'aujourd'hui »<sup>56</sup>. Très puissante<sup>57</sup>, elle est située au-dessus de toutes les autres cours suprêmes du pays, ses décisions s'appliquant sur l'ensemble du territoire américain tout en ayant valeur de précédents. La conception de la liberté d'expression promue par la Cour est très libérale. D'inspiration millienne et miltonienne, l'idée au cœur de la jurisprudence américaine est qu'il existe un « marché des idées »<sup>58</sup> (*marketplace of ideas*) dans lequel toute opinion, aussi contestable soit-elle, doit être protégée et pouvoir circuler librement parce que contribuant au débat public et plus globalement, au progrès de l'esprit humain. Toutes les catégories de discours ne sont pour autant pas protégées. C'est le cas de l'incitation à la violence, de l'obscénité, la diffamation ou encore de la pédopornographie<sup>59</sup>. En période électorale, il existe une différence majeure entre la France et les États-Unis et qui tient aux règles de financement des campagnes. Alors qu'en France, les dépenses sont plafonnées<sup>60</sup>, la Cour suprême a déclaré qu'elles ne pouvaient être limitées, considérant qu'elles constituaient une forme d'expression couverte par le premier amendement<sup>61</sup>. La littérature à ce sujet est considérable et il ne sera donc pas question de s'intéresser au fond de ces règles. Il sera néanmoins nécessaire de les aborder dans la mesure où elles sont au cœur de la notion

---

<sup>52</sup> Le terme « d'interprétation » est à comprendre comme le fait de « déclarer la signification des mots que la Constitution contient. » *in*. Elisabeth ZOLLER, « Le sens d'une constitution vue par les États-Unis du point de vue des juristes », *Titre VII*, Conseil Constitutionnel, 2018, p.53.

<sup>53</sup> Elisabeth ZOLLER, *La liberté d'expression*, Dalloz, 2016, p.181.

<sup>54</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

<sup>55</sup> Art.V de la Constitution des États-Unis : « *La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays...* »

<sup>56</sup> Michel FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 8ème éd., Dalloz, 2018, p.155.

<sup>57</sup> Elisabeth ZOLLER, « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°5, 1998 ; Elisabeth ZOLLER, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, *Lextenso*, n°33, 2011.

<sup>58</sup> Cette théorie a été dégagée par le juge Oliver Wendell Holmes à l'occasion de son opinion dissidente dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p.630.

<sup>59</sup> Louis W. TOMPROS, Richard A. CRUDO, Alexis PFEIFFER, Rahel BOGHOSSIAN, "The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post-Alvarez, social media obsessed world", *Harvard Journal of Law & technology*, volume 31, n°1, 2017, p.25.

<sup>60</sup> Loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel.

<sup>61</sup> *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010).

d'intégrité électorale. C'est donc davantage sur ses conséquences qu'à ses origines qu'il faudra se pencher.

Le numérique a eu une influence majeure à bien des égards. D'abord, l'accès à l'information s'est démocratisé de manière inimaginable<sup>62</sup>, de sorte que si elle n'était autrefois « valable que dans une bibliothèque de classe mondiale, elle est désormais à la portée d'un doigt sur un téléphone »<sup>63</sup>. On pourrait *a priori* s'en réjouir, dans la mesure où le droit de « produire des informations et d'en disposer est un droit fondamental »<sup>64</sup>. Mais cela a pour conséquence que les citoyens se retrouvent constamment noyés sous des informations dont non seulement ils ne peuvent juger de la véracité, faute d'être suffisamment armés, mais dont ils deviennent également dépendants (« news-junkies »<sup>65</sup>). L'impact des nouveaux moyens de communication sur la liberté d'expression est quant à lui indéniable. Avec deux milliards d'utilisateurs sur *Facebook*, plus d'un milliard sur *YouTube* et presque trois-cents cinquante millions sur *Twitter*<sup>66</sup>, les réseaux sociaux permettent en effet à n'importe quel individu de s'exprimer librement, anonymement, et de voir ses propos être partagés massivement à la vitesse de l'éclair. Et ceci indépendamment de la valeur de l'information. Comme l'a souligné la Cour européenne des droits de l'homme, « la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression »<sup>67</sup>. Le Conseil Constitutionnel considère que la liberté de communication s'exerce également en ligne<sup>68</sup> et qu'internet constitue une modalité de l'exercice de l'article 11 de la DDHC<sup>69</sup>. La Cour suprême

---

<sup>62</sup> MICHIKO KATUKANI, *The death of Truth: notes on falsehood in the age of Trump*, William Collins, 2018, p.35. "Internet not only had democratized information beyond people's wildest imaginings but also was replacing genuine knowledge with "the wisdom of the crowd", dangerously blurring the lines between fact and opinion, informed argument and blustering speculation."

<sup>63</sup> Richard L. HASER, "Cheap speech and what it has done (to American democracy)", *University of California School of Law*, Legal studies research paper series n°2017-38, 2017, p.202. "Information that used to be available only at a world-class library can now be at one's fingertips with a smartphone".

<sup>64</sup> Henri MALER, « Le droit à l'information, ses conditions et ses conséquences », *Savoir/Agir*, n°30, 2014, p.113.

<sup>65</sup> B. BARLETT, *The truth matters: A citizen's guide to separating facts from lies and stopping fake news in its tracks*, Ten Speed Press, 2017, p.9.

<sup>66</sup> MINISTERE DES ARMEES & MINISTERE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGERES, CENTRE D'ANALYSE, DE PREVISION ET DE STRATEGIE DE L'INSTITUT DE RECHERCHE STRATEGIQUE DE L'ECOLE MILITAIRE, « Les manipulations de l'information, un défi pour les démocraties », 2018, p.39.

<sup>67</sup> Cour EDH, 16 juin 2015, *Deffi As c. Estonie* ; Cour.EDH, 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Affaires Cengiz et autres c. Turquie*.

<sup>68</sup> Cons. Const., 3 mars 2009, Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

<sup>69</sup> Cons. Const. 10 juin 2009, Décision n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

quant à elle, a reconnu les « proportions de la révolution de l'Ère Digitale » et parle « d'espace public moderne »<sup>70</sup> pour y appliquer sa jurisprudence classique sur la liberté d'expression,

Face à cela on voit poindre de nombreuses problématiques. Comment lutter efficacement contre les fausses informations alors que la liberté d'expression est en apparence aussi protégée ? Comment garantir des élections saines alors que le droit de s'exprimer constitue l'un des fondements de la démocratie ? Quels pouvoirs accorder au juge alors qu'un simple tweet peut frapper plus fort que son marteau ? Au final, qui doit être l'arbitre de la vérité ? Est-ce le juge en sa qualité de gardien des droits fondamentaux ? Est-ce l'électeur en sa qualité de citoyen ou est-ce l'État en tant que garant du bon fonctionnement des institutions ? Et finalement, ne vaudrait-il pas mieux s'accommoder du problème et laisser faire ?

Répondre à ces questions n'est pas sans difficultés. D'abord, l'absence de conception universelle de la notion de « fausses informations » pourrait ne pas vraiment poser problème s'il s'agissait seulement d'une divergence d'esprit entre deux États. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une différence qui concerne à la fois la France et les États-Unis pris dans leur globalité, mais aussi les États fédérés dans pris leur singularité. Aussi la plus grande difficulté est-elle d'ordre terminologique. Ensuite, notre sujet relève de nombreux domaines du droit dont les plus importants sont le droit électoral et le droit constitutionnel. Cela implique donc de se référer aux jurisprudences des cours suprêmes mais aussi inférieures. Les tribunaux administratifs ont concouru à la fois à l'encadrement de la liberté d'expression mais également à la construction jurisprudentielle du droit électoral, bien qu'en définitive, le Conseil constitutionnel soit juge unique de l'élection<sup>71</sup>. Aux États-Unis, de nombreuses affaires relatives à la lutte contre les fausses informations n'ont pas eu la primeur d'arriver jusque devant la Cour suprême. Il faudra donc se référer aux arrêts rendus par les cours inférieures. Cet élément, ajouté à l'absence de lois fédérales venant encadrer la lutte contre les fausses informations, rend complexe la comparaison. Si l'on peut élaborer une vision nationale du traitement de ce phénomène en France, il faut faire preuve de plus de prudence aux États-Unis où il revient davantage aux États fédérés de légiférer dans ce domaine.

---

<sup>70</sup>*Packingham v. North Carolina*, 582 U. S. \_\_\_\_ (2017), p.6. [...] “The Cyber Age is a revolution of historic proportions” [...]

<sup>71</sup> Art.59. Const. ; Cons. Const., 31 juillet 1991, 99-1141/1142/1143/1444/AN, AN Paris (13<sup>ème</sup> circ.).

Une des autres difficultés tient au fait que d'innombrables travaux ont déjà été présentés à ce sujet et la diversité de leurs disciplines (économique, politique, sociologique historique et technologique) illustre qu'il ne peut être pleinement saisi qu'à travers le prisme du droit, *a fortiori* constitutionnel ou électoral et ne pourra jamais être totalement épuisé. Certains domaines scientifiques ne pourront dès lors être occultés dès lors qu'ils facilitent la compréhension du sujet. Comme le disait René David, « le droit ne saurait être entendu sans la connaissance de la société qu'il gouverne ; et dans l'ignorance des manières de se conduire, de penser et de sentir des membres de cette société »<sup>72</sup>. On ne saurait avoir la prétention de posséder ce trousseau de clés intellectuelles dans son intégralité, et ceci d'autant plus que l'absence d'enquête sur le terrain nous fait étudier la question de trop loin. Le regard apporté sur ce sujet, sans être totalement neuf, est à la fois celui d'un juriste à qui il revient d'analyser les problèmes juridiques pour tenter d'en apporter les solutions ; celui d'un utilisateur quotidien des réseaux sociaux sans cesse confronté aux fausses informations et aussi celui d'un citoyen qui s'interroge sur la bonne combinaison entre l'usage de la liberté d'expression et la volonté d'assainissement des élections. Le sujet étant éminemment politique, adopter une neutralité stricte dans l'argumentation constitue une difficulté supplémentaire. Cela implique de sous-peser chaque mot, de faire attention aux jugements de valeurs et faire preuve de rigueur. Aussi tâcherons nous d'appliquer tout au long de notre étude l'honnêteté intellectuelle que revendiquait Alexis de Tocqueville dans *De la Démocratie en Amérique* lorsqu'il affirmait : « je ne sais pas si j'ai réussi à faire connaître ce que j'ai vu en Amérique, mais je suis assuré d'en avoir eu sincèrement le désir et de n'avoir jamais cédé qu'à mon insu, au besoin d'adapter les faits aux idées, au lieu de soumettre les idées aux faits »<sup>73</sup>.

Bien que cette étude porte sur la France et les États-Unis, l'aspect global du phénomène des fausses informations nous imposera de faire quelques détours au sein des systèmes juridiques d'autres États dans le monde et plus particulièrement dans l'Union Européenne. La lutte contre les fausses informations ne peut en effet être réduite à un sujet à portée nationale. L'ampleur de leur diffusion et l'absence de frontières sur le monde digital leur confère bel et bien une dimension internationale. Ces références seront limitées et soulevées uniquement lorsqu'elles permettront de mieux percevoir les points communs ou les différences.

---

<sup>72</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950, p.17 cité par Pierre LEGRAND in. *Le droit comparé*, Que sais-je ? , PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2011, p.9.

<sup>73</sup> Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Tome 1, Folio, 1986, p.51.

Un tel sujet se serait volontiers prêté à l'utilisation de différentes méthodes de droit comparé. Eu égard à l'importance du contexte, l'on aurait pu adopter une méthode dite culturelle, qui consiste à « comparer les cultures plutôt que les règles »<sup>74</sup>. C'est au final la méthode dite « fonctionnelle » qui sera retenue. Car à supposer, comme le disait Rabel, que « les seules choses comparables dans le droit sont celles qui remplissent les mêmes fonctions »<sup>75</sup>, la comparaison entre la France et les États-Unis est aussi pertinente que légitime. Non seulement ces deux États ont-ils été confrontés à la problématique des fausses informations lors des élections, mais ils ont également choisi d'y répondre par la mise en place de mesures répressives et préventives pour lutter contre leur propagation. La comparaison est également intéressante en ce que ces pays, dont la conception de la liberté d'expression est différente, connaissent les mêmes défauts et problématiques liées à l'application des normes qu'ils ont adoptées, quelle que soit la place qu'elles occupent dans la hiérarchie des normes. La fonction première du droit comparé étant « la compréhension générale »<sup>76</sup>, l'objectif sera de démontrer que ce qui éloigne les États-Unis et la France est aussi ce qui les rapproche.

Selon le Professeur Frederick Schauer, « le phénomène des fausses informations pourrait être la conséquence d'une culture forte de la liberté d'expression, mais ce ne serait certainement pas un phénomène qu'un tel régime pourrait être capable de résoudre »<sup>77</sup>. La tension entre la volonté de l'État de garantir aux citoyens la possibilité de faire un choix éclairé et de préserver l'intégrité du scrutin, et le droit de chaque individu de s'exprimer est, dans le contexte électoral, extrêmement élevée. L'objectif de cette comparaison est de montrer comment ces deux États tentent d'y remédier. Dans ce contexte, il faut se demander dans quelles mesures la lutte contre les fausses informations en période électorale en France et aux États-Unis, nécessaire afin de préserver le processus électoral se heurte à une conciliation complexe avec la liberté d'expression, principe au cœur du débat public, et à une insuffisance chronique des mécanismes juridiques dont il résulte que le choix de la répression ne peut être l'ultime solution.

---

<sup>74</sup> Catherine HAQUENAU-MOIZARD, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 1ère édition, 2018, p.13.

<sup>75</sup> Ernst RABEL, cité par Béatrice JALUZOT in. « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *R.D.I.D.C.*, vol.57, n°1, 2005, p. 40.

<sup>76</sup> Ronald Harry GRAVESON, « L'influence du droit compare sur le rapprochement des peuples », *R.D.I.D.C.*, vol.10, n°3, 1958, p.503.

<sup>77</sup> Frank SCHAUER, "Facts and the first amendment", *UCLA L. Rev.*, n°897, 2009, p.932.

Il apparaît en premier lieu que restreindre la liberté d'expression lors des élections peut être légitime précisément parce que cela a pour but de préserver les principes démocratiques inhérents au processus électoral (partie 1). Malgré cela, ces tentatives se heurtent à la liberté d'expression qui dans ce contexte-même, revêt une dimension fondamentale qui *de facto* fait obstacle à l'application d'un régime répressif (partie 2).

---

## **PARTIE 1. LA LUTTE CONTRE LA MANIPULATION DE L'INFORMATION : UNE PROTECTION NÉCESSAIRE DES ÉLECTIONS**

---

La lutte contre les fausses informations est un enjeu majeur pour la France et les États-Unis, deux États affectés par les tentatives nombreuses et successives de nuire aux scrutins, amplifiées par les nouveaux moyens de communication et les nouvelles technologies. Conséquence logique de ces attaques, c'est le principe même de démocratie qui est remis en cause en ce que ce sont directement les élections qui sont visées. Il faut dès lors s'intéresser à l'impact des fausses informations sur le processus électoral. Ces éléments auraient volontiers trouvé leur place en introduction mais ils sont cependant à ce point fondamentaux que l'on ne pouvait les utiliser à seule fin de contextualisation. Leur développement permet de mieux comprendre les réponses apportées par la France et les États-Unis car on ne peut se demander comment ils ont choisi de répondre à cette problématique si l'on ne sait pas pourquoi.

Dans ce contexte, on s'aperçoit que l'influence de ce phénomène des deux côtés de l'Atlantique est semblable. C'est pourquoi il a été décidé dans les deux pays de mettre en place des mécanismes juridiques pour tenter d'y faire face. Ils se heurtent toutefois à de nombreuses difficultés qui sont celles de la délimitation de la notion de fausse information et la détermination de l'impact sur le scrutin. Si ce principe demeure fondamental, les restrictions imposées dans ce cadre apparaissent comme légitimes (chapitre 1). Toutefois, ces limitations, aussi nécessaires soient-elles, s'expriment au travers de tout un arsenal répressif qui n'est pas à la hauteur des ambitions qu'il se prêle (chapitre II). Les mesures déployées en France et aux États-Unis sont en effet diverses dans leurs dispositions mais quasi-identiques dans les problèmes liés à leur application.

## **CHAPITRE 1. LA LÉGITIMATION DES RESTRICTIONS APPORTÉES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION**

---

En ce qu'il est exceptionnel, le contexte électoral peut légitimer que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression<sup>78</sup>. Les fausses informations portent en effet une atteinte aux principes mêmes de la démocratie parmi lesquels la capacité d'un Peuple à choisir pour lui-même ses représentants sans que sa décision ne soit orientée (section 1). Les élections n'ont rien d'ordinaire et nécessitent une protection supplémentaire et renforcée. Il faut donc préserver les grands principes qui composent le droit électoral (section 2).

### **SECTION 1. L'IMPACT DE LA MANIPULATION DE L'INFORMATION SUR LA DEMOCRATIE**

Il faut le dire d'emblée, il n'existe pas de consensus scientifique sur l'impact que peut avoir la diffusion massive de fausses informations sur le résultat du scrutin<sup>79</sup>. En tout état de cause, la doctrine semble dans un élan quasi-majoritaire affirmer qu'elles portent atteinte à la démocratie. Elles affectent d'abord les citoyens à qui il revient comme nous l'avons déjà dit, de distinguer le vrai du faux, tâche difficile tant le champ de bataille informationnel est grand et périlleux. Pris dans sa dimension d'électeur, ce qui sera fait en l'espèce, il lui incombe de faire des choix éclairés qui impliquent sa vie et celles des autres. On ne peut dans ce contexte qu'approuver l'idée selon laquelle l'influence des fausses informations peut être négative (paragraphe 1). Cette problématique s'inscrit par ailleurs dans un climat de défiance croissante et incessante envers les organes de presse dont la nature « de chien de garde de la démocratie », promue sur les deux rives de l'Atlantique et en Europe, est remise en cause (paragraphe 2).

---

<sup>78</sup> Geoffrey R. STONE, "Electoral Exceptionalism and the First Amendment: A Road Paved with Good Intentions", *N.Y.U L. Rev. & Soc. Change*, 2011, pp.665-680.

<sup>79</sup> Benedict CAREY, "Fake news: wide reach but little impact, study suggests", *New York Times*, 2 janvier 2018. URL : <https://www.nytimes.com/2018/01/02/health/fake-news-conservative-liberal.html>. Consulté le 17 mai 2020.

## **Paragraphe 1. Une influence négative sur les électeurs**

*« Nous sommes au milieu d'une attaque mondiale contre la démocratie menée sur Internet. Dans la guerre de l'information sur les réseaux sociaux du XXI<sup>e</sup> siècle, la foi en la démocratie est la première victime. »<sup>80</sup>*

En 2017, le New York Times tirait la sonnette d'alarme à propos des conséquences qu'ont les réseaux sociaux et les fausses informations sur la démocratie. Nous l'avons vu, le citoyen se retrouve confronté en période électorale plus qu'en tout autre contexte à un flot massif d'informations qui l'orientent parfois contre son gré dans sa prise de décision. Or, la garantie pour chaque électeur de faire un choix éclairé est une composante fondamentale de la démocratie<sup>81</sup>. Elle suppose que les citoyens disposent des informations nécessaires pour qu'ils puissent en leur âme et conscience, avec des éléments sincères et factuels, exercer l'une des libertés les plus personnelles qui soit : exprimer sa voix au travers des urnes et décider de son futur et par la même celui de son pays. La diffusion de fausses informations dans ce cadre est donc très problématique. Ainsi trompé<sup>82</sup>, ainsi manipulé, l'électeur fait un choix qui, au départ, n'aurait pas forcément été le sien. Ceci est accentué par le fait que lors des campagnes électorales, « les politiques diraient n'importe quoi pour se faire élire »<sup>83</sup>. Si cela a pour effet de ne pas les faire choisir le bon candidat en fonction de leurs idées, cela peut aussi les empêcher de voter. La violence des campagnes électorales et les mensonges qui en résultent peuvent tout simplement rebuter les électeurs, en conséquence de quoi ils ne se rendront pas aux urnes<sup>84</sup>. Dans les deux cas finalement, leur voix est dictée, soit en ce qu'elle est mal orientée (c'est-à-dire à l'opposé de leurs idées), soit qu'elle est mise sous silence. Cela met donc à l'épreuve le système représentatif et la légitimité des élus. Son impact peut être plus important lorsque l'écart des voix entre les candidats est faible<sup>85</sup>. C'est d'ailleurs ce qui sera au cœur de la

---

<sup>80</sup> Siva VAIDHYANATHAN, "Facebook Wins, Democracy Loses", *New York Times*, 8 septembre 2017. URL: <https://www.nytimes.com/2017/09/08/opinion/facebook-winsdemocracy-loses.html> cité par Daniel BAKER et Alvin GOLDMAN in. "Free Speech, Fake News, and Democracy", *FARA*, volume 18, n°1, 2019, p.70.

<sup>81</sup> Cour EDH, 6 septembre 2005, n° 65518/01, *Salov c. Ukraine*.

<sup>82</sup> Ari Ezra WALDMAN, "The Marketplace of Fake News", *op.cit.*, p.849.

<sup>83</sup> James A. GARDNER, *What are campaigns for? The role of persuasion in electoral law and politics*, *op.cit.*, p.1.

<sup>84</sup> Lee GOLDMAN, "False Campaigning Advertising and the Actual Malice Standard", *Tul. L. Rev.*, volume 82, n°3, 2008, p.896.

<sup>85</sup> Jacob ROWBOTTOM, "Lies, manipulation and elections: controlling false campaign statements", *Oxford Journal of legal studies*, vol.32, n.3, 2012, p. 517.

jurisprudence du juge électoral. Qui représente qui et en vertu de quoi ? Dès lors que le résultat est biaisé et la participation des citoyens aux élections affaiblie, c'est une portion du peuple qui est représentée et non pas la totalité<sup>86</sup>. Cela est important en matière d'élections parlementaires, et vital en termes d'élections présidentielles qui rappelons le, sont loin d'être des élections ordinaires<sup>87</sup>. Elles doivent dès lors fait l'objet d'une attention tout particulière et d'une protection supplémentaire.

Comme le Conseil constitutionnel l'a précisé, le scrutin requiert de la « dignité »<sup>88</sup>. La prolifération des fausses informations tire le débat public vers le bas et attise la colère chez les candidats et au sein de l'électorat. A cela il faut ajouter le frein qu'elles peuvent constituer pour quiconque prétendrait à un mandat électif. La peur que la réputation du candidat soit entachée de manière injustifiée et ou qu'il ne dispose pas du temps suffisant pour répondre sont autant d'éléments qui mettent en péril le processus démocratique parce qu'il est dissuadé de se présenter. Le rythme médiatique va *crescendo* et peu d'affaires peuvent faire face à une diffusion si rapide de l'information. La vérification pourra certes être effectuée après-coup mais le mal sera déjà fait. A cela ni le juge, ni l'État, ni le Peuple ne peuvent y faire quelque chose. Le seul moyen serait que la fausse information n'existe pas du tout et ou qu'elle ne soit pas partagée.

En temps normal, l'on aurait tendance à dire qu'il faudrait se tourner vers les journalistes et les organes de presse en ce que leur mission naturelle est de rétablir la vérité en énonçant des faits. Mais plus que jamais, sa nature de « chien de garde » de la démocratie est remise en cause.

## **Paragraphe 2. La remise en cause de la presse en tant que « chien de garde » de la démocratie**

Les enjeux auxquels la presse est confrontée sont multiples. En premier lieu, elle fait l'objet d'une défiance croissante de la part des citoyens. Selon une étude menée par Reuters en 2019, 24% des Français auraient confiance dans les organes de presse, ce qui en fait le taux le

---

<sup>86</sup> Gerald G. ASHDOWN, "Distorting democracy: campaign lies in the 21<sup>st</sup> century", *Wm. & Mary L. Rev.*, volume 20, n°4, 2012, p.1085.

<sup>87</sup> *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), p.112.

<sup>88</sup> Cons. Const., 8 mai 2002, 2002-111 PDR, *Décision du 8 mai 2002 portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République.*

plus bas d'Europe<sup>89</sup>. Aux États-Unis, ce chiffre est de 32%<sup>90</sup>. Considérée parfois comme orientée ou comme dissimulant la vérité, son rôle est aujourd'hui remis en cause tant par les acteurs politiques que par les citoyens eux-mêmes. Lors d'un rassemblement avec ses militants en 2016, Donald Trump, alors candidat, faisait une promesse peu commune.

*« Une des choses que je vais faire si je gagne, et j'espère que nous gagnerons. Je vais élargir nos lois sur la diffamation afin que quand ils écrivent des articles volontairement négatifs et horribles et faux, nous pouvons les poursuivre et gagner beaucoup d'argent. On va ouvrir ces lois sur la diffamation. Ainsi, lorsque le New York Times écrit un article à succès qui est une honte totale ou quand le Washington Post, qui est là pour d'autres raisons, écrit un article à succès, nous pourrions les poursuivre et gagner de l'argent au lieu de n'avoir aucune chance de gagner parce qu'ils sont totalement protégés. »<sup>91</sup>*

Si les propos de Donald Trump dénotent, c'est parce qu'en matière de diffamation et de liberté de la presse, l'arrêt *New York v. Sullivan* de 1964<sup>92</sup> rendu par la Cour suprême a constitué une avancée importante en ce qu'il a libéré les journalistes de l'autocensure<sup>93</sup>. Ces paroles de s'annonçaient donc comme précurseurs d'un retour en arrière. Son attitude envers les médias tout au long de son mandat, sans parvenir à réaliser l'objectif qu'il s'était fixé, n'a fait qu'accentuer la fracture entre le Peuple et les journalistes. Mais ce n'est pas le seul problème. Au-delà de cette défiance alimentée à grande échelle, la presse doit aussi faire face à la concurrence car elle n'est plus seule sur le marché des informations. Il lui faut donc s'adapter. Pour ce faire, elle jouit en France (et plus largement en Europe) ainsi qu'aux États-Unis d'une protection particulière (A) mais qui n'est pas absolue. Le contexte l'oblige à faire preuve de prudence et davantage de professionnalisme (B).

---

<sup>89</sup> Richard FLETCHER, Antonis KALOGEROPOULOS, Rasmus K. NIELSEN, Nic NEWMAN, "Reuters institute digital news report 2019", *Reuters Institute*, 2019, p.84.

<sup>90</sup> *Idem.* p. 119.

<sup>91</sup> Habas GOLD, "Donald Trump: We're going to 'open up' libel laws", *Politico.com*, 26 février 2016. URL: <https://www.politico.com/blogs/on-media/2016/02/donald-trump-libel-laws-219866>. Consulté le 17 mai 2020.

<sup>92</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>93</sup> Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2010, p.352.

## A. Un rôle historiquement défendu des deux côtés de l'Atlantique

La liberté de la presse est consacrée au niveau constitutionnel en France avec l'article 11 de la DDHC et aux États-Unis avec le premier amendement. Sa première rédaction proposée par James Madison disposait qu'elle était un « rempart de la liberté » et à ce titre devait être inviolée »<sup>94</sup>. Bien que cette version n'ait pas été retenue, la garantie offerte par les juges est très importante et la vision de Madison se retrouve pleinement dans l'interprétation qui est faite de la Constitution par les juges. Avec l'arrêt *Gitlow v. New York* de 1925, la Cour suprême a incorporé la *free press clause* au sein des libertés défendues par le quatorzième amendement<sup>95</sup> et a considéré que la distinction qui était faite entre la liberté d'expression et la liberté de la presse « n'était pas un accident mais une reconnaissance du rôle fondamental joué par la presse dans la société américaine »<sup>96</sup>. Les juges Murphy et Frankfurter déclaraient tous deux dans une opinion concordante et dissidente que la liberté de la presse « était au cœur de la démocratie, que sa préservation était essentielle à la survie de la société américaine »<sup>97</sup> et qu'elle était « indispensable »<sup>98</sup>. Aussi divisés soient-ils dans leur raisonnement, les deux juges s'accordaient au moins sur un point : l'importance de la presse dans une démocratie. Mais il ne s'agit pas là d'une vision exclusive aux juges américains.

Comme l'a considéré la Cour européenne des droits de l'homme, la presse est en matière politique un outil démocratique plus que nécessaire, précisant qu'il était du devoir du journaliste de diffuser « les informations et idées sur les questions débattues dans l'arène politique »<sup>99</sup> et que la liberté de la presse « fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants »<sup>100</sup>. Son rôle est donc primordial en ce que c'est elle qui fournit aux citoyens les moyens d'avoir une opinion éclairée le jour du scrutin. Selon le Professeur Zoller, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fortement inspirée de la jurisprudence de la Cour suprême pour défendre la liberté de la presse<sup>101</sup>. Chez les juges de Strasbourg comme chez ceux de Washington D.C, la presse est considérée comme un « chien

---

<sup>94</sup> David S. Bogen, "The origins of freedom of speech and press", *Md. L. Rev.*, volume 42, 1983, p.445.

<sup>95</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), p.268.

<sup>96</sup> *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978), p.17.

<sup>97</sup> *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947), opinion concordante de Frank MURPHY, p.414.

<sup>98</sup> *Idem*. Opinion dissidente du juge Felix Frankfurter, p.384.

<sup>99</sup> Cour.Edh, 8 juillet 1996, *Lingens c. Autriche*, §41.

<sup>100</sup> *Idem*. §42.

<sup>101</sup> Elisabeth ZOLLER, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, n°112, 2008, p.28.

de garde »<sup>102</sup> (« *watchdog* ») et la Convention offre à la liberté de la presse comme le premier amendement une très grande force<sup>103</sup>, les juges arguant de ce qu'il n'était pas nécessaire que les journalistes prouvent l'exactitude de leurs informations<sup>104</sup>.

Mais cette liberté de la presse implique des responsabilités toutes aussi importantes que la protection qui lui est accordée.

### B. L'ajout d'obligations supplémentaires provoquées par le contexte

L'article 10 de la Convention ne peut s'appliquer à la presse que si elle a fait preuve de déontologie journalistique<sup>105</sup>. C'est ce qui ressort de la jurisprudence des juges de Strasbourg pour qui la diffusion d'informations sur internet nécessite de la prudence de la part des journalistes. La Cour a en effet considéré que « la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les comptes rendus sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises dans le respect de la déontologie journalistique »<sup>106</sup>.

Lorsque les « *Macron Leaks* » ont été divulgués deux jours avant le second tour des élections présidentielles, la Commission nationale de contrôle de la campagne électorale (CNCCEP) invitait « l'ensemble des acteurs présents sur les sites internet et les réseaux sociaux, au premier chef les médias, mais également tous les citoyens, à faire preuve d'esprit de responsabilité et à ne pas relayer ces contenus, afin de ne pas altérer la sincérité du scrutin » au motif que les informations divulguées, au-delà du fait qu'elles aient été obtenus illégalement, étaient « mêlées de fausses informations »<sup>107</sup>. C'est donc une lourde tâche qui repose sur les épaules de la presse, chargée de trouver la vérité dans une société qui semble-t-il, ne lui accorde plus vraiment de valeur.

---

<sup>102</sup> Cour EDH, 5 mai 2011, *Comité De Rédaction De Pravoye Delo et Shtekel C. Ukraine*, §64.

<sup>103</sup> Bertrand de LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°36, 2012.

<sup>104</sup> Cour EDH, 25 juin 1992, *Horgeir Thorgeirson c. Islande*, §65.

<sup>105</sup> F. TREGUER, « Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2013, n°13, p.7.

<sup>106</sup> Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, §103.

<sup>107</sup> CNCCEP, Communiqué de presse, « Suites de l'attaque informatique qu'a subie l'équipe de campagne de M. Macron », 6 mai 2017. URL : <http://www.cnccep.fr/communiqués/cp15.html>. Consulté le 18 mai 2020.

L'impact des fausses informations devait en premier lieu être abordé, sa compréhension étant fondamentale pour l'étude de notre sujet. L'atteinte qu'elles provoquent envers la démocratie ouvre la voie à une restriction de la liberté d'expression que tant les éléments annoncés que la préservation des principes fondamentaux du droit électoral peuvent légitimer.

## **SECTION 2. LA PRESERVATION DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DROIT ELECTORAL**

Les enjeux de la lutte contre les fausses informations sont primordiaux car elles affectent le processus électoral et les principes qui en découlent notamment l'intégrité ou la sincérité du scrutin. Ce qui est également en jeu, c'est la souveraineté des États. La diffusion de ces fausses nouvelles est un moyen pour les puissances étrangères d'infiltrer le jeu démocratique pour tenter de déterminer l'issue du scrutin (paragraphe 1), lequel doit être protégé contre toute atteinte à son intégrité (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Un enjeu de souveraineté : l'ingérence des États dans les élections au travers des fausses informations**

Selon une enquête du Comité du renseignement des États-Unis, la Russie serait directement intervenue dans le processus électoral américain de deux manières : avec le piratage informatique (il ne s'agira ni d'étudier le vol et la divulgation de données car cela demeure bien différent du sujet qu'il nous revient de traiter<sup>108</sup>) et la propagation de fausses informations destinées à orienter le résultat du scrutin, soit par le biais d'organes de presse, soit par le biais d'individus ou d'algorithmes<sup>109</sup>. La France aussi fut touchée lors des élections présidentielles de 2017<sup>110</sup>. Le Président Emmanuel Macron avait directement accusé *Russia Today* et *Sputnik*, deux médias financés par le Gouvernement russe, d'avoir été des organes de propagande mensongère pendant les élections<sup>111</sup>. Il y a alors deux façons d'envisager les réponses

---

<sup>108</sup> Erik BRATTBERG, Tim MAURER, "Russian election interference, Europe's counter to fake news and cyber-attacks", *Carnegie Endowment for International Peace*, rapport, 2018, p.4.

<sup>109</sup> INTELLIGENCE COMMUNITY AGENCY, "Assessing Russian activities and intentions in recent US elections", Rapport, 6 janvier 2017, p.4.

<sup>110</sup> Cf. *supra*. p.2.

<sup>111</sup> Déclaration du président de la République Emmanuel MACRON effectuée le 29 mai 2017 à l'occasion de la rencontre bilatérale avec le Président de la Fédération de Russie Vladimir Poutine.

à l'ingérence des États dans le processus électoral, par le droit international d'abord (A), puis le droit interne ensuite (B).

A. La diffusion de fausses informations en tant qu'ingérence par un État étranger dans le processus électoral et la réponse mitigée du droit international

Certains se sont demandé s'il s'agissait en l'espèce d'une violation du droit international. Dans l'affaire *Nicaragua contre États-Unis d'Amérique*, la Cour Internationale de Justice posait le principe selon lequel la souveraineté repose dans la liberté pour l'État de choisir son système politique, social et économique<sup>112</sup>. La portée n'était néanmoins envisagée que sous l'angle de la coercition. S'appuyant sur le projet d'articles des Nations-Unies sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite qui prévoyait que l'atteinte à la souveraineté d'un État ne pouvait s'entendre de manière uniquement que comme résultant d'un usage de la force, le Professeur Björnstjern estime que la manipulation de l'information afin d'influer sur le choix des électeurs constitue bel et bien une ingérence<sup>113</sup>. Il fonde sa théorie sur le lien entretenu entre l'influence qui est exercée et le choix des citoyens qui en résulte. Envisager la lutte contre les fausses informations sous l'angle du droit international est extrêmement complexe. Car comme le souligne le Professeur susnommé, il est difficile de trouver traces des interventions des États même en prenant en compte le mode de financement des organes de presse. De plus, le risque serait qu'une puissance considère comme fausses toutes nouvelles uniquement parce qu'elles proviennent des autres

La question qui se pose est de savoir si les médias considérés sous influence d'un Gouvernement étranger (qu'ils fassent ou non de la propagande) et les étrangers, peuvent bénéficier de la liberté d'expression, et si l'État peut la limiter dès lors qu'un danger d'altération pèse sur le scrutin. La mise en place par les deux États de mécanismes de droit interne visant à lutter contre les tentatives d'ingérences sur le fondement de la lutte contre les fausses informations nous permettent de répondre par l'affirmative, même si cela demeure très difficile.

