



## La démocratie directe face à la manipulation de l'information par des particuliers

### Ses protections constitutionnelle et pénale

KASTRIOT LUBISHTANI\*

MAXIME FLATTET\*\*



*Le scandale Cambridge Analytica ainsi que l'ingérence russe dans l'élection présidentielle américaine de 2016 ont mis en lumière les dangers encourus par les démocraties dans le cadre de leur processus décisionnel politique face à la manipulation de l'information, tandis que la Suisse fait face à la première annulation d'un scrutin populaire fédéral de son histoire. Cette contribution cherche à déterminer si la Suisse dispose des instruments juridiques propres à faire face à de tels dangers. Examinant dans un premier temps la base constitutionnelle garantissant la liberté de vote, ainsi que la jurisprudence qui en découle en présence d'irrégularités, l'article explore ensuite les infractions pénales pouvant protéger la démocratie contre de telles atteintes. L'opportunité d'introduire de nouveaux instruments, aussi bien dans la LDP relativement à une voie de recours extraordinaire, qu'au travers d'une incrimination pénale nouvelle, est discutée dans un dernier temps.*

*Der Skandal um Cambridge Analytica und die russische Einmischung in die US-Präsidentenwahl 2016 haben die Gefahren aufgezeigt, denen Demokratien in ihren politischen Entscheidungsprozessen bezüglich der Manipulation von Informationen ausgesetzt sind. Die Schweiz wiederum ist erstmals in ihrer Geschichte mit der Annullierung einer eidgenössischen Volksabstimmung konfrontiert. Mit diesem Beitrag soll festgestellt werden, ob die Schweiz über die passenden rechtlichen Instrumente verfügt, um mit solchen Gefahren umzugehen. Zuerst werden die verfassungsmässige Grundlage für die Gewährleistung der Abstimmungsfreiheit und die daraus resultierende Rechtsprechung bei Vorliegen von Unregelmässigkeiten untersucht. Dann wird auf die Strafbestimmungen eingegangen, die die Demokratie vor solchen Eingriffen schützen können. Schliesslich wird die Möglichkeit diskutiert, neue Instrumente sowohl im BPR in Hinblick auf ein ausserordentliches Rechtsmittel als auch durch die Aufnahme einer neuen Straftat einzuführen.*

#### Plan

- I. Introduction
- II. État des lieux général de la réglementation du débat démocratique
  - A. Les principes constitutionnels et l'autorégulation entre les acteurs
  - B. La possible invalidation d'un scrutin pour violation de la liberté de vote
- III. La voie de recours en cas d'irrégularités contraires à la liberté de vote
  - A. Le principe
  - B. L'exception tirée du droit d'accès au juge
- IV. La protection pénale de la démocratie face à la manipulation de l'information
  - A. Les infractions contre la volonté populaire (art. 279 ss CP) ?
    1. L'absence d'incrimination *expressis verbis*
    2. L'inapplicabilité des infractions
  - B. Les infractions relatives à la mise en danger de l'ordre constitutionnel (art. 275 ss CP)
    1. Les éléments constitutifs de l'infraction
    2. Synthèse sur l'applicabilité de l'art. 275 CP
  - C. Les autres infractions
- V. Vers une évolution législative ?
  - A. *De lege ferenda* : une codification de la voie de droit jurisprudentielle dans la LDP
  - B. L'(in)opportunité d'une infraction pénale propre
- VI. Conclusion

\* KASTRIOT LUBISHTANI, MLaw, assistant diplômé, doctorant en droit au Centre de droit pénal de l'Université de Lausanne.

\*\* MAXIME FLATTET, MLaw, doctorant en droit à la Chaire de droit constitutionnel de l'Université de Fribourg et greffier à la Justice de paix du district de Morges.  
Les opinions exprimées ici n'engagent que leur auteur.

#### I. Introduction

Aujourd'hui plus que jamais, les démocraties occidentales sont confrontées à la problématique de la manipulation de l'information dans leur processus décisionnel politique, notamment au travers de la désinformation en ligne<sup>1</sup> et du phénomène dit des « *fake news* »<sup>2</sup>. Les failles révélées par le scandale Cambridge Analytica au détour du Brexit<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Selon le Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation du 26.9.2018, adopté sous l'égide de la Commission européenne, la « désinformation » se définit comme suit : « informations dont on peut vérifier qu'elles sont fausses ou trompeuses, qui sont créées, présentées et diffusées dans un but lucratif ou dans l'intention délibérée de tromper le public et qui sont susceptibles de causer un préjudice public ».

<sup>2</sup> Nous parlerons dans la présente contribution de « fausses informations » (« *fake news* ») seulement, quand bien même il est nécessaire de comprendre l'expression largement, de façon à englober les « informations trompeuses » également.

<sup>3</sup> UK Independent Commission on Referendums, Report, juillet 2018, 178 : « *the effects of such interventions [désinformation], particularly on the result of the EU referendum, should not be overstated* », même si la Commission dit être « *concerned about the potentially distorting effects of disinformation in referendum campaigns* ». Voir également : THOMAS SÖBBING, Der Datenskanal bei Facebook und die rechtliche Zulässigkeit von künstlicher Intelligenz (KI) zur Beeinflussung der politischen Willensbildung (sog. Microtargeting), InTer 2018, 182 ss ; Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFDT), Guide des autorités de protection des données de la Confédération et des cantons concernant le traitement numérique de données personnelles dans

ainsi que l'ingérence russe dans l'élection présidentielle américaine de 2016<sup>4</sup>, ont mis en exergue les graves dangers encourus par les démocraties dans un environnement numérique en constante mutation et constituant un vecteur de propagation redoutable<sup>5</sup>. En effet, il apparaît que différents scrutins populaires, en Europe comme outre-Atlantique, ont fait l'objet de campagnes massives de dissémination d'informations fausses ou trompeuses tendant à influencer leur cours normal ou les manipuler<sup>6</sup>. Bien que toute la lumière n'ait pas été faite sur ces affaires, le doute plane alors que la démocratie repose sur un lien de confiance<sup>7</sup>. Cela illustre la nécessité pour les démocraties de disposer d'outils pour faire face à ce péril menaçant son bon fonctionnement et son intégrité, que les dangers proviennent de l'intérieur comme de l'extérieur.

La discussion acquiert une résonance toute particulière en Suisse, où le système de démocratie directe de tous ses échelons (Confédération, cantons et communes) amène les membres des corps électoraux respectifs à se rendre aux urnes plusieurs fois par année et à exercer les droits politiques qui leur sont reconnus. C'est ainsi que la Constitution fédérale<sup>8</sup> garantit « la libre formation de l'opinion des citoyens et des citoyennes » mais aussi « l'expression fidèle et sûre de leur volonté » (art. 34 al. 2 Cst.). Dès lors que la liberté de vote est un droit fondamental justiciable dans l'ordre juridique suisse, la question de la validité d'un scrutin, ensuite d'une campagne avérée de

désinformation visant à le « fausser » ou le manipuler, se pose avec une acuité certaine<sup>9</sup>. De surcroît, l'annulation par le Tribunal fédéral d'une votation fédérale pour la première fois permet de souligner l'importance qu'a ce principe fondamental dans notre ordre juridique<sup>10</sup>. Au-delà de la possibilité d'invalider un scrutin, une manipulation de l'information visant à entraver la formation de la volonté populaire est susceptible de déstabiliser la démocratie de manière telle qu'elle appelle aussi une réponse sur le plan du droit pénal, car, à nos yeux, de pareilles atteintes à notre ordre constitutionnel ne sauraient se produire sans sanction.

Ainsi, la présente contribution se donne pour mission d'étudier le cadre juridique suisse permettant de faire face à des manipulations de l'information émanant de particuliers<sup>11</sup>. Dès lors, nous présenterons un état des lieux général de la base constitutionnelle garantissant l'intégrité des scrutins populaires et plus généralement du débat démocratique, ainsi que la jurisprudence qui en découle (II.). Dans un deuxième temps, nous examinerons la voie de recours en cas de manipulation avérée d'un scrutin, sur la base de la jurisprudence rendue en relation à des atteintes à la liberté de vote (III.). Par la suite, il s'agira d'explorer les infractions pouvant protéger l'ordre constitutionnel suisse et entrer en ligne de compte dans ce contexte (IV.). Par après, nous évaluerons l'opportunité d'adapter notre arsenal juridique et d'adopter de nouveaux instruments, aussi bien vis-à-vis d'une voie de recours extraordinaire dans la LDP que par l'introduction, à l'instar de la France, d'une incrimination spécifique dans le Code pénal réprimant la manipulation de l'information (V.) et conclure finalement (VI.).

## II. État des lieux général de la réglementation du débat démocratique

### A. Les principes constitutionnels et l'autorégulation entre les acteurs

La Constitution fédérale, aux côtés de la Loi fédérale sur les droits politiques (LDP)<sup>12</sup>, de même que les constitutions et lois cantonales sur l'exercice des droits politiques, règlementent peu les interventions admissibles dans le

le cadre d'élections et de votations en Suisse, 1.12.2018 et 25<sup>e</sup> Rapport d'activités 2017/18, 25.6.2018, 6 ; IVAN MANOKHA, Le scandale Cambridge Analytica contextualisé : le capital de plateforme, la surveillance et les données comme nouvelle « marchandise fictive », Cultures & Conflicts 2018, 39 ss ; SUE HALPERN, Au centre du débat : le big data, in : Books (édit), Sommes-nous si faciles à manipuler ? Réseaux sociaux, commerce et politique, n° 86, 2017, 17 ss.

<sup>4</sup> SPECIAL COUNSEL ROBERT S. MUELLER, Report on the Investigation Into Russian Interference in The 2016 Presidential Election, mars 2019. Voir également : HUNT ALLCOTT/MATTHEW GENTZKOW, Social Media and Fake News in the 2016 Election, Journal of Economic Perspectives 2017, 211 ss.

<sup>5</sup> PATRICIA EGLI/DAVID RECHSTEINER, Social Bots und Meinungsbildung in der Demokratie, PJA 2017, 249 ss.

<sup>6</sup> Conseil fédéral, Rapport sur le « cadre juridique pour les médias sociaux. Nouvel état des lieux » en réponse au postulat Amherd 11.3912, 10.5.2017, 11 ss (cit. Rapport *fake news*) ; PATRICK TROUDE-CHASTENET, *Fake news* et post-vérité, De l'extension de la propagande au Royaume-Uni, aux États-Unis et en France, Quaderni, Communication, technologies, pouvoir 2018, 87 ss.

<sup>7</sup> CATHERINE MORIN-DESAILLY (Sénatrice de la République française), Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, 18.7.2018, 15 s. Sur l'influence dans le débat politique des *fake news* émanant de « social bots », cf. EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 254.

<sup>8</sup> RS 101.

<sup>9</sup> ATF 138 I 61 c. 4.7, in : JdT 2012 I 171.

<sup>10</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019.

<sup>11</sup> Précisons ici que la présente contribution est vouée à étudier les moyens d'action « ensuite » d'une manipulation de l'opinion, raison pour laquelle nous n'évoquerons pas ceux pouvant entrer en jeu avant la tenue du scrutin.

<sup>12</sup> RS 161.1.

cadre du débat démocratique précédant un scrutin<sup>13</sup>. En effet, hormis les limites légales générales, à l'instar de la protection de la personnalité (art. 28 ss CC<sup>14</sup>) et les infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP)<sup>15</sup>, le débat démocratique est placé sous le sceau de la liberté d'expression (art. 16 et 17 Cst. et 10 CEDH<sup>16</sup>)<sup>17</sup>, raison pour laquelle il fait essentiellement l'objet d'une autorégulation entre ses divers acteurs, aussi bien étatiques que privés<sup>18</sup>.

Néanmoins, le Tribunal fédéral a tiré de l'art. 34 Cst. certaines règles tendant à garantir que les résultats d'un scrutin représentent l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens. Parmi celles-ci figurent notamment la règle selon laquelle un résultat populaire ne peut être reconnu comme valide que si les membres du corps électoral ont pu former leur opinion librement, soit sans avoir fait l'objet de contraintes (« *unter Druck gesetzt* ») ou d'influence inadmissible (« *unzulässiger Weise beeinflusst zu werden* »)<sup>19</sup>. La jurisprudence est relativement riche pour ce qui est des influences jugées illicites émanant des autorités et leurs conséquences sur la validité du résultat d'un scrutin<sup>20</sup>, les affaires étant devenues légion en la matière<sup>21</sup>. Cependant, le Tribunal fédéral s'est montré moins

prolix s'agissant des influences privées, car il reconnaît aux particuliers une grande liberté d'intervention, cela tant au nom des libertés d'expression (art. 16 Cst.) et des médias (art. 17 Cst.), qu'en garantie d'un véritable débat démocratique (art. 34 Cst.)<sup>22</sup>.

Ainsi, eu égard à cette grande liberté d'intervention, il est inévitable que des allégations fausses ou exagérées et de nature à induire en erreur des membres du corps électoral puissent être proférées durant un débat démocratique<sup>23</sup>. L'absence d'une réglementation plus précise des interventions admissibles est justifiée en droit suisse par le fait que de fausses allégations peuvent être contestées par d'autres acteurs du débat, voire faire l'objet d'une prise de position officielle des autorités<sup>24</sup>. Ce faisant, plutôt que d'encadrer de manière détaillée les propos pouvant être tenus par des particuliers, cela en prenant nécessairement le risque de restreindre le droit des membres du corps électoral de se former librement une opinion, il est plus judicieux de se fier à leur capacité d'identifier les exagérations, de pondérer les propos des divers acteurs du débat et de les laisser se forger leur propre opinion en conséquence<sup>25</sup>.

Bien que ce système ait certes la faiblesse de reposer essentiellement sur la confiance placée dans le jugement des membres du corps électoral, la mise en place de garde-fous plus stricts pourrait vite s'assimiler à des mesures de censure remettant grandement en cause l'effectivité de notre système démocratique, raison pour laquelle ils ne paraissent pas nécessaires.

## B. La possible invalidation d'un scrutin pour violation de la liberté de vote

Toute diffusion en tant que telle d'une fausse information par un particulier ne constitue en principe pas une influence illicite sur la formation de l'opinion des citoyens au regard de l'art. 34 Cst. propre à remettre en cause la validité d'un scrutin. Pour aboutir à un tel résultat, la manipulation de l'information doit véritablement entraver l'art. 34 al. 2 Cst., c'est-à-dire porter atteinte au droit du peuple de « se déterminer en élaborant son opinion de la façon la plus libre et complète possible et exprimer son

<sup>13</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 119 Ia 271 c. 3c, in : JdT 1995 I 77 ; JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, N 5272 ; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2017, art. 34 N 26 ; BSK BV-TSCHANNEN, art. 34 N 37, in : Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015 (cit. BSK BV-auteur).

<sup>14</sup> RS 210.

<sup>15</sup> Ajoutons à cela les principes généraux découlant de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

<sup>16</sup> RS 0.101.

<sup>17</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 119 Ia 271 c. 3c, in : JdT 1995 I 77 ; arrêt CourEDH, Feldek c. Slovaquie, 12.10.2001, requête n° 19032/95, § 83.

<sup>18</sup> DUBEY (n. 13), N 5272 s. ; cf. ég. ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 119 Ia 271 c. 3c, in : JdT 1995 I 77.

<sup>19</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; TF, 1C\_24/2018, 12.2.2019, c. 4.1.

<sup>20</sup> ATF 138 I 61 c. 6.2, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 135 I 292 c. 2 et 4.2, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 130 I 290 c. 3.2, in : JdT 2006 I 384 ; ATF 119 Ia 271 c. 3a, in : JdT 1995 I 77 ; TF, 1C\_338/2018, 10.4.2018, c. 2.1 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 4.2 ; TF, 1C\_24/2018, 12.2.2019 ; 1C\_521/2017, 1C\_532/2017, 1C\_545/2017, 14.5.2018, c. 3.1.1. Cf. également EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 251 s.

<sup>21</sup> Par exemple, voir : TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019 ; TF, 1C\_24/2018, 12.2.2019 ; TF, 1C\_521/2017, 532/2017, 1C\_545/2017, 14.5.2018. En outre, un exemple récent nous vient du sort incertain de Moutier quant à son appartenance cantonale, cf. Décision de la Préfète du Jura bernois PMC n° 7 – 2017, 2.11.2018, relative aux recours dirigés contre le vote de Moutier du 18 juin 2017 relatif à son appartenance cantonale. La décision n'est pas définitive.

<sup>22</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 113 Ia 291 c. 3a, in : JdT 1989 I 262 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 37.

<sup>23</sup> ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 98 Ia 73 c. 3b, in : JdT 1974 I 103 ; DUBEY (n. 13), N 5276.

<sup>24</sup> ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 98 Ia 73 c. 3b, in : JdT 1974 I 103 ; DUBEY (n. 13), N 5276.