---

<sup>112</sup> CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*.

<sup>113</sup> Baade BJÖRNSTJERN, « Fake news and international law », *EJIL*, volume 29, n°4, 2018, p.1364.

## B. La réception limitée du discours étranger en droit interne

En vertu du *National Emergency Act*<sup>114</sup>, le Président Trump a décrété en 2018 que « la capacité des personnes situées en totalité ou en grande partie en dehors des États-Unis d'interférer ou de miner la confiance du public dans les élections américaines [...] par la distribution secrète de propagande et de désinformation constitue une menace inhabituelle et extraordinaire pour la sécurité nationale et la politique étrangère des États-Unis »<sup>115</sup>. L'immixtion des États étrangers dans les élections est là encore loin d'être une nouveauté. Dans une lettre adressée à Thomas Jefferson en 1787, John Adams s'inquiétait déjà de ce que « aussi souvent que les élections se produisent, le danger de l'influence étrangère revient »<sup>116</sup>. La Cour suprême avait-elle même souligné « qu'alors que l'argent est devenu plus important dans le processus électoral, l'on a craint que des citoyens étrangers ne tentent d'influencer le résultat des élections présidentielles<sup>117</sup> ». Aux États-Unis, le barrage contre l'ingérence des États étrangers a surtout été établi en ce qui concerne les règles de financement des campagnes électorales. Rappelons-le, elles constituent une forme d'expression dont la protection est garantie par le premier amendement. Il s'agissait d'ailleurs d'une critique que Barack Obama avait effectuée lors de son discours de l'état de l'Union une semaine après la décision *Citizens United v. Federal Election Commission*, considérant que la décision rendue par les juges de la Cour suprême était une porte d'entrée permettant l'interférence d'entités étrangères dans les élections<sup>118</sup>. La loi fédérale prévoit l'interdiction pour les étrangers d'effectuer des dépenses en vue de soutenir un candidat<sup>119</sup> et certaines mesures ont été adoptées parmi lesquelles la loi dite FARA (*Foreign Agents Registration Act*) qui impose aux « agents étrangers représentant les intérêts d'une puissance étrangère » de déclarer l'étendue de leurs relations avec le Gouvernement pour lequel ils agissent et détaillent l'étendue de leurs finances<sup>120</sup>. *Russia Today*

---

<sup>114</sup> 50 U.S.C. ch. 34 § 1601 et seq.

<sup>115</sup> Executive Order 13848-Imposing Certain Sanctions in the Event of Foreign Interference in a United States, 12 septembre 2018.

<sup>116</sup> Lettre de John ADAMS à destination de Thomas Jefferson, 6 décembre 1787. “*But, as often as Elections happen, the danger of foreign Influence recurs. The less frequently they happen the less danger.*” URL: <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0405>. Consulté le 18 mai 2020.

<sup>117</sup> *Bluman v. FEC*, 565 U.S. 1104 (2012), p.3.

<sup>118</sup> Discours sur l'état de l'Union du Président des États-Unis Barack OBAMA, 27 janvier 2010. “*I don't think American elections should be bankrolled by America's most powerful interests, or worse, by foreign entities*”. URL: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-state-union-address>. Consulté le 18 mai 2020.

<sup>119</sup> 52 USC 30121.

<sup>120</sup> 22 U.S. Code § 611.

avait d'ailleurs été sommée de se déclarer comme telle et s'est exécutée, non sans quelques protestations<sup>121</sup>. Mais la législation FARA souffre d'une histoire contrastée qui lui vaut d'être ni vraiment appliquée ni efficace<sup>122</sup>.

Les règles adoptées par la France à ce propos sont assez nouvelles et trouvent leur origine dans la loi relative à la manipulation de l'information de 2018<sup>123</sup>. Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) se voit ainsi confier des nouveaux pouvoirs fondés pour partie sur « la sauvegarde de l'ordre public, les besoins de la défense nationale ou les intérêts fondamentaux de la Nation, dont le fonctionnement régulier des institutions »<sup>124</sup>. En période électorale, il peut, « s'il constate que le service ayant fait l'objet d'une convention conclue avec une personne morale contrôlée, par un État étranger ou placée sous l'influence de cet État diffuse, de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin, pour faire cesser ce trouble, ordonner la suspension de la diffusion de ce service par tout procédé de communication électronique jusqu'à la fin des opérations de vote »<sup>125</sup>. Le CSA se voit donc attribuer un nouveau « pouvoir de police spécial »<sup>126</sup> et de nouvelles fonctions presque régaliennes. La France et les États-Unis se rejoignent d'ailleurs sur leur relation agitée avec la chaîne *Russia today*, l'antenne française ayant été mise en demeure pour « manquement à l'honnêteté et à la rigueur<sup>127</sup>. »

Conséquence logique de ces éléments, la sincérité et la dignité du scrutin peuvent aussi être impactées par ce type d'ingérence. C'est pourquoi il faut aussi les préserver.

## **Paragraphe 2. L'essentielle garantie de la sincérité et l'intégrité du scrutin**

Dans les deux pays que nous étudions, l'on se rend compte que le fondement des mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre les fausses informations est similaire. Qu'il s'agisse de la « sincérité du scrutin » ou de « l'intégrité électorale », l'objectif est dans les deux

---

<sup>121</sup> « RT contrainte de s'enregistrer comme « agente de l'étranger » aux États-Unis », *Le Monde*, 10 novembre 2017. URL : [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/11/10/rt-contrainte-de-s-enregistrer-comme-agent-de-l-etranger-aux-etats-unis\\_5213063\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/11/10/rt-contrainte-de-s-enregistrer-comme-agent-de-l-etranger-aux-etats-unis_5213063_3222.html). Consulté le 18 mai 2020.

<sup>122</sup> Timothy ZICK, « Territoriality and the First Amendment: Free Speech at - and beyond - Our Borders », *Notre Dame L. Rev.*, volume 85, n°4, 2010, p.1543.

<sup>123</sup> Cons. Const, 20 décembre 2018, 2018-773 DC, *Loi relative à la manipulation de l'information*.

<sup>124</sup> Art. 33-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard).

<sup>125</sup> Idem. Art. 33-1-1.

<sup>126</sup> C.E., Assemblée générale, Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations, 19 avril 2018, n°s 394641-394642, p.11.

<sup>127</sup> CSA, 29 juin 2018, 2018-493, *Décision mettant en demeure la société RT France*.

cas de préserver la bonne tenue des élections et garantir un processus démocratique et juste (A). Néanmoins, les deux pays ne sont pas seulement unis par la reconnaissance de ces principes, ils le sont également par leur faible portée dans la jurisprudence (B).

#### A. Des notions communes au droit électoral français et américain

Proclamée en 1959<sup>128</sup>, la notion de sincérité du scrutin est au cœur du droit électoral français et du contrôle effectué par le juge administratif<sup>129</sup> en ce qui concerne les élections locales, et par le Conseil Constitutionnel pour l'élection du président de la République, des députés et des sénateurs<sup>130</sup>. Pourtant, il n'en existe pas de définition claire et précise. De nature subjective<sup>131</sup>, la sincérité est relative à un « souci de connaître, voire de reconnaître la vérité »<sup>132</sup>. Elle peut être définie en matière électorale comme « le révélateur de la volonté réelle de l'électeur »<sup>133</sup> et permet au final que leur choix puisse être « pris en compte » et que le « système se soit bien déroulé »<sup>134</sup>. Elle regroupe différents grands principes tels que la liberté ou encore le secret du vote<sup>135</sup> et comme l'a remarqué la doctrine<sup>136</sup>, le Conseil constitutionnel a choisi dans sa décision relative à la manipulation de l'information de la lier à l'article 3 de la Constitution qui prévoit que « le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret »<sup>137</sup>. La sincérité jouit donc désormais d'une véritable assise constitutionnelle.

Les décisions relatives aux fausses informations sont rares. Pour la plupart, elles sont fondées sur l'article L.97 du code électoral qui dispose que « 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, seront punis d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15 000 euros »<sup>138</sup>. Le Conseil d'État a par exemple

---

<sup>128</sup> Cons. Const. 6 janvier 1959, 58-75 AN, A.N., *Seine (46ème circ.)*.

<sup>129</sup> Art. L222 et L249 Code électoral.

<sup>130</sup> Art. 58, 59 et 60 de la Constitution de la Vème République, 1958.

<sup>131</sup> Christophe PARENT, « L'office du juge électoral », *RDP*, n°5, 2011, p.1213.

<sup>132</sup> Francis DELPEREE, « Le contentieux électoral en Europe », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003.

<sup>133</sup> Richard GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, 2003.

<sup>134</sup> Richard GHEVONTIAN, « La sincérité du scrutin, études réunies et présentées par Richard Ghevontian », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003.

<sup>135</sup> Richard GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *op.cit.*

<sup>136</sup> Romain RAMBAUD, « Lutter contre la manipulation de l'information », *AJDA*, 2019, p.453.

<sup>137</sup> Art.3 Constitution de la Vème République, 1958.

<sup>138</sup> Art. L.97 Code électoral

invalidé une élection à la suite de la diffusion d'un tract mensonger de nature à altérer la sincérité du scrutin<sup>139</sup> et vient régulièrement se prononcer sur des informations qui induisent les électeurs en erreur<sup>140</sup> (il ne s'agit pas forcément d'erreurs intentionnels). Le Conseil constitutionnel a également annulé des élections, considérant par exemple que des tracts mensongers sur la prise de position d'un groupe politique en vue du second tour<sup>141</sup> ; que l'invocation par un candidat d'un soutien de la part d'un autre candidat dont il ne bénéficie pas<sup>142</sup> ou encore que l'annonce fausse de la mort d'un candidat<sup>143</sup> avaient eu un impact sur le dénouement du scrutin. Les juges du Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ne sont pas les seuls concernés puisque le droit électoral revêt une dimension également pénale. Il revient au juge du fond de prendre des sanctions une fois que le juge administratif a constaté la violation dudit article<sup>144</sup>.

La volonté du législateur au travers de la loi relative à la manipulation de l'information était précisément de garantir la sincérité du scrutin. Lorsqu'il a été amené à contrôler la conformité de ladite loi à la Constitution, le Conseil constitutionnel a retranscrit cette intention, déclarant que :

*« En instaurant une procédure de référé pour obtenir la cessation de la diffusion de certaines fausses informations susceptibles de porter atteinte à la sincérité du scrutin, le législateur a entendu lutter contre le risque que les citoyens soient trompés ou manipulés dans l'exercice de leur vote par la diffusion massive de telles informations sur des services de communication au public en ligne. Il a ainsi entendu assurer la clarté du débat électoral et le respect du principe de sincérité du scrutin »<sup>145</sup>.*

---

<sup>139</sup> CE, 13 décembre 1989, *Élections municipales d'Aulnat*.

<sup>140</sup> Voir par ex. CE, 3 décembre 2014, *Élection municipale du Pin*.

<sup>141</sup> Cons. Const., 28 juin 1978, 78-838 AN, 28 juin 1978, *AN Pas-de-Calais (4<sup>ème</sup> circonscription)*.

<sup>142</sup> Cons. Const., 30 janvier 2003, 2002-2651 AN, *Seine Saint-Denis (7<sup>ème</sup> circ.)*.

<sup>143</sup> C.C., 24 novembre 1963.

<sup>144</sup> C. Cass.Crim., 19 février 1987, 85-91.705. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation condamne le Préfet de police pour avoir diffusé des fausses informations pendant l'entre-deux tours des élections municipales de Marseille, et ceci alors que le Conseil d'État avait considéré que « ces fausses nouvelles n'avaient pu, à eu égard notamment à l'écart de voix subsistant entre les deux listes, avoir eu une influence suffisante pour modifier le résultat du scrutin, admettant ainsi implicitement mais nécessairement qu'elles avaient eu une influence. »

<sup>145</sup> Cons. Const., 20 décembre 2018, 2018-773 DC, *Loi relative à la manipulation de l'information*.

Cet intérêt avait d'ailleurs été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, considérant que « la fourniture d'informations authentiques constitue, notamment en période électorale, un but légitime dans une société démocratique au sens de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme »<sup>146</sup>. Cette idée de but légitime, on la retrouve aux États-Unis et au Royaume-Uni<sup>147</sup>.

L'article I<sup>er</sup> de la Constitution américaine prévoit que « l'époque, le lieu et la procédure pour les élections des sénateurs et des représentants seront déterminés dans chaque État par la législature de cet État ; le Congrès peut toutefois, à tout moment, déterminer ou modifier par une loi les règles des élections, à l'exception de celles relatives au lieu des élections des sénateurs »<sup>148</sup>. Prévue initialement pour que ni le Congrès ni les États puissent à leur guise manipuler le droit électoral afin de rester au pouvoir<sup>149</sup>, ces dispositions permettent aux États de décider pour eux-mêmes de la manière dont vont se dérouler les élections<sup>150</sup>, moyennant le respect de certains principes comme l'égalité des candidats à concourir<sup>151</sup> (élément que l'on retrouve dans le principe d'égalité français) ou le principe du « *one man, one vote*<sup>152</sup>. » Dans *Le Fédéraliste* n°59, Alexander Hamilton écrivait que « tout Gouvernement devait prévoir lui-même les moyens de sa propre sauvegarde »<sup>153</sup>. Bien qu'il parlât à ce moment du Gouvernement fédéral, ses propos pourraient tout à fait s'appliquer aux Gouvernements locaux, la Cour suprême ayant jugé à propos d'élections à Hawaï « qu'en pratique, il doit y avoir une réglementation substantielle des élections si l'on veut qu'elles soient justes et honnêtes et que l'ordre, plutôt que le chaos, accompagne le processus démocratique »<sup>154</sup>. On trouve trace de cette théorie au travers de la notion « d'intégrité électorale » (« *electoral integrity* »). Bien qu'elle s'applique surtout en matière de financement des campagnes électorales dans le cadre de la lutte contre la corruption<sup>155</sup> ou plus précisément dans la défense de la réputation des

---

<sup>146</sup> Cour EDH, 6 septembre 2005, n° 65518/01, *Salov c. Ukraine*.

<sup>147</sup> Jacob ROWBOTTOM, « Lies, Manipulation and Elections—Controlling False Campaign Statements », *Oxford Journal of Legal Studies*, *op.cit.* p.511.

<sup>148</sup> US constit. Art.I, Section 4, §1.

<sup>149</sup> David F. FORTE, Matthew Spalding, Edwin MEESE III, *The heritage guide to the Constitution: fully revised second edition*, The Heritage Foundation, Regnery Publishing, 2014, p.87.

<sup>150</sup> *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

<sup>151</sup> *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963).

<sup>152</sup> *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

<sup>153</sup> Alexander HAMILTON, "The Federalist papers n°59" in. Alexander HAMILTON, James MADISON, John JAY, *The Federalist Papers*, Signet classics, Penguin Books, 1961, p.360.

<sup>154</sup> *Burdick v. Takushi*, 504 U.S. 428 (1992), p.433. "As a practical matter, there must be a substantial regulation of elections if they are to be fair and honest and if some sort of order, rather than chaos, is to accompany the democratic processes."

<sup>155</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

candidats<sup>156</sup>, elle apparaît également dans la volonté des États de limiter les fausses informations afin de garantir l'intégrité du scrutin. Dans une moindre mesure, ce principe avait aussi été proclamé au niveau fédéral. Une proposition de loi qui n'a pas été adoptée visait la protection de « l'intégrité de la démocratie »<sup>157</sup>. Plus récemment a été introduite au Congrès le 13 juin 2019 une proposition de loi visant à « interdire les pratiques trompeuses lors des élections fédérales »<sup>158</sup>. Elle n'a à ce jour pas fait l'objet de vote.

Alors qu'elle est utilisée comme fondement des mesures relatives aux fausses nouvelles, cette notion n'est pas clairement définie. Tout au plus est-il possible d'établir un faisceau d'indices avec les quelques définitions qui sont avancées par la doctrine et les éléments apportés par la jurisprudence et les textes de lois. Selon le rapport de la Commission mondiale sur l'intégrité électorale, cette notion se réfère à « toute élection basée sur les principes démocratiques du suffrage universel et de l'égalité tels que prévus par les règles et accords internationaux et qui est professionnelle, impartiale et transparente dans sa préparation et sa gestion tout au long du processus électoral »<sup>159</sup>. Dans son ouvrage *Citizen's divided : campaign finance reform and the Constitution*<sup>160</sup>, le professeur Richard Post, reprenant les écrits de James Madison dans *Le Fédéraliste*, estime qu'il y a intégrité électorale lorsque les élections « ont la propriété de choisir des candidats en qui le Peuple fait confiance pour posséder la communion des intérêts et la sympathie des sentiments sans lequel chaque Gouvernement dégénère en tyrannie, et que chacun puisse prendre part au débat public »<sup>161</sup>. Les professeurs Daniel Weiner et Benjamin Brickner précisent que si le terme « d'intégrité » peut revêtir différents sens tels que l'honnêteté, il s'agit en matière électorale « d'un processus sain et fonctionnel »<sup>162</sup>. Enfin, le professeur Robert Spicer avance l'idée selon laquelle « l'intégrité électorale est un fondement de la légitimité du pouvoir à gouverner »<sup>163</sup>. A la lumière de ces éléments, des élections justes, transparentes, démocratiques, soucieuses du principe d'égalité et qui se déroulent dans une atmosphère sereine donneraient corps à la notion d'intégrité électorale. L'on peut donc

---

<sup>156</sup> Miss. Code Ann. § 23-15-875 § 23-15-875; Alaska Stat. § 15.56.014(a)(3)(C).

<sup>157</sup> Defending Elections against Trolls from Enemy Regimes Act (DETER act), 116 Congress 1 S.

<sup>158</sup> S.1834 - Deceptive Practices and Voter Intimidation Prevention Act of 2019.

<sup>159</sup> GLOBAL COMMISSION ON ELECTIONS, DEMOCRACY AND SECURITY, "Deepening democracy: a strategy for improving the integrity of elections worldwide", Septembre 2012, p.6.

<sup>160</sup> Richard C. POST, *Citizens Divided: campaign finance reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.

<sup>161</sup> *Idem.* p.59.

<sup>162</sup> Daniel L. WEINER et Benjamin T. BRICKNER, « Electoral integrity in campaign finance law », *N.Y.U Journal of Legislation & Public Policy*, vol.20, n°1, 2017, p.107.

<sup>163</sup> Robert N. SPICER, *Free speech and false speech political deceptions and its legal limits (or lack thereof)*, Palgrave Macmillan, 2018, p.46.

rapprocher cette notion de celle de sincérité du scrutin telle qu'on la connaît en France. De nombreux États se sont appuyés sur ce principe pour légiférer..

Le code électoral de Louisiane prévoit par exemple que « l'État a un intérêt impérieux à prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir que les élections se tiennent d'une manière juste et éthique et constate qu'une élection ne peut avoir lieu d'une telle manière lorsqu'un candidat ou une autre personne est autorisée à imprimer ou distribuer tout matériel qui allègue faussement qu'un candidat est soutenu par un candidat ou affilié à un autre candidat, groupe de candidats, ou une autre personne, ou un parti politique, ou de publier des déclarations qui font des commentaires diffamatoires, faux ou irresponsables défavorables au sujet d'un candidat ou une de ses propositions »<sup>164</sup>. L'assemblée législative a également considéré que « les propos diffamatoires prononcés avec malice avérée portaient atteinte à l'intégrité des élections en déformant le processus électoral. La démocratie repose sur un électorat informé. Dans la mesure où de telles déclarations diffamatoires désinforment les électeurs, elles interfèrent avec le processus sur lequel repose la démocratie. De telles déclarations réduisent également la qualité du discours et du débat de campagne, et mènent ou ajoutent à l'aliénation des électeurs en favorisant le cynisme et la méfiance des électeurs à l'égard du processus politique »<sup>165</sup>. A noter également que les dommages n'ont pas besoin d'être prouvés puisqu'ils sont présumés dès lors que la violation est attestée. Le code électoral de l'Alaska prévoit quant à lui que les fausses déclarations faites lors des sondages téléphoniques « nuisent à l'intégrité du processus électoral » et que le tribunal « peut accorder des dommages et intérêts, y compris des dommages-intérêts punitifs s'il conclut que le résultat de la déclaration met en doute l'intégrité du processus électoral »<sup>166</sup>. Dans la mesure où les lois des États fédérés viennent restreindre le discours à raison de son contenu en période électorale, le juge va appliquer des contrôles très stricts, le « *exacting scrutiny* »<sup>167</sup> et le « *strict scrutiny* »<sup>168</sup>. Pour survivre au test, l'État doit prouver qu'il a un intérêt légitime important justifiant ses mesures, voire dans certains cas qu'il a un intérêt impérieux (« *compelling State interest* »). L'intérêt légitime a été reconnu en la matière aussi bien par les tribunaux inférieurs que par la Cour suprême. Les juges ont ainsi considéré que les gouvernements des États fédérés avaient un « intérêt légitime » à « préserver l'intégrité du processus électoral » et « que cela était de la plus grande importance »

---

<sup>164</sup> LA Rev. Stat. § 18:1463 (1) (2018).

<sup>165</sup> *Idem.* (5).

<sup>166</sup> Alaska Stat. 11.56.800. False Information or Report.

<sup>167</sup> *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010).

<sup>168</sup> *Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.*, 564 U.S. 786 (2011).

169. Il a également été jugé que cet intérêt était « indiscutable »<sup>170</sup>, constituait un « but légitime »<sup>171</sup> et que l'État disposait d'une « marge de manœuvre considérable »<sup>172</sup> en la matière. La cour fédérale d'appel du neuvième circuit a reconnu que le droit à l'information, entendu comme corolaire de l'intégrité électorale, constituait également un intérêt impérieux<sup>173</sup>. La Cour suprême a relevé dans l'arrêt *Brown v. Hartlage* que l'État du Kentucky avait un « intérêt à protéger le processus électoral contre les distorsions causées par des propos faux et inexacts »<sup>174</sup>. Un tribunal inférieur a par ailleurs précisé « qu'il y avait effectivement un intérêt impérieux pour l'État à empêcher la publication de fausses déclarations concernant des candidats à des fonctions politiques ou lorsqu'elles sont publiées en toute connaissance de cause et sont conçues pour promouvoir l'élection ou la défaite d'un candidat »<sup>175</sup>. L'État est d'ailleurs d'autant plus légitime que la lutte contre les fausses informations « revêt un poids spécial pendant les campagnes électorales lorsqu'elles peuvent avoir des conséquences sérieuses pour le grand public »<sup>176</sup>. Ceci concerne surtout les fausses projections qui prétendent donner le nom du vainqueur avant la proclamation des résultats, comme ce fut le cas en 2000 et qui poussent les citoyens à ne pas voter<sup>177</sup>, mais cela concerne aussi les fausses informations propagées dans le but de nuire.

On s'aperçoit ainsi que la sincérité du scrutin et l'intégrité électorale sont invoquées pour légitimer les restrictions apportées à la liberté d'expression en période électorale. Pourtant, ces deux éléments sont insuffisants. Comme l'a souligné un tribunal de district de l'Ohio, même si la préservation du processus électoral constitue un intérêt impérieux, « les principes du premier amendement demeurent fondamentaux »<sup>178</sup>. Finalement, si ces principes sont proclamés, ils souffrent en France et aux États-Unis d'une faible portée dans la jurisprudence.

---

<sup>169</sup> *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978). Pp.788-89.

<sup>170</sup> *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992), p.199.

<sup>171</sup> *Rosario v. Rockfeller*, 410 U.S.752. (1973), p.761.

<sup>172</sup> *Buckley v. Am. Constitutional Law Found., Inc.* ("ACLF"), 525 U.S. 182, (1999), p.191.

<sup>173</sup> *Chula Vista Citizens v. Norris*, No. 12-55726 (9th Cir. 2014). "The governmental interest in ensuring the integrity of the initiative process necessarily implicates the voter's right to information."

<sup>174</sup> *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982), p.61.

<sup>175</sup> *DeWine v. Ohio Elections Comm.*, 399 N.E.2d 99, 104 (1978).

<sup>176</sup> *McIntyre v. Ohio elections commission*, 514 U. S. 334 (1995), p.349.

<sup>177</sup> Blake D. MORANT, "Electoral Integrity: Media, Democracy, and the Value of Self-Restraint." *Ala. L. Rev.*, vol. 55, n°1, 2003, p.10.

<sup>178</sup> *Pesttrak v. Ohio Elections Com'n*, 670 F. Supp. 1368 (S.D. Ohio 1987).

## B. Une portée similairement faible dans la jurisprudence

Aussi bien dans le système français que dans le système américain, l'on est confronté à la faiblesse de ces notions dans l'argumentation du juge. En France, les cours utilisent le critère cardinal<sup>179</sup> de l'écart de voix et celui de l'ampleur de l'irrégularité<sup>180</sup>, pour attester ou non de l'altération à la sincérité du scrutin<sup>181</sup>. Il en résulte une jurisprudence parfois incompréhensible et arbitraire<sup>182</sup> qui fait perdre le principe de sa valeur. Il arrive par exemple que le Conseil constitutionnel, sans que l'on sache réellement pourquoi, déclare que les fausses informations « n'ont pas eu d'influence déterminante » sur la sincérité du scrutin<sup>183</sup>, ou encore que leur diffusion n'a pas été « une manœuvre susceptible d'influer sur son issue »<sup>184</sup>. De plus, les juges utilisent le critère, prévu par le code électoral<sup>185</sup>, lié au temps dont a « disposé le candidat pour répondre aux fausses informations » pour rejeter les demandes des requérants<sup>186</sup>. Ces critères ne sont pas réellement satisfaisants. Estimer l'impact que peuvent avoir eu les fausses nouvelles sur la base d'un simple calcul reviendrait à accepter ces manœuvres qui peuvent très bien influencer l'électorat sans pour autant qu'il y ait un très faible écart de voix. On comprend ici le pragmatisme et au fond la logique des membres des juges et des membres du Conseil constitutionnel dans la prise en compte d'un tel critère, qui annuleraient un trop grand nombre d'élections et affaibliraient par la même le processus démocratique tout en mettant en cause la volonté des électeurs. Le juge se retrouve donc dans une position difficile.

Les États-Unis subissent également le même problème mais du fait d'un critère différent, celui de la précision de la loi. Tous les juges n'accordent en effet pas la même valeur à l'intégrité électorale. Grand défenseur de la liberté d'expression politique, le juge Antonin Scalia écrivait dans son opinion dissidente au sein de l'arrêt *McIntyre v. Ohio Elections Commission* que :

---

<sup>179</sup> Bernard MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°41, p.47.

<sup>180</sup> Richard CHEVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°36, p.45.

<sup>181</sup> Voir par ex. Cons. Const. 21 septembre 2018, 2018-5662 AN, AN Wallis-et-Futuna, M. *Napole Polutele*. « *Toutefois, les attestations qu'il produit ne permettent pas de tenir pour établie l'existence d'une fraude susceptible, compte tenu de l'écart des voix, de modifier l'issue du scrutin.* »

<sup>182</sup> Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, 11ème édition, 2016, p.428.

<sup>183</sup> Cons. Const. 21 octobre 1988, 88-1081 AN, *Isère (9ème circ.)*.

<sup>184</sup> Cons. Const. 6 avril 2018, 2017-5289 SEN, *SEN Moselle, M. Olivier Schmitt*.

<sup>185</sup> Art. L.48-2 Code électoral.

<sup>186</sup> Voir par exemple Cons. Const, 1er décembre 2017, 2017-5057 AN, AN Hauts-de-Seine (6ème circ.), M. *Laurent Zameczkowski*. « *Le requérant a disposé d'un délai suffisant pour y répliquer avant le scrutin du second tour, ce qu'il a d'ailleurs fait.* »

« *Aucune justification de la réglementation n'est plus convaincante que la protection du processus électoral. D'autres droits, même les plus rudimentaires, sont illusoire s'il est porté atteinte au droit de vote. L'État a un intérêt impérieux à préserver l'intégrité de son processus électoral. Nous l'avons trouvé si important que nous avons intérêt à le protéger lorsque nous avons approuvé l'entière interdiction du discours politique dans des domaines qui entraveraient ce processus* »<sup>187</sup>.

Il fut rejoint par le juge dissident Talmadge qui à propos de la décision de la Cour suprême de Washington de déclarer contraires à la Constitution les mesures destinées à lutter contre les fausses publicités écrivait que « la Cour était devenue la première dans l'histoire de la République à déclarer que le premier amendement protégeait les mensonges délibérés »<sup>188</sup>. En l'espèce, la Cour avait effectivement reconnu un intérêt impérieux mais l'avait jugé trop « paternaliste »<sup>189</sup>. Le premier amendement constitue un obstacle majeur pour la mise en œuvre de ces décisions, si bien qu'à chaque fois que le juge applique « *l'exacting* » ou le « *strict scrutiny* », les lois des États sont déclarées contraires à la Constitution. Si elles remplissent presque à chaque fois le critère de l'intérêt impérieux, elles ne sont jamais considérées comme étant suffisamment précises (« *narrowly tailored* ») et ceci alors-même que certaines d'entre elles se fondaient sur le critère de la malice avérée (« *actual malice* ») dégagé par la Cour suprême dans l'arrêt *New York Times v. Sullivan*<sup>190</sup>. On voit donc bien poindre cette dualité entre d'une part la reconnaissance de la nécessité et du droit des États de prendre les mesures appropriées pour garantir le processus électoral, et le principe même du premier amendement qui impose de ne pas prendre de mesures qui auraient pour effet de restreindre la liberté d'expression.

Pour autant que ce problème se pose, la France et les États-Unis ont mis en œuvre des mécanismes juridiques afin de remédier pour tout ou partie du problème. En partie, car l'arsenal déployé est insuffisant.

---

<sup>187</sup> *McIntyre v. Ohio elections commission*. 514 U. S. 334 (1995). p.379.

<sup>188</sup> *State v. 119 Vote No! Committee* 957 P.2d 691 (1998).

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

## **CHAPITRE 2. LE DÉPLOIEMENT D'UN ARSENAL JURIDIQUE INSUFFISANT**

---

Des deux côtés de l'Atlantique, des voies de droit aussi bien anciennes que récentes existent pour endiguer la propagation des fausses informations, que ce soit par le biais de sanctions ou de simples directives (section 1). Toutefois, elles se heurtent aux difficultés inhérentes au sujet qu'elles escomptent traiter. Il en résulte une mise en œuvre difficile par le juge (section 2).

### **SECTION 1. DES INITIATIVES MULTIPLES D'ENCADREMENT DES FAUSSES INFORMATIONS EN PERIODE ELECTORALE**

Pour pallier le problème, les États ont opté pour des mesures répressives (paragraphe 1) et ont imposé aux opérateurs de plateformes de nouvelles obligations de transparence et de responsabilité (paragraphe 2).

#### **Paragraphe 1. Le choix par les États de mesures répressives**

Aux États-Unis et en France, la lutte contre les fausses informations passe par la mise en place d'instruments répressifs similaires dans leur fonctionnement mais différents par les réponses apportées. On note en France une multiplicité de mécanismes juridiques qui, empilés, offrent assez peu de lisibilité (A). Aux États-Unis, les voies de droit sont très nombreuses, plus diverses, plus claires mais aussi plus lourdes (B).

##### **A. Un empilage illisible des voies de droit disponibles en France**

Il ne s'agit pas d'un combat réductible à l'échelle nationale. Les dispositions adoptées par la France reflètent l'état d'esprit de l'Union européenne<sup>191</sup> et s'inscrivent dans la lignée de

---

<sup>191</sup> Loreline MORELLE, « La Commission européenne s'attaque (aussi) aux fake news », *Le point*, 5 février 2018. URL : [https://www.lepoint.fr/europe/la-commission-europeenne-s-attaque-aussi-aux-fake-news-13-01-2018-2186276\\_2626.php](https://www.lepoint.fr/europe/la-commission-europeenne-s-attaque-aussi-aux-fake-news-13-01-2018-2186276_2626.php). Consulté le 13 mai 2020.

ce qu'ont pu faire les États voisins, même si tous n'ont pas choisi de mettre en œuvre des mécanismes juridiques contraignants<sup>192</sup>. Au Royaume-Uni, sont sanctionnées « les fausses déclarations liées au caractère personnel ou la conduite d'un candidat faites avant ou après une élection, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il avait des motifs raisonnables de croire et qu'il croyait que cette déclaration était vraie »<sup>193</sup>. En Italie, ce sont les citoyens qui sont appelés à dénoncer les fausses informations sur un site internet, à la suite de quoi la police postale se chargera de publier un démenti et engager des poursuites judiciaires dans le cas où les propos relevés seraient délictueux<sup>194</sup>. Le modèle qui a retenu l'attention du législateur français est sans aucun doute le modèle allemand. La loi NetzDG<sup>195</sup> adoptée le 30 juin 2017 par le Bundestag permet au juge d'enjoindre les plateformes à supprimer un contenu illicite (relevant des dispositions du code pénal<sup>196</sup>) en l'espace de vingt-quatre heures, faute de quoi une lourde amende pourra être prononcée. La procédure de référé prévue par la loi relative à la manipulation de l'information ressemble étroitement à celle qui est prévue outre-Rhin.

Les lois ordinaire et organique relatives à la lutte contre la manipulation de l'information adoptées le 22 décembre 2018 sont nées de la volonté du Président Macron de lutter contre les fausses nouvelles. Il déclarait ainsi lors de ses vœux à la presse en 2019 et 2020 :

*« J'ai décidé que nous allions faire évoluer notre dispositif juridique pour protéger la vie démocratique de ces fausses nouvelles »<sup>197</sup>. « Il est nécessaire, lorsque tel ou tel est attaqué par une information détournée ou une fausse information dans une période où chaque minute compte et où la démocratie est en jeu, puisque c'est le choix des concitoyens qui s'établit sur cette base, que sous le contrôle*

---

<sup>192</sup> C'est le cas notamment de la Suède et de l'Espagne qui ont mis en place des « task-force » visant directement à contrer les fausses informations sur internet sans passer par des procédures juridiques.

<sup>193</sup> Art. 106. Representation of the People Act 1983.

<sup>194</sup> « La police italienne part à la chasse aux fake news », *Franceinfo*, 19 janvier 2018. URL : [https://www.francetvinfo.fr/monde/italie/l-italie-se-dote-d-un-service-anti-fake-news\\_2569627.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/italie/l-italie-se-dote-d-un-service-anti-fake-news_2569627.html). Consulté le 13 mai 2020.

<sup>195</sup> Netzwerkdurchsetzungsgesetz dite NetzDG (loi visant à améliorer l'application de la loi sur les réseaux sociaux).

<sup>196</sup> Marique ENGUERRAND et Alain SROWEL, « La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes », *RIDE*, 2019, p. 387.

<sup>197</sup> Discours du président de la République Emmanuel Macron à l'occasion des vœux présentés à la presse le 4 janvier 2019, *Elysée.fr*. URL : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/01/03/voeux-du-president-de-la-republique-emmanuel-macron-a-la-presse>.

*du juge, les voies et moyens de protéger les règles d'un bon fonctionnement démocratique soit là »<sup>198</sup>.*

Cette loi ne constitue une nouveauté ni dans la nature du mécanisme instauré (en l'espèce un référé) ni dans l'objectif visé. Divisée à ce sujet, la doctrine a relevé que l'arsenal existant était suffisant<sup>199</sup> malgré l'affirmation contraire présentée à titre liminaire dans la proposition de loi<sup>200</sup> et malgré qu'il demeure peu utilisé<sup>201</sup>. Les parlementaires avaient d'ailleurs invoqué cet argument à l'appui de leur saisine<sup>202</sup>. Le Conseil d'État, bien qu'il ait relevé ces éléments, a toutefois estimé dans son avis sur la proposition de loi que « l'état actuel du droit, notamment en matière électorale, ne permet pas nécessairement de répondre à l'intégralité des risques induits par ces nouveaux phénomènes »<sup>203</sup>. Car en supplément de l'article L.97 du code électoral précité et du nouveau référé, le droit n'était pas avare de dispositions permettant de lutter contre les fausses informations. L'article 27 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse sanctionne la « diffusion ou la reproduction 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 »<sup>204</sup>. Le texte contient également des dispositions relatives à la diffamation<sup>205</sup> tout comme le Code pénal en son article 226-8<sup>206</sup>. Les fausses informations sont déjà traitées par le droit pénal mais aucune disposition ne

---

<sup>198</sup> Discours du président de la République Emmanuel Macron à l'occasion des vœux présentés à la presse le 15 janvier 2020, *Elysée.fr*. URL : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/01/16/voeux-du-president-de-la-republique-a-la-presse>

<sup>199</sup> Voir par exemple Anne-Thida NORODOM, « La régulation des fake news est-elle possible ? » in. *Les défis du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 88. ; Philippe MOURON, « Une future loi pour lutter contre les fake news : Les difficultés d'une définition juridique », *Revue européenne des médias et du numérique*, 2018, 45, p.70.