<sup>25</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 119 Ia 371 c. 3c, in : JdT 1995 I 77 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 31.

choix en conséquence »<sup>26</sup>. Or, si le Tribunal fédéral n'a jamais eu à se pencher sur la validité d'un scrutin entaché d'un vice aussi grave, il a toutefois eu l'occasion de marquer son attachement à l'intégrité du débat démocratique, en consacrant une solution pouvant entrer en ligne de compte dans ce contexte.

Ainsi, le Tribunal fédéral reconnaît que la diffusion d'une information fautive ou fallacieuse peut remettre en cause la validité d'un scrutin, lorsqu'elle intervient à un moment si proche de la date du scrutin que les autres acteurs du débat démocratique n'ont pas la possibilité d'en contester la véracité ou que les membres du corps électoral n'ont pas la possibilité de se renseigner auprès de sources fiables<sup>27</sup>. Encore faut-il, précise notre Haute Cour, qu'il soit indubitable que l'information en question ait pu influencer le résultat de manière décisive<sup>28</sup>. Cela implique qu'un scrutin populaire ne peut être remis en question que s'il paraît probable que le résultat eût été différent si l'intervention litigieuse n'avait pas eu lieu ou avait pu être contestée<sup>29</sup>. À cet égard, il y a notamment lieu de prendre en compte deux éléments : premièrement, le contenu matériel de la fautive information et sa capacité à induire en erreur les membres du corps électoral ; secondement, le résultat final du scrutin et la différence de voix nécessaires pour obtenir un résultat différent, autrement dit l'écart serré ou non de voix<sup>30</sup>. De ce fait, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet de manière générale qu'une campagne privée puisse constituer une atteinte à la liberté de vote permettant d'invalider un scrutin, pour autant que des conditions restrictives soient réalisées dans un cas d'espèce<sup>31</sup>.

Par conséquent, une campagne de manipulation de l'information – *off* – comme *online* – pourrait tomber sous le coup de cette jurisprudence, si celle-ci est propre à induire en erreur les membres du corps électoral<sup>32</sup>. Ainsi, une invalidation du scrutin pourrait être admise, pour autant que la confiance normalement placée dans le jugement des membres du corps électoral fût ébranlée au point que le résultat d'une votation ou d'une élection ne

paraît plus être l'expression d'une opinion librement formée. S'agissant de la manipulation de l'information, elle peut notamment être caractérisée par la fautive identité de son émetteur et donc de ses réels intérêts. En effet, via les réseaux sociaux, il est devenu relativement aisé pour un acteur de cacher son identité et ainsi de tromper les tiers<sup>33</sup>. Or précisément, cette dissimulation est propre à induire les votants et électeurs en erreur et constitue, en cela, une influence illicite par rapport à la liberté de vote. C'est apparemment ce qui s'est produit dans le cadre de l'élection présidentielle américaine en 2016, lors de laquelle de nombreux faux comptes Facebook avaient été utilisés, notamment dans le cadre d'« usines à trolls » (« *troll farms* »)<sup>34</sup>. S'il venait à prendre place en Suisse, un cas similaire serait potentiellement propre à remettre en cause la validité d'un scrutin populaire. Pour cela, encore faudrait-il démontrer que ces manipulations étaient susceptibles d'avoir un effet décisif sur le résultat de la votation, au regard des conditions établies par la jurisprudence<sup>35</sup>.

À ce sujet, il convient de rappeler que tant le Tribunal fédéral que la doctrine accordent une grande confiance à la capacité des membres du corps électoral de distinguer entre informations objectives et exagérations<sup>36</sup>. Pour apprécier si cette confiance est ébranlée, notre Haute Cour semble prêter une importance certaine à l'émetteur de l'information<sup>37</sup>. Elle considère que les déclarations d'une autorité étatique revêtent un poids certain sur la formation de l'opinion des citoyens et sont donc plus propres à vicier le résultat d'une votation en cas de fautive informations<sup>38</sup>. Par cette considération, le Tribunal fédéral souligne que la confiance placée en la capacité de discernement des membres électoral s'apprécie notamment en fonction du crédit qui peut être accordé à l'auteur d'une déclaration. En transposant cette jurisprudence à des déclarations faites par des acteurs privés et non étatiques, nous estimons qu'un citoyen devrait considérer avec plus de cir-

<sup>26</sup> TF, 1C\_346/2018, 4.3.2019, c. 6.1.

<sup>27</sup> ATF 119 Ia 371 c. 3c, in : JdT 1995 I 77.

<sup>28</sup> ATF 98 Ia 73 c. 3b, in : JdT 1974 I 103.

<sup>29</sup> ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 119 Ia 271 c. 3b, in : JdT 1995 I 77 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 51.

<sup>30</sup> ATF 138 I 61 c. 8.6, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 135 I 292 c. 4.4, in : JdT 2010 I 273 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 54.

<sup>31</sup> BÉNÉDICTE TORNAY, La démocratie directe saisie par le juge, L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires suisse, Thèse, Genève/Zurich/Bâle 2008, 276.

<sup>32</sup> ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; ATF 98 Ia 73 c. 3b, in : JdT 1974 I 103.

<sup>33</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 250 s. ; PFDT (n. 3).

<sup>34</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 250 ; BENJAMIN JENSEN/BRANDON VALERIANO/Ryan MANESS, Fancy bears and digital trolls : Cyber strategy with a Russian twist, *Journal of Strategic Studies* 2019, 1 ss ; NICOLAS ARPAGIAN, La cybersécurité, 3<sup>e</sup> éd., Paris 2018, 46 ss ; ISABELLA HANSEN/DARREN J. LIM, Doxing democracy : influencing elections via cyber voter interference, in : *Contemporary Politics*, 1 ss ; PAUL BAINES/NIGEL JONES, Influence and Interference in Foreign Elections, *The RUSI Journal* 2018, 12 ss.

<sup>35</sup> ATF 138 I 61 c. 4.5, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 112 Ia 129 c. 3a, in : JdT 1988 Ia 109.

<sup>36</sup> ATF 140 I 338 c. 5.3, in : JdT 2015 I 24 ; ATF 119 Ia 371 c. 3c, in : JdT 1995 I 77 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 31.

<sup>37</sup> TF, 1C\_24/2018, 12.2.2019, c. 7.1.

<sup>38</sup> TF, 1C\_24/2018, 12.2.2019, c. 7.1.



conspection des informations présentes uniquement sur des réseaux sociaux que celles diffusées par des médias traditionnels. Selon nous, la diffusion de *fake news* via des réseaux sociaux pourrait donc bien mener à l'invalidation d'une votation, à condition que celle-ci soit telle que le citoyen n'est plus en mesure de pondérer ces informations. Cela pourrait notamment être le cas lorsque la presse s'en ferait l'écho sans en reconnaître ou supposer le caractère faux ou fallacieux.

En guise de synthèse, il existe donc bel et bien un cadre protégeant les institutions suisses du risque de manipulation de l'information sur le plan constitutionnel. Certes, les conditions jurisprudentielles sont très restrictives, mais les cautèles posées par le Tribunal fédéral à la remise en cause d'un scrutin paraissent nécessaires pour ne pas restreindre la liberté d'expression des acteurs d'un débat démocratique qui se doit d'être libre et ouvert.

### III. La voie de recours en cas d'irrégularités contraires à la liberté de vote

#### A. Le principe

Bien que la jurisprudence permette d'invalidier un scrutin, un écueil majeur en lien avec une manipulation de l'information relèverait du moment de sa découverte. En raison de la difficulté de l'identifier, il est fort probable qu'elle ne puisse être découverte qu'après la tenue du scrutin. Or, la LDP et les lois cantonales sur l'exercice des droits politiques prévoient généralement que la contestation du résultat d'un scrutin doit intervenir dans un bref délai, à savoir entre trois à dix jours suivant la publication officielle des résultats<sup>39</sup>.

#### B. L'exception tirée du droit d'accès au juge

Pourtant, afin de garantir une protection juridique effective en matière de liberté de vote, le Tribunal fédéral admet dans certaines circonstances d'entrer en matière au

sujet de recours contre une votation déposé après les délais de recours officiels. Tel est le cas si l'irrégularité dénoncée dans le recours ne pouvait pas être soulevée dans les délais légaux et est propre à remettre en cause le résultat de la votation. Notre Haute Cour a d'abord développé cette jurisprudence en lien avec une votation cantonale<sup>40</sup>, avant de l'étendre au plan fédéral et passer ainsi outre l'art. 77 al. 2 LDP<sup>41</sup>. En effet, le Tribunal fédéral considère « qu'un droit à un contrôle de la régularité d'une votation populaire est conféré directement par la Constitution lorsqu'une influence massive sur le vote populaire s'est révélée plus tard »<sup>42</sup>. Fondant un droit au contrôle rétrospectif d'un scrutin populaire sur la base des art. 29 al. 1 et 29a Cst.<sup>43</sup>, il estime en effet qu'il serait particulièrement choquant, au regard du principe de la démocratie, et à raison, que des résultats populaires entachés de graves irrégularités qui ne pouvaient être découvertes qu'après l'échéance des délais de recours légaux ne puissent faire l'objet d'un contrôle judiciaire postérieurement à leur validation<sup>44</sup>.