<sup>200</sup> Proposition de loi relative à la lutte contre les fausses informations, n°799, *Assemblée Nationale*, 21 mars 2018, p.3. « *Si les responsabilités civiles et pénales des auteurs de ces fausses informations peuvent être recherchées sur le fondement des lois existantes, celles-ci sont toutefois insuffisantes pour permettre le retrait rapide des contenus en ligne afin d'éviter leur propagation ou leur réapparition.* »

<sup>201</sup> Catherine MORIN-DESAILLY, « Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la lutte contre la manipulation de l'information » op.cit., p.23.

<sup>202</sup> Recours devant le Conseil constitutionnel sur la proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information effectuée le 29 novembre 2018 par au moins 60 députés. URL : [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2018773dc/2018773dc\\_saisinedep.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018773dc/2018773dc_saisinedep.pdf)

<sup>203</sup> C.E., *Assemblée générale*, Avis sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations, 19 avril 2018, n°s 394641-394642.

<sup>204</sup> Art.27 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>205</sup> *Idem*. Art.29 et 32. « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention.* »

<sup>206</sup> Art. 226-8 Cod. Pén.

concerne spécifiquement le cadre électoral<sup>207</sup>. Enfin, une procédure de référé prévue par la loi du 21 janvier 2004 pour La Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) permettait au juge par voie de référé de « prescrire 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 »<sup>208</sup>. Si cette loi est novatrice, c'est parce qu'elle permet au Tribunal de Grande Instance et à la Cour d'Appel de Paris d'être saisis par voie de référé<sup>209</sup> « à la demande du ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir et prescrire toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser cette diffusion »<sup>210</sup>. Comme il avait déjà été dit<sup>211</sup>, cette procédure est encadrée dans un délai de trois mois précédant « le premier jour du scrutin du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises. » Le référé s'inscrit donc pleinement dans le contexte électoral. Le juge pourra entre autres prononcer le blocage d'un contenu illicite, supprimer un contenu et interdire sa remise en ligne. Il pourra également fermer un compte d'utilisateur et déréférencer le site bien que cette dernière mesure ait été considérée comme disproportionnée par le Conseil d'État.

Lorsqu'il a été amené à contrôler la conformité de la loi à la Constitution, le Conseil constitutionnel a émis des réserves qui font office de critères dans l'application de l'article L.163-2, considérant que « compte tenu des conséquences d'une procédure pouvant avoir pour effet de faire cesser la diffusion de certains contenus d'information, les allégations ou imputations mises en cause ne sauraient, sans que soit méconnue la liberté d'expression et de communication, justifier une telle mesure que si leur caractère inexact ou trompeur est manifeste. Il en est de même pour le risque d'altération de la sincérité du scrutin, qui doit également être manifeste »<sup>212</sup>. Le Conseil constitutionnel a exclu les exagérations et la parodie du champ d'application de ces dispositions<sup>213</sup>, à l'instar de la Cour constitutionnelle de

---

<sup>207</sup> C'est le cas par exemple de l'usurpation d'identité sur les réseaux sociaux, réprimée par l'article 226-4-1 et la dénonciation calomnieuse à l'article 226-10. In. Ludovic BINELLO et Emmanuel PIERRAT, « Lutte contre les fake news, genèse, objet, critiques et droit comparé », *Revue des juristes de Science Po*, 2019.

<sup>208</sup> Art. 6-I-8 LCEN.

<sup>209</sup> Décret n°2019-53 du 30 janvier 2019 désignant le tribunal de grande instance et la cour d'appel compétences pour connaître des actions fondées sur l'article L. 163-2 du code électoral.

<sup>210</sup> Ar. L163-2 Code électoral

<sup>211</sup> Voir développements *supra*. p.11.

<sup>212</sup> Cons. Const., 20 décembre 2018, 2018-773 DC, *Loi relative à la manipulation de l'information*, p.9.

<sup>213</sup> *Idem.*, p.8.

Karlsruhe<sup>214</sup>. Après avoir mis le feu aux poudres, la loi telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel est donc mieux circonscrite même s'il est encore bordée d'incertitudes.

Ces nouvelles dispositions venant s'ajouter à des mesures existantes et *a priori* suffisantes, l'utilité de cette nouvelle mesure de référé peut être remise en question. Cette loi, que l'on peut qualifier « de circonstance » est assez symptomatique de la volonté de l'Exécutif et du législateur de prendre des mesures à la suite d'événements sans toutefois prendre suffisamment en compte les mécanismes juridiques déjà permis par le droit. Davantage qu'un outil permettant de régler le problème en pratique, elle s'apparente plus à une loi symbolique qui démontre que le politique a reconnu l'importance du sujet et s'en est emparé. Cela est problématique à bien des égards, d'une part parce que cela a pour conséquence que de complexifier le droit (et l'ambiguïté de la définition des fausses informations retenue par le législateur n'aide pas) mais aussi de l'affaiblir (puisque cela vient remettre en cause l'efficacité des mesures préexistantes). Ces dispositions sont sur le fond assez proche des critères constitutifs du délit de diffamation. La différence ne semble résulter que du contexte, de l'impact sur le scrutin et l'absence de réponse pénale. Cela, on le retrouve également aux États-Unis où une majorité d'États fédérés ont choisi d'adopter des lois pour lutter contre la propagation des fausses informations et ainsi préserver l'intégrité du scrutin avec des mesures qui se rapprochent de la diffamation voire qui l'embrassent complètement.

## B. Des procédures majoritaires et diversifiées aux États-Unis

Trente-cinq des États fédérés ont mis en œuvre des mécanismes relatifs aux fausses informations pouvant être activés lors des élections<sup>215</sup>. Cela peut concerner les mensonges qui portent sur « l'administration » des élections, c'est-à-dire sur les éléments tenant à leur organisation (lieu, date, endroits etc.)<sup>216</sup> ou les tentatives de fraude. Par exemple, est sanctionné le fait d'être en possession de faux bulletins<sup>217</sup> ou de tout autre matériel contrefait qui pourrait

---

<sup>214</sup> BVerfG, 4 novembre 2009, 1BvR 2150/08 citée par Jörn REINHARDT in. « A slight case of overblocking : les enjeux constitutionnels de la loi allemande sur les réseaux sociaux », blog.juspoliticum.com, janvier 2018. URL: <http://blog.juspoliticum.com/2018/01/15/a-slight-case-of-overblocking-les-enjeux-constitutionnels-de-la-loi-allemande-sur-les-reseaux-sociaux-par-jorn-reinhardt/>. Consulté le 13 mai 2020.

<sup>215</sup> Robert N. Spicer, *Free speech and false speech: political deception and its legal limits (or lack thereof)*, Palgrave Macmillan, 2018, p.42.

<sup>216</sup> Joshua J. SELLERS, « Legislating against lying in campaign elections », *Oklahoma Law review*, volume 71, n°141, 2018, p.158.

<sup>217</sup> C'est le cas par exemple en Géorgie, GA Code § 21-2-575 (2016).

empêcher que les élections soient justes<sup>218</sup>. Cela peut aussi porter sur des discours portant atteinte à l'intégrité du candidat. Ces mesures sont majoritaires. De ces différences de conception et de régime, on peut tirer des critères communs dans les éléments constitutifs de l'infraction, et notamment celui de l'intentionnalité. Elle suppose à la fois que le mensonge ait été véhiculé dans un but particulier mais aussi qu'il l'ait été en toute connaissance de la vérité. Cette idée était au cœur de l'arrêt *Sullivan*<sup>219</sup> où la Cour suprême a inversé la charge de la preuve en imposant aux personnalités publiques s'estimant victimes de diffamation de montrer que les fausses informations ont été diffusées avec malice avérée (« *actual malice* ») ou avec imprudence (« *reckless disregard for the truth* »). Ces critères sont repris par les États fédérés.

Le code électoral de l'Alaska prévoit « qu'une personne commet une mauvaise conduite de campagne lorsqu'elle fait sciemment une communication contenant des fausses informations factuelles relatives à un candidat à une élection, qu'elle sait qu'elle est fausse et qu'une personne raisonnable interpréterait comme préjudiciable à la réputation, l'honnêteté ou l'intégrité d'un candidat<sup>220</sup> ». Certains États sanctionnent directement les propos dirigés contre des candidats. C'est le cas du Mississippi dont la loi prévoyait « qu'aucune personne, y compris un candidat, ne doit faire publiquement ou en privé, dans une campagne alors en cours, toute accusation reflétant l'honnêteté, l'intégrité ou le caractère moral d'un candidat, en ce qui concerne sa vie privée, à moins que l'accusation soit en fait vraie et réellement susceptible d'être prouvée<sup>221</sup>. » On retrouve à peu de choses près les mêmes dispositions au Massachusetts<sup>222</sup>. D'autres États sanctionnent les fausses informations véhiculées en connaissance de leur caractère factice. C'est le cas de l'Utah où est sanctionnée toute personne qui « publie sciemment toute déclaration fausse à l'égard d'un candidat afin d'affecter toute vote à une primaire, convention ou élection<sup>223</sup> » mais c'est aussi le cas dans le Wisconsin<sup>224</sup> et en Floride<sup>225</sup>. Il est toutefois à noter que ces lois ne sont que très peu appliquées<sup>226</sup>. En dehors des États fédérés, il existe des dispositions qui visent seulement les candidats à des fonctions

---

<sup>218</sup> C'est le cas par exemple au Kansas. KS Stat § 25-2414 (2014).

<sup>219</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>220</sup> Alaska Stat. - 15.56.014(a)(3)(A-C) Sec. 15.56.014.

<sup>221</sup> Miss. Code Ann. § 23-15-875 (dispositions supprimées en 2017).

<sup>222</sup> Mass. Gen. Laws ch. 56, § 42.

<sup>223</sup> Utah Code Ann. § 20A-11-1103.

<sup>224</sup> Wis. Stat. § 12.05.

<sup>225</sup> Fla. Stat. § 104.271(2).

<sup>226</sup> Joshua J. SELLERS, « Legislating against lying in campaign elections », *op.cit.*, p.150.

fédérales<sup>227</sup> et en 1974, une proposition de loi qui avait pour but de sanctionner des conduites pouvant nuire au scrutin n'a pas été adoptée<sup>228</sup>.

Les sanctions prévues dans les systèmes français et américains ont ceci de commun qu'elles sont relativement lourdes. Bien que l'article L.163-2 du code électoral français ait vocation à faire retirer un contenu sans s'intéresser à l'établissement d'une quelconque responsabilité et ne prévoit à ce titre ni sanction civile ni sanction pénale, l'article L.97 du code électoral prévoit une peine d'un an d'emprisonnement et quinze-mille euros d'amende. Les législations des États fédérés peuvent donner lieu à des peines d'emprisonnement allant de quatre-vingt-dix jours<sup>229</sup> à dix-huit mois de prison<sup>230</sup> et à des amendes allant de trois-mille<sup>231</sup> à dix-mille dollars<sup>232</sup>.

Mais la responsabilité et les sanctions ne concernent pas seulement les électeurs et les candidats. Elles concernent aussi directement les plateformes numériques sur lesquelles les fausses informations sont massivement partagées.

## **Paragraphe 2. L'amplification de la responsabilité des opérateurs de plateformes numériques et l'obligation de transparence en période électorale**

Comme nous l'avons déjà dit<sup>233</sup>, le rôle des plateformes numériques, entendues comme « un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, services ou biens édités ou fournis par des tiers »<sup>234</sup> est fondamental, surtout en période électorale (A). Les fausses informations y prolifèrent, du fait d'une liberté d'expression presque sans limites. Par conséquent, de nouvelles obligations leur incombent (B).

---

<sup>227</sup> 52 U.S.C. § 30124(a).

<sup>228</sup> Catherine Jay ROSS, "Ministry of truth: why law can't stop prevarications, bullshit, and straight-out lies in political campaigns", *FALR*, 367, 2017, p.383.

<sup>229</sup> Mich. Comp. Laws § 168.931(3).

<sup>230</sup> Colo. Rev. Stat. § 1-13-109(1)-(3).

<sup>231</sup> N.D. cent. Code § 16.1-10-04

<sup>232</sup> W. Va. Code § 3-8-11(c) ; Wis. Stat. § 12.05.

<sup>233</sup> Voir développements *supra* p.15.

<sup>234</sup> MINISTÈRE DES ARMÉES & MINISTÈRE DE L'EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES, CENTRE D'ANALYSE, DE PRÉVISION ET DE STRATÉGIE DE L'INSTITUT DE RECHERCHE STRATÉGIQUE DE L'ÉCOLE MILITAIRE, « Les manipulations de l'information, un défi pour les démocraties », *op.cit.*, pp.81-82.

## A. Le rôle des plateformes dans la circulation des fausses informations lors des élections

« Madame la Présidente, notre politique est que nous ne vérifions pas le discours des politiciens. La raison est que nous croyons que dans une démocratie, il est important que les gens puissent voir par eux-mêmes ce que disent les politiciens »<sup>235</sup>.

Lors de son audition au Congrès des États-Unis à la suite du scandale *Cambridge Analytica*, le directeur et fondateur de *Facebook* Marc Zuckerberg justifiait son choix de ne pas « *fact-checker* » les publicités politiques en invoquant la liberté d'expression. Selon lui, « la démocratie dépend de l'idée que nous détenons chacun le droit des uns et des autres à s'exprimer et d'être entendu au-dessus de notre désir de toujours obtenir les résultats que nous souhaitons »<sup>236</sup>. Il rejoint ainsi l'opinion de la Cour suprême qui a conféré à la liberté d'expression sur internet une protection égale aux autres formes de discours permises par le premier amendement<sup>237</sup>. Car limiter la liberté d'expression est compliqué non seulement parce qu'elle demeure un principe fondamental mais aussi parce que les acteurs sont multiples, allant de simples « trolls » à des robots (« bots »), ce qui rend difficile aussi le ralentissement de la propagation des fausses informations et la détermination de qui en est à l'origine. Les publicités électorales<sup>238</sup> étaient cœur du scandale qui a justifié les propos du président de *Facebook*. De l'aveu d'un cadre du réseau, elles auraient bien plus contribué à l'élection de Donald Trump que les fausses informations elles-mêmes<sup>239</sup>. Interdites en France en vertu de l'article L52-1 du code électoral<sup>240</sup>, elles sont autorisées aux États-Unis où le *Bipartisan Campaign Reform Act*

---

<sup>235</sup> Ben GILBERT, "Facebook refuses to fact-check political ads, and it's infuriating employees and lawmakers. Here's why the issue continues to dog the company", *Businessinsider.fr*, 14 décembre 2019. URL: <https://www.businessinsider.fr/us/facebook-political-ads-fact-check-policy-explained-2019-11>. Consulté le 17 mai 2020.

<sup>236</sup> Marc ZUCKERBERG, Discours à l'Université de Georgetown, 17 octobre 2019. URL : <https://about.fb.com/news/2019/10/mark-zuckerberg-stands-for-voice-and-free-expression/>

<sup>237</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).

<sup>238</sup> Facebook définit les publicités électorales comme celles qui sont « *créées par, pour le compte de ou à propos d'un parti politique, d'une personnalité politique, d'un candidat actuel ou d'un ancien candidat à une charge publique, ou qui appellent à un résultat particulier à une élection à une fonction publique ; ou liées à des élections, à des référendums ou à des scrutins, y compris les campagnes d'incitation au vote ou électorales.* » Voir. « *À propos des publicités portant sur un enjeu social, électoral ou politique* », Facebook.com. URL : <https://www.facebook.com/business/help/167836590566506?id=288762101909005>. Consulté le 19 mai 2020.

<sup>239</sup> « Pour un cadre de Facebook, Trump doit son élection à la publicité sur le réseau social », *Le Monde*, 8 janvier 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/01/08/un-cadre-de-facebook-confirme-le-role-du-reseau-social-dans-l-election-de-donald-trump\\_6025143\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/01/08/un-cadre-de-facebook-confirme-le-role-du-reseau-social-dans-l-election-de-donald-trump_6025143_4408996.html). Consulté le 19 mai 2020.

<sup>240</sup> Art. L.52-1 Code électoral : « *Pendant les six mois précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où celle-ci est acquise, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé*

entré en vigueur en 2002 prévoit des limites financières et implique que le candidat « approuve le message »<sup>241</sup>. Ce principe dit du « *stand by your ad* » oblige le candidat à assumer et de réfléchir au contenu des publicités. Selon une étude, plus de mille trolls professionnels ont participé à la désinformation en ligne et des centaines de milliers de dollars ont été versés dans les publicités électorales<sup>242</sup>. C'est donc un outil très important pour quiconque souhaite accéder à des fonctions électives. Les réseaux sociaux sont également vecteurs de montages vidéo (« *deepfakes* ») qui permettent de faire prêter n'importe quel propos à tout individu de manière très réaliste. Le risque avec ce genre de trucages est non pas que les individus croient que ce qu'ils voient est vrai, mais qu'ils tiennent pour faux ce qui est véritable, partant du postulat que le contenu peut être manipulé<sup>243</sup>. Face à cela, les États fédérés et l'État fédéral se sont saisis du problème. L'État de Californie a par exemple légiféré pour qu'à partir de 2023, un tel contenu soit sanctionné s'il est utilisé dans les soixante jours précédant le scrutin et s'il n'est pas clairement indiqué qu'il s'agit d'un montage<sup>244</sup>. En France, la loi de 2018 relative à la manipulation de l'information permet déjà d'y répondre<sup>245</sup>.

L'État et les autorités publiques en général ne seuls faire face à ces défis technologiques. Il a fallu donc imposer aux opérateurs de plateformes des obligations de transparence et de coopération pour qu'ils prennent part à la lutte contre les fausses informations.

## B. Les devoirs des plateformes en période électorale

L'article L.163-1 du code électoral français prévoit de nouvelles obligations pour les opérateurs de plateformes. Ils doivent ainsi fournir aux utilisateurs une « information loyale, claire et transparente »<sup>246</sup> sur l'identité de ceux qui financent la promotion de contenu d'intérêt général, c'est-à-dire « les contenus présentant un lien avec la campagne électorale »<sup>247</sup>. De plus,

---

*de publicité commerciale par la voie de la presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle est interdite. »*

<sup>241</sup> 2 U.S.C. § 441a(a)(3).

<sup>242</sup> Matthew HINDMAN et Vlad BARASH, “Disinformation, fake news and influence campaigns on twitter”, Rapport, *Knight Foundation*, 2018, p.4.

<sup>243</sup> Richard L. HASEN, “Deep fakes, bots and siloed Justices: American election law in a post-truth world”, *University of California, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-36*, 2017, p.9.

<sup>244</sup> Cal. Bus. & Prof. Code, § 17941.

<sup>245</sup> Ce genre de pratique n'est pas mentionné dans le texte de loi. C'est par le biais d'une question ministérielle que la Secrétaire d'État au Numérique a déclaré que la loi était bel et bien applicable aux « hypertrucages. » Voir. question N°16587, publiée au Journal Officiel le 15 octobre 2019.

<sup>246</sup> Art. L.163-1 Code électoral.

<sup>247</sup> Cons. Const, 20 décembre 2018, 2018-773 DC, *Loi relative à la manipulation de l'information*, p.6.

ils ont désormais l'obligation de mettre en place des mécanismes qui permettent de signaler des fausses informations dès lors qu'elles sont de nature à altérer le scrutin.

A la suite de la loi française de 2018 abondamment citée et des enquêtes menées par le Congrès américain, *Twitter* a changé ses règles de telle sorte que désormais, « il est interdit d'utiliser ses services dans le but de manipuler des élections ou d'interférer dans des élections »<sup>248</sup>. Cette interdiction ne porte néanmoins que sur les « tentatives d'intimidation » et les fausses informations relatives au déroulé du scrutin (ce sont les mensonges portant sur des informations administratives comme nous l'avons évoqué<sup>249</sup>). Ne sont donc pas supprimées du site « les déclarations inexactes concernant un élu, un candidat ou un parti politique. » Les sanctions vont de la simple suppression du *tweet* à la fermeture du compte en cas de récidive. Le contrôle exercé par *Twitter* est donc en demi-teinte en ce qu'il n'embrasse pas pleinement les dispositions de la loi de 2018. Si l'on en croit les règles d'utilisation, les fausses informations visant les candidats ne seront pas supprimées. Il reviendra dès lors non pas à la plateforme de rétablir la vérité mais les candidats eux-mêmes, soit en y répondant soit en utilisant les voies de droit disponibles. *Facebook* a également décidé de prendre des mesures en mettant en place des archives permettant aux utilisateurs de consulter l'intégralité des publicités qui ont été diffusées sur le réseau, de lutter contre les faux comptes et de directement lutter contre les fausses informations en collaboration avec des experts et des organismes de vérification des faits avec le triptyque : « retirer, réduire, informer<sup>250</sup>. »

Conférer aux opérateurs de plateforme la possibilité de retirer des contenus soulève des critiques que l'on rencontre assez souvent en matière de liberté d'expression sur internet<sup>251</sup> et l'actualité ne fait que le démontrer<sup>252</sup>. Le Conseil d'État l'a évoqué dans son avis, la tentation

---

<sup>248</sup>Directives et politique générale de Twitter, « Politique en matière d'intégrité des élections », *Twitter*, URL : <https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies/election-integrity-policy> Consulté le 19 mai 2020.

<sup>249</sup> Voir développements *supra* p.43.

<sup>250</sup> « Élections municipales des 15 et 22 mars 2020 : comment Facebook travaille pour promouvoir la participation citoyenne et sécuriser l'intégrité des élections », *Facebook.com*, URL : <https://about.fb.com/fr/news/2020/01/elections-municipales-des-15-et-22-mars-2020-comment-facebook-travaille-pour-promouvoir-la-participation-citoyenne-et-securiser-lintegrite-des-elections/>. Consulté le 19 mai 2020.

<sup>251</sup> La proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet définitivement adoptée par l'Assemblée Nationale le 13 mai 2020 est un exemple frappant. La loi a suscité de vives inquiétudes quant à la possibilité pour les hébergeurs de contenus d'exercer une forme de censure en interprétant de manière trop large le terme de « discours de haine ». Voir. Alexandre PIQUARD, « Haine en ligne : la loi Avia face à ses critiques », *Le Monde*, 16 décembre 2019. URL : [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/16/haine-en-ligne-la-loi-avia-face-a-ses-critiques\\_6023041\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/16/haine-en-ligne-la-loi-avia-face-a-ses-critiques_6023041_3234.html). Consulté le 19 mai 2020.

<sup>252</sup> A la suite de la crise sanitaire du Covid-19, de nombreuses plateformes ont décidé de contrôler les fausses informations bien plus qu'en temps normal. C'est le cas de Facebook et Twitter : Voir Xavier Demagny, « Posts

pour les opérateurs d'interpréter de manière large la notion de fausses informations afin de ne pas se voir reproché de manquer à leurs obligations est un risque que ces dispositions font courir. A noter également qu'en France comme aux États-Unis, les plateformes ne sont considérées responsables que dans le cas où elles ne retirent pas un contenu dont elles ont été informées du caractère illicite, immunité qui d'ailleurs, a été remise en cause par Donald Trump. Le 26 mai 2020, *Twitter* a encadré les tweets du Président dans lesquels il déclarait que le vote à distance envisagé pour les élections présidentielles, conséquence de la crise sanitaire, constituait un risque de fraude électorale. Le réseau social a ainsi indiqué publiquement que « ces tweets contenaient des informations potentiellement trompeuses sur le processus électoral et ont été signalés pour fournir du contexte additionnel au vote par correspondance »<sup>253</sup>. La réponse de Donald Trump ne se fit pas attendre, celui-ci y voyant une ingérence de Twitter dans le processus électoral et une atteinte à la liberté d'expression, évoquant même la possibilité de supprimer les réseaux sociaux<sup>254</sup>. C'est la raison pour laquelle dans les deux jours qui ont suivi cet événement, un *executive order* sur « la prévention de la censure en ligne » a été signé par le Président pour revenir sur l'immunité dont jouissent les opérateurs relativement aux contenus publiés sur leurs plateformes<sup>255</sup>. La responsabilité des hébergeurs est un sujet complexe qui dépasse le cadre de notre étude. Il faut en tout cas savoir que leur responsabilité est difficile à engager car ils sont considérés comme des « intermédiaires » et sont donc présumés ne pas connaître le contenu véhiculé sur leurs plateformes.

Nous l'avons vu, ces mécanismes juridiques sont nombreux et variés. Aussi différents soient-ils dans les critères qu'ils établissent ou dans la conception qu'ils portent de la notion de fausses informations, ils sont réunis par le même problème fondamental : l'application fragile des mesures par le juge.

---

supprimés, règles plus strictes : Facebook et Twitter face aux fake news sur le coronavirus », France Inter, 1<sup>er</sup> avril 2020. URL : <https://www.franceinter.fr/posts-supprime-regles-plus-strictes-facebook-et-twitter-face-aux-fake-news-sur-le-coronavirus>. Consulté le 19 mai 2020. C'est aussi le cas de WhatsApp. Voir. « Coronavirus : pour limiter la désinformation, WhatsApp limite la possibilité de transfert de messages », *Le Monde*, 7 avril 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/07/pour-limiter-la-desinformation-whatsapp-limite-les-possibilites-de-transfert-de-messages\\_6035844\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/07/pour-limiter-la-desinformation-whatsapp-limite-les-possibilites-de-transfert-de-messages_6035844_4408996.html). Consulté le 19 mai 2020.

<sup>253</sup> Gilles Paris, « Pour la première fois, Twitter alerte les internautes face à une fausse information propagée par Trump », *Le Monde*, Mercredi 27 mai 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/05/27/pour-la-premiere-fois-twitter-alerte-les-internautes-face-a-une-fausse-information-propagee-par-trump\\_6040858\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/05/27/pour-la-premiere-fois-twitter-alerte-les-internautes-face-a-une-fausse-information-propagee-par-trump_6040858_3210.html). Consulté le 27 mai 2020.

<sup>254</sup> Tweet de Donald J. TRUMP, posté le 27 mai 2020. « *Republicans feel that Social Media Platforms totally silence conservatives' voices. We will strongly regulate, or close them down, before we can ever allow this to happen.* » URL : <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1265601611310739456>. Consulté le 27 mai 2020.

<sup>255</sup> Executive Order on Preventing Online Censorship, 28 mai 2020.

## **SECTION 2. LA FRAGILE MISE EN ŒUVRE DES MESURES PAR LE JUGE**

Qu'il soit minoritaire ou important par sa quantité, l'arsenal juridique dont disposent les États-Unis et la France est fragile. Afin de mieux comprendre les pouvoirs et la légitimité du juge à traiter du contentieux électoral<sup>256</sup>, il faut s'intéresser au rôle qu'il exerce dans ce contexte (paragraphe 1). Ensuite seulement pourrons-nous nous intéresser aux limites inhérentes à la nature du contentieux (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Le rôle contrasté du juge dans le contentieux électoral**

Le rôle du juge dans ce domaine doit être pris sous l'angle de sa compétence (A) et de sa légitimité (B).

#### **A. La compétence du juge en matière de contentieux électoral**

S'interroger sur les voies de droit mises en œuvre pour lutter contre les fausses informations invite nécessairement à se demander quel est le rôle du juge dans le contentieux électoral. Ce paragraphe sera abordé avec beaucoup de prudence. Car comme le soulignait les Professeurs Mastor et Fatin-Rouge, le système électoral américain est très complexe à appréhender<sup>257</sup>. A l'origine de cette difficulté, la forme fédérale du pays qui confère à la fois aux États fédérés et à l'État fédéral des compétences relatives à l'organisation des élections et au contentieux qui en découle, et à l'absence de « juge électoral » tel qu'on le connaît dans le système français (le terme de « *judge of election* » se réfère non pas aux magistrats mais à l'équivalent français des assesseurs<sup>258</sup>). L'origine de cette distinction se trouve à la fois dans la tradition anglaise et dans le panel de compétences dont dispose le juge dans le système américain de *common law*. En France, si le droit relatif aux élections transcende « les frontières

---

<sup>256</sup> Ici entendu comme « le règlement juridictionnel des litiges nés d'une élection », in. Pierre AVRIL, Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je ? PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2014, p.31.

<sup>257</sup> Wanda MASTOR et Stefanini FATIN-ROUGE, « États-Unis », *A.I.J.C.*, n°19, 2003, p.156.

<sup>258</sup> Ils sont en effet chargés d'ouvrir et de fermer les bureaux de votes, d'aider les électeurs le jour de l'élection. Ils s'assurent en définitive que les règles électorales sont respectées et que des élections justes sont tenues. Pour un exemple, voir. « Become a judge of election », *Chicagoelections.gov*, URL: <https://chicagoelections.gov/en/serving-as-a-judge-of-election.html>.

du contentieux constitutionnel, administratif et judiciaire »<sup>259</sup>, c'est bien aux juges administratifs<sup>260</sup> et au Conseil Constitutionnel<sup>261</sup> qu'il revient de veiller à la régularité des élections et de les annuler le cas échéant. Là où la diversité des lois fédérées fait obstacle à un droit électoral harmonieux sur l'ensemble du territoire, le code électoral français se caractérise par son « unicité »<sup>262</sup>. Sans être nettement plus simple, le droit français est toutefois plus facile à saisir.

La compétence du juge électoral américain est à trouver dans les dispositions du texte suprême. L'article III de la Constitution relatif au pouvoir judiciaire prévoit en son deuxième que « le pouvoir judiciaire s'étendra à *toutes* les affaires, en droit et en équité, survenues sous l'empire de la présente Constitution, des lois des États-Unis »<sup>263</sup>. Ce pouvoir est néanmoins partagé. En vertu de l'article Ier de la Constitution, « chaque chambre sera juge de l'élection de ses membres, du nombre de voix qu'ils ont obtenues et de leur éligibilité ; la majorité, dans chaque chambre, sera nécessaire pour que les délibérations soient valables »<sup>264</sup>. Cette théorie selon laquelle ce sont les élus eux-mêmes qui jugent les élus est héritée de la tradition anglaise dite « de vérification des pouvoirs »<sup>265</sup>. Ce système était initialement celui qui avait été adopté en France jusqu'à la Vème République<sup>266</sup> mais ainsi que le remarquent les professeurs Carcassonne et Guillaume, les décisions prises par les chambres étaient davantage motivées par des « solidarités politiques que par rigueur juridique »<sup>267</sup>. L'on ne pouvait

---

<sup>259</sup> Romain RAMBAUD, « Le droit électoral, un droit autonome ? », *Revue de droit public*, 2017, p.1551.

<sup>260</sup> Le juge administratif est compétent pour les élections locales et européennes. Art. 248 Code électoral : « *Tout électeur et tout éligible a le droit d'arguer de nullité les opérations électorales de la commune devant le tribunal administratif.* » ; Art. L.222 Code électoral : « *Les élections peuvent être arguées de nullité par tout électeur du canton, par les candidats, par les membres du conseil départemental et par le préfet, devant le tribunal administratif.* »

<sup>261</sup> Le Conseil Constitutionnel est compétent en ce qui concerne les élections parlementaires, présidentielles et les référendums. Art. 58 Const. : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin.* » ; Art. 59 Const. : « *Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.* » Art. 60 Const. : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.* »

<sup>262</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Le juge administratif et le droit électoral », Dossier thématique, 2014, p.1.

<sup>263</sup> Art.III Constitution des États-Unis, in. Stéphane RIALS, Julien BOUDON, *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je ? PUF, 15ème édition, 2015, p.43.

<sup>264</sup> Art.I section 5, Constitution des États-Unis.

<sup>265</sup> Eleonora BOTTINI, « Juger les élections par les élus : le contentieux électoral parlementaire », *A.I.J.C.*, n°34, 2019, p.36.

<sup>266</sup> Jean GICQUEL et Pro LIBERTATE, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°41, 2013, pp.193-194 ; Jean-Pierre CAMBY, *Le Conseil constitutionnel : juge électoral*, 7ème édition, Dalloz, 2017, p.7.

<sup>267</sup> Guy Carcassonne et Marc Guillaume, *La Constitution*, Points, 2016, p.288.

d'ailleurs parler de processus juridictionnel<sup>268</sup>. Avec l'avènement de l'État de droit s'est dégagé l'idée que « le suffrage universel ne pouvait plus être soumis qu'à lui-même<sup>269</sup>. » Aux États-Unis, ce système a perduré mais c'est le juge qui s'est saisi de la question.

Quelle est dès lors la légitimité du juge en France et aux États-Unis pour traiter du contentieux électoral ?

### B. La légitimité perplexe du juge en matière de contentieux électoral

Il n'est pas question dans ce point de s'interroger sur la légitimité du juge en tant que défenseur des droits fondamentaux et plus globalement en tant que juge constitutionnel. Non seulement cela a t'il fait l'objet d'une littérature abondante et parce que cela irait bien au-delà de notre étude. L'on va ici se demander quels sont les fondements du pouvoir du juge en matière électorale en France et aux États-Unis et en quoi est-ce que le droit électoral peut être sujet à controverse lorsque le marteau du juge est considéré comme se substituant aux bulletins glissés dans l'urne. Si cela intéresse notre propos, c'est parce que dans le cadre de la lutte contre les fausses informations, précisément dans le cadre électoral, il faut savoir qui est l'arbitre et *in fine*, s'il devrait revenir au juge de détenir le pouvoir d'annuler le scrutin ou d'en changer le résultat si celui-ci devait être altéré et ou son intégrité impactée. L'expérience américaine peut sur ce point nous éclairer et particulièrement la célèbre affaire Bush v. Gore de 2000.

*« L'adoption de cette position par la majorité de cette Cour ne peut qu'accréditer l'évaluation la plus cynique du travail des juges dans ce pays. C'est la confiance dans les hommes et femmes qui administrent la justice qui est la véritable épine dorsale de la rule of law. Le temps cicatrisera un jour la blessure infligée à cette confiance par la décision d'aujourd'hui. Une chose, cependant, est certaine. Alors que nous ne connaissons sans doute jamais avec certitude l'identité du vainqueur de cette élection présidentielle, l'identité du perdant est parfaitement*

---

<sup>268</sup> Bruno DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la vérification des pouvoirs, histoire et théorie », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, Lextenso, n°41, 2013, p.25.

<sup>269</sup> Tiphaine Le YONCOURT, « Le contentieux administratif dans l'histoire du droit électoral local », *RDP*, n°5, 2011, p.1215.

*claire. C'est la confiance de la Nation dans le juge comme gardien impartial de la rule of law »<sup>270</sup>.*

Les élections présidentielles américaines de 2000 opposant Al Gore et George W. Bush constituent un précédent pour quiconque s'intéresserait à la légitimité du juge à intervenir dans un contexte électoral. Était en cause dans cet arrêt la décision prise par la Cour suprême de Floride d'organiser un nouveau décompte des voix. Le futur président des États-Unis y voyait une atteinte à la Constitution en ce que la Cour aurait modifié la loi électorale, ce qu'elle ne pouvait pas faire en vertu du code fédéral, et invoquait une atteinte au quatorzième amendement. Dans un jugement *per curiam*, la Cour suprême a considéré que ladite loi était bel et bien contraire à la Constitution et que le recomptage des voix ne pouvait avoir lieu. Ce faisant, elle déclara indirectement George W. Bush vainqueur de l'élection présidentielle. Cette décision a évidemment fait polémique, à tel point qu'elle a pu être qualifiée de « déshonneur »<sup>271</sup> et les juges être accusés « d'avoir utilisé leur pouvoir en tant que partisans politiques, non pas en juges »<sup>272</sup>. Dans l'arrêt *O'Brien v. Brown*, les juges considéraient que les processus politiques devaient fonctionner libres de tout contrôle judiciaire<sup>273</sup>. Qu'est-ce qui dès lors a bien pu justifier que la Cour suprême s'investisse de la sorte ? Peut-être faut-il voir là une trace de la juridisation de la vie politique aux États-Unis à la suite de laquelle toute question politique finit par se retrouver tranchée par les juges<sup>274</sup>, et le reflet de la puissance de la Cour suprême. La légitimité des juges à interpréter la Constitution est une question éternelle qui se pose aux États-Unis et en France. Cette problématique s'exprime néanmoins d'une voix plus vive lorsqu'il ne s'agit non plus de contrôler la constitutionnalité d'une loi prise par le législateur, mais de s'intercaler directement dans le processus démocratique qui consiste pour

---

<sup>270</sup> Juge STEVENS, opinion dissidente, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), pp.128-129. Traduction par Julien BOUDON in. « L'arrêt *Bush v. Gore* de la Cour suprême des États-Unis », *RDP*, 2000, p.1115. "The endorsement of that position by the majority of this Court can only lend credence to the most cynical appraisal of the work of judges throughout the land. It is confidence in the men and women who administer the judicial system that is the true backbone of the rule of law. Time will one day heal the wound to that confidence that will be inflicted by today's decision. One thing, however, is certain. Although we may never know with complete certainty the identity of the winner of this year's Presidential election, it is the Nation's confidence in the judge as an impartial guardian of the rule of law."

<sup>271</sup> Jeffrey ROSEN, « L'affaire Bush contre Gore ou le déshonneur de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *RIS*, n°42, 2001, pp. 53-57.

<sup>272</sup> Akhil Reed Amar, "Bush, Gore, Florida and the Constitution", *Fla. L. Rev.*, volume 61, 2009, p.947.

<sup>273</sup> *O'Brien v. Brown*, 409 U.S. 1 (1972), p.409. "In light of the availability of the convention as a forum to review the recommendations of the Credentials Committee, in which process the complaining parties might obtain the relief they have sought from the federal courts, the lack of precedent to support the extraordinary relief granted by the Court of Appeals, and the large public interest in allowing the political processes to function free from judicial supervision, we conclude the judgments of the Court of Appeals must be stayed."

<sup>274</sup> Idris FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Dalloz, 2017, p.237.

le Peuple à choisir ses représentants. Dans ces circonstances, qui devrait détenir le pouvoir de juger de la régularité des élections ? Que ce soient les représentants ou l'État (l'exécutif) eux-mêmes paraît inenvisageable en plus que de ne pas être souhaitable. L'on voit d'emblée apparaître les dérives qui peuvent en résulter. Aussi la place du juge est-elle primordiale à bien des égards. Il permet de s'assurer que les principes précédemment nommés et qui constituent le fondement de la démocratie représentative en France et aux États-Unis soient respectés et qu'ainsi les citoyens puissent librement voir leurs choix être exécutés. Il s'agit en somme de la défense de la République elle-même, simplement parce qu'elle pourrait sombrer en l'absence de garantie du processus électoral. La question de la légitimité du juge se pose d'autant plus aux États-Unis où le juge se trouve à mi-chemin du politique et du juridique, aussi bien à cause des sujets qu'il lui revient de traiter qu'au niveau de sa nomination. L'arrêt *Bush v. Gore* est un exemple de ce que des juges trop politisés peuvent parfois jouer un rôle encore plus polémique au sein du processus démocratique. Mais la neutralité existe-t-elle seulement ? Selon les professeurs Hourquebie et Mastor, « le sempiternel débat relatif à la neutralité totale du juge sera vain tant que ce seront des hommes et non des Dieux ou des machines qui rendront la justice »<sup>275</sup>. Aussi, chercher un tel sentiment paraît illusoire et si l'on voulait le trouver quelque part, ce ne serait certainement pas dans les institutions politiques ou dans le Peuple qu'il faudrait la chercher. Le juge apparaît dans ce cas le garde-fou nécessaire pour la survie de l'ordre démocratique.

Une fois ce contexte posé et ces questions soulevées, il faut relever les limites inhérentes au contentieux électoral en matière de lutte contre les fausses informations.

## **Paragraphe 2. Des limites inhérentes à la nature du contentieux**

La ministre de la Culture Française Nyssen avait déclaré à propos de la loi relative à la manipulation de l'information être « fière de soutenir une loi qui fera date au nombre des grandes lois de défense des libertés publiques »<sup>276</sup>. Rien n'est moins sûr. Lutter contre les fausses nouvelles est en effet très difficile, non seulement parce que les notions et critères sur

---

<sup>275</sup> Fabrice HOURQUEBIE, Wanda MASTOR, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°34, 2012, p.154.

<sup>276</sup> Pierre JANUELLE, « Fake news : une loi qui fera date au nombre des grandes lois de défense des libertés publiques », *Dalloz actualité*, 11 juin 2018.

lesquels reposent les mécanismes juridiques sont ambigus et ou complexes (A) et parce que les pouvoirs du juge sont de toute évidence limités (B).

### A. La complexité des critères constitutifs de l'infraction

En France et aux États-Unis, on observe des difficultés communes relatives aux critères constitutifs de l'infraction avec d'une part l'ambiguïté de la notion de « fausses informations » (1) et le problème du critère de la malice avérée aux États-Unis, c'est-à-dire celui de l'intention (2).

#### 1. L'ambiguïté certaine de la définition de « fausses informations »

Dans une déclaration conjointe, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression s'inquiétait des mesures adoptées par les États. Considérant que « les interdictions générales de diffusion d'informations fondées sur des notions vagues et ambiguës, en ce compris les « fausses nouvelles » ou les « informations non objectives » sont incompatibles avec les normes internationales », toutes « restrictions à la liberté d'expression prises sur ce fondement devaient être abolies »<sup>277</sup>. Et de conclure que « le droit de l'homme de communiquer des informations et des idées ne se limite pas à la communication de propos exacts »<sup>278</sup>. Un an après, David Kaye informait le Président Macron de ce que les dispositions de la loi relative à la manipulation de l'information, faute de satisfaire les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité, étaient contraires à l'article 19 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques<sup>279</sup> (PIDCP) en vertu duquel « nul ne peut être inquiété pour ses opinions »<sup>280</sup>. La France n'était pas la seule à faire l'objet de telles remarques, l'Italie et la Malaisie ayant également été averties<sup>281</sup>. Ces inquiétudes ont trouvé toute leur place dans la doctrine et dans les débats parlementaires.

---

<sup>277</sup> « Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les fausses nouvelles (« fake news »), la désinformation et la propagande », *Nations-Unies*, 2017, p.3.

<sup>278</sup> *Idem.* p.2.

<sup>279</sup> Art.19 PIDCP.

<sup>280</sup> Mandat du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, OL FRA 5/2018, 2018, pp.6-7.

<sup>281</sup> Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, "Freedom of expression in the digital age", Research Paper 1/2019, *United Nations*, 2019, p.9.

Au fil des débats en effet, la définition des fausses informations a été changée plusieurs fois, ce qui montre la complexité terminologique et les incertitudes du législateur à propos de ce sujet<sup>282</sup>. Au départ, il était prévu que soit concernée « toute allégation ou imputation d'un fait dépourvue d'éléments vérifiables de nature à la rendre vraisemblable ». Ont été finalement retenues « les allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir et qui sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d'un service de communication au public en ligne. » Les rapports du Sénat (que l'on doit à l'opposition en l'espèce) font état de ce que « la définition retenue de la fausse information apparaît ainsi insuffisamment claire et protectrice »<sup>283</sup>. Le terme était à ce point flou que c'est par deux réserves d'interprétation que le Conseil constitutionnel a dû remédier aux lacunes de la définition retenue par les parlementaires, preuve s'il en fallait que non seulement le travail de terminologie a été difficile à effectuer, mais qu'en plus la lettre donnée au texte était inadaptée. Comme l'ont souligné les professeurs Vestraete et Bambauer, c'est une notion générale « dont le manque de clarté rend difficile la compréhension des problèmes qu'elle engendre et les réponses à apporter »<sup>284</sup>, et ceci d'autant plus que « le terme est non seulement trompeur mais généralise également les différentes façons avec lesquelles les informations peuvent être manipulées »<sup>285</sup>. Parce que jugé complexe<sup>286</sup>, il est *a priori* difficile d'envisager que ce phénomène soit efficacement encadré. Le Conseil d'État lui-même a déclaré dans son avis que les « faits constituant des fausses informations » sont en effet « délicats à qualifier juridiquement ». Il reviendra au final au juge des référés d'attester de la violation de l'article L.163-2 au cas d'espèce.

Cela prend tout son sens lorsque la loi se retrouve devant l'office du juge. A ce jour, un seul recours issu de cette nouvelle voie de référé a été porté devant le juge judiciaire<sup>287</sup>. Qualifié de « coup d'épée dans l'eau »<sup>288</sup>, ce jugement a finalement abouti au rejet de la requête effectuée

---

<sup>282</sup> Diane De BELLESCIZE, « Fake news : une loi polémique qui pose plus de questions qu'elle n'en résout », *Constitutions*, 2018, p.560.

<sup>283</sup> Synthèse des rapports et avis de Catherine MORIN-DESAILLY fait au nom de la commission de la culture et de Christophe-André FRASSA fait au nom de la commission des lois sur la proposition et proposition de loi organique relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *Sénat*, 2018, p.3.

<sup>284</sup> Mark VERSTRAETE, Derek BAMBAUER et Jane BAMBAUER, « Identifying and Countering Fake News », *Arizona Legal Studies*, Discussion Paper, n° 17, 2017, p. 1.

<sup>285</sup> Luci PANGRAZIO, «What's new about fake news? Critical digital literacies in an era of fake news, post-truth and clickbait», 2017, p.3.

<sup>286</sup> Anne-Thida NORODOM, « La régulation des fake news est-elle possible ? » in. *Les défis du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 89.

<sup>287</sup> TGI Paris, 17 mai 2019, n° 19/53935.

<sup>288</sup> Basile ADER, « Premier référé fake news : un coup d'épée dans l'eau », *Legipresse*, 4 juin 2019.

par deux élus communistes pendant les élections européennes qui souhaitaient que soient retirés les propos du Ministre de l'Intérieur exprimés au travers d'un *tweet* dans lequel il parlait de l'agression du personnel hospitalier à la Pitié-Salpêtrière. Le juge, qui n'a pas statué dans un délai de quarante-huit heures mais en une semaine, n'a pas enjoint *Twitter* France à supprimer l'information au motif « qu'elle n'était pas dénuée de tout lien avec des faits réels » et en cela, que la condition « selon laquelle l'allégation doit être manifestement inexacte ou trompeuse » n'était pas remplie. Le juge s'est également penché sur le caractère de la diffusion des propos du Ministre, estimant qu'en l'absence de recours à des « *bots* », la diffusion n'était ni artificielle ni automatisée. Il a enfin déclaré qu'il n'y avait pas d'atteinte au scrutin car les propos de M. Castaner ont immédiatement été contestés, que ce soit par la presse écrite ou sur internet, « que des versions différentes ont surgi, permettant ainsi à chaque électeur de se faire une opinion éclairée, sans risque manifeste de manipulation ». Comme le souligne le Professeur Derieux, « de nature à rassurer certains, la présente décision ne donnera pas satisfaction à d'autres »<sup>289</sup>. Il est vrai que ce jugement met en lumière les critères restreints qui permettent au juge de sanctionner la violation. En cela, elle contentera sans doute ceux qui étaient opposés à ces dispositions, arguant de son caractère prétendument dangereux lié à la malléabilité de la notion de fausses informations<sup>290</sup>. La décision rendue par le juge permet aussi de dresser le constat suivant et qui risque de déplaire aux partisans d'une forte limitation de ces propos : eu égard aux critères requis pour constater la violation de l'article L.163-2, il est fort peu probable que le juge donne une suite favorable aux requêtes qui lui seront soumises à l'avenir. Mais le futur n'ayant plus que jamais été aussi incertain, l'on ne saurait faire de conclusions hâtives.

Face à cela, se pose un autre problème propre au système américain. Aux États-Unis, c'est en effet le critère de la malice avérée qui rajoute une difficulté supplémentaire.

## 2. Le problème du critère de la malice avérée (« *actual malice* ») aux États-Unis

Les lois des États fédérés précédemment citées sanctionnent donc les fausses informations sur le critère de la « malice avérée ». Il faut faire la distinction entre la malice de

---

<sup>289</sup> Emmanuel DERIEUX, « Refus du juge des référés, d'ordonner, en période électorale, le retrait d'un message en ligne dénoncé comme inexact et trompeur », *Dalloz IP/IT*, 2019, p.715.

<sup>290</sup> Christophe BIGOT, « Légiférer sur les fausses informations en ligne, un projet inutile et dangereux », *Recueil Dalloz*, 2018, p.345.

*common law* (qui s'intéresse au comportement) et la malice avérée (qui s'intéresse à la fausseté des propos<sup>291</sup>). C'est sur cette dernière qu'il faut s'attarder. Dans l'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan* rendu en 1964, les juges de la Cour suprême des États-Unis déclaraient :

« Un État ne pouvait en vertu des premier et quatorzième amendements accorder des dommages et intérêts à une personnalité publique pour des propos diffamatoires relatifs à sa conduite à moins qu'il ne prouve qu'ils ont été prononcés avec malice avérée, c'est-à-dire avec la connaissance préalable de la fausseté des propos ou un mépris imprudent envers la question de savoir s'ils étaient vrais ou faux (« *reckless disregard for the truth* ») »<sup>292</sup>.

Ces termes en apparence peu clairs<sup>293</sup> et complexes<sup>294</sup> ont été définis par la jurisprudence. En 1968, un candidat avait accusé un opposant communiste de s'adonner à des activités criminelles et avait été poursuivi pour diffamation. Dans l'arrêt *St. Amant v. Thompson*<sup>295</sup> qui a suivi, les juges de la Cour suprême offrent un début de définition de ce qu'est une publication imprudente. Citant les arrêts *Garrison v. Louisiane*<sup>296</sup> et *Curtis Publishing Co. v. Butts*<sup>297</sup> rendus quelques temps auparavant et dans lesquels la Cour va appliquer ces critères à toute personne « impliquées dans des affaires vis-à-vis desquelles le public a un intérêt légitime et important »<sup>298</sup>, la Cour va donc expliquer à la fois la portée et les limites de cette notion.

« Nos affaires ont fourni des directives significatives pour la définition ultérieure d'une publication imprudente. Ces cas sont clairs sur le fait que la conduite imprudente n'est pas mesurée par la question de savoir si un homme raisonnablement prudent aurait publié ou aurait

---

<sup>291</sup> Ann L. PLAMONDON, "An Epistemological Analysis of the Concept of Actual Malice", *Communications and the Law*, volume 11, n°1, 1989, p.19.

<sup>292</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). p.254. "A State cannot under the First and Fourteenth Amendments award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves "actual malice"-that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false."

<sup>293</sup> Bruce W. SANFORD, "Twenty Years of Actual Malice." *Communications Lawyer*, volume 2, n°3, 1984, p.23. "The term is hardly a touchstone of clarity."

<sup>294</sup> Russell L. WEAVER et Geoffrey BENNETT, "Is the New York Times Actual Malice Standard Really Necessary: A Comparative Perspective", *La. L. Rev.*, volume 53, n°4, 1993, p.1157.

<sup>295</sup> *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968).

<sup>296</sup> *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64 (1964).

<sup>297</sup> *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U. S. 130 (1967).

<sup>298</sup> Elisabeth ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2010.

*enquêté avant de la publier. Il doit y avoir suffisamment de preuves pour permettre la conclusion que le défendeur, en fait, a entretenu de sérieux doutes quant à la véracité de sa publication. Publier avec de tels doutes montre un mépris pour la vérité ou la fausseté et démontre une malice avérée<sup>299</sup>. [...] La « malice avérée », il est vrai, ne peut pleinement faire l'objet d'une définition infaillible. Inévitablement, ses limites extérieures seront définies au cas par cas, comme c'est le cas avec tant de normes juridiques pour juger des cas concrets, que la norme soit prévue par la Constitution, les lois ou la jurisprudence »<sup>300</sup>.*

Selon le Professeur Ashley Messenger, le critère de la malice avérée n'est pas adéquat<sup>301</sup> car l'on semble partir du principe qu'une déclaration effectuée en connaissance de sa fausseté est « toujours préjudiciable » alors que cela peut parfois être « bénéfique »<sup>302</sup> (c'est le cas des plaisanteries par exemple). De plus, lorsque le juge s'intéresse à la malice avérée, il ne se pose pas la question de savoir si les propos étaient vrais ou faux mais à l'état d'esprit, à ce que savait le défendeur lorsqu'il les a prononcés, ce qui peut dès lors être difficile à prouver<sup>303</sup>. Ce critère a également posé problème lorsque le Minnesota a voulu prendre des mesures restrictives de la liberté d'expression afin de protéger l'intégrité de ses élections. Dans l'affaire *281 Care Committee v. Arneson* de 2014<sup>304</sup>, le Gouvernement de l'État invoquait que le critère de la malice avérée permettait à la loi d'être suffisamment précise (« *narrowly tailored* »). La Cour en décida autrement au motif qu'au regard des dispositions concernées, la loi était trop large, offrant la possibilité pour n'importe qui d'engager des procédures. Le Conseil constitutionnel en a jugé autrement dans sa décision relative à la manipulation de l'information, considérant « qu'une telle éventualité [l'instrumentalisation du scrutin] ne saurait suffire à entacher celle-ci d'inconstitutionnalité »<sup>305</sup>. On perçoit donc bien la différence de degré de protection entre les deux juridictions et qui se justifie par le type de contrôle, plus strict aux États-Unis.

---

<sup>299</sup> *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968). p.731.

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> Ashley MESSENGER, "False Statements and Actual Malice: Courts Rethink What's Required to Protect Free Speech", *Communications Lawyer*, volume 31, n°3, 2015, p.8.

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> Vincent R. JOHNSON, *Advanced Tort Law: a problem approach*, Lexis Nexis, 2010, pp.202-205.

<sup>304</sup> *281 Care Comm. v. Arneson*, 766 F.3d 774, (8th Cir. 2014).

<sup>305</sup> Cons. const., 20 novembre 2018, *Loi relative à la manipulation de l'information*, cons. 24 « En cinquième lieu, si les requérants dénoncent le risque d'instrumentalisation de la procédure, une telle éventualité ne saurait suffire à entacher celle-ci d'inconstitutionnalité. »

Il apparaît donc que le critère de la malice avérée, qui est au cœur des législations des États fédérés visant à garantir l'intégrité du scrutin est insuffisant, tant dans sa portée que dans sa mise en œuvre. En plus de tout cela, les pouvoirs du juge semblent limités.

### B. Les compétences limitées des juges

Au-delà des lacunes précitées, c'est surtout le juge français qui semble dans la difficulté. D'abord, comment juger de l'altération du scrutin *a priori* ? Pour annuler des élections, le juge administratif et le Conseil constitutionnel se fondent comme nous l'avons vu sur des critères tels que le temps dont a disposé le candidat pour répondre ou l'écart de voix. Le temps de réponse ne pose pas vraiment de problème, le Tribunal de Grande Instance de Paris l'ayant à bon droit repris dans la décision précitée et parce qu'il s'agit un critère pertinent. Ce qui pose question, c'est d'attester de l'impact des fausses informations sur un scrutin qui n'a pas encore eu lieu. Les observations du Gouvernement à cet égard ne sont pas des plus éclairantes. Elles font état de ce que « cette altération s'appréciera certes selon des critères qui ne seront pas ceux du juge électoral, qui examine *a posteriori* l'impact d'un fait de campagne sur le résultat du scrutin eu égard à l'encart des voix, sans toutefois que cette appréciation soit impossible, étant observé sur ce point aussi que seul un risque manifeste justifiera le prononcé d'une mesure »<sup>306</sup>. Quels seront donc ces critères ? Le Professeur Hochmann souligne que « le juge ne devra pas démontrer que la fausse information développe effectivement une telle conséquence, mais apprécier si elle est susceptible de la produire »<sup>307</sup>. En 2012, le Conseil constitutionnel expliquait que « les nouvelles technologies de communication et d'information soulèvent des questions nouvelles. Le constat des irrégularités et, surtout, l'appréciation de leur ampleur et de leur incidence sur le résultat du scrutin s'avèrent particulièrement délicats »<sup>308</sup>. L'on peut dès lors imaginer que le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris se trouve dans la même situation. Ceci est d'autant plus difficile que le caractère secret du vote, défendu en France et aux États-Unis dans une très grande majorité d'États ne permet pas de savoir qui a voté quoi et donc de savoir si le jugement de l'électeur aura été altéré ou non.

---

<sup>306</sup> Observations du Gouvernement sur la loi relative à la manipulation de l'information, 2018, p.4.

<sup>307</sup> Thomas HOCHMANN, « Lutter contre les fausses informations : le problème préliminaire de la définition », *RDLF*, n°16, 2018, p.5.

<sup>308</sup> CONSEIL CONSTITUTIONNEL, « Élections législatives de juin 2012, bilan du contentieux devant le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 41, p.126.

Le Conseil d'État a par ailleurs exprimé dans son avis des difficultés relatives à la charge de la preuve, considérant qu'il serait compliqué pour un requérant de démontrer que l'information est fausse, et ceci d'autant plus que le juge ne dispose que de quarante-huit heures pour statuer. Comment un requérant dans ce cadre-là pourrait apporter les éléments nécessaires pour démontrer que l'information est fausse ? Là encore, il s'agit d'un problème qui n'est pas réglé et qu'on imagine handicapant pour le futur même s'il est vrai que le juge des référés dans le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris a statué en une semaine. On imagine donc que l'urgence est toute relative et qu'il se permettra un délai plus long pour statuer. De plus, la procédure de référé instaurée par la loi paraît illusoire en ce que personne ne peut croire que la décision du juge aura un quelconque effet sur le déroulé du scrutin. Le juge peut enjoindre les plateformes à bloquer un contenu, mais en aucun cas ne dispose du pouvoir de le faire disparaître. Cela offrira certes la possibilité à des candidats de se défendre et d'obtenir par voie juridique un démenti des propos dont ils font l'objet mais il est peu probable que cela ait un réel impact à la fois sur le scrutin et sur l'esprit des électeurs. Ainsi bloquée, l'information sera toujours diffusée, maintes et maintes fois sur toutes les plateformes. Dans le jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris était en cause un *tweet* posté sur *Twitter*. A supposer que ces propos aient été bloqués, rien n'aurait empêché qu'ils soient repartagés sur *WhatsApp*, *Instagram* ou *Facebook*. Cela semble donc effectivement être « peine perdue »<sup>309</sup>.

En dernier lieu, on pourrait se demander pourquoi il a été décidé que les dispositions dudit référé ne pourront s'appliquer qu'aux élections à portée nationale. Intervenues en pleine crise sanitaire, les élections municipales de mars 2020 ont été marquées par un florilège de fausses informations qui auraient pu porter atteinte à la sincérité des scrutins locaux. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'on prend en compte le contexte et la manière avec laquelle s'est déroulé le premier tour et quand on sait que la campagne pour le second va se dérouler majoritairement en ligne. Il faudrait sans doute envisager l'applicabilité de ces dispositions aux élections locales. Cela aurait nécessairement pour effet de surcharger le travail du juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris puisqu'il est seul compétent en la matière. C'est donc une boucle sans fin car à supposer que l'on décide de répartir la compétence sur le territoire, on se retrouve avec les mêmes problématiques évoquées précédemment.

---

<sup>309</sup> Diane De BELLESCIZE, « Fake news : une loi polémique qui pose plus de questions qu'elle n'en résout », *op.cit.* p.567.

Mais au-delà de toutes ces limites, la plus importante est bien celle de la liberté d'expression. Comment concilier la volonté de l'État de lutter contre les fausses informations avec le droit de chacun de s'exprimer ? Existe-il un droit constitutionnel de mentir ? Est-il permis de tout dire en période électorale ? C'est à ces questions qu'il s'agira désormais de répondre.

## **Conclusion de la première partie**

---

On l'a vu, la propagation des fausses informations soulève un bon nombre de défis et de problèmes pour les démocraties française et américaine. Ce qui est en jeu, c'est leur souveraineté qui est remise en cause par l'ingérence d'États étrangers, la démocratie en ce que le vote et les élections sont influencés et enfin les pouvoirs publics dont la capacité à faire face aux problèmes et à les résoudre est mise en difficulté. Tous les éléments que l'on vient de citer constituent des fondements légitimes à une restriction de la liberté d'expression. Pourtant, la réalité est que la conciliation entre ce principe et la volonté des États de protéger l'ordre démocratique est complexe, de sorte que l'on s'aperçoit que des mesures non contraignantes sont peut-être la solution, alors même qu'elles sont contestables. C'est l'objet de la partie suivante.

---

## **PARTIE 2. UNE CONCILIATION DIFFICILE AVEC LA LIBERTÉ D'EXPRESSION : LES LIMITES DU RÉGIME RÉPRESSIF**

---

La lutte contre les fausses informations ne peut être satisfaisante dès lors qu'elle s'exprime au travers d'un régime répressif. Telles qu'elles sont conçues par la France et les États-Unis, ces mesures portent atteinte à la liberté d'expression prise dans deux de ses composantes : le droit de partager une information et le droit de la recevoir. Là est tout le problème de cet enjeu de société dont nous avons vu que les bases juridiques sur lesquelles les dispositions étudiées étaient fondées sont légitimes. Car en face de cela, le principe fondamental de la liberté d'expression et les contrôles opérés par les juges se retrouvent plus que jamais renforcés en période électorale. Garants des libertés et des droits fondamentaux, les juges français et américain s'interposent à des degrés différents dans les tentatives de l'État d'endiguer la propagation des fausses informations.

La liberté d'expression fait en effet l'objet lors des élections d'une protection et interprétation maximale qui lui confère une force supérieure à celle dont elle pourrait bénéficier en temps normal. Elle est ainsi interprétée comme le cœur du débat public, l'un des fondements de la démocratie qui permet aux citoyens de prendre part à la vie de la cité (chapitre 1). De cette protection se dégage l'idée que des mécanismes répressifs peuvent difficilement être mis en œuvre. Il faut donc s'interroger sur les alternatives à ce régime donc il semblerait que ce soit celle de la prévention même si elle contient aussi des limites (chapitre 2).

---

### **CHAPITRE 1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION CONÇUE COMME LE CŒUR DU DÉBAT PUBLIC**

---

D'ordinaire très protégée aux États-Unis et plus ou moins difficile à limiter en France et en Europe, la liberté d'expression fait obstacle à ce que tant les fausses informations que le discours politique soient restreints, même lorsqu'il s'agit de préserver l'intégrité et la sincérité du scrutin, voire la démocratie elle-même. Car paradoxalement, si le contexte électoral est envisagé précisément par les législateurs français et américains comme la justification des

restrictions à la liberté d'expression, il est conçu par les juges comme le fondement inverse. Lors des élections, elle jouit en effet d'une protection renforcée, dans la mesure où elle fait partie intégrante du débat d'idées et permet la participation des citoyens à la vie politique et démocratique du pays et ne saurait être limitée (section 1). Il en va de même pour les fausses informations qui sont défendues par le juge précisément parce qu'elles contribuent elles-mêmes à l'établissement de la vérité et en conséquence à la consolidation du processus démocratique que les limitations entendent pourtant protéger (section 2).

## **SECTION 1. UN DROIT RENFORCÉ PAR LE CONTEXTE ÉLECTORAL**

En 1800, James Madison s'interrogeait sur ce que serait un Peuple dépourvu du droit de débattre librement des mérites et démérites des candidats lors d'une élection. Il tirera de sa réflexion une conclusion qui a traversé le fil des siècles pour trouver un ancrage profond au sein de la jurisprudence des tribunaux états-uniens, français, ainsi que celle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Remettant en cause le *Alien and Sedition Act*, il posa en ces termes :

*« Un tel peuple ne serait pas libre parce qu'il sera obligé d'organiser ses élections entre des concurrents dont les prétentions ne pourront être examinées, discutées et vérifiées de manière égale car non autorisées par la loi. De cette situation, le pouvoir en place tirera un avantage indu pour s'y maintenir et porterait atteinte au droit électoral, mettant par la même occasion en danger les bienfaits du Gouvernement sur lequel il se fonde ».*<sup>310</sup>

De ces écrits il ressort l'idée fondamentale selon laquelle le discours politique devrait être libre en toutes circonstances et davantage pendant les élections. Cette vision est véhiculée par les cours qui ont effectivement précisé que cette catégorie d'expression était capitale (paragraphe 1) et dont l'application était complète lors des élections (paragraphe 2).

---

<sup>310</sup> James MADISON, cité par Harry F. TEPKER, « An introductory essay: old principles for an (allegedly) brave new world », *Okla. City U. L. Rev.*, volume 71, n°1, 2018, p.21. "What will be the situation of the people? Not free; because they will be compelled to make their election between competitors whose pretensions, they are not permitted by the act equally to examine, to discuss, and to ascertain. And from both these situations will not those in power derive an undue advantage for continuing themselves in it, which, by impairing the right of election, endangers the blessings of the Government founded on it?"

### **Paragraphe 1. Une conception quasi-maximale de l'expression politique jugée nécessaire en démocratie**

De même que le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême des États-Unis reconnaît au discours politique une importance primordiale, considérant que selon un accord presque universel, « l'objectif majeur du premier amendement était de protéger la libre discussion des affaires gouvernementales »<sup>311</sup>. Sans doute la plus grande consécration de ce principe se trouve-t-elle dans l'arrêt *New York v. Sullivan* où le juge Brennan, reprenant les propos du juge Brandeis, déclarait que :

*« Ceux qui ont gagné notre indépendance croyaient que le débat public est un devoir politique, et qu'il devrait s'agir d'un principe fondamental du Gouvernement américain. Ils ont reconnu les risques auxquels toutes les institutions humaines sont soumises. Mais ils savaient que l'ordre ne peut être obtenu simplement par crainte d'une punition pour son infraction ; qu'il est dangereux de décourager la pensée, l'espoir et l'imagination ; que la peur engendre la répression ; que la répression engendre la haine ; que la haine menace un gouvernement stable ; que la voie de la sécurité réside dans la possibilité de discuter des griefs librement supposés et des recours proposés, et que la réparation appropriée pour les mauvais conseils est bonne. Croyant au pouvoir de la raison tel qu'il est appliqué par le débat public, ils ont évité le silence forcé par la loi -- l'argument de la force dans sa pire forme. Reconnaisant les tyrannies occasionnelles des majorités dirigeantes, ils ont modifié la Constitution afin que la liberté d'expression et de réunion soit garantie. Ainsi, nous considérons cette affaire dans le contexte d'un profond engagement national à l'égard du principe selon lequel le débat sur les questions publiques devrait être décomplexé, robuste et largement ouvert, et qu'il pourrait bien inclure des attaques véhémentes, caustiques et parfois désagréablement vives contre le gouvernement et les fonctionnaires »<sup>312</sup>.*

---

<sup>311</sup> *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966) p.218.

<sup>312</sup> *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), p.270.

Le discours politique est fondamental en ce qu'il est l'essence du « *self government* »<sup>313</sup>, celui-là même que le Peuple s'est collectivement donné en 1787 en vue de « former une Union plus parfaite »<sup>314</sup>. Peu importe par ailleurs qu'il soit exprimé directement par des individus ou par des entreprises, ainsi que l'a jugé le juge Kennedy dans l'arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission*<sup>315</sup>. C'est pourquoi ce discours ne peut souffrir de limitations dans ce domaine simplement parce que les propos dérangeants<sup>316</sup> ou parce qu'ils sont différents<sup>317</sup>. Pour cela, le Gouvernement ne peut choisir les sujets qui méritent ou non d'être débattus<sup>318</sup>.

Selon Michel Verpeaux, les idées politiques ne peuvent exister si elles ne sont pas extériorisées ou exprimées<sup>319</sup>. Le débat public ne peut en effet se tenir et les citoyens ne peuvent prendre part au processus démocratique s'ils ne peuvent faire valoir leur opinion. Le Conseil constitutionnel ne se fonde pas tant sur la liberté d'expression que sur le principe de pluralisme à l'égard duquel il estime qu'il est « l'un des fondements de la démocratie »<sup>320</sup>. La liberté d'expression est intimement liée à ce principe nommément désigné dans la Constitution dont l'article 4 prévoit que « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation »<sup>321</sup>. Elle ne peut être ainsi prise isolément des autres droits, notamment le droit de vote, puisqu'elle permet à chacun de faire valoir son avis, de prendre part à la vie politique de la cité et parce qu'elle permet la clarté du débat public<sup>322</sup>. Elle permet au final que ce soit l'intégralité du processus électoral qui soit respecté puisque son exercice est « l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »<sup>323</sup>. Le principe de pluralisme est également défendu par la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle en l'absence

---

<sup>313</sup> William J. BRENNAN Jr., "The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment", *Harv. L. Rev.*, volume 79, n°1, 1965, p.12.

<sup>314</sup> Préambule de la Constitution des États-Unis, 1787.

<sup>315</sup> *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 558 U.S. 310 (2010). p.315. « *Le discours politique est essentiel pour la prise de décision dans une démocratie et cela n'est pas moins vrai parce qu'il est exprimé par une entreprise.* »

<sup>316</sup> *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929), p.279.

<sup>317</sup> *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), p.776.

<sup>318</sup> *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765 (2002), p.782.

<sup>319</sup> Michel VERPEAUX, « Liberté d'expression et discours politique », *A.I.J.C.*, 2008. P.235.

<sup>320</sup> Cons. const., 11 janvier 1990, 89-271 DC, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, cons.12. ; Cons. const., 3 avril 2003, 2003-468, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, cons.12.

<sup>321</sup> Art. 4 Constitution de la Vème République.

<sup>322</sup> Michel VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, volume 36, n°3, 2012, p.135.

<sup>323</sup> Cons. const., 11 octobre 1984, 84-181, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 37.

d'un tel principe, il ne peut y avoir « de société démocratique »<sup>324</sup>. Elle reconnaissait que « le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention toute entière »<sup>325</sup>, car la démocratie « se nourrit de la liberté d'expression »<sup>326</sup>. Et c'est parce qu'elle permet de critiquer les gouvernants qu'elle constitue un débat d'intérêt général, c'est pourquoi une mesure sanctionnant l'offense au chef de l'État ne revêt pas un intérêt légitime<sup>327</sup>.

En conséquence, le discours de nature politique permet à chacun d'extérioriser sa pensée et de pouvoir la porter dans les urnes. Puisqu'il est l'essence même de la démocratie, il doit être protégé, *a fortiori* lorsqu'il est prononcé en contexte électoral.

## **Paragraphe 2. L'exercice plein et entier de la liberté d'expression lors des élections**

Le discours « électoral » ne bénéficie pas d'une définition particulière car il est difficilement détachable de la discussion générale<sup>328</sup>. On pourrait néanmoins le relier à son contexte et à son objet. Ce serait alors le discours qui porte sur des enjeux de l'élection ou qui est prononcé en faveur ou contre un candidat. La Cour suprême a depuis longtemps établi le principe selon lequel la liberté d'expression trouve « son application la plus urgente et complète précisément lors des campagnes relatives à des fonctions politiques »<sup>329</sup> et a par exemple déclaré que « la protection donnée à la presse et à la liberté d'expression était conçue pour assurer un échange sans entrave aux idées pour provoquer les changements politiques et sociaux souhaités par le peuple »<sup>330</sup>. Or, où se situe en théorie le changement si ce n'est dans les élections et la capacité du Peuple à choisir ce qu'il veut pour son avenir, et ceci d'autant plus que la liberté d'expression est intimement liée au droit de vote<sup>331</sup>. Il faut noter l'influence de la pensée du philosophe anglais Alexander Meiklejohn qui a joué et joue toujours un rôle dans l'interprétation de la Constitution par les tribunaux. On la trouve par exemple retranscrite sous

---

<sup>324</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49.

<sup>325</sup> Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, §42.

<sup>326</sup> Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, §57

<sup>327</sup> Cour EDH, 25 septembre 2002, *Colombani et autres c. France*.