Valant tant pour les votations cantonales que fédérales<sup>45</sup>, cette protection tend à garantir la possibilité à tout membre du corps électoral de se forger une opinion suffisante et objective au regard des informations diffusées avant un scrutin<sup>46</sup>. En ce sens, cette jurisprudence protège l'intégrité de la démocratie helvétique, en considérant que l'expression des urnes, à la manière de la conclusion d'un contrat, ne saurait reposer sur une erreur, à défaut de quoi elle peut être considérée comme viciée.

<sup>40</sup> ATF 113 Ia 146 c. 3b, in : JdT 2012 I 171.

<sup>41</sup> ATF 138 I 61 c. 3.2 et 4.3, in : JdT 2012 I 171. Le Tribunal fédéral justifie l'extension de cette jurisprudence au domaine fédéral en établissant sa compétence pour ce qui est de la protection juridique en matière de votations fédérales sur la base des art. 189 al. 1 lit. f Cst., 80 al. 1 LDP et 88 al. 1 lit. b LTF ; TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 1.1 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 2.1 ; cf. ég. BSK BGG-STEINMANN/MATTLE, art. 82 N 103, in : Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger/Lorenz Kneubühler (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2018 (cit. BSK BGG-auteur).

<sup>42</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3, in : JdT 2012 I 171.

<sup>43</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3, in : JdT 2012 I 171 ; TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 1.1 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 2.1 ; BSK BGG-STEINMANN/MATTLE (n. 41), art. 82 N 103. Cf. également ÉTIENNE GRISEL, Initiative et référendums populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2004, N 339. Sur le droit d'accès au juge, cf. STÉPHANE GRODECKI/ROMAIN JORDAN, Le droit à l'accès au juge (art. 29a Cst.) : une voie redoutable souvent oubliée, Revue de l'avocat 2018, 432 ss.

<sup>44</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 113 Ia 146 c. 3b, in : JdT 2012 I 171.

<sup>45</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3, in : JdT 2012 I 171 ; BSK BGG-STEINMANN/MATTLE (n. 41), art. 82 N 103.

<sup>46</sup> ATF 138 I 61 c. 7.4, in : JdT 2012 I 171.

<sup>39</sup> Par exemple, cf. les art. 77 al. 2 LDP, art. 119 al. 1 de la Loi vaudoise sur l'exercice des droits politiques du (RS-VD 160.01) et art. 68 Gesetz über die politischen Rechte (SR-AG 131.100), qui prévoient un délai de trois jours après la publication des résultats. Dans le canton de Fribourg, ce délai est porté à cinq jours, en vertu de l'art. 152 al. 2 de la Loi fribourgeoise sur l'exercice des droits politiques (RS-FR 115.1). Dans le canton de Glaris, ce délai est porté à dix jours pour ce qui est des votations communales en vertu de l'art. 115 al. 1 Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (SR-GL III G/1).

Néanmoins, pour qu'un contrôle rétrospectif d'un scrutin mène à son invalidation, il faut, en plus, que ces graves irrégularités aient pu exercer une influence décisive sur le résultat<sup>47</sup>, mais aussi que l'intérêt démocratique à l'invalidation l'emporte sur celui de la sécurité du droit au maintien<sup>48</sup>. Une pondération de ces intérêts est nécessaire, étant donné que le contrôle rétrospectif d'une votation peut intervenir plusieurs mois, voire plusieurs années après la validation de son résultat et de l'acceptation, voire de l'entrée en vigueur, de nouvelles règles de droit. Dans cette pondération, les circonstances revêtant un poids particulier sont notamment le laps de temps écoulé depuis la votation<sup>49</sup> et les conséquences juridiques entraînées par le scrutin<sup>50</sup>. En effet, la sécurité du droit revêt un poids plus important lorsqu'un scrutin a amené à une modification de l'ordre juridique – à l'instar de l'adoption d'une loi qui a entraîné diverses conséquences juridiques –, par rapport au scrutin qui a maintenu l'ordre juridique dans son état, comme lors du rejet d'une initiative populaire<sup>51</sup>. Autrement formulé, il est plus facile de refaire que défaire. Selon nous, les motifs à l'origine des irrégularités devraient aussi revêtir un poids particulier dans la pondération des intérêts à opérer. En effet, au regard de l'intérêt démocratique, si les irrégularités sont le fruit de manipulations délibérément pensées dans le but d'abuser du système démocratique et de le « court-circuiter », l'invalidation du résultat paraît se justifier en raison du caractère prépondérant de cet intérêt. Dans cette constellation, cet intérêt devrait revêtir un poids plus important que si les irrégularités émanent d'approximations d'un acteur du débat politique. Dès lors, si le résultat d'une votation paraît avoir été influencé de manière massive par une campagne de manipulation de l'information, et notamment si elle a été orchestrée par un État étranger, l'intérêt démocratique justifie pleinement une invalidation du résultat.

Cela, bien évidemment, n'est pas sans susciter des interrogations. En effet, d'une certaine manière, l'invalidation s'apparente à un contrôle judiciaire sur des actes jouissant pourtant soit de la plus forte légitimité dans notre ordre constitutionnel – les dispositions constitutionnelles votées par le souverain – ou alors d'une immu-

unité conférée par la Constitution – les lois fédérales, vu l'art. 190 Cst. Ainsi, cette protection de la liberté de vote a fait l'objet de diverses critiques doctrinales<sup>52</sup> que nous discuterons ci-après (V.). Néanmoins et nonobstant leur pertinence, il faut reconnaître la nécessité d'une solution propre à garantir l'intégrité des scrutins, surtout dans le cas d'une manipulation avérée de l'information. Cela requiert notamment l'intervention du législateur<sup>53</sup>.

#### IV. La protection pénale de la démocratie face à la manipulation de l'information

À titre liminaire, il faut dire que l'intervention du droit pénal dans le débat démocratique ne va pas forcément de soi. Or, face à une potentielle manipulation de l'information, le défi est par conséquent de taille, puisqu'il s'agit de ne pas entraver la liberté d'expression des intervenants, tout en garantissant dans le même temps l'intégrité des scrutins populaires. Il est donc nécessaire de souligner que la répression en la matière doit s'exercer avec la plus grande réserve et aussi, mais surtout, comme *ultima ratio*<sup>54</sup>.

Cela étant, la sanction du droit pénal est nécessaire face à une manipulation de l'information. Comment imaginer en effet que la démocratie se laisse attaquer, sans punir l'auteur qui cherche à y porter atteinte, en voulant saborder l'intégrité de scrutins populaires qui sont en eux-mêmes la matérialisation concrète de la vie démocratique ? Loin du droit pénal se trouve la vocation d'instaurer un devoir de vérité pesant sur tous les acteurs de la vie démocratique. Toutefois, l'État et son droit pénal se doivent de sanctionner les actes véritablement susceptibles d'entraver la liberté de vote lorsqu'ils sont commis à dessein. C'est là que réside la *gravité* d'un comportement tel que la manipulation de l'information, car sa finalité est précisément d'abuser de la confiance que place notre ordre constitutionnel en la capacité des citoyens de se former librement leur opinion.

Ce faisant, la manipulation de l'information ne peut être assimilée à la simple diffusion d'une information

<sup>47</sup> ATF 135 I 292 c. 4.1, in : JdT 2010 I 273 ; BSK BV-TSCHANNEN (n. 13), art. 34 N 54.

<sup>48</sup> ATF 138 I 61 c. 4.5, in : JdT 2012 I 171 ; TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 4.1 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 6.1.

<sup>49</sup> Cf. ATF 138 I 61 c. 4.5 et 8.7, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 113 Ia 146 c. 3c, in : JdT 2012 I 171 ; GRISEL (n. 43), N 339.

<sup>50</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 4.3 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 6.3.

<sup>51</sup> TF, 1C\_338/2015, 10.4.2019, c. 4.3 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 6.3.

<sup>52</sup> GRISEL (n. 43), N 339 ; JACQUES DUBEY, Quelle autorité pour la chose votée ?, À propos du contrôle (dit « rétrospectif ») de la régularité d'une votation fédérale après le délai de recours et la validation du résultat, in : Eva Maria Belser/Bernhard Waldmann (édit.), Mehr oder weniger Staat ? Festschrift für Peter Hänni, Berne 2015, 13 ss ; GIOVANNI BIAGGINI, Eine verzwickte Angelegenheit : Die nachträgliche Überprüfung der Regularität einer eidgenössischen Volksabstimmung, ZBl 2012, 429 ss, 433 s. et 441.

<sup>53</sup> Cf. *infra* V.A.

<sup>54</sup> Cf. *infra* IV.B.1.d.

erronée, à la tenue d'un mensonge sur un plateau de télévision, un propos controversé, confirmant par exemple la théorie dite du « grand remplacement », ou la contestation d'un fait tel que le changement climatique. Elle va beaucoup plus loin, en cherchant à fausser à dessein le débat démocratique. En cela, il s'agit véritablement d'une entreprise de déstabilisation de la démocratie et des institutions reposant sur elle<sup>55</sup>, qui est suffisamment grave à notre sens pour que le droit répressif ne reste pas les bras croisés.

### A. Les infractions contre la volonté populaire (art. 279 ss CP) ?

De prime abord, la manipulation de l'information pourrait tomber sous le coup des dispositions du Titre 14 de la partie spéciale du Code pénal<sup>56</sup>. S'y trouvent les infractions « contre la volonté populaire » (art. 279 ss CP), dont le bien juridiquement protégé est l'exercice des droits politiques garantis par l'art. 34 al. 2 Cst. en particulier<sup>57</sup>. Le législateur a criminalisé ces comportements menaçant la volonté populaire, parce qu'il est d'une importance fondamentale, dans toute démocratie que les droits politiques conférés aux citoyens soient librement exercés par eux, cela « en vue d'assurer l'expression de la réelle volonté du peuple »<sup>58</sup>.

Or, c'est précisément cette dernière qui est mise à mal en présence d'une manipulation de l'information dans le cadre d'un scrutin populaire car on cherche à entraver la libre formation de la volonté populaire. Pourtant, la manipulation de l'information dans le cadre du débat démocratique ne tombe pas sous le coup ces infractions.

### 1. L'absence d'incrimination *expressis verbis*

En premier lieu en effet, il appert qu'aucune des six infractions du Titre 14 n'est spécialement dédiée à la manipulation de l'information précédant une votation.

Cette absence d'incrimination *expressis verbis* peut à première vue sembler surprenante car, de manière générale, le droit attache une grande importance à ce que le *processus décisionnel intellectuel* s'opère en connaissance de cause, en tirant des conséquences importantes lorsque tel n'est pas le cas. En effet, il en va ainsi en droit privé, où le contrat entaché d'un vice du consentement est frappé de nullité<sup>59</sup>. Dans le domaine boursier, le droit pénal n'est pas en reste non plus, le législateur criminalisant quiconque s'adonne à une « manipulation de cours » (art. 155 LIMF<sup>60</sup>) en diffusant sciemment des « informations fausses ou trompeuses » « dans le but d'influencer notablement le cours de valeurs mobilières » (al. 1 lit. a)<sup>61</sup>.

Cela étant, cette absence d'incrimination peut s'expliquer par le fait qu'une telle problématique ne s'était pas posée au législateur jusqu'à maintenant, mais qu'on doit à l'arrivée du numérique et à ses moyens décuplés l'apparition du phénomène de manipulation de l'information à un échelle telle que le débat démocratique peut s'en trouver faussé<sup>62</sup>.

### 2. L'inapplicabilité des infractions

En outre, le fait qu'il n'existe pas d'infraction incriminant expressément la manipulation de l'information n'est pas davantage pallié par le contenu matériel des art. 279 ss CP, inapplicables en pareille situation. À titre d'exemple, l'art. 279 CP vise quiconque empêche une élection ou une votation « par la violence ou par la menace d'un dommage sérieux », soit un comportement tout autre que la manipulation de l'information.

Ainsi, il apparaît que les comportements que les art. 279 ss CP incriminent ne visent à protéger la *volonté populaire* que dans le cadre de l'*exercice* du droit de vote, c'est-à-dire au moment du scrutin populaire, mais pas la

<sup>55</sup> À cet égard, il est intéressant de lire les considérations qui ont amené la France à légiférer en la matière, cf. BRUNO STUDER (Député de l'Assemblée nationale de la République française), Rapport sur la proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, 30.5.2018, 28.

<sup>56</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 252.

<sup>57</sup> BSK StGB-WEHRLE, Vor Art. 279 N 5, in : Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (édit.), Strafrecht (StGB/JStG), Basler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2019 (cit. BSK StGB-auteur) ; MATHILDE DE WURSTEMBERGER, Intro aux art. 279–283 N 3, in : Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (édit.), Code pénal II, Commentaire romand, Bâle 2017 (cit. CR CP II-auteur) ; DUPUIS ET AL. (édit.), Petit commentaire CP, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, Rem. prélim. aux art. 279 à 283 N 4 (cit. PC CP).

<sup>58</sup> BO CN 1929 III 562, 590 ; ATF 121 I 138 c. 3, in : JdT 1997 I 74 ; CR CP II-DE WURSTEMBERGER (n. 57), Intro aux art. 279–283 N 1 et 3 ; BSK StGB-WEHRLE (n. 57), Vor Art. 279 N 5 ; PC CP (n. 57), Rem. prélim. aux art. 279 à 283 N 4.

<sup>59</sup> Cf. art. 31 du Code des obligations (CO ; RS 220). Sur les conséquences du vice du consentement, cf. BRUNO SCHMIDLIN, art. 31 N 1 ss, in : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Code des obligations, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012.

<sup>60</sup> Loi fédérale sur l'infrastructure des marchés financiers (RS 958.1).

<sup>61</sup> CR CP II-RUTSCHMANN/LUBISHTANI (n. 57), art. 155 LIMF N 29 ss et 40 ; WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM, Art. 155 FinfraG N 25 ss, in : Rolf Watter/Rashid Bahar (édit.), FINMAG/FinfraG, Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2018.

<sup>62</sup> En France, le législateur s'est emparé du problème déjà à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, cf. STUDER (n. 55), 13.

formation de la volonté populaire qui la précède forcément<sup>63</sup>.

## B. Les infractions relatives à la mise en danger de l'ordre constitutionnel (art. 275 ss CP)

De ce fait, pour trouver une protection pénale de la démocratie face à une manipulation de l'information, il est nécessaire de se tourner vers des dispositions plus générales, la garantissant en filigrane. Tel est le cas des infractions protégeant plus globalement « l'ordre constitutionnel » contre sa « mise en danger » (art. 275 à 275<sup>ter</sup> CP) et appartenant au Titre 13 consacré aux infractions « contre l'État et la défense nationale » (art. 265 ss CP).

Reste encore à savoir si l'une d'elles peut fonder la répression d'une manipulation de l'information dans un cas concret. À cet égard, il y a lieu d'écarter l'art. 275<sup>bis</sup> CP, puisque cette infraction comporte en elle l'exigence de la violence alors que la manipulation de l'information n'est pas un comportement violent, mais aussi l'art. 275<sup>ter</sup> CP à ce stade<sup>64</sup>. Reste l'art. 275 CP, qui incrimine l'« *acte tendant à troubler ou à modifier d'une manière illicite l'ordre fondé sur la Constitution ou la Constitution d'un canton* ». Il s'agit donc de savoir s'il est possible de qualifier la manipulation de l'information comme une « *atteinte à l'ordre constitutionnel* » au sens de l'art. 275 CP.

### 1. Les éléments constitutifs de l'infraction

L'art. 275 CP appréhende l'*acte* (IV.B.1.a.) dirigé contre l'*ordre fondé sur la Constitution* (IV.B.1.b.) et qui *tend à le troubler* ou à le *modifier d'une manière illicite* (IV.B.1.c.) avec *intention* (IV.B.1.d.)<sup>65</sup>.

#### a. L'acte de manipulation de l'information

La disposition légale incrimine tout *acte*, ce qui implique forcément un comportement actif de la part de l'auteur<sup>66</sup>. Si la formule est volontairement large, c'est parce qu'elle devait permettre d'englober, selon le Message du Conseil fédéral, l'activité de « comités d'action révolutionnaires » qui pouvait prendre des formes diverses et variées au sortir de la Seconde Guerre mondiale et au début de la Guerre froide<sup>67</sup>. Dans ce contexte, le Conseiller aux États

EGLI avait quant à lui mis le doigt sur le fait qu'il était nécessaire de se prémunir face aux « méthodes toujours plus raffinées des activistes révolutionnaires contemporains »<sup>68</sup>. Septante ans après, les mots du Sénateur acquièrent une résonance particulière au regard de la problématique de la désinformation en ligne, qui profite largement de l'effet démultiplicateur qu'offre le numérique. Ils démontrent surtout le souci du législateur de doter le droit pénal des moyens nécessaires pour répondre aux menaces planant sur la Suisse et sa démocratie libérale, quelles qu'elles soient.