<sup>328</sup> Geoffrey R. STONE, "Electoral Exceptionalism and the First Amendment: A Road Paved with Good Intentions," *op.cit.*, p.673.

<sup>329</sup> *Monitor Patriot Co. v. Roy*, 401 U.S. 265, (1971), p.272.

<sup>330</sup> *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), p.354.

<sup>331</sup> *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), p.383. "We do not stop to canvass the relation between voting and political expression."

la plume du juge Breyer qui affirmait que le premier amendement a pour fonction de mettre en place un Gouvernement « qui reflètent les lois, les idées, les pensées et les sentiments du Peuple »<sup>332</sup> et que « former l'opinion publique est la source finale d'un État démocratique »<sup>333</sup>. L'objectif selon Meiklejohn est que les citoyens comprennent les enjeux de l'élection, se construisent un avis éclairé car « en vertu du contrat sur lequel repose la Constitution, il est entendu que les Hommes ne devraient pas être gouvernés par les autres, mais par eux-mêmes »<sup>334</sup>. Le premier amendement devrait donc protéger selon ses mots :

*« Les formes de pensée et d'expression dans le champ des communications humaines dont l'électeur tire les connaissances, l'intelligence, la sensibilité aux valeurs humaines : la capacité de jugement sain et objectif qu'un bulletin de vote doit exprimer dans la mesure du possible »*<sup>335</sup>.

Les travaux de Meiklejohn, dont le plus important est l'ouvrage *Free Speech and Its Relation to Self-Government* paru en 1948 sont à maintes reprises cités dans les décisions des tribunaux supérieurs, mais aussi inférieurs<sup>336</sup> et occupent une place importante dans la pensée des juges, parfois directement placé aux côtés de celle de James Madison.

En France, le Conseil constitutionnel a souligné « l'importance particulière de la liberté d'expression dans le débat politique et dans les campagnes électorales »<sup>337</sup>. La Cour européenne des droits de l'Homme a également une vision extensive de la liberté d'expression dans cette période. En supplément de l'article 10 de la Convention, elle s'appuie sur l'article 3 du protocole 1<sup>er</sup> qui prévoit que « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent

---

<sup>332</sup> *McCutcheon v. Fed. Election Comm'n*, 572 U.S. 185 (2014), opinion dissidente du juge Breyer, p.29.

<sup>333</sup> Stephen BREYER cité par Floyd Abrams in. *The soul of the first amendment*, Yale university press, 2017, p.52.

<sup>334</sup> Alexander MEIKLEJOHN cité par Robert POST in. "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *University of Colorado Law Review*, volume 64, n°4, 1993, p.1111. "Under the compact upon which the Constitution rests, it is agreed that men shall not be governed by others, that they shall govern themselves."

<sup>335</sup> Alexander MEIKLEJOHN cité par Robert H. BORK, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Ind. L.J.*, volume 47, n°1, p.26.

<sup>336</sup> Voir par exemple: *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Newburn v. Howard Hughes Med. Inst*, 594 P.2d 1146 (1979); *Donrey Communications v. City of Fayetteville*, 660 S.W.2d 900 (1983); *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000), p.401.

<sup>337</sup> Cons. const., 8 septembre 2017, 2017-752 DC, *Loi pour la confiance dans la vie politique*, cons.13.

la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »<sup>338</sup>. Elle a ainsi pu juger que :

*« Des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique. Les deux droits sont interdépendants et se renforcent l'un l'autre : par exemple, comme la Cour l'a relevé dans le passé, la liberté d'expression est l'une des « conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement »<sup>339</sup>.*

La Cour a dès lors pu déclarer comme contraire à la Convention la condamnation d'un requérant pour un tract jugé diffamatoire à l'encontre d'un ancien maire au motif que « limiter de la sorte ces propos à un but unique de diffamation d'un particulier reviendrait à nier le contexte électoral dans lequel ils ont été tenus »<sup>340</sup>.

Le caractère politique du discours et les élections empêchent donc d'envisager que des limitations à la liberté d'expression puissent être mises en œuvre dans ce contexte. Il en va de même pour les fausses informations qui font l'objet par le juge d'un contrôle strict et donc d'une protection accrue parce qu'elles servent le débat politique.

## **SECTION 2. LA PROTECTION DES FAUSSES INFORMATIONS PAR LE JUGE**

En France et aux États-Unis, les fausses informations jouissent d'une défense particulière dans les cours de justice. Aujourd'hui plus que par le passé, on les considère tantôt inévitables, tantôt fondamentales ou alors contraires aux valeurs défendues par les textes constitutionnels et conventionnels. Cette reconnaissance d'un droit au mensonge par le juge est en demi-teinte. Dans les deux pays que nous étudions, elles demeurent dans certaines

---

<sup>338</sup> Art.3 du protocole n°1 à la Convention européenne des droits de l'Homme.

<sup>339</sup> Cour EDH, 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*, §42.

<sup>340</sup> Cour EDH, 22 février 2008, *Desjardins c. France*, §39

circonstances limitées mais la jurisprudence récente a tendu à leur conférer une valeur plus importante aussi bien en France par le biais de la Cour européenne des droits de l'homme qu'aux États-Unis (paragraphe 1). Dans ce cadre, le juge va opérer un contrôle strict qui fera quasiment office d'obstacle à l'application des lois destinées à lutter contre les fausses informations (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Une reconnaissance en demi-teinte d'un droit au mensonge**

Existe-il un droit constitutionnellement protégé de mentir en France et aux États-Unis ? Si cette question a suscité bien des écrits outre-Atlantique, il est plus rare de trouver de la littérature sur notre continent qui ne porte pas seulement sur la diffamation ou le négationnisme. Cela s'explique sans doute par les différences de conception qu'ont la France et les États-Unis quant à la liberté d'expression. Aux États-Unis, les informations bien que fausses doivent circuler librement parce qu'elles permettent d'établir la vérité, même s'il y a des limites (A). En France et en Europe, la vision est plus tempérée en ce que la liberté d'expression doit toujours être conciliée avec d'autres principes (B).

#### **A. L'établissement de la vérité grâce au contre-discours**

*« Ce qu'il y a de plus de plus particulièrement néfaste à imposer silence à l'expression d'une opinion, c'est ce que cela revient à voler l'humanité : tant la postérité que la génération présente, les détracteurs de cette opinion davantage encore que ses détenteurs. Si l'opinion est juste, on les prive de l'occasion d'échanger l'erreur pour la vérité ; si elle est fausse, ils perdent un bénéfice presque aussi considérable ; une perception plus claire et une impression plus vive de la vérité que produit sa confrontation avec l'erreur. [...] On ne peut jamais être sûr que l'opinion qu'on s'efforce d'étouffer est fausse ; et si nous l'étions ce serait encore un mal »<sup>341</sup>.*

---

<sup>341</sup> John STUART MILL, *De la liberté*, Folio, 1990, p.85.

Citer John Stuart Mill lorsque l'on aborde la question de la liberté d'expression aux États-Unis est quelque chose de tautologique. Son influence ainsi que celle de l'auteur John Milton se retrouvent clairement au sein de la célèbre opinion dissidente du juge Oliver Wendell Holmes dans l'arrêt *Abrams*<sup>342</sup> où le principe du libre-marché des idées (« *free trade of ideas* ») est directement tiré de l'ouvrage *De la Liberté*<sup>343</sup>. Le concept au centre de la jurisprudence américaine est que le débat d'idées permet la confrontation des opinions et en conséquence, l'émergence de la vérité. Au nom d'une Cour suprême divisée, le juge Powell affirmait en 1974, « qu'en vertu du Premier amendement, il n'y a pas d'idée fausse »<sup>344</sup>. C'est là le cœur même de la jurisprudence américaine et l'un des obstacles majeurs, sinon le plus important, à la mise en œuvre des mesures prises par les États fédérés pour lutter contre les fausses informations. Face à cela, l'on serait tenté de se dire que l'appartenance proclamée des fausses informations au sein du libre marché des idées est envisagée de manière absolue. Ce propos doit être nuancé. Car si effectivement leur place dans la conception américaine de la liberté d'expression est importante, cela n'a pas toujours été le cas. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne s'accordent sur la valeur qu'il faudrait accorder aux fausses informations et c'est pourquoi elle a pu être limitée (1). Toutefois, le changement crucial opéré par la Cour suprême dans l'arrêt *United States v. Alvarez* en 2014 a ouvert la voie à ce qu'un certain type de fausses informations soit davantage couvert par le premier amendement (2).

### 1. La valeur du discours entendue comme moyen de limitation de la liberté d'expression

Que le juge Holmes ait donné vie au libre marché des idées ne signifie pas pour autant qu'il n'envisageait pas que la liberté d'expression puisse être limitée, en témoigne son parallèle célèbre dans l'arrêt *Schenk* : « la plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protégerait pas celui qui crierait « Au feu ! » dans un théâtre provoquant une panique »<sup>345</sup>. Quelques années plus tard, la Cour suprême confèrera une protection supplémentaire à la liberté d'expression en jugeant qu'elle devait également être couverte par le quatorzième amendement de la Constitution mais dans le même temps, énonce le principe selon lequel elle

---

<sup>342</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), p.630.

<sup>343</sup> Irene M. TEN CATE, "Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses", *Yale J.L. & Human.*, volume 22, n°1, 2010, p.38.

<sup>344</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974), p.418.

<sup>345</sup> *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), in. Elisabeth ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op.cit., p.161.

n'est pas absolue et ne confère pas une immunité totale à ceux qui en abuseraient<sup>346</sup>. Comme nous le verrons, ce principe est aussi au sein de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 17 prévoit que les droits d'un individu ne peuvent être couverts par le texte dès lors qu'ils sont utilisés de telle sorte qu'ils lui seraient contraires<sup>347</sup>. Le mensonge aux États-Unis n'a pas toujours effectivement été protégé par les dispositions du premier amendement, considérant qu'il n'avait que peu de valeur<sup>348</sup>. Sur la base de cette distinction entre propos de « grande valeur » et ceux qui en ont peu<sup>349</sup>, la Cour suprême a ainsi pu déclarer conformément à l'arrêt *New York Times v. Sullivan* que les propos véhiculés avec imprudence ou avec connaissance du caractère factice de l'information n'étaient pas couverts par la liberté d'expression<sup>350</sup>. Elle précise que même utilisé à des fins politiques, le discours n'est pas automatiquement protégé car « l'utilisation du mensonge dont on sait qu'il n'est pas vrai comme un outil est à la fois en contradiction avec les prémisses du Gouvernement démocratique et avec la manière ordonnée dont les changements économiques, sociaux ou politiques doivent être effectués »<sup>351</sup>. Les propos exagérés jouissent néanmoins de cette protection<sup>352</sup>. Aussi trouve-t-on dans la diffamation le principe selon lequel n'est pas puni le discours qui simplement déplait, comme la Cour suprême l'a bien précisé<sup>353</sup>, mais bien celui qui est nuisible et qui crée un dommage. Cela nous ramène une nouvelle fois à John Stuart Mill selon lequel la liberté d'expression pouvait être limitée dès lors qu'elle est nuisible pour les autres<sup>354</sup>. Ce dommage peut précisément donner lieu en période électorale à une atteinte à l'intégrité du scrutin mais aussi au droit de vote lui-même. Pour cela, on voit que si ces principes ne peuvent aller l'un sans l'autre, ils peuvent aussi s'entrechoquer. Le Congrès s'est depuis longtemps saisi de la question en légiférant pour sanctionner les mesures d'intimidation des électeurs mais ces lois sont restées endormies<sup>355</sup>. Aussi, si le discours politique est comme nous l'avons vu bien protégé, les mensonges relatifs à l'organisation des élections ne bénéficient pas d'un tel

---

<sup>346</sup> *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), p.268. “Freedom of speech and of the press, as secured by the Constitution, is not an absolute right to speak or publish without responsibility whatever one may choose or an immunity for every possible use of language.”

<sup>347</sup> Voir développements *infra*. p.86.

<sup>348</sup> *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), p.315.

<sup>349</sup> Alan K. CHEN et Justin MARCEAU, “High Value Lies, Ugly Truths, and the First Amendment”, *Vand. L. Rev.*, volume 68, n°6, 2019, p.1441.

<sup>350</sup> Par exemple, voir. *Herber v. Lando*, 441 U.S. 153 (1979), p.441.

<sup>351</sup> *Garrison v. Louisiana*, 379 U. S. 64 (1964). p.379.

<sup>352</sup> *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990), p.97.

<sup>353</sup> *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988), p.485. “False statements of fact are particularly valueless; they interfere with the truth-seeking function of the marketplace of ideas.”

<sup>354</sup> Charles GIRARD, « La liberté d'expression : état des questions », *Raisons politiques*, volume 63, n°3, 2016, p.22.

<sup>355</sup> Gilda DANIELS, “Voter Deception”, *Indiana Law Review*, Volume 43, 2010, p.360.

privilège. Une grande majorité de la doctrine estime ainsi que ceux portant sur l'administration des élections ne doivent pas bénéficier de la protection permise par le premier amendement. Par exemple, si un candidat devait annoncer que le vote a lieu le mercredi, tout en sachant qu'il a lieu le mardi, il devrait pouvoir être sanctionné car cela il s'agirait là bien d'une tentative de porter atteinte au scrutin en détournant volontairement les citoyens des urnes<sup>356</sup>. Il en va de même des mensonges portant sur les horaires de fermeture des bureaux de vote<sup>357</sup>. Devraient aussi être sanctionnés les mensonges relatifs au fonctionnement des machines électroniques sur lesquelles les citoyens expriment leur voix<sup>358</sup>. Tous ces mensonges prononcés sous couvert de la liberté d'expression porteraient donc atteinte au droit de vote et devraient en conséquence pouvoir faire l'objet de sanctions. Dans un élan quasi unanime, la Cour suprême des États-Unis est allée dans ce sens, considérant dans l'arrêt *Minnesota Voters Alliance v. Mansky* en 2018 que « l'État pouvait interdire les messages destinés à induire les électeurs en erreur à propos des procédures et éléments requis pour voter »<sup>359</sup>.

En définitive, ces éléments pourraient bel et bien ne pas faire l'objet de la protection prévue par le premier amendement. Il n'en va toutefois pas de même pour les autres types de mensonges qui porteraient atteinte à l'intégrité des candidats ou ceux qui porteraient sur des simples faits qui ne seraient pas en lien avec les procédures de vote précitées parce qu'il s'agit là d'un discours politique, composante fondamentale du débat public. L'arrêt *United States v. Alvarez* rendu en 2012 par la Cour suprême a en effet ouvert la voie à ce que cette seconde catégorie de mensonge soit permise, dès lors qu'elle ne remplit pas les critères de la diffamation<sup>360</sup>.

## 2. L'appartenance proclamée des fausses informations au sein du libre marché des idées

---

<sup>356</sup> Richard L. HASEN, « A constitutional right to lie in campaign and elections? », *Mont. L. Rev.*, Volume 74, n°1, 2013 (modifié le 12 juin 2019), p.71.

<sup>357</sup> Helen Norton, « The Government's Lies and the Constitution », *Indiana Law Journal*, Vol.91, n°73, 2015), p.96.

<sup>358</sup> Joshua J. SELLERS, « Legislating against lying in campaign elections », *op.cit.*, p.15; Helen NORTON, « (At Least) Thirteen Ways of Looking at Election Lies », *Okla. City U. L. Rev.*, volume 17, n°117, 2018, p.128.

<sup>359</sup> *Minnesota Voters Alliance v. Mansky*, 585 U.S. \_\_\_\_ (2018), p.15. « We do not doubt that the State may prohibit messages intended to mislead voters about voting requirements and procedures ».

<sup>360</sup> Richard L. HASEN, « Democrats Propose Making It Illegal to Spread False Election Information »; Some Thoughts on Constitutionality », *Election Law Blog*, 26 juillet 2018. URL: <http://electionlawblog.org/?p=100305>. Consulté le 24 mai 2020.

Il était question dans l'arrêt *Alvarez* d'un homme qui avait menti publiquement sur son passé militaire, prétextant qu'il avait servi dans les *Marines* et qu'il avait reçu la médaille d'honneur du Congrès. Le *Stolen Valor Act* de 2005 prévoyant l'interdiction pour quiconque de mentir en s'attribuant des décorations militaires qu'il ne possède pas, Alvarez avait été condamné par un tribunal de Californie. La Cour d'appel du neuvième circuit lui donnera néanmoins gain de cause au motif que le Gouvernement ne pouvait pas prohiber un discours seulement parce qu'il était faux. L'affaire s'est finalement retrouvée devant la Cour suprême des États-Unis. Ce cas paraîtrait bien étranger à notre sujet car il ne concerne ni le discours politique ni le contexte électoral et la Cour ne s'est encore jamais prononcée sur ces points précis depuis cet arrêt. Pourtant, la décision rendue par les juges pourrait avoir un impact sur la valeur qui pourrait être donnée aux fausses informations véhiculées dans un contexte électoral. On peut donc essayer de se projeter sans toutefois tirer de conclusions hâtives<sup>361</sup>.

Dans cet arrêt, les juges ont déclaré que la loi en cause était contraire à la Constitution au motif qu'elle n'était pas nécessaire, le contre-discours étant suffisant pour rétablir la vérité<sup>362</sup>. De manière générale selon la Cour, il n'était pas permis de restreindre la liberté d'expression à raison de son contenu au seul motif que les propos sont faux et alors que ceux-ci ne créent pas de dommage. Les enjeux étaient importants, car comme l'a souligné le juge Kennedy au nom de la majorité, la déclarer conforme à la Constitution aurait pu permettre au Gouvernement *in fine* de faire une « liste des mensonges punissables » et utiliser cela à des fins politiques<sup>363</sup>.

*« Permettre au gouvernement de décréter ce discours comme une infraction pénale, qu'il soit crié sur les toits ou fait dans un murmure à peine audible, encouragerait le Gouvernement à compiler une liste de sujets sur lesquels les fausses déclarations sont punissables. Ce pouvoir gouvernemental n'a pas de principe de limitation clair. Notre tradition constitutionnelle va à l'encontre de l'idée que nous avons besoin du ministère de la Vérité d'Océania »*<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup> Catherine Jay ROSS, "Ministry of truth: why law can't stop prevarications, bullshit, and straight-out lies in political campaigns", *op.cit.*, p.391.

<sup>362</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), 726.

<sup>363</sup> *Idem*, p.710.

<sup>364</sup> *Ibid.*

Contrairement à ses pairs, le juge Breyer a choisi d'appliquer un contrôle intermédiaire, considérant que le Gouvernement devait pouvoir limiter les fausses déclarations même s'il leur reconnaît quelques vertus comme « la protection de la vie privée », « la préservation de l'innocence d'un enfant » ou du « calme face à un danger »<sup>365</sup>. Même avec ce contrôle moins strict, la loi n'a pas survécu au contrôle effectué par le juge. Il est par ailleurs le seul qui fait référence au discours politique et aux campagnes électorales dans son opinion. Il considère que l'interdiction des mensonges portant sur des questions politiques ne peut être conforme à la Constitution, de même que celles qui portent sur l'art ou encore la philosophie, *a contrario* donc du discours tenu dans l'affaire *Alvarez*, qui ne relèvent d'aucune de ces catégories. En fin de compte, on s'aperçoit que cet arrêt laisse peu de place à une limitation des fausses informations<sup>366</sup>. Nul ne sait ce dont le futur sera fait. Mais cette jurisprudence constituera l'un des piliers des décisions à venir car elle confère davantage de protection aux fausses informations, même si la Cour est toujours divisée sur la question.

En conclusion, il n'est pas facile de trouver la vérité dans la carte de la liberté d'expression<sup>367</sup>. Dans ce climat d'incertitude, les tribunaux apparaissent donc comme des boussoles qui, quoiqu'incapables d'établir la vérité, permettent au moins qu'elle soit recherchée. En France et en Europe, le traitement des fausses informations est plus nuancé, du fait de la nécessaire conciliation entre la liberté d'expression et d'autres principes.

### B. Une vision plus tempérée en France et en Europe

En France et en Europe donc, la conception de la liberté d'expression est différente car il revient au juge comme au législateur d'effectuer une balance entre les différents principes, de sorte qu'ils puissent correctement être conciliés. Cela ne veut pour autant pas dire que les fausses informations n'ont pas leur place, *a fortiori* dans le domaine politique. Dans l'arrêt *Handyside*, les juges de Strasbourg considéraient 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 l'État

---

<sup>365</sup> *Idem*, p.728.

<sup>366</sup> Daniela C. MANZI, "Managing the misinformation marketplace: the first amendment and the fight against fake news", *Fordham L. Rev.*, Volume 87, n°06, 2019, p.2645.

<sup>367</sup> Frederick SCHAUER, "Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge", *S.M.U. L. rev.*, volume 70, 2017, p.233.

ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »<sup>368</sup>. Sur le fondement de cette jurisprudence, la Cour a pu déclarer que l'article 10 garantissait la libre discussion aussi bien pour les propos vrais que ceux qui étaient contraires à la vérité<sup>369</sup>. Elle fait la distinction entre les déclarations de faits (qui impliquent qu'ils soient vérifiables) et les jugements de valeur (que l'on ne peut prouver)<sup>370</sup>. Dans ce dernier cas, l'État ne peut imposer que la véracité des propos soit démontrée car elle est impossible à établir. Une telle obligation constituerait dès lors une atteinte à l'article 10 de la Convention<sup>371</sup>.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'a été à ce jour confrontée qu'une seule fois à une affaire concernant des mesures restrictives de la liberté d'expression en période électorale fondées sur les fausses informations et a conclu à une violation de l'article 10 de la Convention. Dans l'affaire *Brzeziński contre Pologne*<sup>372</sup>, il s'agissait d'un candidat à un poste de conseiller municipal qui avait publié une brochure contenant des informations mensongères sur le Maire et le conseil municipal en place. Ledit candidat avait été condamné sur le fondement de la loi polonaise de 1998 régissant entre autres les élections aux conseils municipaux à la suite d'une requête effectuée par le maire. Cette loi prévoit un panel de sanctions « dans le cas où des affiches, des slogans, des brochures, des déclarations ou d'autres formes de publicité ou de matériel de campagne renferment des données ou des informations mensongères sur les candidats aux élections »<sup>373</sup>. Le requérant avait saisi la Cour au motif qu'il s'agissait d'une violation de l'article 10 de la Convention. Les juges de Strasbourg ont appliqué leur jurisprudence classique relative au discours politique. Dans la mesure où le requérant faisait campagne contre le Maire, il était un opposant, ce qui justifiait dès lors que « la marge de manœuvre des États soit très limitée »<sup>374</sup>. La Cour soulève d'elle-même le paradoxe qui est au cœur de notre étude et la problématique presque insolvable de la conciliation avec la liberté d'expression. Elle note en effet la nécessité de lutter contre les fausses informations pendant les élections, précisant qu'il faut « préserver la qualité du débat public en période électorale »<sup>375</sup>. Dans le même temps, elle souligne qu'il est « important de permettre aux opinions et aux

---

<sup>368</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, §49.

<sup>369</sup> Cour EDH, 6 septembre 2005, *Salov c. Ukraine*, §112.

<sup>370</sup> Cour EDH, 2 juin 2008, *Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldova*, §37.

<sup>371</sup> Cour EDH, 27 mai 2001, *Jérusalem c. Autriche*, §42.

<sup>372</sup> Cour EDH, 25 juillet 2019, *Brzeziński c. Pologne*.

<sup>373</sup> *Idem*. §28. p.7.

<sup>374</sup> *Idem*. Citant l'arrêt *Jean-Jacques Morel c. France* du 10 octobre 2013, §54, p.12.

<sup>375</sup> *Ibid.* §55.

informations de tout ordre de circuler librement »<sup>376</sup>. Par conséquent, on voit là encore cette opposition entre ces deux principes dont on imagine qu'ils seront difficilement réconciliables parce qu'antithétiques sur le fond. Il est aussi intéressant de noter que la Cour ne se reconnaît pas la qualité d'arbitre de la vérité, tout comme l'a pu faire la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Meyer v. Grant* mais se base sur un fondement différent, considérant qu'il revient aux juridictions nationales d'établir la véracité des propos, les jugeant mieux placées pour le faire<sup>377</sup>. La Cour ne va donc pas se faire juge des propos, mais juge du contrôle qui a été effectué par les tribunaux polonais. C'est la raison pour laquelle elle déclare que les juridictions nationales « ne se sont intéressées ni à la question de savoir si les propos litigieux reposaient sur une base factuelle suffisamment crédible ni si le requérant avait agi avec la diligence requise »<sup>378</sup>. Les tribunaux inférieurs avaient donc manqué aux obligations de l'article 10 puisqu'ils n'avaient pas effectué de contrôle de proportionnalité. Autre élément enfin qui justifie que la Cour conclut à une telle violation, il ne pouvait être demandé au candidat de prouver que les faits dont il faisait état dans sa brochure étaient vrais car ce qui lui était demandé allait au-delà de la « diligence requise »<sup>379</sup>.

Cette protection puissante en France et aux États-Unis ne relève pas que du concept. Le contrôle opéré par les juges est fort et ajoute une difficulté supplémentaire pour toute tentative de limitation des fausses informations en période électorale.

## **Paragraphe 2. L'opération d'un contrôle strict par les juridictions**

La liberté d'expression étant une liberté fondamentale, le contrôle des juges français et américains est extrêmement poussé, si bien qu'il fait obstacle à ce que de telles limitations, en apparence légitimes, puissent être mises en œuvre. Les contrôles stricts opérés par les juridictions américaines dans le contexte électoral est révélateur de l'incapacité chronique des États, fédérés comme fédéral, à limiter la liberté d'expression dans un contexte qui comme nous l'avons vu, semblerait lui donner pleine puissance (A). Ces contrôles très stricts ne s'apparentent pas à un contrôle de proportionnalité tel qu'on le pratique en France et en Europe

---

<sup>376</sup> *Ibid.*

<sup>377</sup> *Idem.* §56. p.13

<sup>378</sup> *Idem.* §57.

<sup>379</sup> *Ibid.*

même si des critères assez similaires sont pris en compte par le juge<sup>380</sup>. Sans constituer un barrage aussi fort que le contrôle opéré par les juges américains, il constitue tout de même une limite importante à l'immixtion de l'État dans les pensées (B). Cette distinction entre les deux systèmes de contrôle permettra de mieux saisir le raisonnement des juges qui demeure aux États-Unis plus que sur le continent, très différent dans son développement.

### A. L'obstacle majeur de « l'exacting » et du « strict scrutiny » aux États-Unis

Nous avons déjà évoqué les contrôles dits du « strict » et « exacting scrutiny » lorsqu'il était question de la portée de la notion d'intégrité électorale dans la jurisprudence<sup>381</sup>. Nous disions que du fait de ces contrôles stricts, ce principe perdait de sa valeur et les lois qui en garantissaient la protection perdaient de leur efficacité voire de leur utilité. Il faut donc désormais se demander pourquoi il est difficile pour ces lois de survivre devant le juge (1) et quelles peuvent être les alternatives à ce contrôle, jugé tantôt inadapté tantôt nécessaire lorsqu'il s'agit de lutter contre les fausses informations en période électorale (2).

#### 1. La difficile survie des lois devant le juge

La distinction qui est faite entre ces deux types de contrôles n'est pas la plus aisée à comprendre et à établir, ceci d'autant plus que la Cour suprême elle-même est divisée et ne sait pas réellement quel contrôle appliquer<sup>382</sup>. En théorie, « l'exacting scrutiny » va être utilisé lorsque la liberté d'expression est restreinte dans le cadre électorale alors que le « strict scrutiny » s'appliquera dans tous les autres cas où cette liberté est limitée<sup>383</sup>. Toutefois, les affaires qui nous intéressent révèlent que les deux types de contrôle ont été mis en œuvre. « L'exacting scrutiny » a davantage été pratiqué par les Cours suprêmes, les tribunaux inférieurs ayant jusqu'à présent tous utilisé le « strict scrutiny »<sup>384</sup>. Ce fut par exemple le cas dans l'arrêt

---

<sup>380</sup> Georges A. BERMANN, « États-Unis », *A.I.J.C.*, n°25, Le juge constitutionnel et la proportionnalité, 2009, p.181.

<sup>381</sup> Voir développements *supra* p.35.

<sup>382</sup> James WEINSTEIN, "Free Speech and Domain Allocation: A Suggested Framework for Analyzing the Constitutionality of Prohibition of Lies", *Okla. City U. L. Rev.*, volume 71, n°1, 2018, p.179.

<sup>383</sup> *Roth v. US*, 354 US 476 (1957); *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994); *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

<sup>384</sup> Annie C. HUNDLEY, "Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas", *Tul. L. Rev.*, volume 92, n°2, 2017, p.514.

281 *Care Committee v. Arneson*<sup>385</sup>. La différence avec ce contrôle résiderait dans l'importance de l'intérêt gouvernemental en présence, devant parfois être plus fort que celui qui est requis lors du contrôle strict<sup>386</sup>. Or, le prouver relève pour l'État dans les deux cas d'une tâche presque insurmontable<sup>387</sup>. Les jurisprudences successives le démontrent, à tel point que rares sont les lois qui survivent au « *strict scrutiny* »<sup>388</sup>.

Le tout premier arrêt qui concernait les fausses informations était l'arrêt *Vanasco v. Scwhartz* rendu par une cour de district de New York<sup>389</sup>. La cour va ici déclarer que la loi de l'État qui visait à interdire les mensonges délibérés à l'égard d'autres candidats était contraire à la Constitution. Elle juge en ces termes :

*« Rien dans notre décision ne dévalue l'intérêt légitime de l'État à assurer des élections justes et honnêtes. Sans aucun doute, les mensonges délibérément calculés lorsqu'ils sont utilisés par les candidats politiques peuvent conduire au cynisme et à l'apathie du public à l'égard du processus électoral. Toutefois, lorsque l'État, sous le couvert de la protection du droit du citoyen à une élection juste et honnête, altère ce qui permettra au citoyen de voir et d'entendre, même l'intérêt impérieux de l'État doit céder la place à l'irrésistible force de la liberté d'expression protégée en vertu du Premier amendement. »*

La reconnaissance de l'intérêt légitime ou impérieux n'est en effet elle-même pas suffisante. Dans l'arrêt *Brown V. Hartlage*<sup>390</sup>, la Cour reconnaît l'intérêt légitime de l'État mais réitère l'idée selon laquelle l'expression politique trouve sa plus pleine application au travers du discours politique. Elle exige de l'État non pas qu'il démontre un simple « intérêt légitime »

---

<sup>385</sup> *281 Care Comm. v. Arneson*, 766 F.3d 774 (8th Cir. 2014).

<sup>386</sup> R. George WRIGHT, "A Hard Look at Exacting Scrutiny." *UMKC L. Rev.*, vol. 85, no. 1, 2016, p.210. "Such an interest would have to be of the truly highest, and presumably rarest, order. A court might also require exceptionally strong evidence that the regulation will in fact dramatically promote that nearly uniquely indispensable interest."

<sup>387</sup> *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414 (1988), p.486.

<sup>388</sup> Par exemple *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010) cité par Eugene VOLOKH in. "Eight circuit holds that even lies are constitutionally protected, unless they are fraudulent or defamatory, or unless the restriction is narrowly tailored to a compelling state interest", *The Volokh Conspiracy*, 29 avril 2011. URL: <http://volokh.com/2011/04/29/eighth-circuit-holds-that-even-lies-are-constitutionally-protected-unless-theyre-fraudulent-or-defamatory-or-unless-the-restriction-is-narrowly-tailored-to-a-compelling-state-interest/>. Consulté le 22 mai 2020 ; *Burson v. Freeman*, 504 U.S. 191 (1992).

<sup>389</sup> *Vanasco v. Schwartz*, 401 F. Supp. 87 (E.D.N.Y. 1976).

<sup>390</sup> *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982).

(« *legitimate interest* »), mais un « intérêt impérieux » (« *compelling State interest* »)<sup>391</sup>. En l'espèce, la Cour suprême estime que la loi n'était pas suffisamment précise car elle était rédigée de telle sorte qu'une élection aurait pu être annulée même si les mensonges étaient de simples erreurs prononcées de bonne foi. Or, comme nous l'avons dit, les erreurs sont inévitables dans le débat public<sup>392</sup>. Lorsque ce n'est pas ce critère qui est en cause, c'est celui de la nécessité de la loi. Dans l'arrêt *Commonwealth v. Lucas*<sup>393</sup>, la Cour suprême du Massachusetts a considéré que la loi n'était en l'état pas nécessaire pour remplir l'objectif poursuivi, arguant de ce que le seul remède était le contre-discours, c'est-à-dire « la simple vérité »<sup>394</sup>. Elle a donc déclaré la loi comme étant contraire à la Constitution<sup>395</sup>.

Beaucoup d'autres arrêts ont subi le même sort, faute de satisfaire les critères de l'intérêt impérieux ou de la précision de la loi. Appliquant « *l'exacting scrutiny* » à une affaire relative aux fausses informations en période électorale, les juges de la Cour suprême de Washington ont considéré que de telles restrictions « ne peuvent être justifiées par une simple démonstration d'un certain intérêt gouvernemental légitime » et l'État doit ainsi montrer qu'il y a « une corrélation pertinente ou une relation substantielle entre l'intérêt gouvernemental et les informations dévoilées »<sup>396</sup>. La Cour en conclut à une violation du premier amendement, considérant que le délit de diffamation tel que repris dans la loi n'était pas adapté<sup>397</sup>. Elle a également jugé que la volonté du Gouvernement de protéger le public des fausses informations pendant les élections était « condescendante et paternaliste », et de préciser « que le Gouvernement suppose que les gens de cet État sont trop ignorants ou désintéressés pour enquêter, apprendre et déterminer par eux-mêmes la vérité ou la fausseté dans le débat politique, et c'est le rôle du Gouvernement lui-même de combler ce vide »<sup>398</sup>. La Cour rejoint donc là l'idée maintes fois proclamée que chacun doit être « son propre gardien de la vérité, parce que les Pères fondateurs ne croyaient pas en le Gouvernement pour séparer le vrai du faux »<sup>399</sup> et

---

<sup>391</sup> *Idem.* p.456.

<sup>392</sup> *Ibid.*

<sup>393</sup> *Commonwealth v. Lucas*, 472 Mass.387 (2015). “*We conclude that § 42 cannot be limited to the criminalization of fraudulent or defamatory speech, is neither necessary nor narrowly tailored to advancing the Commonwealth’s interest in fair and free elections, and chills the very exchange of ideas that gives meaning to our electoral system.*”

<sup>394</sup> *Idem.* p. 399.

<sup>395</sup> *Idem.* p.389.

<sup>396</sup> *State v. 119 Vote No! Committee*, 957 P.2d 691 (1998).

<sup>397</sup> Selon la Cour, l'objectif du délit de diffamation est de préserver les dommages que les individus peuvent s'infliger entre eux et les réparer. Eu égard à l'intérêt avancé par le Gouvernement, c'est-à-dire la volonté de garantir aux citoyens la possibilité de se faire un avis éclairé, la Cour souligne que cela permettait à l'État d'attaquer des personnes privées sur le fondement de la diffamation.

<sup>398</sup> *State v. 119 Vote No! Committee*, 957 P.2d 691 (1998).

<sup>399</sup> *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414 (1988), p.486.

qu'il ne pouvait dès lors, pour reprendre les termes du juge Kennedy dans l'arrêt Alvarez, devenir un « Ministère de la vérité »<sup>400</sup>. Une fois encore, la pensée de John Stuart Mill selon laquelle se retrouve pleinement dans l'esprit des juges. Nous l'avions dit d'ailleurs, cet arrêt constitue un tournant majeur dans l'interprétation qui est faite de la Constitution par les juges relativement à la diffusion de fausses informations, même s'il n'était pas en l'espèce question d'élections. Dans l'arrêt *Susan B. Anthony List v. Driehaus*<sup>401</sup> qui a suivi, la Cour suprême des États-Unis a décidé de renvoyer l'affaire devant la cour du district Sud de l'Ohio qui jugera la loi contraire à la Constitution au prétexte que là encore, la loi n'était pas assez précise et pouvait servir à des fins politiques<sup>402</sup>.

Nombreuses sont les difficultés qui s'opposent donc aux États dans leur volonté de préserver l'intégrité de leurs élections. Comment un État pourrait démontrer que la loi est nécessaire lorsque la conception du premier amendement repose sur l'idée que la solution est « plus de discours, pas de silence forcé »<sup>403</sup> et qu'il doit, pour prouver l'intérêt de la loi avancée, qu'il repose sur bien plus de simples anecdotes ou suppositions<sup>404</sup> ? Voilà des critères bien compliqués qui confèrent pleine puissance à la liberté d'expression et qui à l'avenir, constitueront toujours des obstacles tant que ces deux types de contrôle seront pratiqués. Il est probable que d'autres lois connaissent le même sort à l'avenir<sup>405</sup>. Peut-être l'ampleur des nouveaux réseaux et moyens de communication permettra de faire prendre conscience aux tribunaux de l'importance des principes défendus par les États dans leur législation. Car comme l'ont avoué eux-mêmes les juges de la Cour suprême, « les forces et les orientations d'Internet sont si nouvelles, si protéiformes, et d'une telle ampleur que les tribunaux doivent être conscients que ce qu'ils disent aujourd'hui pourrait être obsolète demain »<sup>406</sup>. La solution à ce problème se trouve peut-être dans un autre type de contrôle : le contrôle intermédiaire ou encore un véritable contrôle de proportionnalité.

---

<sup>400</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), p.720.

<sup>401</sup> *Susan B. Anthony List v. Driehaus*, 573 U.S. \_\_\_\_ (2014)

<sup>402</sup> *Susan B. Anthony List v. Ohio Elections Comm'n*, 45 F. Supp. 3d 765 (S.D. Ohio 2014).

<sup>403</sup> *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). p.274.

<sup>404</sup> *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

<sup>405</sup> Staci LIEFFRING, "First Amendment and the Right to Lie: Regulating Knowingly False Campaign Speech after *United States V. Alvarez*", *Minn. L. Rev.*, volume 97, p.1078. "While the State has a compelling interest in protecting the integrity of its elections, it is highly unlikely that any law focusing strictly on the falsity of statements would be held constitutional."

<sup>406</sup> *Packingham v. North Carolina*, 582 U.S. \_\_\_\_ (2017), p.583.

## 2. Un type de contrôle remis en cause lorsqu'appliqué aux fausses informations

Considérant que le *strict scrutiny* était inadapté précisément parce qu'il faisait barrage à l'application des lois visant à lutter contre les fausses informations, certains auteurs proposent de recourir à un contrôle intermédiaire (« *intermediate scrutiny* ») tandis que d'autres avancent l'idée qu'il faudrait un contrôle de proportionnalité. Selon le Professeur Volokh en effet, les fausses déclarations faites par les candidats s'apparentent à de la fraude électorale en ce que leur objectif est d'accéder à des fonctions rémunératrices. Cela justifierait dès lors, en vertu des jurisprudences constantes des tribunaux, que la liberté d'expression puisse être ainsi limitée sans courir le risque que ces mesures soient jugées contraires à la Constitution<sup>407</sup>. Le Professeur Annie Hundley souligne le paradoxe que l'on retrouve dans la jurisprudence des cours en ce que la capacité de propager des fausses informations est protégée sur le fondement que cela permet des élections justes dans lesquelles tout le monde doit bénéficier d'informations mais cela contrevient également à l'intégrité électorale<sup>408</sup>. Dans les deux cas précités, il faudrait appliquer le contrôle intermédiaire. Les juges Kagan et Breyer ont chacun soutenu cette théorie dans leur opinion concordante au sein de l'arrêt *Alvarez*. Le juge Breyer applique ici le contrôle intermédiaire parce que le mensonge condamné en l'espèce portait sur un fait facilement vérifiable<sup>409</sup>. Mais il va également plus loin puisqu'il militait pour un véritable contrôle de proportionnalité tel qu'il est pratiqué en Europe, prétextant que la Cour l'a déjà utilisé par le passé<sup>410</sup>. Le terme figure effectivement dans plusieurs arrêts de la Cour suprême soit sous le mot de « *proportionality* »<sup>411</sup> soit de « *reasonableness* »<sup>412</sup> (il s'agit du terme utilisé en *common law*<sup>413</sup>). Ce type de contrôle est surtout appliqué en matière criminelle et tire son origine du huitième amendement qui prohibe les châtiments excessifs<sup>414</sup>. Dans ce cadre, les juges ont par exemple été amenés à dire que devait être considéré comme un « précepte de la justice le fait

---

<sup>407</sup> Eugene VOLOKH, "Freedom of Speech and Knowing Falsehoods", *The Volokh conspiracy*, 28 juin 2012. URL: <http://volokh.com/2012/06/28/freedom-of-speech-%20and-knowing-falsehoods/>. Consulté le 22 mai 2020.

<sup>408</sup> Annie C. HUNDLEY, "Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas", *op.cit.*, p.515.

<sup>409</sup> *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012), p.740.

<sup>410</sup> *Idem.* p.20.

<sup>411</sup> *Virginia v. Hicks*, 539 U.S. 113 (2003), p.122; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), p.21.

<sup>412</sup> *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005), p.6.

<sup>413</sup> Juan CIANCIARDO, "The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights", *J. Civ. L. Stud.*, Volume 3, n°1, 2010, p.179.

<sup>414</sup> Roozbeh B. BAKER, "Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment", *U. Miami Inter-Am. L. Rev.*, n°483, 2008, p.485.

que la peine doit être graduée et proportionnée à l'infraction »<sup>415</sup>. L'application de ce principe est, selon Vicki Jackson, la condition d'un Gouvernement juste<sup>416</sup>. Les juges de la Cour suprême déclaraient d'ailleurs que ce contrôle était nécessaire « dans une société démocratique »<sup>417</sup>. Les critères du contrôle de proportionnalité ont été définis par le juge Powell dans l'arrêt *Solem v. Helm*<sup>418</sup>. Le juge va prendre en compte la gravité de l'offense, les sentences infligées à d'autres types d'affaires par les mêmes juridictions et celles qui l'ont été dans le même type d'affaire dans d'autres juridictions<sup>419</sup>. Le juge Breyer estime que la proportionnalité « est utile lorsqu'une loi restreint un intérêt protégé par la Constitution afin de promouvoir un autre intérêt d'importance comparable. Elle est spécialement conçue pour un contexte où les droits constitutionnels importants et les intérêts sont en conflit »<sup>420</sup>. Il s'agirait donc d'un autre type de contrôle qui ressemblerait au test effectué par les cours françaises et européenne<sup>421</sup>.

On s'aperçoit donc que le choix du contrôle et son application sont extrêmement complexes. Il ne semble y avoir ni de bonne ni de mauvaise réponse tant la tension entre la liberté d'expression et le désir de préserver l'intégrité électorale est forte. Cette tension, prégnante aux États-Unis, l'est tout autant en France et en Europe et s'exprime pour le coup au travers du contrôle de proportionnalité et de la conciliation opérée par les juges.

### B. Le contrôle de proportionnalité, une limite plus ou moins forte à l'immixtion de l'État dans les pensées

L'une des différences fondamentales avec les États-Unis est que la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme consacrent la liberté d'expression

---

<sup>415</sup> *Weems v. United States*, 217 U.S. 349 (1910), p.217. "Such penalties for such offenses amaze those who have formed their conception of the relation of a state to even its offending citizens from the practice of the American commonwealths, and believe that it is a precept of justice that punishment for crime should be graduated and proportioned to offense."

<sup>416</sup> Vicki JACKSON, "Constitutional law in the age of proportionality", *Yale L. J.*, n°124, 2015, p.3106.

<sup>417</sup> *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943), p.343. "The purpose of this impressively pervasive requirement of criminal procedure is plain. A democratic society, in which respect for the dignity of all men is central, naturally guards against the misuse of the law enforcement process."

<sup>418</sup> *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277 (1983).

<sup>419</sup> *Idem*, pp.277-278.

<sup>420</sup> Stephen BREYER, *Making our democracy work: a judge's view*, Alfred A. Knopf, 2010, pp.163-164.

<sup>421</sup> Donald L. BESCHLE, "Fake News, Deliberate Lies, and the First Amendment", *U. Dayton L. Rev.*, volume 44, n°2, 2019, p.221.

mais permettent également qu'il y soit imposé des limites. Il s'agit donc dans un premier cas d'une approche négative et dans l'autre d'une approche positive<sup>422</sup>. Le législateur va se retrouver dès lors obligé de concilier la liberté d'expression avec d'autres objectifs à valeur constitutionnelle<sup>423</sup> lorsque, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il fixera les règles concernant « les droits civils et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »<sup>424</sup>. Les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoient expressément que la liberté d'expression ne peut s'exercer que dans le cadre de la loi et que les citoyens pourront répondre de leurs abus de cette liberté. Voilà pourquoi le Conseil constitutionnel répète qu'il est « loisible au législateur d'instituer des incriminations en réprimant les abus qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers »<sup>425</sup>. Lorsqu'il est amené à contrôler les atteintes à la liberté d'expression, le Conseil constitutionnel se fonde sur le triptyque nécessité, adaptation et proportionnalité<sup>426</sup> inspiré du contrôle effectué par la Cour constitutionnelle allemande. Cela veut dire que la loi doit permettre, sans excéder les moyens normalement requis, de réaliser l'objectif visé<sup>427</sup>. On retrouve également un critère retenu par la Cour suprême des États-Unis selon lequel le législateur doit avoir utilisé la mesure la moins liberticide possible en vue de réaliser cet objectif<sup>428</sup>. Le contrôle de proportionnalité consiste en définitive à limiter l'ingérence de l'État dans les droits et libertés des citoyens<sup>429</sup> par l'application de critères stricts.

Dans leur décision relative à la manipulation de l'information, les membres du Conseil constitutionnel ont effectué ce contrôle, considérant en premier lieu qu'il revenait au législateur de concilier la liberté d'expression avec la sincérité du scrutin<sup>430</sup>. La décision est là encore le reflet de cette dualité qui façonne ce principe en France et en Europe. Car si le Conseil

---

<sup>422</sup> Claire ETRILLARD, « Les libertés d'opinion et d'expression en France », *RJO*, n°1, 2005 p.111.

<sup>423</sup> Ainsi voit-on l'une des différences frappantes dans le délit d'outrage au drapeau. Si la Cour suprême a considéré qu'un tel acte était couvert par le premier amendement dans l'arrêt *Texas v. Johnson* de 1989, le Conseil constitutionnel a déclaré qu'il n'y avait pas d'atteinte à la liberté d'expression en ce que le législateur avait opéré une conciliation suffisante entre la garantie des libertés constitutionnellement protégés et l'ordre public dans la décision du 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, p.28.

<sup>424</sup> Art.34 Constitution de la Vème République.

<sup>425</sup> Cons. const., 28 février 2012, 2012-647 DC, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, p.4. ; Cons. const., 8 janvier 2016, 2015-512 QPC, *M. Vincent R.*, p.4. ; Cons. const., 18 mai 2018, 2018-706 QPC, *M. Jean-Marc R.*, p.6. ;

<sup>426</sup> Patrick WASCHMANN, « La liberté d'expression » in. *Libertés et droits fondamentaux 2019 : Maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, Dalloz, 25ème édition, 2019.

<sup>427</sup> Valérie GOESEL-LE-BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007, p.2.

<sup>428</sup> *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

<sup>429</sup> Jean-Marc SAUVE, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Discours du 17 mars 2017 au Conseil d'État, p.3.

<sup>430</sup> Cons. Const., 20 novembre 2018, 2018-773 DC, *Loi relative à la manipulation de l'information*, p.8, cons.17.

constitutionnel souligne l'importance de la liberté d'expression au cours des campagnes électorales, il rajoute que ce principe « prémunit contre les conséquences des abus commis sur son fondement »<sup>431</sup>. Tout en venant redessiner les modalités d'application de la loi au travers de ses réserves d'interprétation, le Conseil a jugé que la loi était suffisamment précise et ancrée dans le temps et que le législateur, en « permettant au juge des référés de prescrire toutes les mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser la diffusion des contenus fautifs » a bel et bien choisi la solution la moins liberticide qui soit. Le contrôle de proportionnalité ainsi appliqué lui aura donc permis de conclure à une non-violation de la Constitution. Tel qu'appliqué par le Conseil constitutionnel, ce contrôle ne garantit donc pas qu'il ne puisse être porté atteinte aux droits et libertés et paraît moins protecteur que ceux effectués aux États-Unis. Pour une protection plus poussée, il faut se tourner vers la Cour européenne des droits de l'homme même si là encore, il est possible d'imposer des limites en vertu des articles de la Convention et de la marge d'appréciation dont bénéficient les États signataires.

La Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle très strict dès lors qu'il est porté atteinte à la liberté d'expression. En vertu de l'article 10§2 de la Convention, il n'est entre autres possible de la restreindre que lorsque ces mesures sont « nécessaires, dans une société démocratique » ou encore « à la sécurité nationale »<sup>432</sup>. Dans l'arrêt *Handyside contre Royaume-Uni*, les juges de Strasbourg obligeaient de l'État qu'il démontrât « la réalité du besoin social impérieux qu'implique le concept de nécessité »<sup>433</sup>. Un lien peut être tissé avec les États-Unis où le critère de l'intérêt impérieux de l'État est similaire et où le contrôle est renforcé du fait du caractère politique du discours. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne en effet d'une protection renforcée, voire « privilégiée »<sup>434</sup> du discours politique à l'égard duquel la marge de manœuvre dont disposent les États est plus que réduite. A maintes reprises, la Cour a répété que « l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général<sup>435</sup> », ceci d'autant plus que « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier »<sup>436</sup> car il « s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif

---

<sup>431</sup> *Idem.* pp.8-9, cons.22.

<sup>432</sup> Art.10§2 Conv.EDH.

<sup>433</sup> Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, §48.

<sup>434</sup> Cour EDH, 25 novembre 1999, *Nilsen et Johnsen c. Norvège*, §47.

<sup>435</sup> Par exemple, voir. Cour EDH, 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie*, §34 ; Cour.EDH, 23 mai 1991, *Oberschlik c. Autriche*, § 59.

<sup>436</sup> Cour EDH, 8 juill. 1986, *Lingens c. Autriche*, § 42.

de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens, et doit montrer une plus grande tolérance »<sup>437</sup>. En plus de cela, la Cour a déclaré que le juge devait être plus indulgent en période électorale<sup>438</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme ne reconnaît néanmoins pas à la liberté d'expression un caractère absolu. L'article 17 de la Convention stipule qu'il n'est pas possible d'user des droits et libertés qui y sont inscrits dès lors que leur exercice aurait pour effet de viser leur destruction<sup>439</sup>. Le contexte électoral ne peut justifier que des propos haineux ne soient proférés<sup>440</sup>. Ici, c'est la nature du droit auquel il est attenté qui justifie un tel contrôle car en ce qui concerne le droit électoral en général, c'est-à-dire par exemple la manière avec laquelle les élections sont organisées, le juge effectue un contrôle plus souple et reconnaît aux États une grande marge d'appréciation<sup>441</sup>.

On peut s'interroger sur l'impact que pourrait avoir l'arrêt *Brzeziński* sur le droit français dans la perspective où les dispositions de la loi de 2018 ou plus généralement celles du code électoral feraient l'objet d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut préciser d'abord que si l'arrêt a été rendu en 2019, la requête a été introduite en 2007. L'essor des nouveaux moyens technologiques et de nouveaux modèles économiques et de communication pendant ces douze années est significatif et doit évidemment rentrer en ligne de compte dans la manière avec laquelle la Cour pourra dans le futur interpréter de telles dispositions. L'article L.163-2 du code électoral comme nous l'avons dit, n'a pas vocation à sanctionner des individus mais confère au juge des référés le pouvoir d'imposer aux plateformes de retirer le contenu, de bloquer temporairement un site voire de le déréférencer. Ces dernières mesures, jugées disproportionnées par le Conseil d'État, pourraient éventuellement l'être également par la Cour dans la mesure où une simple suppression du contenu pourrait en elle-même suffire. Tout dépendra donc. Dans l'arrêt *Brzeziński*, le candidat avait dû s'excuser, réfuter les propos et avait été condamné à une lourde amende. La Cour en avait donc légitimement conclu à une violation de l'article 10 en ce que ces sanctions n'étaient pas

---

<sup>437</sup> *Ibid.*

<sup>438</sup> Cour EDH, 11 juillet 2006, *Brasilière c. France*.

<sup>439</sup> Art.17 Conv.EDH. « Aucune des dispositions ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

<sup>440</sup> Cour EDH, 10 décembre 2009, *Férêt c. Belgique*. Cité par Xavier BIOY, « La protection renforcée de la liberté d'expression politique dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme. » *Les Cahiers de droit*, volume 53, numéro 4, 2012, p. 757.

<sup>441</sup> Arnaud MENARD, « La protection européenne des droits électoraux », *A.I.J.C.*, 2009, p.78.

proportionnées. L'article L.97 du code précité quant à lui prévoit quinze mille euros d'amende et un an de prison. Eu égard à la décision rendue par la Cour et sa jurisprudence sur la liberté d'expression, peut être que de telles sanctions seront jugées disproportionnées dans le futur.

A la lumière de tous ces éléments, il apparaît que la France et les États-Unis ne peuvent opter pour des mesures répressives pour lutter contre les fausses informations et ainsi préserver leurs élections de toute atteinte à leur sincérité ou leur intégrité. La prévention et l'éducation sont d'autres moyens avancés dans ces deux États. En apparence souhaitable, ces réponses peuvent être plus pernicieuses qu'il n'y paraît.

## **CHAPITRE 2. LA PRÉVENTION COMME ALTERNATIVE À LA RÉPRESSION**

---

Si le régime répressif est inadapté parce qu'il ne répondant pas convenablement aux besoins de la société et parce qu'il ne peut faire face à la liberté d'expression, quelles peuvent être les solutions ? Nombreux sont ceux qui arguent de ce que l'éducation à l'information doit être une priorité parce qu'elle permet à chacun d'être mieux armé sur le champ de bataille informationnel et parce qu'elle est une alternative aux restrictions parfois imposées à l'expression. Quoique cette voie puisse paraître la bonne, elle demeure un pari risqué dont la finalité soulève autant de questions qu'elle comporte de limites (section 1). En deuxième lieu, les États-Unis se distinguent de la France par l'existence de « codes » de bonnes conduites visant à imposer sur la base du volontariat, des devoirs moraux aux candidats (section 2).

### **SECTION 1. LE PARI RISQUÉ DE L'ÉDUCATION AUX MÉDIAS ENTENDUE COMME REMÈDE AUX FAUSSES INFORMATIONS**

*« Un gouvernement populaire, sans information populaire, ni les moyens de l'acquérir, n'est qu'un prologue d'une farce ou d'une tragédie ; ou, peut-être les deux. La connaissance gouvernera à jamais l'ignorance : et un peuple qui veut être ses propres gouvernants, doit s'armer du pouvoir qu'offre la connaissance »<sup>442</sup>.*

---

<sup>442</sup> Lettre de John MADISON à W. T. BARRY, 4 août 1822. URL: <https://www.loc.gov/item/mjm018999/>. Consulté le 29 mai 2020.

Nous disions que tant le discours politique que les fausses informations permettaient à la connaissance d'émerger, au débat public d'exister et *in fine* à la vie démocratique de se dérouler. Il faut désormais s'intéresser à ce que qu'il y a à la racine : c'est-à-dire l'éducation. Celle-ci est évidemment fondamentale dans toute société puisqu'elle suppose que les individus soient capables de raisonner, de réfléchir et de choisir selon un cheminement intellectuel qui leur permette de savoir ce qui est le mieux non seulement pour eux mais aussi pour la cité. Du latin « *ex ducere* », le mot éducation signifie « guider », c'est ce présupposé de la vie en société qui par l'instruction permet aux citoyens de cohabiter et de se gouverner. Les mots de James Madison précités sont à cet égard éloquentes tant ils témoignent de l'importance que revêtent l'information et un peuple éclairé, éduqué, dans un État où le Peuple prétend accéder à des fonctions gouvernementales et parce que là encore, cette vision était le fondement des jurisprudences que nous avons étudiées. La connaissance dont il fait l'éloge démarre par la compréhension du monde qui nous entoure, l'apprentissage de méthodes aidant à mieux trier les informations et par la garantie que chacun puisse exprimer son opinion. C'est pourquoi le caractère répressif de toutes les mesures que nous avons analysées est problématique car il reflète un paradoxe. Que ce soit en France ou aux États-Unis, ces mesures sont destinées à faire en sorte que les citoyens puissent se faire une opinion réfléchie sans crainte que leur voix ne soit manipulée. Mais cela est également permis par la libre circulation des idées. En conséquence, deux visions s'opposent et sont bien divisées. Si quelque remède devait être apporté, il serait bien difficile à développer. Il se pourrait néanmoins que dans l'équation apparaisse une troisième voie, celle de l'éducation à l'information (« *media literacy* »), moins contraignante et plus pédagogique. De nombreux acteurs politiques, universitaires et institutionnels avancent l'idée selon laquelle il s'agirait là d'une des dernières solutions pour pallier cette conciliation difficile avec la liberté d'expression. La formation dès le plus jeune âge mais pas que, est ainsi envisagée comme un remède au virus des fausses informations (paragraphe 1) mais c'est une méthode à double tranchant dont on peut vite percevoir les dérives (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. L'entrée de l'individu mieux informé dans une nouvelle forme de citoyenneté**

L'ère digitale dans laquelle sont entrés les individus depuis quelques dizaines d'années a eu pour effet que de transformer la citoyenneté qui s'exerce à la fois dans la vie et en ligne, si bien qu'il existe deux types d'états, l'un avec une majuscule, l'autre non. Cette citoyenneté

numérique représenterait un renouveau de la participation démocratique (A), ce qui impliquerait que les citoyens disposent des armes nécessaires pour y prendre part et donc qu'ils soient correctement éduqués face aux informations auxquelles ils sont confrontés (B).

### A. La citoyenneté numérique ou le renouveau de la participation démocratique

En 2018, le Conseil d'État énumérait trois caractéristiques de ce qui constitue la citoyenneté. Il s'agit d'un « statut, c'est-à-dire la reconnaissance officielle de droits et devoirs par une entité politique, et une pratique, voire une vertu. Elle renvoie à une communauté de nature politique et enfin, elle est intrinsèquement liée à la liberté »<sup>443</sup>. Il est question dans cette définition de la citoyenneté au sens traditionnel du terme. Car une autre a émergé. Selon les termes de la plus haute juridiction administrative de France, la citoyenneté numérique désigne « à la fois le fait de donner une dimension numérique à l'exercice de la citoyenneté traditionnelle et la perspective d'une redéfinition de la notion de citoyenneté grâce aux outils spécifiques de l'espace virtuel »<sup>444</sup>. Le Conseil de l'Europe l'a définie comme « la capacité de s'engager positivement, de manière critique et compétente dans l'environnement numérique, en s'appuyant sur les compétences d'une communication et d'une création efficaces, pour pratiquer des formes de participation sociale respectueuses des droits de l'homme et de la dignité grâce à l'utilisation responsable de la technologie »<sup>445</sup>. Enfin, aux États-Unis, chacun des textes de lois que nous allons aborder s'attarde sur cette notion de « *digital citizenship* » par exemple définie comme « un ensemble diversifié de compétences liées à la technologie actuelle et aux réseaux sociaux, y compris les règles d'un comportement approprié, responsable et sain »<sup>446</sup>. La citoyenneté numérique implique en somme d'aller au-delà du strict cadre étatique dans lequel elle est restée longtemps enfermée<sup>447</sup> pour l'orienter vers d'autres horizons, infinis et dénués de frontières. Elle répond à un besoin constant des individus de prendre part au débat public et plus globalement à la vie démocratique dont le droit de suffrage était jusqu'à présent l'ultime incarnation et répond aussi à l'insatisfaction liée à la démocratie représentative et le souhait de

---

<sup>443</sup> « La citoyenneté, être citoyen de nos jours », *Rapport du Conseil d'État*, p.11.

<sup>444</sup> *Idem.* p.61.

<sup>445</sup> « Citoyenneté numérique et éducation à la citoyenneté numérique », *Conseil de l'Europe*. URL : <https://www.coe.int/fr/web/digital-citizenship-education/digital-citizenship-and-digital-citizenship-education>. Consulté le 30 mai 2020.

<sup>446</sup> SB-830 Pupil instruction: media literacy: resources 51206.4. (a) (1).

<sup>447</sup> Fabienne GREFFET et Stéphanie WOJCIK. « La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche », *Réseaux*, volume 184-185, n°2, 2014, p.138.

participer davantage<sup>448</sup>. Dans le même temps, elle suppose des droits et des devoirs élargis qu'il faut connaître et savoir maîtriser<sup>449</sup>.

Dans ce schéma, il faut comme le disait James Madison offrir les armes aussi bien matérielles qu'intellectuelles pour que vive la démocratie, quelle qu'en soit la forme. Ce serait là tout l'objet de l'éducation à l'information qui fait désormais partie intégrante des composantes fondamentaux de la citoyenneté.

### B. L'éducation comme solution au mal des fausses informations

Dans la déclaration conjointe portant sur la liberté d'expression, les fausses informations, la désinformation et la propagande dont nous avons déjà fait mention, l'éducation était envisagée comme une alternative à la répression. Il était conseillé aux États de « prendre des mesures pour promouvoir l'éducation aux médias et au numérique, notamment en couvrant des sujets dans le cadre du programme scolaire et en s'engageant auprès de la société civile et d'autres parties prenantes pour sensibiliser les individus à ces questions »<sup>450</sup>. Certains États comme la Suède, le Danemark ou le Canada choisissent cette méthode en suppléments d'autres procédés tandis que d'autres comme les Pays-Bas, le Kenya ou la Belgique l'ont choisie comme unique recours<sup>451</sup>. La France et les États-Unis rentrent dans la première catégorie.

Avec la directive Services de médias audiovisuels du 10 mars 2010, l'Union Européenne a donné à ce projet une impulsion et une définition.

*« La notion d'éducation aux médias désigne les compétences, les connaissances et la compréhension permettant aux consommateurs d'utiliser les médias d'une manière sûre et efficace. Les personnes éduquées aux médias sont aptes à poser des choix reposant sur des*

---

<sup>448</sup> Valentin GAZAGNE-JAMMES, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », *RTDH*, n°17, 2020, p.5.

<sup>449</sup> Pauline TÜRK, « La citoyenneté à l'ère numérique », *RDP*, n°3, p.626.

<sup>450</sup> « Déclaration conjointe sur la liberté d'expression et les fausses nouvelles (« fake news »), la désinformation et la propagande », *Nations-Unies*, 2017, p.4.

<sup>451</sup> « A guide to anti-misinformation actions around the world », *Poynter.com*, URL: <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/>. Consulté le 30 mai 2020.

*informations solides, à comprendre la nature des contenus et des services et à profiter de tout l'éventail des possibilités offertes par les nouvelles technologies de communication. »<sup>452</sup>*

En France, l'éducation à l'information était l'un des objectifs partagés de la Ministre de la culture et des Parlementaires, qualifiée de « mère des batailles »<sup>453</sup>. La loi de 2018 désormais abondamment citée a introduit dans le code de l'Éducation des modifications à des dispositions déjà riches et presque continuellement réécrites. L'article L.332-5 dudit code dispose désormais que l'éducation aux médias et à l'information constitue une formation obligatoire pour les élèves de collèges<sup>454</sup> tandis que l'article L.721-2 prévoit que les instituts nationaux supérieurs du professorat « forment les étudiants et les enseignants à la compréhension des enjeux liés à l'écosystème numérique »<sup>455</sup>. L'article L.312-15 fait d'ailleurs de ce type d'éducation une composante de l'enseignement moral et civique. Il dispose en ces termes que :

*« L'enseignement moral et civique vise notamment à amener les élèves à devenir des citoyens responsables et libres, à se forger un sens critique et à adopter un comportement réfléchi, y compris dans leur usage de l'internet et des services de communication au public en ligne. [...]*

*Dans le cadre de l'enseignement moral et civique, les élèves sont formés afin de développer une attitude critique et réfléchie vis-à-vis de l'information disponible et d'acquérir un comportement responsable dans l'utilisation des outils interactifs lors de leur usage des services de communication au public en ligne. Ils sont informés des moyens de vérifier la fiabilité d'une information de maîtriser leur image publique [...]* »<sup>456</sup>

---

<sup>452</sup> Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (47).

<sup>453</sup> Avis commission des lois, p.27.

<sup>454</sup> Art. L.332-5 Code de l'éducation : « La formation dispensée à tous les élèves des collèges comprend obligatoirement une initiation économique et sociale et une initiation technologique ainsi qu'une éducation aux médias et à l'information qui comprend une formation à l'analyse critique de l'information disponible. »

<sup>455</sup> Art. L.721-2 Code de l'éducation : « Dans le cadre de leurs missions, ils assurent le développement et la promotion de méthodes pédagogiques innovantes. Ils forment les étudiants et les enseignants à la maîtrise des outils et ressources numériques, à leur usage pédagogique ainsi qu'à la connaissance et à la compréhension des enjeux liés à l'écosystème numérique. »

<sup>456</sup> Art. L.312-15 Code de l'éducation.

Ce choix n'est pas anodin. Placée au sein d'un enseignement dont l'objectif est de former aux valeurs de la République et à ce qui attrait à la citoyenneté, l'éducation à l'information est envisagée comme un prérequis à la vie en société dont se sont saisis d'ailleurs non seulement les enseignants mais aussi les acteurs de la société civile. L'article 11 de la loi précitée en son 6° énonce que les opérateurs de plateformes doivent « mettre en œuvre des mesures complémentaires pouvant notamment porter sur l'éducation aux informations. » Cela montre bien qu'il s'agit d'une tâche commune qui préoccupe l'ensemble de la société.

Aux États-Unis, aux niveaux fédéré et fédéral, le législateur a mis en place des mécanismes d'éducation dans l'optique précise de développer un esprit critique à l'égard de l'information. Le *Digital citizenship and media literacy act*, introduit au Congrès le 11 novembre 2019 qui n'a pas encore été adopté prévoit que « le processus de protection de notre démocratie commence par l'éducation des jeunes pour s'assurer qu'ils possèdent les compétences nécessaires pour s'engager dans des activités civiques, avec les communautés et éventuellement devenir des électeurs informés »<sup>457</sup>. Le terme « éventuellement » (« *eventually* ») employé dans le texte de loi montre qu'il est bien une tentative dont la finalité n'est ni de convaincre ni de persuader mais d'essayer d'insuffler ce qui permettra à dessein d'endiguer la propagation des fausses informations. Elle est donc bordée d'incertitudes, tout comme l'est par exemple la loi de l'État de Washington qui ambitionne seulement « d'essayer »<sup>458</sup>. Les États qui ont proposé des lois ou qui les ont adoptées sont nombreux<sup>459</sup>. On peut souligner la loi relative à l'éducation introduite le 4 mars 2020 par le Rhode Island dont le texte est remarquable en ce qu'il dresse une liste des documents que chacun devrait connaître, citant la Constitution, les *Federalist Papers* ou encore la déclaration d'Indépendance<sup>460</sup>. C'est dire l'importance qui est accordée aux textes juridiques et à l'histoire pour former les citoyens à la vie en société, comme si l'attachement à l'esprit des textes du passé était le moyen de combattre les maux du présent.

---

<sup>457</sup> H.R.4668 - Digital Citizenship and Media Literacy Act (6). “*Media literacy also allows young people to develop the critical thinking skills that will help them become informed voters. The right to vote is a fundamental right afforded to United States citizens by the Constitution. The unimpeded free exercise of this right is essential to the functioning of our democracy. The process to protect our democracy begins with educating young people in the United States to ensure that the young people possess the skills to engage in civic activities, engage with communities, and eventually become informed voters.*”

<sup>458</sup> SB 6273 - 2015-16 Concerning safe technology use and digital citizenship in public schools.

<sup>459</sup> C'est par exemple le cas de la Californie, de la Caroline du Nord et du Sud ou de la Virginie. Globalement, les lois existantes concernent surtout les États de la côte Est. Voir. « Putting Media Literacy On The Public Policy Agenda », *Media Literacy Now*. URL: <https://medialiteracynow.org/your-state-legislation/>. Consulté le 29 mai 2020.

<sup>460</sup> The Civic Literacy Act, Rhode Island House Bill 7577.

Aussi l'on voit que les objectifs qu'ambitionnent de réaliser la France et les États-Unis sont les mêmes. Le développement d'un esprit critique et la sensibilisation à un meilleur usage de l'information en formant sur la vérification des sources est conçu non pas tant comme un moyen de mettre fin aux fausses informations, mais comme une tentative d'endiguement, de limitation de leur propagation qui soit non contraignante puisqu'elle « relève d'une forme d'éthique citoyenne »<sup>461</sup>. Cette méthode, aussi louable soit-elle, présente tout de même des limites.

## **Paragraphe 2. Une méthode à double tranchant**

L'éducation à l'information peut présenter des risques dès lors qu'elle n'est plus neutre et devient une forme autoritaire d'enseignement<sup>462</sup>. La notion de fausses informations, éminemment subjective relève davantage du jugement de valeur. Il faut donc veiller à ce que la lutte contre la manipulation de l'information ne se transforme pas en un argument en faveur d'une manipulation des esprits et qu'au final, le remède soit pire que le mal. D'innombrables questions s'offrent à nous. Comment déterminer qu'une source a une valeur supérieure à une autre ? Comment faire pour déterminer la valeur de l'information ? L'actualité a démontré qu'un tel exercice était d'autant plus compliqué qu'il avait du mal à se faire accepter, en témoigne la tentative décriée et avortée du Gouvernement français de mettre en place sur son site officiel une page dédiée à des informations dignes de confiance et qui avait déclenché la fronde des journalistes, arguant de ce que l'État « n'était pas arbitre de l'information »<sup>463</sup>. Il s'agit donc davantage de prévenir que de guérir. Le Président de la République Emmanuel Macron l'a d'ailleurs relevé lui-même, l'éducation et l'esprit critique « ne suffisent pas tout à fait »<sup>464</sup>.

---

<sup>461</sup> Valentin GAZAGNE-JAMMES, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », *RTDH*, n°17, 2020, p.7.

<sup>462</sup> Michele JOHNSEN et Tessa JOLLS, "Media Literacy: A Foundational Skill for Democracy in the 21st Century", *Hastings L. J.*, volume 69, n°5, 2018, p.1396.

<sup>463</sup> Le gouvernement supprime sa page controversée « désinfox coronavirus », *Le Monde*, 5 mai 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2020/05/05/le-gouvernement-supprime-sa-page-controversee-desinfox-coronavirus\\_6038753\\_3236.html](https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2020/05/05/le-gouvernement-supprime-sa-page-controversee-desinfox-coronavirus_6038753_3236.html). Consulté le 31 mai 2020.

<sup>464</sup> Discours du président de la République Emmanuel Macron à l'occasion des vœux présentés à la presse le 15 janvier 2020, *Elysée.fr*. URL : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/01/16/voeux-du-president-de-la-republique-a-la-presse>.