De ce point de vue, la manipulation de l'information est évidemment un *acte* au sens de l'art. 275 CP, qui implique un comportement actif, lequel peut prendre diverses formes. Tout d'abord, il peut s'agir de la *création* ou la *diffusion* auprès de tiers d'informations fausses ou trompeuses, indépendamment du vecteur de transmission<sup>69</sup>. L'information est une donnée de fait ; elle se rapporte à un fait existant objectivement, qu'il appartienne au passé ou au présent, raison pour laquelle elle est vérifiable<sup>70</sup>. Par contre, les informations relatives à des faits futurs, de même que les opinions et les jugements de valeurs, à l'instar des pronostics ou des prévisions, doivent en principe être exclues comme pouvant conduire à une manipulation de l'information<sup>71</sup>. Ainsi, la dimension temporelle revêt une grande importance. Dans ce contexte, les caractéristiques qui précèdent excluent donc de retenir une manipulation de l'information des projections qui au moment de leur émission constituent simplement des scénarii qui pourraient à l'avenir se produire.

En outre, une manipulation de l'information ne serait pas non plus réalisée lorsque son émetteur accompagne ses déclarations de réserves soulignant leur caractère peu fiable. À ce sujet, on peut se référer à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral certes rendue au sujet de la validité d'un scrutin et non de l'infraction présentement

<sup>63</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 253.

<sup>64</sup> CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275<sup>bis</sup> N 4.

<sup>65</sup> BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 4.

<sup>66</sup> PIERRE-PHILIPPE JACCARD, La mise en danger de l'ordre constitutionnel en droit pénal suisse, Thèse, Lausanne 1983, 83 ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 5 ; PC CP (n. 57), art. 275 N 7.

<sup>67</sup> FF 1949 I 1233, 1246.

<sup>68</sup> JACCARD (n. 66), 49. Il s'exprimait à l'occasion d'un postulat tendant à ancrer dans le Code pénal l'arrêté du 27 février 1945 du Conseil fédéral et pas directement sur l'art. 275 CP.

<sup>69</sup> Nous pensons tout particulièrement à la manipulation de l'information qui a lieu en ligne et donc aux réseaux sociaux, à l'instar de Facebook ou Twitter.

<sup>70</sup> Il est possible de s'en remettre par analogie à la notion de « information » figurant à l'art. 155 LIMF, cf. CR CP II-RUTSCHMANN/LUBISHTANI (n. 57), art. 155 LIMF N 33 ss ; WOHLERS/PFLAUM (n. 61), Art. 155 FinfraG N 26 ss.

<sup>71</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 254. Cf. également CR CP II-RUTSCHMANN/LUBISHTANI (n. 57), art. 155 LIMF N 33 ss ; WOHLERS/PFLAUM (n. 61), Art. 155 FinfraG N 26 ss. Il est également possible de se référer à la notion de « fait » découlant de l'art. 146 CP, cf. CR CP II-GARBARSKI/BORSODI (n. 57), art. 146 N 10 s. ; BSK StGB-MAEDER/NIGGLI (n. 57), art. 146 N 36 ss.



discutée. Toutefois, le raisonnement du Tribunal fédéral nous paraît pouvoir être transposé. Dans cette affaire, notre Haute Cour observe qu'une information peut constituer une influence illicite sur la formation de la volonté du corps électoral lorsque son émetteur, en l'espèce le Conseil fédéral, ne précise pas que dite information constitue en réalité une estimation peu fiable<sup>72</sup>. En revanche, si l'émetteur d'une telle information précise cet élément ou l'accompagne de réserves en recourant à des formulations au conditionnel, il ne commet pas d'influences illicites<sup>73</sup>. En matière de manipulation de l'information tombant sous le coup de l'art. 275 CP, ce raisonnement du Tribunal fédéral semble être pertinent. Au surplus, cette exigence de réserve ne tend pas à créer un système où une obligation de vérité qui incomberait à tout participant au débat démocratique, mais plutôt à sanctionner la malhonnêteté crasse d'un particulier souhaitant abuser des institutions démocratiques.

S'agissant de la *substance* de l'information, elle doit être *fausse*, en ce sens qu'elle ne correspond pas à la réalité des faits, ou *trompeuse*, parce qu'elle transmet à son destinataire une image tronquée de la réalité<sup>74</sup>. Qui plus est, elle doit être *grave*, c'est-à-dire être de nature à induire en erreur les participants à un scrutin populaire<sup>75</sup>. Finalement, la diffusion d'une information fausse ou trompeuse doit être *manipulatoire*, c'est-à-dire que ce comportement s'inscrit dans le cadre d'une action *visant délibérément* à ce que le scrutin populaire soit influencé de façon décisive par l'auteur et afin de fausser le débat démocratique.

Précisons par ailleurs qu'il est d'autres *actes* qui peuvent être *manipulatoires*, sans véritablement consister en une *diffusion* en tant que telle d'informations fausses mais plutôt en une *dissimulation*, par exemple la création de caisses noires visant à financer un comité d'action lors d'un scrutin populaire. Dans ce cas de figure, la formation de la volonté populaire est entravée, car l'information relative aux bailleurs de fond est dissimulée à dessein<sup>76</sup>. Ce comportement pourrait donc relever également de la manipulation de l'information.

## b. La liberté de vote comme objet de la protection pénale

En outre, l'art. 275 CP prévoit que l'acte ci-avant doit être dirigé contre l'*ordre fondé sur la Constitution fédérale* et les *constitutions cantonales* que protège la disposition pénale. Un bref retour sur l'historique de la norme permet de redécouvrir le rapport étroit qu'entretient l'art. 275 CP avec la démocratie helvétique, en plus d'une interprétation systématique qui le laisse également transparaître<sup>77</sup>.

En effet, cette infraction trouve son origine dans plusieurs arrêtés fédéraux adoptés par le Conseil fédéral dès la fin des années 1930 pour répondre aux dangers planant sur la Confédération et sa démocratie libérale, face à la montée en puissance, chez nos voisins comme en Suisse, du national-socialisme et du communisme<sup>78</sup>. Parce que l'actualité a démontré que l'arrivée au pouvoir ne passait pas seulement par les armes et la violence, mais aussi par de plus subtiles subterfuges<sup>79</sup>, il est apparu nécessaire au législateur de compléter l'art. 265 CP sur la « haute trahison », afin de parer aux atteintes à l'ordre constitutionnel commises sans violence et d'appréhender les actes préparatoires à ces fins<sup>80</sup>. C'est ainsi qu'il a fait le choix de pérenniser dans le Code pénal les différents arrêtés précités, en incriminant trois comportements distincts, à savoir les atteintes à l'ordre constitutionnel (art. 275 CP), aux côtés de la propagande subversive étrangère (art. 275<sup>bis</sup>) et du groupement illicite contre l'État (art. 275<sup>ter</sup>).

Le lien que les dispositions précitées entretiennent avec la démocratie n'est qu'indirect, l'énoncé de fait légal se rapportant non pas à la démocratie mais à « l'ordre fondé sur la Constitution ». Vague, la formule a suscité des interrogations au sein de la doctrine, mais d'aucuns considèrent que l'« ordre démocratique »<sup>81</sup> helvétique appartient au bien juridique protégé, en tant qu'institution fon-

<sup>72</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 3.2 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 5.2.

<sup>73</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 3.2 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 5.2.

<sup>74</sup> CR CP II-RUTSCHMANN/LUBISHTANI (n. 57), art. 155 LIMF N 35 s. ; WOHLERS/PFLAUM (n. 61), Art. 155 FinfraG N 30 ss.

<sup>75</sup> EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 254. Il est permis de s'en remettre aux développements ci-avant : cf. supra II.B.

<sup>76</sup> Cf. ATF 121 I 1 ; GRISEL (n. 43), N 339.

<sup>77</sup> Ces dispositions font justement le pont avec les art. 279 ss CP, séparées uniquement par trois infractions relatives aux « atteintes à la sécurité militaire » (art. 276–278 CP).

<sup>78</sup> JACCARD (n. 66), 33 ss ; JEAN-CLAUDE WENGER, Die Gefährdung der verfassungsmässigen Ordnung, Art. 275–275<sup>ter</sup> StGB, Thèse, Aarau 1954, 38 ss ; PAUL LOGOZ, Commentaire du Code pénal suisse, Partie Spéciale II (art. 213 à 332), Neuchâtel 1959, art. 275 N 1 (cit. LOGOZ, PS II) ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 1 ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 1 ; PC CP (n. 57), art. 275 N 1 ; HANS VEST/STEFAN TRECHSEL, StGB Praxiskommentar, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/St-Gall 2018, art. 275 N 1.