Ce débat a également le mérite de remettre l'individu au centre du processus démocratique. Selon Coralie Richaud, les réseaux sociaux constituent « une forme renouvelée de l'état de nature » car bien que soumis à des lois, à un contrat social, « le comportement de l'internaute sur la toile se veut éminemment dispersé et asocial et de ce point de vue, se rapproche du comportement de l'Homme naturel »<sup>465</sup>. L'on a tendance à assimiler l'idée selon laquelle l'état de nature est celui dans lequel il n'y a ni corps de règles ni de contrat social sur lesquels les individus se seraient appuyés pour s'organiser en société<sup>466</sup>. Une telle approche ne peut évidemment être appliquée aux réseaux sociaux et au monde numérique en général en ce qu'ils sont bien régis par des règles auxquelles chacun doit obéir. Les propos que nous venons de citer seraient plus en adéquation avec la théorie dite de « l'indissociable sociabilité » avancée par le philosophe allemand Emmanuel Kant dans l'ouvrage *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*. Selon lui, l'homme a un « penchant à s'associer parce que dans cette union avec ses semblables il se sent plus homme, c'est-à-dire qu'il sent mieux le développement de ses dispositions naturelles. Mais il a un penchant égal à s'isoler, parce qu'il se trouve aussi en lui-même cette prétention antisociale de tout conduire suivant son propre sens »<sup>467</sup>. L'homme est en quête d'une liberté, qui ressemble à l'état de nature et sent qu'il ne peut l'obtenir qu'en s'écartant des autres, et donc des normes qui régissent les interactions sociales. Mais il est obligé d'être parmi les autres puisque c'est par sa sociabilité même qu'il affirme son existence. Cet oxymore, les réseaux sociaux et internet en général en sont le reflet puisqu'il s'exerce une grande liberté dont il résulte pourtant de son caractère non absolu une impression de toute puissance. A première vue, l'on pourrait supposer qu'il s'agirait d'un mal. Ce serait aller à l'encontre de la théorie kantienne en vertu de laquelle cela permet le progrès humain car continuellement en compétition les uns avec les autres, les individus souhaitent se surpasser pour devenir meilleurs. Il ressort de l'analyse des jurisprudences des tribunaux états-uniens comparativement à celles des tribunaux français qu'il y a une confiance presque naturelle envers les individus pour s'auto-organiser. La liberté d'expression telle qu'elle est conçue aux États-Unis place le citoyen au cœur du débat public précisément parce que l'on présuppose de ses capacités à y participer et au final d'accéder à des mandats électoraux. Comme le disait Mill : « La liberté complète de contredire et de réfuter notre opinion est la

---

<sup>465</sup> Coralie RICHAUD, « Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, volume. 57, n°4, 2017, p.41

<sup>466</sup> Anne-Laure ANGOULVENT, « Description de l'état de nature dans le Léviathan », *Hobbes ou la crise de l'État baroque*, PUF, 1992, p.42.

<sup>467</sup> Emmanuel KANT, *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique in. Œuvres complètes*, Arvensa, 2020, p.1477.

condition même qui nous permet de présumer sa vérité en vue d'agir : c'est là la seule façon rationnelle donnée à un être doué de facultés humaines de s'assurer qu'il est dans le vrai<sup>468</sup>. » La liberté d'expression constitue donc une source de progrès et en cela sert les individus et la société.

Le système français néanmoins semble dans son approche davantage paternaliste. Il se dégage l'idée que le citoyen n'est pas capable de réfléchir par lui-même et qu'il faut sans cesse une autorité, étatique en l'occurrence, pour le guider vers la raison tout en mettant un frein à son développement personnel, contrairement au système américain où la liberté d'expression en permet le plein exercice. Ceci est encore plus prégnant en période électorale où l'on considère que le Peuple doit faire un choix éclairé et qu'en conséquence la liberté d'expression peut être limitée. Mais qui peut garantir qu'en l'absence comme en présence de ces limitations, le choix des électeurs, personnel et relevant de l'intime, n'est pas mûrement réfléchi ? Personne ne peut le déterminer. Mais là encore s'oppose à nous une problématique insolvable. Dans son ouvrage *Du Contrat social*, Rousseau posait le principe selon lequel :

*« De lui-même le peuple veut toujours le bien, mais de lui-même il ne le voit pas toujours. La volonté générale est toujours droite, mais le jugement qui la guide n'est pas toujours éclairé. Il faut lui faire voir les objets tels qu'ils sont, quelquefois tels qu'ils doivent lui paraître, lui montrer le bon chemin qu'elle cherche, la garantir des séductions des volontés particulières, rapprocher à ses yeux les lieux et les temps, balancer l'attrait des avantages présents et sensibles par le danger des maux éloignés et cachés. Les particuliers voient le bien qu'ils rejettent ; le public veut le bien qu'il ne voit pas. Tous ont également besoin de guides. Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison ; il faut apprendre à l'autre à connaître ce qu'il veut. Alors des lumières publiques résulte l'union de l'entendement et de la volonté dans le corps social ; de là l'exact concours des parties, et enfin la plus grande force du tout. Voilà d'où naît la nécessité d'un législateur<sup>469</sup>. »*

---

<sup>468</sup> John STUART MILL, *De la liberté*, p.89. *op.cit.* p.72.

<sup>469</sup> Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Beauvalon, 1903, p.181.

A la lumière de ces propos, il semblerait qu'il soit nécessaire que de guider les individus de sorte qu'ils puissent faire le bon choix et que l'équilibre institutionnel soit protégé. En somme, la liberté d'expression utilisée de manière abusive porte atteinte à la sauvegarde de la Constitution qui pourtant est à l'origine de ce droit. En cela, il est du devoir du législateur de prendre les mesures qui garantissent aux individus de s'exprimer et qui permettent à la démocratie de subsister, non seulement dans les droits et libertés qui en découlent, mais aussi dans le maintien d'un certain ordre public et constitutionnel qui en assurent la survie.

L'influence des fausses informations est en tant que telle difficile à démontrer. Cependant, lorsque les propos sont diffamatoires ou qu'il s'agit pour un État de s'ingérer dans le processus électoral, les restrictions sont légitimes. Mais lorsqu'il s'agit d'énoncer des propos erronés sur des faits, qu'il soit vérifiable ou non et qui peuvent être démentis par la simple expression, faut-il les limiter ? Nous soutenons que le laisser-faire présente évidemment des désavantages car l'on ne peut se satisfaire de l'aporie du débat public et parce que véhiculer des mensonges n'est pas digne des enjeux que chacune des élections soulève, surtout dans le contexte que l'on connaît aujourd'hui et parce qu'il n'est pas sain qu'un tel processus se déroule dans la violence verbale dont l'escalade est toujours plus grande. Mais face à cela, on comprend bien la volonté du juge de permettre aux individus de s'exprimer car il s'agit d'un droit qu'ils tirent de leur nature même de citoyen et d'électeur.

La conciliation à opérer est donc extrêmement complexe car il ne semble n'y avoir ni bonne ni de mauvaise solution. Ces éléments nous font de nouveau prendre conscience que même l'intérêt de l'État, considéré comme légitime, peut être remis en cause et que ce qu'il veut pour ses citoyens n'est pas forcément ce qu'ils veulent pour eux-mêmes bien que le motif avancé soit le bien commun. Peut-être la solution à cela se trouve-t-elle dans l'exception américaine des codes de bonnes pratiques en campagne électorale.

## **SECTION 2. L'EXCEPTION AMERICAINE DE BONNES PRATIQUES EN CAMPAGNE ELECTORALE**

Aux États-Unis existent des dispositions relatives à la mise en œuvre de bonnes campagnes électorales que l'on ne retrouve pas en France. Tout comme l'éducation, cela se veut comme une réponse non contraignante pour remédier aux conséquences des fausses

informations. Ces mécanismes sont peu nombreux (paragraphe 1) et peuvent, puisqu'ils ne sont pas obligatoires et reposent uniquement sur le volontariat, être violés par les candidats sans qu'il ne leur en soit juridiquement tenu rigueur (paragraphe 2).

### **Paragraphe 1. Un serment gage de devoirs moraux**

Contrairement à la France, il existe dans peu d'États des États-Unis<sup>470</sup> ce que l'on appelle des « *Campaign Fair Practice Pledges* » placés au sein des codes électoraux. Chacun d'eux prévoit « qu'il existe des principes fondamentaux de décence, d'honnêteté et de fair-play que chaque candidat à la fonction publique dans l'État a l'obligation morale d'observer et de maintenir afin que, après des campagnes vigoureusement contestées mais équitablement menées, nos citoyens puissent exercer leur droit constitutionnel à un choix libre et sans entrave et que la volonté du peuple puisse être pleinement et clairement exprimée sur les enjeux. »<sup>471</sup> Les devoirs moraux qui en découlent sont dans la majorité des États les suivants :

*« (1) Je mènerai ma campagne ouvertement et publiquement, et limiterai les attaques contre mon adversaire à des contestations légitimes de son bilan.*

*(2) Je n'utiliserai ni ne permettra l'utilisation de la diffamation, de rumeurs, de calomnie ou d'attaques grossières contre un candidat ou sa vie personnelle ou familiale.*

*(3) Je n'utiliserai ni ne permettrai tout appel à un préjudice négatif fondé sur la race, le sexe, l'orientation sexuelle, la religion ou la nationalité.*

*(4) Je n'utiliserai pas de matériel de campagne de quelque nature que ce soit qui dénature, déforme ou falsifie autrement les faits, ni n'utiliserai d'accusations malveillantes ou non fondées qui visent à*

---

<sup>470</sup> Ce sont l'Arkansas, la Californie, l'Illinois, le Maine, le Minnesota, le Nevada et le Texas ou encore l'Utah.

<sup>471</sup> Par exemple Cal. Elec. Code, Article 3. Code of Fair Campaign Practices [20440 - 20444]. "There are basic principles of decency, honesty, and fair play which every candidate for public office in the State of California has a moral obligation to observe and uphold in order that, after vigorously contested but fairly conducted campaigns, our citizens may exercise their constitutional right to a free and untrammelled choice and the will of the people may be fully and clearly expressed on the issues."

*créer ou à exploiter des doutes, sans justification, quant à l'intégrité personnelle ou au patriotisme de mon opposition.*

*(5) Je n'entreprendrai ni ne tolérerai toute pratique malhonnête ou contraire à l'éthique qui tend à corrompre ou à saper notre système américain d'élections libres ou qui entrave ou empêche la pleine et libre expression de la volonté des électeurs.*

*(6) Je défendrai et maintiendrai le droit de chaque électeur américain qualifié à une participation pleine et égale au processus électoral.*

*(7) Je répudierai immédiatement et publiquement les méthodes et les tactiques qui peuvent venir d'autres personnes que j'ai promis de ne pas utiliser ou tolérer. Je prendrai des mesures fermes contre tout subordonné qui viole toute disposition de ce Code ou les lois régissant les élections. »<sup>472</sup>*

Ces règles sont distribuées automatiquement aux candidats lorsqu'ils déclarent leur candidature<sup>473</sup>. On le voit, ces critères correspondent aux problèmes dont nous avons fait état tout long de cette étude. L'ambition est de lutter contre l'affaiblissement du débat public et des basses inhérentes au combat politique. Mais ce type d'engagement paraît en l'état illusoire en ce que son efficacité repose seulement sur le bon vouloir des candidats qui peuvent choisir de le respecter ou non et renoncerait dès lors à une pratique susceptible de leur faire emporter la victoire.

## **Paragraphe 2. L'absence de contrainte ou l'espoir du volontariat**

Ces dispositions se sont à peu de reprises retrouvées devant le juge et lors des rares fois où elles ont dû être interprétées, elles ont été affaiblies. Dans l'arrêt *Schaefer v. Williams*<sup>474</sup>, le requérant avait fait valoir que le serment effectué par le candidat avait valeur contractuelle et qu'en conséquence, il était possible de le poursuivre sur ce fondement. Selon lui, le contrat avait été passé entre le candidat et les Californiens. Dans son raisonnement, la Cour estime qu'il n'y avait qu'une seule partie à ce contrat, le candidat. Or, comme le souligne le juge, un contrat

---

<sup>472</sup> Texas Election Code 255.004-06.

<sup>473</sup> Terri R. DAY, "Nasty as they wanna be: politics, clean campaigning and the first amendment", *Ohio N.U. L. Rev.*, volume 35, 2009, p.655.

<sup>474</sup> *Schaefer v. Williams*, 15 Cal. App. 4th 1243 (1993).

suppose qu'il y ait au moins deux parties. La requête est également rejetée au motif qu'aucune mention n'est faite du caractère contraignant du serment dans le code électoral. Outre cet aspect formel, c'est sur le fond que les juges ont eu à statuer. La question de la liberté d'expression a été soulevée à deux reprises. Dans l'arrêt *Gietzen v. Feleciano*<sup>475</sup>, le requérant souhaitait obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de la diffamation au motif que le candidat lui avait porté atteinte tout en violant son serment. Considérant qu'aucun élément dans le texte ne laissait supposer qu'une action pouvait être intentée sur ce fondement, les juges ont précisé qu'un tel comportement ne pouvait donner lieu à une telle procédure. Enfin, le dernier coup porté à cette pratique l'a été dans l'arrêt *Ancheta v. Waltada*<sup>476</sup>. En l'espèce, un candidat avait menti et n'avait donc pas respecté ses engagements de « *fair campaign* ». La *Campaign Spending Commission*, en charge d'établir les règles du droit électoral avait pris des mesures pour faire cesser l'atteinte au serment qu'il avait fait. Considérant qu'il s'agissait d'une atteinte à la liberté d'expression, le candidat avait fait un recours devant le juge qui a appliqué le « *strict scrutiny* » et considéré que l'État ne pouvait imposer que le candidat renonce à la liberté d'expression au motif qu'il se serait engagé à respecter les dispositions du code électoral auxquelles il est également reproché de faire primer une forme de discours jugée acceptable par l'État, aux dépens d'autres propos tout aussi valables. La méthode employée par l'État d'Hawaï a donc été déclarée contraire à la Constitution.

On le voit, ces méthodes relèvent davantage de l'obligation morale que de la contrainte juridique. Sans marcher parfaitement, ces dispositions ont au moins le mérite de placer le choix des individus au cœur du processus électoral, laissant les candidats libres de la manière avec laquelle ils veulent s'exprimer au Peuple appelé aux urnes.

## **Conclusion de la deuxième partie**

---

La lutte contre les fausses informations se heurte au principe de la liberté d'expression. Dans leur tentative d'endiguer leur propagation, les États sont freinés par le juge qui dans l'opération de ses différents contrôles y voit des atteintes tantôt disproportionnées tantôt insuffisamment précises. De ses différentes interprétations il ressort l'idée qu'un régime répressif ne peut être la solution et qu'il faut en conséquence chercher de nouveaux modèles

---

<sup>475</sup> *Gietzen v. Feleciano*, 25 K.A.2d 487, 490, 964 P.2d 699 (1998).

<sup>476</sup> *Ancheta v. Watada*, 135 F. Supp. 2d 1114, D. Haw (2001).

plutôt axés sur la prévention, l'éducation et la sensibilisation tout en laissant aux la capacité de s'autodéterminer et de réfléchir par eux-mêmes et par la suite à la société de s'auto-organiser.

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

---

Comparer le traitement des fausses informations en France et aux États-Unis nous a permis de mettre en lumière la complexité du sujet et l'incapacité des États à répondre à un phénomène qui pourtant, est accusé de mettre à mal les principes démocratiques inhérents au processus électoral. D'abord, parce que notre sujet illustre un paradoxe difficile à résoudre. Des deux côtés de l'Atlantique, les motifs invoqués par les pouvoirs publics à l'appui des mesures mises en œuvre pour lutter contre les fausses informations sont légitimes. Il s'agit en premier lieu de garantir des élections justes, équitables, qui se déroulent dans un climat serein et qui soient protégées de l'ingérence d'États étrangers. Cela permettrait en définitive aux électeurs de saisir les enjeux sans qu'ils ne soient manipulés et ainsi ne puissent correctement percevoir la réalité. Les dispositions françaises et américaines que nous avons étudiées révèlent un panel non négligeable de définitions de la notion de fausse information aussi bien dans la terminologie même que dans les critères constitutifs de l'infraction. Quoique différentes, toutes se rassemblent par leur caractère répressif et par leurs limites. Car ici surgit la tension intense et palpable entre la volonté de l'État de préserver les scrutins et le droit des individus de s'exprimer librement.

Car exercée pleinement, la liberté d'expression permettrait également la réalisation des objectifs avancés par le législateur pour la restreindre. Il ressort de notre étude que ce problème se pose davantage aux États-Unis où il est accordé au discours une protection renforcée soit parce qu'il est de nature politique, soit parce qu'il est prononcé dans un contexte électoral, soit parce qu'il permet de faire émerger la vérité. Dans ces trois cas, la liberté d'expression fait l'objet d'un contrôle strict qui empêche la mise en œuvre des mesures adoptées par les États. Aussi, la divergence d'esprit se situe entre le juge, gardien des libertés fondamentaux et interprète de la Constitution, et le législateur et l'Exécutif, garant des institutions. Eu égard aux jurisprudences récentes et à l'importance de la Cour suprême, tout porte à croire que ce problème ne pourra être résolu dans l'immédiat et qu'il se posera autant de problèmes juridiques que de nouvelles technologies feront leur apparition dans le paysage médiatique. En France, le contrôle effectué par le juge ne fait pas en lui-même obstacle à ce que ces mesures soient appliquées car la liberté d'expression doit toujours être conciliée avec d'autres principes. Mais l'interprétation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme par les juges de Strasbourg lui confère une protection supplémentaire qui doit dès lors être respectée.

Cette étude a également permis de s'interroger sur la place de l'État, du juge et de l'électeur dans ce processus d'endiguement des fausses informations. Nous avons vu les difficultés que rencontre l'État au quotidien pour les limiter à cause de leur portée internationale et les problématiques liées à leur définition ainsi que la multiplicité des plateformes sur lesquelles elles sont diffusées. S'agissant du juge, ses compétences sont limitées du fait de l'imprécision des textes de lois et des notions qu'il doit appliquer et parce qu'il est aussi désarmé face à la puissance des nouveaux moyens de communication. Dans ce schéma, la place de l'électeur est difficile à appréhender. D'aucun pourrait estimer qu'il faudrait le laisser réfléchir par lui-même sans qu'il soit nécessaire de le guider et que l'on ne peut prétendre affirmer à sa place que son jugement a été altéré. D'un autre côté, l'on pourrait aussi estimer qu'il doit être aidé parce qu'il est dans son intérêt et celui des autres de faire un choix éclairé. Aussi est-ce une bataille qui ne pourra être remportée exclusivement par l'un des acteurs précités puisque cela s'apparenterait à une victoire à la Pyrrhus. Il s'agit d'une lutte collective qui fait appel à la conscience de chacun. Selon John Stuart Mill, « c'est le devoir du gouvernement, et des individus, de se former les opinions les plus justes qu'ils peuvent, de se les former avec soin, sans jamais les imposer aux autres à moins d'être tout à fait sûrs d'avoir raison »<sup>477</sup>. Cette maxime reflète l'état d'esprit qui doit régner aussi bien en temps normal qu'en période électorale.

---

<sup>477</sup> John STUART MILL, *De la liberté*, Folio, 1990, p.88.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### DICTIONNAIRES

- **AVRIL (P.), GICQUEL (J.),** *Lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je ? PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2014.
- **DEBARD (T.), GUINCHARD (S.),** *Lexique des termes juridiques 2019-2020*, Dalloz, 27<sup>ème</sup> édition, 2019.
- **DIVELLEC (A.), DE VILLIERS (M.),** *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 11<sup>ème</sup> édition, 2017.
- **NAY (O.),** *Lexique de sciences politiques*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> édition, 2017.

### MANUELS

- **BONNET (J.), GADHOUND (P-Y.), ROUSSEAU (D.),** *Droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, 11<sup>ème</sup> édition, 2016.
- **CABRILLAC (R.),** *Libertés et droits fondamentaux 2019 : Maîtrise des connaissances et de la culture juridique*, Dalloz, 25<sup>ème</sup> édition, 2019.
- **DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORÉ (M.),** *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2016.
- **DRAGO (G.),** *Contentieux constitutionnel français*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2016.
- **FAVOREU (L.),** *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition (collectif), 2015.
- **FROMONT (M.),** *Grands systèmes de droit étrangers*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2018.
- **HAQUENAU-MOIZARD (C.),** *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2018
- **HAMON (F.), TROPER (M.),** *Droit constitutionnel*, LGDJ, 40<sup>ème</sup> édition, 2019.
- **HAY (P.),** *Law of the United States: Introduction au droit américain*, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2010.
- **MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PACTET (P.),** *Droit constitutionnel 2020*, Université, 38<sup>ème</sup> édition, 2019.
- **ROUSSEAU (D.),** *Droit du contentieux constitutionnel*, Lextenso, 11<sup>ème</sup> édition, 2016.
- **VERPEAUX (M.),** *Contentieux constitutionnel*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2016.

### OUVRAGES

- **ABRAMS (F.),** *The soul of the first amendment*, Yale university press, 2017.

- **BARTLETT (B.)**, *The truth matters: A citizen's guide to separating facts from lies and stopping fake news in its tracks*, Ten Speed Press, 2017.
- **BLANC (N.), MEKKI (M.)**, *Le juge et le numérique : un défi pour la justice du XXIème siècle*, Dalloz, 2019.
- **BOUDON (J.), (S.) RIALS**, *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je ?, PUF, 15ème édition, 2015.
- **BREYER (S.)**, *Making our democracy work: a judge's view*, Alfred A. Knopf, 2010.
- **BULLIER (A.)**, *La common law*, Dalloz, 4ème édition, 2016.
- **CAMBY (J-P.)**, *Le Conseil constitutionnel : juge électoral*, 7ème édition, Dalloz, 2017
- **CARCASSONNE (G.) et GUILLAUME (M.)**, *La Constitution*, Points, 2016.
- **DECAUX (E.), MUHLMANN (G.), (E.) ZOLLER**, *La liberté d'expression*, Dalloz, 2016.
- **DUPRE DE BOULOIS (X.)**, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 2ème édition (collectif), 2019.
- **FELDMAN (N.), SULLIVAN (K.M.)**, *First amendment law, 7th edition*, University Case book series, 2019.
- **FORTE (D.), SPALDING (M.), MEESE III (E.)**, *The heritage guide to the Constitution: fully revised second edition*, The Heritage Foundation, Regnery Publishing, 2014.
- **GARDNER (J.)**, *What are campaigns for? The role of persuasion in electoral law and politics*, Oxford University Press, 2009.
- **HASEN (R.)**, *Election meltdown: dirty tricks, distrust, and the threat to American democracy*, Yale university Press, 2020.
- **HAMILTON (A.), JAY (J.) , MADISON (J.)**, *The Federalist Papers*, Signet classics, Penguin Books, 1961.
- **HUDSON JR (D.), SCHULTZ (D.), VILES (J.)**, *Encyclopedia of the first amendment*, CQ press, 2009.
- **JOHNSON (V.)**, *Advanced Tort Law: a problem approach*, Lexis Nexis, 2010.
- **KAKUTANI (M.)**, *The death of Truth*, William Collins, 2018
- **KANT (E.)**, *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique in. Œuvres complètes*, Arvensa, 2020.
- **KNOWLES (H.), LICHTMAN (S.)**, *Judging free speech: first amendment jurisprudence of US Supreme Court Justices*, Palgrave Macmillan, 2015.
- **LEGRAND (P.)**, *Le droit comparé*, Que sais-je ? PUF, 4ème édition, 2011.
- **PETERS (M.), RIDER (S.), HYVÖNEN (M.), BESLEY (T.)**, *Post truth, fake news: viral modernity & higher education*, Springer, 2018.
- **PINAIRE (B.K.)**, *The Constitution of electoral speech: The Supreme Court and the freedom of expression in campaign and elections*, Stanford University press, 2008.
- **POST (R. C.)**, *Citizens Divided: campaign finance reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014.
- **REED AMAR (A.)**, *America's constitution: a biography*, Random House, 2012.
- **REED AMAR (A.)**, *The Bill of Rights*, Yale university press, 2000.

- **REED AMAR (A)**, *America's unwritten constitution: the principles and precedents we live by*, Basic books, 2015.
- **REIMANN (M.)**, **ZIMMERMANN (R.)**, *The Oxford handbook of comparative law*, 1st edition, Oxford University Press, 2008.
- **ROSENFELD (M.)**, **SAJÓ (A.)**, *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012.
- **SOLDINI (D.)**, *Les grands textes de libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 2019.
- **SPICER (R. N.)**, *Free speech and false speech political deceptions and its legal limits (or lack thereof)*, Palgrave Macmillan, 2018.
- **STUART MILL (J.)**, *De la liberté*, Folio, 1990.
- **SWIFT (J.)**, *L'art du mensonge en politique*, Jérôme Millon, 2007.
- **TOCQUEVILLE (A.)**, *De la démocratie en Amérique*, tome 1, Folio, 1986.
- **ZINN (H.)**, *Désobéissance civile et démocratie, sur la justice et la guerre*, Agone, 2010.
- **ZOLLER (E.)**, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF, 2000.
- **ZOLLER (E.)**, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> édition, 2010.
- **ZOLLER (E.)**, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.

## ARTICLES

- **AJJI (K.)**, « Les fake news, un enjeu de sécurité nationale : la réponse américaine », *Juspoliticum*, 2018.
- **ALLCOTT (H.)**, **GENTZKOW (M.)**, “Social media and fake news in the 2016 election”, *Journal of Economic Perspectives*, Volume 31, n°2, 2017, pp.211-236.
- **ALTWEGG-BOUSSAC (M.)**, « Vérité et sincérité v. Liberté politique. Quelques observations sur le dispositif anti-fake news en période électorale », *Juspoliticum*, 2019.
- **ASHDOWN (G. G.)**, “Distorting democracy: campaign lies in the 21<sup>st</sup> century”, *William and Mary Bill of Rights journal*, Volume 20, issue 4, 2012, pp.1085-1113.
- **BAKER (R.)**, “Proportionality in the Criminal Law: The Differing American versus Canadian Approaches to Punishment”, *Miami Inter-American Law review*, n°483, 2008, pp.483-502.
- **BAMBAUER (D.)**, **VERSTRAETE (M.)**, “Ecosystem of distrust”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.129-151.
- **BAMBAUER (D.)**, **BAMBAUER (J.)**, **VERSTRAETE (M.)** “Identifying and Countering Fake News” *Arizona Legal Studies, Discussion Paper*, n° 17, 2017.
- **BAUER (D.)**, « La vérité en droit : concepts amis ou ennemis ? », *Petites affiches*, n.044, 2019, pp.4-7.
- **BECK (P.)**, **GUNTHER (R.)**, **NISBET (E.)**, “Fake news may have contributed to Trump 2016's victory”, *Ohio State University*, 2018.

- **BENNETT (G.), WEAVER (R.),** “Is the New York Times Actual Malice Standard Really Necessary: A Comparative Perspective”, *Louisiana Law Review*, volume 53, n°4, 1993, pp.1153-1190.
- **BERMANN (G.),** « États-Unis : Le juge constitutionnel et la proportionnalité », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2010, pp.181-190.
- **BESCHLE (D.),** "Fake News, Deliberate Lies, and the First Amendment", *University of Dayton Law Review*, vol. 44, no. 2, 2019, pp.209-230.
- **BIGOT (C.),** « Légiférer sur les fausses informations en ligne : un projet inutile et dangereux », *Recueil Dalloz*, 2018, pp.344-345.
- **BINELLO (L.), PIERRAT (E.),** « Lutte contre les fake news, génèse, objet, critiques et droit comparé », *Revue des juristes de Science Po*, 2019.
- **BIRD (K.),** « L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-Unis », *Revue française de droit constitutionnel*, n°46, 2001.
- **BJÖRNSTJERN (B.),** “Fake news and international law”, *European Journal of international law*, volume 29, n°4, 2018, pp.1357-1376.
- **BOGEN (B.),** “The origins of freedom of speech and press”, *Maryland Law Review*, volume 42, 1983, pp.429-465.
- **BOGHOSSIAN (R.), CRUDO (R.), TOMPROS (L.), PFEIFFER (A.),** “The constitutionality of criminalizing false speech made on social networking sites in a post-Alvarez, social media obsessed world”, *Harvard Journal of Law & technology*, volume 31, n°1, 2017, pp.66-109.
- **BORK (R.),** “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, *Indiana Law Journal*, volume 47, n°1, pp.1-35.
- **BOTTINI (E.),** « Juger les élections par les élus : le contentieux électoral parlementaire », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°34, 2019, pp.35-45.
- **BOUDON (J.),** « L'arrêt Bush v. Gore de la Cour suprême des États-Unis », *RDP*, 2000, p.1110.
- **BRENNAN JR. (W.),** “The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment”, *Harvard Law Review*, volume 79, n°1, 1965, pp.1-20.
- **BRICKNER (B.), WEINER (D.),** “Electoral integrity in campaign finance law”, *New York University journal of legislation and public policy*, vol.20, n°1, 2017, pp.101-148.
- **CALVERT (C.), VINING (A.),** “Filtering fake news through a lens of Supreme Court observations and adages”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.153-177.
- **CALVERT (C.), MCNEFF (S.), VINING (A.), ZARATE (S),** “Fake news and the first amendment, reconciling a disconnect between theory and doctrine,” *University of Cincinnati Law Review*, Volume 86, Issue 1, article 3, Revue 99, 2018, pp.99-138.
- **CARCASSONNE (G.),** “Les interdits et la liberté d'expression”, *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°36, 2012, pp.55-65.
- **CHEN (A.), MARCEAU (J.),** High Value Lies, Ugly Truths, and the First Amendment, *Vanderbilt Law Review*, 2019, pp.1435-1508.

- **CIANCIARDO (J.)**, “The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights”, *Journal of civil law studies*, Volume 3, n°1, 2010, pp.177-190.
- **CLOAREC (N.), DARDENNE (E.)**, « Censure et liberté d’expression dans les pays anglophones : perspectives culturelles, politiques et historiques », *Revue LISA/LISA e-journal*, Presse universitaire de Rennes, volume 11, n°1, 2013, pp.1-9.
- **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**, « Élections législatives de juin 2012, bilan du contentieux devant le Conseil constitutionnel », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 41.
- **DANIELS (G.)**, “Voter Deception”, *Indiana Law Review*, Volume 43, 2010, pp.343-387.
- **DAUGERON (B.)**, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : la vérification des pouvoirs, histoire et théorie », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.41, n.°4, 2013, pp.17-31.
- **DAY (T.)**, “Nasty as they wanna be: Clean Campaigning and the First Amendment”, *Ohio northern university law review*, vol.35, 2014, pp.647-684.
- **DE BELLESCIZE (D.)**, « Fake news : une loi polémique, qui pose plus de questions qu’elle n’en résout », *Constitutions*, 2018, p.559-570.
- **DE LAMY (B.)**, « La Constitution et la liberté de la presse », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.36, n°3, 2012, pp.19-29.
- **DELPÉRÉE (F.)**, « Le contentieux électoral en Europe », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, 2002.
- **DERIEUX (E.)**, « Refus du juge des référés, d’ordonner, en période électorale, le retrait d’un message en ligne dénoncé comme inexact et trompeur », *Dalloz IP/IT*, 2019.
- **DEYSINE (A.)**, « Liberté d’expression et poursuites pénales aux États-Unis », *Archives de politiques criminelles*, vol.40, n°1, 2018, pp.188-209.
- **DURANTI (F.)**, “Constitutional dialogues on electoral law”, *Comparative law journal*, vol.6, n°1, 2015, pp.2-10.
- **ETRILLARD (C.)**, « Les libertés d’opinion et d’expression en France ». *Revue juridique de l’Ouest*, n°1, 2005, pp.107-158.
- **FALQUE-PIERROTIN (I.)**, « La Constitution et l’internet », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.36, n°3, 2012, pp.31-44.
- **FATIN-ROUGE (S.), MASTOR (W.)**, « États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°19, 2003, pp.125-129.
- **FASSASSI (I.)**, « Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.57, n°4, 2017, pp.69-86.
- **FERGUSON III (C.)**, “The politics of ethics and elections: can negative campaign advertising be regulated in Florida?”, *Florida State university Law review*, Volume 24, Issue 2, 1997, pp.464-504.
- **FONTEIX (C.)**, « Diffusion de fake news dans un contexte électoral : propositions de loi », *Dalloz actualité*, 13 mars 2018

- **FOREY (E.)**, « Le droit électoral entre droit constitutionnel et droit administratif : l'exemple de l'élection présidentielle », *Revue de droit public*, n°6, 2017, pp.1541-1544.
- **FRIED (C.)**, « Liberté d'expression, liberté de pensée, libertés hors du droit ? Deux décisions controversées de la Cour Suprême des États-Unis », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.36, 2012
- **GAZAGNE-JAMMES (V.)**, « La citoyenneté numérique à l'épreuve des fausses informations », *Revue des droits de l'homme*, n°17, 2020, pp.1-14.
- **GHEVONTIAN (R.)**, « La notion de sincérité du scrutin », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, 2003.
- **GHEVONTIAN (R.)**, « La sincérité du scrutin, études réunies et présentées par Richard Ghevontian », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°13, janvier 2003.
- **GHEVONTIAN (R.)**, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°36, juin 2012, p.45.
- **GICQUEL (J.), LIBERTATE (P.)**, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°41, 2013, pp.191-199.
- **GIRARD (R.)**, « La liberté d'expression : état des questions », *Raisons politiques*, volume 63, n°3, 2016, pp.13-53.
- **GOESEL-LE-BIHAN (V.)**, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°22, juin 2007
- **GOLDMAN (L.)**, “False Campaigning Advertising and the Actual Malice Standard”, *Tulane Law Review*, volume 82, n°3, 2008, pp.889-910.
- **GORA (J.)**, “Free speech, Fair elections, and campaign finance laws: can they co-exist?”, *Brooklyn Law School Legal studies*, n°346, 2013, pp.763-800.
- **GRANGE (M.)**, « Internet rattrapé par le droit », *Institut français des relations internationales*, n°4, 2019, pp.61-72.
- **GRAVESON (R.)**, « L'influence du droit compare sur le rapprochement des peuples », *Revue internationale de droit comparé*, vol.10, n°3, 1958, pp.501-509.
- **GREFFET (F.), WOJCIK (S.)**, « La citoyenneté numérique. Perspectives de recherche », *Réseaux*, volume 184-185, n°2, 2014, pp.125-159.
- **GUZELIAN (C.)**, “False Speech: Quagmire?”, *San Diego Law Review*, vol. 51, no. 1, 2014, pp.19-80.
- **HALL (R.)**, “When Free Speech and Free Elections Collide: A North Carolina Case Study”, *First Amendment Law Review*, vol. 3, no. 1, 2004, pp.173-206.
- **HALPER (T.)**, “Lying and the first amendment”, *British journal of American legal studies*, Volume 7, issue 2, 2018, pp.402-423.
- **HAN (D.S.)**, “Conspiracy theories and the market place of facts”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.179-199.
- **HASEN (R.)**, “A constitutional right to lie in campaigns and elections?”, *Montana Law Review*, Volume 74, n°1, 2013, pp.53-78.

- **HASEN (R.)**, “Deep fakes, bots and siloed Justices: American election law in a post-truth world”, *University of California*, Legal Studies Research Paper Series No. 2019-36, 2017, pp.11-33.
- **HASEN (R.)**, “Cheap speech and what it has done (to American democracy)”, *University of California School of Law*, Legal studies research paper series n°2017-38, 2017, pp.200-231.
- **HOCHMANN (T.)**, « Lutter contre les fausses informations : le problème préliminaire de la définition », *RDLF*, n°16, 2018.
- **HOLAN (A.D.)**, “The media’s definition of Fake news vs. Donald Trump’s”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.111-128.
- **HOUREBIE (F.)**, **MASTOR (W.)**, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, vol.34, n°1, 2012, pp.143-162.
- **HUNDLEY (A.C.)**, “Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas”, *Tulane Law Review*, vol. 92, n°2, 2017, pp.498-518.
- **JACKSON (V.)**, “Constitutional law in the age of proportionality”, *Yale Law Journal*, n°124, 2015, pp.3094-3197.
- **JALUZOT (B.)**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n°1, 2005, pp.29-48.
- **JANUEL (P.)**, « Fake news : une loi qui fera date au nombre des grandes de lois de défense des libertés publiques », *Dalloz actualité*, 11 juin 2018.
- **JOHNSON (M.)**, **JOLLS (T.)**, “Media Literacy: A Foundational Skill for Democracy in the 21st Century”, *Hastings Law Journal*, volume 69, n°5, 2018, pp.1379-1408.
- **LEVI (L.)**, “Real fake news and fake fake news”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.233-327.
- **LE YONCOURT (T.)**, « Le contentieux administratif dans l'histoire du droit électoral local », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°5, 2017, pp.1525-1540.
- **LIEFFRING (S.)**, “First amendment and the right to lie: regulating knowingly false campaign speech after *United States. v. Alvarez*”, *University of Minnesota law review*, 2013, pp.1047-1078.
- **LIU (H.)**, **WOLANEK (C.)**, “Applying strict scrutiny: an empirical analysis of free exercise clause”, *Montana Law review*, n°2, 2017, pp.275-312.
- **MALIGNER (B.)**, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°41.
- **MANZI (D.)**, “Managing the misinformation marketplace: the first amendment and the fight against fake news”, *Fordham Law Review*, Volume 87, Issue 06, 2019, pp.2624-2651.
- **MARIQUE (E.)**, **STROWEL (A.)**, « La régulation des fake news et avis factice sur les plateformes », *Revue internationale de droit économique*, n°3, 2019, pp.383-398.
- **MARSHALL (W.)**, “False campaign speech and the first amendment”, *University of Pennsylvania Law review*, vol.153, n°1, pp.285-323.