<sup>79</sup> HANS WALDER, Probleme des Staatsschutzes, ZBJV 1974, 249 ss, 254 ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 1.

<sup>80</sup> BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 3 ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 3 ; LOGOZ, PS II (n. 78), art. 275 N 2.

<sup>81</sup> JACCARD (n. 66), 75.

damentale de notre ordre constitutionnel<sup>82</sup>. Relativement à cet *ordre démocratique*, RUTZ mentionne le vote libre (« *freie Wahl* ») des citoyens dans l'élection de ses représentants<sup>83</sup>, alors que JACCARD, à côté de l'institution qu'est le référendum obligatoire, cite aussi l'élection, mais au travers d'une « votation libre »<sup>84</sup>. Si ces deux auteurs ne se réfèrent là qu'aux *élections* comme scrutin populaire, il ne saurait en aller autrement s'agissant des *votations* portant sur des initiatives populaires ou référendums, qui se doivent également d'être *libres*.

Ainsi, l'ordre démocratique doit ici être compris comme la tenue *libre et sans entrave* du processus démocratique lors d'un scrutin populaire, qu'il s'agisse d'une votation ou d'une élection, quel que soit l'échelon politique auquel on se trouve. Il faut donc en conclure que la liberté de vote désormais consacrée à l'art. 34 al. 2 Cst., et déjà érigée en qualité de véritable socle de la démocratie par le Tribunal fédéral sous l'égide de l'ancienne Constitution<sup>85</sup>, appartient au bien juridique protégé par l'art. 275 CP et recouvre la notion « d'ordre fondé sur la Constitution » en qualité d'élément constitutifs objectif.

Relativement à la manipulation de l'information, l'acte manipulatoire a précisément pour but de fausser le cours normal du processus démocratique. En cela, il entrave la libre formation de la volonté populaire ayant en ligne de mire le bulletin qui sera glissé dans l'urne. De ce fait, lorsque la manipulation de l'information atteint une intensité telle qu'elle porte atteinte à la liberté de vote (art. 34 al. 2 Cst.), alors il s'agit là également d'une atteinte à l'ordre constitutionnel au sens de l'art. 275 CP, pour autant que les autres éléments constitutifs de l'infraction soient réalisés.

### c. Le trouble de manière illicite à la libre formation de la volonté populaire

Pour que l'infraction soit réalisée, l'acte dirigé contre l'ordre constitutionnel doit le *troubler* ou le *modifier* de *manière illicite*. Dans la mesure où l'art. 275 CP réprime

l'acte « *tendant à* », il s'agit d'une infraction de mise en danger abstraite n'exigeant la survenance d'aucun résultat et englobant également la tentative et même les actes préparatoires ; il suffit donc que l'*acte* soit susceptible de *troubler* ou *modifier* l'ordre constitutionnel<sup>86</sup> tel que défini ci-avant.

Dans tous les cas de figure, l'on ne saurait parler de *modification illicite* de l'ordre constitutionnel en présence d'une manipulation de l'information. En effet, la manipulation a pour finalité d'influencer le cours normal d'un scrutin populaire, c'est-à-dire de faire pencher la balance pour un résultat ou un candidat plutôt qu'un autre. Or, l'ordre constitutionnel ne s'en trouve pas *modifié* pour autant dans ces hypothèses.

Par contre, l'acte manipulatoire qui conduit à la violation de la libre formation de la volonté populaire constitue un *trouble illicite* de l'ordre constitutionnel. Dans ce cas, le cercle des participants au scrutin populaire, c'est-à-dire le souverain ou le peuple, sont mis dans l'impossibilité d'exercer librement leur compétence d'organe étatique<sup>87</sup> et ce comportement entrave donc la formation de la volonté populaire. Il s'agit ainsi d'une véritable atteinte au processus démocratique en lui-même et, plus largement, aux institutions et donc à l'ordre constitutionnel qui s'en trouve ainsi déstabilisé ou troublé.

Comme la manipulation de l'information vise à influencer les participants au scrutin populaire de façon contraire à un droit constitutionnel (art. 34 al. 2 Cst.), en plus d'être un *trouble* à l'ordre constitutionnelle, elle est de surcroît *illicite*.

### d. L'élément intentionnel

En dernier lieu, quand bien même l'art. 275 CP est formulé de manière large relativement à ses éléments objectifs<sup>88</sup>, il y a lieu de préciser que ce champ d'application étendu est tempéré par l'*élément intentionnel*. À cet égard, il y a lieu de revenir sur les critiques que concentre sur elle la norme. En effet, craignant d'y voir un *délit d'opinion*,

<sup>82</sup> BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 5 ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 12 ; GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Berne 2013, art. 275 N 5a ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2010, art. 275 N 1 s. ; LOGOZ, PS II (n. 78), art. 275 N 3 ; JACCARD (n. 66), 74 s.

<sup>83</sup> MAGDALENA RUTZ, Notwendigkeit und Grenzen des strafrechtlichen Schutzes der verfassungsmässigen Ordnung, RPS 1970, 349 ss, 371.

<sup>84</sup> JACCARD (n. 66), 74.

<sup>85</sup> FF 1997 I 1, 191. En effet, la liberté de vote n'avait pas d'ancrage écrit dans l'aCst., mais le Tribunal fédéral en avait tout de même fait un droit fondamental non écrit, cf. : ATF 118 la 259 ; ATF 119 la 271 ; ATF 120 la 194.

<sup>86</sup> JACCARD (n. 66), 84 ss ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 5 et 11 ; PC CP (n. 57), art. 275 N 1 ; CORBOZ (n. 82), art. 275 N 7 s. ; LOGOZ, PS II (n. 78), art. 275 N 3b ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 7 s.

<sup>87</sup> Cf. ATF 98 IV 124 c. 9b, qui considère qu'il y a un *trouble* « chaque fois que les autorités politiques instituées par la constitution – fédérale ou cantonale – auront été mises dans l'impossibilité d'exercer leur pouvoir » ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 9, écrit que cette infraction ne s'applique pas aux actions politiques tendant « à réviser la Constitution *selon les règles existantes* ». Or, la manipulation de l'information tend à influencer le résultat d'un scrutin populaire, donc parfois la révision de la Constitution, de manière contraire à l'art. 34 al. 2 Cst.

<sup>88</sup> PC CP (n. 57), art. 275 N 8.

doctrine et jurisprudence ont critiqué la norme sur ce point et donc considéré qu'il convenait de l'interpréter de manière restrictive<sup>89</sup>. Toutefois, mettre en place un délit d'opinion n'a jamais été la *ratio legis* de l'infraction<sup>90</sup> et le très faible nombre de condamnations pour cette infraction<sup>91</sup> démontre au contraire que seuls des actes graves sont visés par celle-ci.

Ainsi, c'est l'*intention* qui permet de caractériser l'atteinte à l'ordre constitutionnel et, dans notre cas, la manipulation de l'information que l'on ne saurait tolérer en démocratie. Elle doit donc porter sur tous les éléments constitutifs et être prouvée à satisfaction de droit. Puisque la norme doit être interprétée de manière restrictive, toute création ou diffusion de *fausses informations* ne saurait faire l'objet d'une criminalisation. Seul doit être incriminé le comportement adopté *délibérément* à des *fins manipulatoires* dans le contexte politiques pour nuire au débat démocratique, manipuler l'opinion publique ou, plus généralement, déstabiliser la démocratie<sup>92</sup>. Il doit répondre à une stratégie politique élaborée qui a pour but d'empêcher la libre formation de la volonté populaire. Il va donc de soi que les fausses informations diffusées par erreur, de même que celles relevant de la caricature ou de la satire ne tombent pas sous le coup de la loi. Il en va de même des exagérations tenues lors de campagnes politiques, qui sont protégées par le droit à la liberté d'expression<sup>93</sup>.

Même si l'infraction de l'art. 275 CP peut être commise par dol éventuel<sup>94</sup>, nous voyons mal comment elle pourrait être réalisée autrement que par *dol direct* dans le contexte d'une manipulation de l'information, car l'auteur de cette dernière doit revêtir un dessein particulier, en voulant attenter par son comportement à l'ordre constitutionnel.