- **MARTINDALE (N.)**, “Constitutional Law - Elections: Citizens Divided: Balancing the First Amendment Right to Free Speech and the Role of Private Corporations in Our Nation's Elections”, *North Dakota Law Review*, vol. 86, n°3, 2010, pp.619-640.
- **MASTRIOANNI (R.)**, “Fake news, free speech and democracy: a (bad) lesson from Italy?”, *Southwestern Journal Of International Law*, vol.45, 2018, pp.41-73.
- **MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, n°105, pp.117-131.
- **MESSINGER (A.)**, “False Statements and Actual Malice: Courts Rethink What's Required to Protect Free Speech”, *Communications Lawyer*, vol. 31, n°3, 2015, pp.6-9.
- **MESSINGER (A.)**, “The epistemic and moral dimensions of fake news and the first amendment”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.328-341.
- **MORANT (B.)**, “Electoral Integrity: Media, Democracy, and the Value of Self-Restraint”, *Alabama Law Review*, vol. 55, n°1, 2003, pp.1-62.
- **MOURON (P.)**, « Une future loi pour lutter contre les fake news : Les difficultés d’une définition juridique », *Revue européenne des médias et du numérique*, 2018, 45.
- **NIQUÈGE (S.)**, « Droit administratif et régime juridique des opérations électorales », *Revue de droit public*, n°6, 2017, pp.1495-1499.
- **NORODOM (A.T.)**, « La régulation des fake news est-elle possible ? » in *Les défis du numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 87-93.
- **NORTON (H.)**, “Lies and the Constitution”, *University of Colorado Law School*, Legal studies research paper series, 2013, pp.1-30.
- **NORTON (H.)** “The Government's Lies and the Constitution”, *Indiana Law Journal*, Vol.91, n°73, 2015, pp.73-120.
- **NORTON (H.)** “The government’s manufacture of doubt”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.342-368.
- **NORTON (H.)** “(At Least) Thirteen Ways of Looking at Election Lies”, *Oklahoma Law Review*, volume 17, n°117, 2018, pp.117-139.
- **PALANCO (A.)**, « Combattre les fake news Le référé de l'article L.163-2 du Code électoral et la liberté d'expression », *Revue de droit public*, n°3, 2019, pp.637-646.
- **PARENT (C.)**, « L’office du juge électoral », *Revue de droit public*, n°5, 2011, pp.1213-1219.
- **PLAMONDON (A.)**, “An Epistemological Analysis of the Concept of Actual Malice”, *Communications and the Law*, volume 11, n°1, 1989, pp.19-46.
- **POST (R.)**, “Regulating election speech under the first amendment”, *Texas Law Review*, vol.77, 1999, pp.1837-1844.
- **QUÉMÉNER (M.)**, « Fake news, infox, quelles réponses juridiques ? », *Dalloz IP/IT*, 2019.
- **RAMBAUD (R.)**, « Le droit électoral, un droit autonome ? », *Revue de droit public*, n°6, 2017, pp.1551-1553.
- **RAMBAUD (R.)**, « Lutter contre la manipulation de l’information », *AJDA*, 2019, pp.453-463.

- **REED AMAR (A.)**, “Bush, Gore, Florida and the Constitution”, *University of Florida Law review*, volume 61, 2009, pp.945-968.
- **REINHARDT (J.)**, “A slight case of overblocking : les enjeux constitutionnels de la loi allemande sur les réseaux sociaux”, *Juspoliticum*, 2018.
- **RICHARD (J.)**, “Freedom of expression in the digital age: a historian’s perspective”, Church, *Communication and Culture*, vol.4, n°1, 2019, pp.25-38.
- **RICHAUD (C.)**, « Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ? », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol.57, n°4, 2017, pp.29-44.
- **RODELL (S.)**, “False statements v. Free debate: is the first amendment a license to lie in elections?”, *Florida Law review*, Volume 60, Issue 4, 2008, pp.948-960.
- **ROSEN (J.)**, « L'affaire Bush contre Gore ou le déshonneur de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique », *Revue internationale et stratégique*, vol.42, n°2, 2001, pp.53-57.
- **ROSS (C.J.)**, “Ministry of truth: why law can’t stop prevarications, bullshit, and straight-out lies in political campaigns”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.367-409.
- **ROWBOTTOM (J.)**, “Lies, manipulation and elections: controlling false campaign statements”, *Oxford Journal of legal studies*, vol.32, n.3, 2012, pp.507-535.
- **SCHAUER (F.)**, “The boundaries of the first amendment: a preliminary exploration of constitutional salience”, *Harvard University*, 2003.
- **SCHAUER (F.)**, “Facts and the first amendment”, *University of Virginia School of Law*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2009-22, 2009, pp.897-920.
- **SCHAUER (F.)**, “Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge”, 70 *Southern Methodist University Law Review*, 2017, pp.231-251.
- **SELLERS (J.J.)**, “Legislating against lying in campaign elections”, *Oklahoma Law review*, volume 71, n°141, 2018, pp.141-165.
- **SMITH (T.)**, “Just Sayin’: How the False Equivalence of Speech with Action Undermines the Freedom of Speech”, *Drexel Law Review*, vol. 11, no. 2, 2019, pp.467-537.
- **STONE (G.R.)**, “Electoral exceptionalism and the first amendment: a road paved with good intentions”, *University of Chicago Law school*, 2011, pp.665-680.
- **STONE-ERDMAN (J.)**, “Just the (alternative) facts, Ma’am: the status of fake news under the first amendment”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.410-431.
- **SULLIVAN (K.)**, “Two concepts of freedom of speech”, *Harvard Law Review*, vol. 124, 2010, pp.143-177.
- **SUNSTEIN (C.)**, “Falsehoods and the first amendment”, 2019, non publié, disponible ici : <https://ssrn.com/abstract=3426765>.
- **TEN CATE (I.)**, “Speech, Truth, and Freedom: An Examination of John Stuart Mill's and Justice Oliver Wendell Holmes's Free Speech Defenses”, *Yale Journal of Law & The Humanities*, volume 22, n°1, 2010, pp.35-82.

- **TEPKER (H.)**, “An introductory essay: old principles for an allegedly brave new world”, *Oklahoma Law review*, volume 71, n°1, 2018, pp.17-34.
- **THAI (J.)**, “The right to receive foreign speech”, *Oklahoma Law Review*, 269, 2018, pp.269-320.
- **THORSON (E. A.), STOHLER (S.)**, « Maladies in the misinformation marketplace », *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.442-453.
- **TIMMER (J.)**, “Fighting Falsity: Fake News, Facebook, and the First Amendment”, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 35, no. 3, 2017, pp.669-706.
- **TRÉGUER (F.)**, « Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *RDLF*, 2013, n°13.
- **TROUDE-CHASTENET (P.)**, « Fake news et post-vérité. De l’extension de la propagande au Royaume-Uni, aux États-Unis et en France », *Quaderni*, n°86, 2018, pp.87-101.
- **TÜRK (P.)**, « La citoyenneté à l’ère numérique », *Revue de droit public*, n°3, p.663.
- **VERPEAUX (M.)**, « Liberté d'expression et discours politique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, pp.235-249.
- **VERPEAUX (M.)**, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, volume 36, n°3, 2012.
- **VOLOKH (E.)**, “Cheap speech and what it will do to democracy”, *Yale Law Journal*, vol.104, n°7, 1995, pp.1805-1852.
- **VOLOKH (E.)**, “Freedom of speech and speech about political candidates: the uninsured consequences of three proposals”, *Harvard journal of law and public policy*, vol.24, 2004, pp.48-70.
- **VOLOKH (E.)**, “Cheap speech and what it has done (to American democracy)”, *First amendment Law review*, Volume 16, Symposium 2017, pp.200-231.
- **WALDMAN (A.E.)**, “The marketplace of Fake News”, *University of Pennsylvania journal of constitutional law*, vol.20, 2018, pp.846-870.
- **WEINSTEIN (J.)**, “Free Speech and Domain Allocation: A Suggested Framework for Analyzing the Constitutionality of Prohibition of Lies”, *Oklahoma Law review*, 2018, pp.168-236.
- **WHITMAN (J. Q.)**, « Liberté d’expression et systèmes électoraux : mutations d’une liberté censée être fondamentale », *Juspoliticum*, 2009.
- **WILLIAMS (W.)**, “A necessary compromise: protecting electoral integrity through the regulation of false speech”, *South Dakota Law review*, vol.52, 2007, pp.321-354.
- **WRIGHT (G.)**, “A Hard Look at Exacting Scrutiny”, *UMKC Law Review*, vol. 85, n°1, 2016, pp.207-232.
- **ZANG (M.H.)**, “Susan B. Anthony list v. Driehaus and the (bleak) future of statutes that ban false statements in political campaigns”, *University of Pennsylvania Law review*, 2015, pp.469-537.
- **ZENO (J.)**, “A reckless disregard for the truth? The constitutional right to lie in politics”, *Campbell law review*, volume 38, issue 1, 2016, pp.41-72.

- **ZICK (T.)**, “Territoriality and the First Amendment: Free Speech at - and beyond - Our Borders”, *Notre Dame Law Review*, volume 85, n°4, 2010, pp.1543-1628.
- **ZOLLER (E.)**, « Présentation de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°5, 1998.
- **ZOLLER (E.)**, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l’homme et de la Cour suprême sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, n°112, 2008, pp.26-34.
- **ZOLLER (E.)**, « Le sens d’une constitution vue par les États-Unis du point de vue des juristes », *Titre VII*, Conseil Constitutionnel, 2018.
- **ZOLLER (E.)**, « La candidature à la maison blanche », *Pouvoirs*, n°138, 2011, pp.107-117.
- **ZOLLER (E.)**, « Considérations sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, n°33, 2011, pp.231-251.

## THÈSES

- **DAUGERON (B.)**, *La notion d’élection en droit constitutionnel*, Dalloz, 2011.
- **FASSASSI (I.)**, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis*, Dalloz, 2017.
- **LACUYER (Y.)**, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, Dalloz, 2009.

## RAPPORTS

- **AD HOC COMMITTEE FOR 2020 ELECTION FAIRNESS AND LEGITIMACY**, “Fair elections during a crisis, urgent recommendations in law, media, politics, and tech to advance the legitimacy of, and the Public’s confidence in, the November 2020, U.S Elections”, Avril 2020.
- **COMMISSION EUROPEENNE**, « Lutter contre la désinformation en ligne : un groupe d’experts préconise davantage de transparence de la part des plateformes en ligne », 2018.
- **HIGH-LEVEL GROUP ON FAKE NEWS AND ON ONLINE INFORMATION**, « A multi-dimensional approach to disinformation: report of the independent high-level group on fake news and online disinformation », *Commission européenne*, 2018.
- **LIBRARY OF CONGRESS**, “Initiatives to counter fake news in selected countries”, Avril 2019.
- **MINISTERE DES ARMEES & MINISTERE DE L’EUROPE ET DES AFFAIRES ÉTRANGERES**, Centre d’analyse, de prévision et de stratégie et de

l'institut de recherche stratégique de l'école militaire, « Les manipulations de l'information, un défi pour les démocraties », 2018.

- **MORIN-DESAILLY (C.)**, « Rapport fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée Nationale après engagement de la procédure accélérée, relative à la lutte contre la manipulation de l'information », Rapport n°677 (2017-2018), *Sénat*, 18 juillet 2018.
- **POSETTI (J.), MATTHEWS (A.)**, “A short guide to the history of fake news and disinformation: a learning module for journalists and journalism educators”, *International Center for Journalists*, Juillet 2018.

### SITES INTERNET

- **DROBNIC HOLAN (A.), OIU (L.)**, “2015 Lie of the year: the campaign misstatements of Donald Trump”, *Politifact.com*, URL: <https://perma.cc/62ZC-6BKN>. Consulté le 5 mai 2020.
- **CAROLL (L.)**, “Hillary Clinton’s top 10 most misleading claims”, *Politifact.com*, 27 octobre 2016. URL : <https://www.politifact.com/article/2016/oct/27/hillary-clintons-top-10-most-misleading-claims/>. Consulté le 5 mai 2020.
- **HASEN (R.)**, “Democrats Propose Making It Illegal to Spread False Election Information”; Some Thoughts on Constitutionality”, *Election Law Blog*, 26 juillet 2018. URL: <http://electionlawblog.org/?p=100305>.
- Viepublique.fr, « Fausses nouvelles, manipulation de l'information : comment lutter contre les « fake news » ? », 2019, URL : <https://www.viepublique.fr/eclairage/24108-fausses-nouvelles-manipulation-comment-lutter-contre-les-fake-news>
- Ads about social issues, elections or politics. Facebook.com. URL : <https://www.facebook.com/business/help/167836590566506?id=288762101909005>. Consulté le 19 mai 2020
- Tweet de Donald J. Trump, posté le 27 mai 2020. « *Republicans feel that Social Media Platforms totally silence conservatives voices. We will strongly regulate, or close them down, before we can ever allow this to happen.* » URL : <https://twitter.com/realDonaldTrump/status/1265601611310739456>.
- « Elections municipales des 15 et 22 mars 2020 : comment Facebook travaille pour promouvoir la participation citoyenne et sécuriser l'intégrité des élections », Facebook.com, URL : <https://about.fb.com/fr/news/2020/01/elections-municipales-des-15-et-22-mars-2020-comment-facebook-travaille-pour-promouvoir-la-participation-citoyenne-et-securiser-lintegrite-des-elections/>.
- **VOLOKH (E.)**, “Freedom of Speech and Knowing Falsehoods”, *The Volokh conspiracy*, 28 juin 2012. URL: <http://volokh.com/2012/06/28/freedom-of-speech-%20and-knowing-falsehoods/>.

## ARTICLES DE PRESSE

- « La police italienne part à la chasse aux fake news », *Franceinfo*, 19 janvier 2018. URL : [https://www.francetvinfo.fr/monde/italie/l-italie-se-dote-d-un-service-anti-fake-news\\_2569627.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/italie/l-italie-se-dote-d-un-service-anti-fake-news_2569627.html).
- « Coronavirus : pour limiter la désinformation, WhatsApp limite la possibilité de transfert de messages », *Le Monde*, 7 avril 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/07/pour-limiter-la-desinformation-whatsapp-limite-les-possibilites-de-transfert-de-messages\\_6035844\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/07/pour-limiter-la-desinformation-whatsapp-limite-les-possibilites-de-transfert-de-messages_6035844_4408996.html).
- « RT contrainte de s'enregistrer comme « agente de l'étranger » aux Etats-Unis », *Le Monde*, 10 novembre 2017. URL : [https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/11/10/rt-contrainte-de-s-enregistrer-comme-agent-de-l-etranger-aux-etats-unis\\_5213063\\_3222.html](https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2017/11/10/rt-contrainte-de-s-enregistrer-comme-agent-de-l-etranger-aux-etats-unis_5213063_3222.html).
- **CAREY (B.)**, “Fake news: wide reach but little impact, study suggests”, *New York Times*, 2 janvier 2018. URL : <https://www.nytimes.com/2018/01/02/health/fake-news-conservative-liberal.html>.
- CNCCEP, Communiqué de presse, « Suites de l'attaque informatique qu'a subie l'équipe de campagne de M. Macron », 6 mai 2017. URL : <http://www.cnccep.fr/communiques/cp15.html>. Consulté le 18 mai 2020.
- **DARNTON (R.)**, « On retrouve tout au long de l'histoire l'équivalent de l'épidémie actuelle de fake news », *Le Monde*, 20 février 2017 URL : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/20/la-longue-histoire-des-fake-news\\_5082215\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/20/la-longue-histoire-des-fake-news_5082215_3232.html).
- **DEMAGNY (X.)**, « Posts supprimés, règles plus strictes : Facebook et Twitter face aux fake news sur le coronavirus », *France Inter*, 1<sup>er</sup> avril 2020. URL : <https://www.franceinter.fr/posts-supprimees-regles-plus-strictes-facebook-et-twitter-face-aux-fake-news-sur-le-coronavirus>.
- **GILBERT (B.)**, “Facebook refuses to fact-check political ads, and it's infuriating employees and lawmakers. Here's why the issue continues to dog the company”, *Businessinsider.fr*, 14 décembre 2019. URL : <https://www.businessinsider.fr/us/facebook-political-ads-fact-check-policy-explained-2019-11>.
- **GOLD (H.)**, “Donald Trump: We're going to 'open up' libel laws”, *Politico.com*, 26 février 2016. URL : <https://www.politico.com/blogs/on-media/2016/02/donald-trump-libel-laws-219866>.
- **JALONICK (M.C.)**, **TUCKER (E.)**, “Bipartisan Senate Report Backs Assessment That Russia Interfered in the 2016 Presidential Election”, *Time.com*, 21 avril 2020 URL : <https://time.com/5825061/senate-report-russia-interference/>
- **JEANNENEY (J-N.)**, « L'histoire vraie des fausses nouvelles », *France Culture*, 1<sup>er</sup> avril 2017. URL : <https://www.franceculture.fr/emissions/concordance-des-temps/lhistoire-vraie-des-fausses-nouvelles-1>.
- **KELLY (M.)**, **KESLER (G.)**, **RIZZO (S.)**, “President Trump has made 6420 false or misleading claims over 649 days”, *Washington Post*, 2 novembre 2018 URL : <https://www.washingtonpost.com/news/energy-environment/wp/2018/11/02/president-trump-has-made-6420-false-or-misleading-claims-over-649-days/>

[https://www.washingtonpost.com/gdprconsent/?next\\_url=https%3a%2f%2fwww.washingtonpost.com%2fpolitics%2f2018%2f11%2f02%2fpresident-trump-has-made-false-or-misleading-claims-over-days%2f](https://www.washingtonpost.com/gdprconsent/?next_url=https%3a%2f%2fwww.washingtonpost.com%2fpolitics%2f2018%2f11%2f02%2fpresident-trump-has-made-false-or-misleading-claims-over-days%2f)

- **LAFRANCE (A.)**, “How the fake news crisis of 1896 explains Trump”, *The Atlantic.com*, 19 Janvier 2017. URL : <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/01/the-fake-news-crisis-120-years-ago/513710/>
- Le gouvernement supprime sa page controversée « désinfox coronavirus », *Le Monde*, 5 mai 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2020/05/05/le-gouvernement-supprime-sa-page-controversee-desinfox-coronavirus\\_6038753\\_3236.html](https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2020/05/05/le-gouvernement-supprime-sa-page-controversee-desinfox-coronavirus_6038753_3236.html).
- « Pour un cadre de Facebook, Trump doit son élection à la publicité sur le réseau social », *Le Monde*, 8 janvier 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/01/08/un-cadre-de-facebook-confirme-le-role-du-reseau-social-dans-l-election-de-donald-trump\\_6025143\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/01/08/un-cadre-de-facebook-confirme-le-role-du-reseau-social-dans-l-election-de-donald-trump_6025143_4408996.html).
- **PARIS (G.)**, « Pour la première fois, Twitter alerte les internautes face à une fausse information propagée par Trump », *Le Monde*, Mercredi 27 mai 2020. URL : [https://www.lemonde.fr/international/article/2020/05/27/pour-la-premiere-fois-twitter-alerte-les-internautes-face-a-une-fausse-information-propagee-par-trump\\_6040858\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2020/05/27/pour-la-premiere-fois-twitter-alerte-les-internautes-face-a-une-fausse-information-propagee-par-trump_6040858_3210.html).
- **MORELLE (L.)**, « La Commission européenne s’attaque (aussi) aux fake news », *Le point*, 5 février 2018. URL : [https://www.lepoint.fr/europe/la-commission-europeenne-s-attaque-aussi-aux-fake-news-13-01-2018-2186276\\_2626.php](https://www.lepoint.fr/europe/la-commission-europeenne-s-attaque-aussi-aux-fake-news-13-01-2018-2186276_2626.php).
- **PIQUARD (A.)**, « Haine en ligne : la loi Avia face à ses critiques », *Le Monde*, 16 décembre 2019. URL : [https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/16/haine-en-ligne-la-loi-avia-face-a-ses-critiques\\_6023041\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/12/16/haine-en-ligne-la-loi-avia-face-a-ses-critiques_6023041_3234.html).
- « Rumeur sur un prétendu compte offshore aux Bahamas : Macron contre-attaque », *Le Monde*, 4 mai 2017 URL : [https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore\\_5122300\\_4854003.html](https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore_5122300_4854003.html).
- **SENECAT (A.)**, « Présidentielle : les immigré, les médias, et Macron, cibles privilégiées des intox », *Le Monde*, 29 mars 2017 URL : " Rumeur sur un prétendu compte offshore aux Bahamas : Macron contre-attaque ", *Le Monde*, 4 mai 2017 URL : [https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore\\_5122300\\_4854003.html](https://www.lemonde.fr/election-presidentielle-2017/article/2017/05/04/macron-porte-plainte-pour-faux-apres-la-propagation-d-une-rumeur-sur-un-compte-offshore_5122300_4854003.html).
- **SOLL (J.)**, “The long and brutal history of fake news”, *Politico Magazine*, 18 décembre 2016. URL: <https://www.politico.com/magazine/story/2016/12/fake-news-history-long-violent-214535>.
- Directives et politique générale de Twitter, « Politique en matière d'intégrité des élections », Twitter, URL : <https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies/election-integrity-policy>.

- **UNGAR (R.)**, “The dirtiest presidential campaign ever? Not even close”, *Forbes*, 20 août 2012. URL : <https://www.forbes.com/sites/rickungar/2012/08/20/the-dirtiest-presidential-campaign-ever-not-even-close/>.
- **UNTERSINGER (M.)**, « Les preuves de l’ingérence russe dans la campagne de Macron en 2017 », *Le Monde*, 6 décembre 2019 URL : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/12/06/macronleaks-des-hackers-d-etat-russes-ont-bien-vise-la-campagne-presidentielle-de-2017\\_6021987\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/12/06/macronleaks-des-hackers-d-etat-russes-ont-bien-vise-la-campagne-presidentielle-de-2017_6021987_4408996.html). Consulté le 5 mai 2020.
- **VAIDHYANATHAN (S.)**, “Facebook Wins, Democracy Loses”, *New York Times*, 8 septembre 2017. URL: <https://www.nytimes.com/2017/09/08/opinion/facebook-winsdemocracy-loses.html>.
- **VOLOKH (E.)**, “Eight circuit holds that even lies are constitutionally protected, unless they are fraudulent or defamatory, or unless the restriction is narrowly tailored to a compelling state interest”, *The Volokh Conspiracy*, 29 avril 2011. URL: <http://volokh.com/2011/04/29/eighth-circuit-holds-that-even-lies-are-constitutionally-protected-unless-theyre-fraudulent-or-defamatory-or-unless-the-restriction-is-narrowly-tailored-to-a-compelling-state-interest/>.

## DISCOURS

- **MACRON (E.)**, Déclaration du président de la République effectuée le 29 mai 2017 à l’occasion de la rencontre bilatérale avec le Président de la Fédération de Russie Vladimir Poutine.
- **MACRON (E.)**, Discours du président de la République à l’occasion des vœux présentés à la presse le 4 janvier 2019, *Elysée.fr*.
- **MACRON (E.)**, Discours du président de la République à l’occasion des vœux présentés à la presse le 15 janvier 2020, *Elysée.fr*.
- **MACRON (E.)**, Discours du président de la République devant le Congrès des États-Unis d’Amérique, 25 avril 2018, *Elysée.fr*.
- **OBAMA (B.)**, Discours sur l’état de l’Union du Président des États-Unis, 27 janvier 2010. “*I don't think American elections should be bankrolled by America's most powerful interests, or worse, by foreign entities*”.
- **SAUVE (J.M.)**, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Discours du 17 mars 2017 au Conseil d’État.
- **ZUCKERBERG (M.)**, Discours à l’Université de Georgetown, 17 octobre 2019.

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

---

*Le classement des décisions américaines est effectué par ordre alphabétique tandis que les décisions des autres juridictions sont triées par ordre chronologique.*

### Conseil constitutionnel

Cons. const. 6 janvier 1959, 58-75 AN, A.N., <i>Seine (46<sup>ème</sup> circ.)</i> .	31
Cons. const. 16 juillet 1971, 71-44 DC, <i>Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association</i> .	12
Cons. const., 28 juin 1978, 78-838 AN, <i>Pas-de-Calais (4<sup>ème</sup> circonscription)</i> .	
Cons. const., 10 et 11 octobre 1984, 84-181 DC, <i>Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse</i> .	66
Cons. const. 21 octobre 1988, 88-1081 AN, <i>Isère (9<sup>ème</sup> circ.)</i> .	37
Cons. const., 11 janvier 1990, 89-271 DC, <i>Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques</i> .	66
Cons. const., 31 juillet 1991, 99-1141/1142/1143/1444/AN, <i>AN Paris (13<sup>ème</sup> circ.)</i> .	16
Cons. const., 8 mai 2002, 2002-111 PDR, <i>Décision du 8 mai 2002 portant proclamation des résultats de l'élection du Président de la République</i> .	23
Cons. const., 30 janvier 2003, 2002-2651 AN, <i>Seine Saint-Denis (7<sup>ème</sup> circ.)</i> .	32
Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, <i>Loi pour la sécurité intérieure</i> .	84
Cons. const., 3 avril 2003, 2003-468, <i>Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques</i> .	66
Cons. const., 3 mars 2009, <i>Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision</i> .	15
Cons. const. 10 juin 2009, <i>Décision n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet</i> .	15
Cons. const., 28 février 2012, 2012-647 DC, <i>Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi</i> .	84
Cons. const., 8 janvier 2016, 2015-512 QPC, <i>M. Vincent R.</i>	84
Cons. const., 8 septembre 2017, 2017-752 DC, <i>Loi pour la confiance dans la vie politique</i> .	68
Cons. const., 1er décembre 2017, 2017-5057 AN, A.N., <i>Hauts-de-Seine (6<sup>ème</sup> circ.)</i> , <i>M. Laurent Zameczkowski</i> .	37
Cons. const., 6 avril 2018, 2017-5289 SEN, <i>SEN Moselle</i> , <i>M. Olivier Schmitt</i> .	37
Cons. const., 18 mai 2018, 2018-706 QPC, <i>M. Jean-Marc R.</i>	84
Cons. const. 21 septembre 2018, 2018-5662 AN, <i>AN Wallis-et-Futuna</i> .	37
Cons. const., 20 novembre 2018, 2018-773 DC, <i>Loi relative à la manipulation de l'information</i> .	42, 47, 59, 84

### Conseil d'État

CE, 13 décembre 1989, <i>Élections municipales d'Aulnat</i> .	32
---	----

CE, 3 décembre 2014, *Élection municipale du Pin*. 32

### **Cour constitutionnelle d'Allemagne**

BVerfG, 4 novembre 2009, 1BvR 2150/08. 43

### **Cour de Cassation**

Cass. Crim, 19 février 1987, 85-91.705. 32

### **Cour européenne des droits de l'homme**

Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*. 13, 67, 76, 85

Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*. 67, 85, 86

Cour EDH, 23 mai 1991, *Oberschlik c. Autriche*. 85

Cour EDH, 25 juin 1992, *Horgeir Thorgeirson c. Islande*. 26

Cour EDH, 8 juillet 1996, *Lingens c. Autriche*. 25, 67, 85

Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*. 67

Cour EDH, 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*. 69

Cour EDH, 8 juillet 1999, *Sürek c. Turquie*. 85

Cour EDH, 25 novembre 1999, *Nilsen et Johnsen c. Norvège*. 85

Cour EDH, 27 mai 2001, *Jérusalem c. Autriche*. 76

Cour EDH, 25 septembre 2002, *Colombani et autres c. France*. 67

Cour EDH, 6 septembre 2005, *Salov c. Ukraine*. 22, 33, 76

Cour EDH, 11 juillet 2006, *Brasilier c. France*. 86

Cour EDH, 20 février 2007, *Pavel Ivanov c. Russie*. 13

Cour EDH, 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*. 26

Cour EDH, 22 février 2008, *Desjardins c. France*. 69

Cour EDH, 2 juin 2008, *Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldova*. 76

Cour EDH, 5 mai 2011, *Comité De Rédaction De Pravoye Delo et Shtekel C. Ukraine*. 26

Cour EDH, 16 juin 2015, *Deffi As c. Estonie*. 15

Cour EDH, 20 octobre 2015, *M'Bala M'Bala c. France*. 13

Cour EDH, 1<sup>er</sup> décembre 2015, *Affaires Cengiz et autres c. Turquie*. 15

Cour EDH, 25 juillet 2019, *Brzeziński c. Pologne*. 76, 77

### **Cour Internationale de Justice**

CIJ, 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*. 28

### **Cour suprême des États-Unis**

<i>Abrams v. United States</i> , 250 U.S. 616 (1919).	14, 71
<i>Bluman v. FEC</i> , 565 U.S. 1104 (2012).	29
<i>Brandenburg v. Ohio</i> , 395 U.S. 444 (1969).	13
<i>Brown v. Hartlage</i> , 456 U.S. 45 (1982).	36, 79, 80
<i>Brown, et al. v. Entertainment Merchants Assn. et al.</i> , 564 U.S. 786 (2011).	35
<i>Buckley v. Am. Constitutional Law Found., Inc. ("ACLF")</i> , 525 U.S. 182, (1999).	36
<i>Buckley v. Valeo</i> , 424 U.S. 1 (1976).	33
<i>Burdick v. Takushi</i> , 504 U.S. 428 (1992).	33
<i>Burson v. Freeman</i> , 504 U.S. 191 (1992).	36
<i>Bush v. Gore</i> , 531 U.S. 98 (2000).	53
<i>Chaplinsky v. New Hampshire</i> , 315 U.S. 568 (1942).	72
<i>Citizens United v. Federal Election Comm'n</i> , 558 U.S. 310 (2010).	14, 35, 66
<i>Colegrove v. Green</i> , 328 U.S. 549 (1946).	33
<i>Craig v. Harney</i> , 331 U.S. 367 (1947).	20
<i>Curtis Publishing Co. v. Butts</i> , 388 U. S. 130 (1967).	58
<i>Dennis v. United States</i> , 341 U.S. 494 (1951).	68
<i>FCC v. Pacifica Foundation</i> , 438 U.S. 726 (1978).	66
<i>First National Bank of Boston v. Bellotti</i> , 435. U.S. 765 (1978).	36
<i>Garrison v. Louisiana</i> , 379 U. S. 64 (1964).	58, 72
<i>Gertz v. Robert Welch, Inc.</i> , 418 U.S. 323 (1974).	71
<i>Gitlow v. New York</i> , 268 U.S. 652 (1925).	72
<i>Gray v. Sanders</i> , 372 U.S. 368 (1963).	33
<i>Harper v. Virginia Bd. of Elections</i> , 383 U.S. 663 (1966).	67
<i>Herber v. Lando</i> , 441 U.S. 153 (1979).	72
<i>Holder v. Humanitarian Law Project</i> , 561 U.S. 1 (2010).	79
<i>Houchins v. KQED, Inc.</i> , 438 U.S. 1 (1978).	25
<i>Hustler Magazine, Inc. v. Falwell</i> , 485 U.S. 46 (1988).	72
<i>Marbury v. Madison</i> , 5 U.S. 137 (1803).	
<i>McCutcheon v. Fed. Election Comm'n</i> , 572 U.S. 185 (2014).	68
<i>McIntyre v. Ohio elections commission</i> . 514 U. S. 334 (1995).	36, 38
<i>McNabb v. United States</i> , 318 U.S. 332 (1943).	83
<i>Meyer v. Grant</i> , 486 U.S. 414 (1988).	79, 80
<i>Milkovich v. Lorain Journal Co.</i> , 497 U.S. 1 (1990).	72
<i>Mills v. Alabama</i> , 384 U.S. 214 (1966).	65
<i>Minnesota Voters Alliance v. Mansky</i> , 585 U.S. ____ (2018).	73
<i>Monitor Patriot Co. v. Roy</i> , 401 U.S. 265 (1971).	67
<i>New York Times Co. v. Sullivan</i> , 376 U.S. 254 (1964).	38, 44, 58, 65
<i>Nixon v. Shrink Missouri Government PAC</i> , 528 U.S. 377 (2000).	68
<i>O'Brien v. Brown</i> , 409 U.S. 1 (1972).	53
<i>Packingham v. North Carolina</i> , 582 U.S. ____ (2017).	16, 81
<i>R. A. V. v. St. Paul</i> , 505 U.S. 377 (1992).	13
<i>Reed v. Town of Gilbert</i> , 576 U.S. ____ (2015).	78

<i>Reno v. American Civil Liberties Union</i> , 521 U.S. 844 (1997).	46
<i>Republican Party of Minnesota v. White</i> , 536 U.S. 765 (2002).	66
<i>Reynolds v. Sims</i> , 377 U.S. 533 (1964).	33
<i>Roper v. Simmons</i> , 543 U.S. 551 (2005).	82
<i>Rosario v. Rockefeller</i> , 410 U.S. 752. (1973).	36
<i>Roth v. United States</i> , 354 U.S. 476 (1957).	67, 78
<i>Schenck v. United States</i> , 249 U.S. 47 (1919).	13, 71
<i>Snyder v. Phelps</i> , 562 U.S. 443 (2011).	13
<i>Solem v. Helm</i> , 463 U.S. 277 (1983).	83
<i>St. Amant v. Thompson</i> , 390 U.S. 727 (1968).	58, 59
<i>Susan B. Anthony List v. Driehaus</i> , 573 U.S. ____ (2014).	81
<i>Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC</i> , 512 U.S. 622 (1994).	78
<i>United States v. Alvarez</i> , 567 U.S. 709 (2012).	74, 75, 81, 82
<i>United States v. Booker</i> , 543 U.S. 220 (2005).	82
<i>United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.</i> , 529 U.S. 803 (2000).	81, 84
<i>United States v. Schwimmer</i> , 279 U.S. 644 (1929).	66
<i>Virginia v. Hicks</i> , 539 U.S. 113 (2003).	82
<i>Weems v. United States</i> , 217 U.S. 349 (1910).	83
<i>Whitney v. California</i> , 274 U.S. 357 (1927).	81

### **Tribunaux inférieurs, États-Unis**

<i>281 Care Comm. v. Arneson</i> , 766 F.3d 774 (8th Cir. 2014).	79
<i>Ancheta v. Watada</i> , United States District Court, D. Hawaii, Honolulu, (2001).	99
<i>Commonwealth v. Lucas</i> , 472 Mass.387 (2015).	80
<i>Chula Vista Citizens v. Norris</i> , No. 12-55726 (9th Cir. 2014).	36
<i>DeWine v. Ohio Elections Comm.</i> , 399 N.E.2d 99, 104 (1978).	36
<i>Donrey Communications v. City of Fayetteville</i> , 660 S.W.2d 900 (1983).	68
<i>Gietzen v. Feleciano</i> , 25 K.A.2d 487, 490, 964 P.2d 699 (1998).	99
<i>Newburn v. Howard Hughes Med. Inst.</i> , 594 P.2d 1146 (1979).	68
<i>Pesttrak v. Ohio Elections Com'n</i> , 670 F. Supp. 1368 (S.D. Ohio 1987).	36
<i>State ex rel. Public Disclosure Commission v. 119 Vote No! Committee</i> , 135 Wash.2d 618, 957 P.2d 691 (1998).	38, 80
<i>Schaefer v. Williams</i> , 15 Cal. App. 4th 1243 (1993).	98
<i>Susan B. Anthony List v. Ohio Elections Comm'n</i> , 45 F. Supp. 3d 765 (S.D. Ohio 2014).	81
<i>Vanasco v. Schwartz</i> , 401 F. Supp. 87 (E.D.N.Y. 1976).	79

### **Tribunaux inférieurs, France**

TGI Paris, 17 mai 2019, n°19/53935.	56
-------------------------------------	----