Précisons en dernier lieu qu'une procédure pénale pourrait, précisément par rapport à l'élément subjectif, se heurter aux exigences de preuve. Toutefois, un comporte-

ment tel qu'une manipulation de l'information est d'une gravité exceptionnelle, puisqu'il porte atteinte aux fondements de la démocratie, ce qui requiert naturellement que l'accusation repose sur des bases solides et non de simples spéculations.

## 2. Synthèse sur l'applicabilité de l'art. 275 CP

En résumé, il apparaît que l'art. 275 CP est capable d'appréhender une manipulation de l'information dans des conditions restrictives : d'une part, elle doit être à même d'entraver la libre formation populaire et donc de violer l'art. 34 al. 2 Cst. et, d'autre part, telle doit être sa finalité. L'élément subjectif joue donc un rôle primordial dans ce contexte, car l'on ne saurait considérer que l'art. 275 CP est réalisé chaque fois que la liberté de vote a été violée au cours d'un scrutin populaire.

Dernièrement, l'auteur d'une manipulation de l'information caractérisant une atteinte à l'ordre constitutionnel s'expose à une peine privative de liberté de cinq ans au plus (art. 275 CP).

## C. Les autres infractions

Par ailleurs, l'actualité récente donne à penser que la manipulation de l'information peut être téléguidée par un État étranger qui cherche à s'ingérer dans un scrutin politique. Dans ce cas de figure, il se pourrait que l'art. 271 CP, relatif aux « actes exécutés sans droit pour un État étranger », trouve à s'appliquer. Il en va de même, et avec plus de pertinence ici, de l'art. 266<sup>bis</sup> CP concernant les « entreprises et menées de l'étranger contre la sécurité de la Suisse ». En effet, dans l'énoncé de fait légal, cette disposition se rapproche fortement de la manipulation de l'information, car elle vise le fait de « lancer ou propager des informations inexacte ou tendancieuses » en agissant de concert avec un État étranger dans le but de soutenir les menées de ce dernier contre la sécurité de la Suisse<sup>95</sup>.

Il se peut en outre que la manipulation de l'information s'opère au travers de fausses informations visant une personne déterminée ou un groupe de personnes en particulier. Ainsi, au-delà des incriminations protégeant l'État et la démocratie, les infractions pénales contre les propos diffamatoires ou calomnieux (art. 173 et 174 CP) sont également susceptibles de trouver application, de même

<sup>89</sup> ATF 98 IV 124 c. 9a ; RUTZ (n. 83), 368 ss ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 3 et 16 ; CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 6 ; PC CP (n. 57), art. 275 N 3 ; ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, 365 ss.

<sup>90</sup> JACCARD (n. 66), 128 ; LOGOZ, PS II (n. 78), art. 275 N 3b. Cf. toutefois les critiques relatives à l'art. 275<sup>ter</sup> CP de JACCARD (n. 66), 111 s. et WENGER (n. 78), 136.

<sup>91</sup> ATF 98 IV 124 c. 9a ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 Note introductive ; JACCARD (n. 66), 128.

<sup>92</sup> STUDER (n. 55), 9.

<sup>93</sup> Arrêt CourEDH, Handyside c. Royaume-Uni, 7.12.1976, requête n° 5493/72, § 49.

<sup>94</sup> CR CP II-GODEL (n. 57), art. 275 N 13 ; PC CP (n. 57), art. 275 N 11 ; LOGOZ, PS II (n. 78), art. 275 N 4 ; BSK StGB-LANDSHUT (n. 57), art. 275 N 12 ; JACCARD (n. 66), 94 ss.

<sup>95</sup> Pour de plus amples développements sur cette infraction, cf. BSK StGB-ISENRING/FLACHSMANN (n. 57), art. 266<sup>bis</sup> N 1 ss ; PC CP (n. 57), art. 266<sup>bis</sup> N 1 ss. Il n'est toutefois pas dit dans tous les cas qu'elle trouve application, car la sécurité de la Suisse n'est pas forcément en jeu lors d'une manipulation de l'information.

que l'art. 261<sup>bis</sup> CP contre la discrimination raciale<sup>96</sup>. Ces infractions permettent donc d'appréhender la manipulation de l'information de manière indirecte. Du reste, c'est par ce biais que le droit allemand procède, la législation ayant dernièrement fait l'objet d'une modification avec l'adoption de la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*<sup>97</sup> afin de lutter contre la prolifération des discours de haine anti-immigrés<sup>98</sup>.

Quand bien même ces normes peuvent servir à protéger la démocratie contre des influences inadmissibles, tel n'est pas leur rôle premier. Ainsi, on ne saurait s'appuyer sur elles uniquement et il faut faire appel aux dispositions offrant une véritable protection à la démocratie elle-même.

## V. Vers une évolution législative ?

### A. *De lege ferenda* : une codification de la voie de droit jurisprudentielle dans la LDP

Comme précisé plus haut, la dénonciation d'atteintes inadmissibles à la liberté de vote se heurte au moment de la découverte des irrégularités. Il est, en effet, fort probable que la révélation de scandales relatifs à la manipulation de l'information via des réseaux sociaux commise à dessein pour abuser de nos institutions démocratiques se produise après la validation des scrutins. Ainsi, un particulier souhaitant dénoncer de telles irrégularités est contraint d'user de la voie de droit exceptionnelle fondée sur les art. 29 al. 1 et 29a Cst. créée par le Tribunal fédéral afin de garantir une protection effective de la liberté de vote<sup>99</sup>.

Du point de vue de la protection de la démocratie, il ne fait certes pas de doute qu'un moyen doit être laissé à la

disposition des membres du corps électoral pour contester une votation entachée de graves irrégularités. Sans remettre en cause le principe de la protection de la volonté populaire, certains auteurs critiquent le fondement et le flou entourant cette voie de droit. DUBEY soulève notamment que lorsque le Tribunal fédéral a créé cette voie de droit exceptionnelle en matière de votations fédérales, celui-ci n'a pas suffisamment examiné la question d'un silence qualifié<sup>100</sup>. L'auteur relève à juste titre que le Tribunal fédéral justifie la voie de droit fondée sur les art. 29 al. 1 et 29a Cst. au nom du comblement d'une lacune de la LDP<sup>101</sup>. Or, le comblement d'une lacune d'une loi fédérale au moyen de la Constitution fédérale implique préalablement d'exclure un silence qualifié du législateur. En effet, si la LDP était affectée d'un tel silence, son inconstitutionnalité serait alors protégée par l'art. 190 Cst.<sup>102</sup>. S'il ne s'agit pas de déterminer dans la présente contribution la présence ou non d'un silence qualifié dans la LDP, il demeure qu'il s'agit d'un grief sérieux et que l'on peut déplorer l'absence de réelle motivation du Tribunal fédéral sur ce point, même dans ses récentes décisions invalidant la votation fédérale du 28 février 2016 portant sur l'initiative populaire « *Pour le couple et la famille – Non à la pénalisation du mariage* »<sup>103</sup>.

Un autre grief soulevé à l'encontre de cette voie de droit est l'absence de précision quant à un éventuel délai de péremption de la dénonciation des irrégularités<sup>104</sup>. En effet, bien qu'un tel délai ne soit pas souhaitable sous l'angle de l'intérêt démocratique, il semble nécessaire, sous l'angle de la sécurité du droit, qu'une votation ne puisse être remise en cause sans limite absolue de temps<sup>105</sup>.

Aussi, peut-être serait-il souhaitable de réfléchir à une procédure désignant une autre autorité de première instance que le gouvernement cantonal en matière de recours contre une votation fédérale conformément à l'art. 77 al. 1 LDP<sup>106</sup>. En effet, lorsque les conclusions d'un tel recours ou les faits qui y sont critiqués dépassent les compétences du gouvernement cantonal – ce qui est notamment le cas

<sup>96</sup> Rapport *fake news* (n. 6), 15 ; EGLI/RECHSTEINER (n. 5), PJA 2017, 254. Spécifiquement par rapport à l'art. 261<sup>bis</sup> CP en relation à l'art. 34 al. 2 Cst., cf. d'une part DENISE BUSER, *Gibt es Grenzen der Einflussnahme Privater in Abstimmungskampagnen ?*, Jusletter du 18.5.2015, N 14 ss, et *contra* d'autre part MARKUS SCHEFER/LUKAS SCHAUB, *Rassendiskriminierende Propaganda im Abstimmungskampf*, Jusletter du 10.8.2015, N 14 ss.

<sup>97</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), 30.6.2017, cf. Internet : <https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/BJNR335210017.html> (consulté le 20.4.2019).

<sup>98</sup> Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), 14.6.2017, 1, cf. Internet : <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/127/1812727.pdf> (consulté le 20.4.2019).

<sup>99</sup> ATF 138 I 61 c. 4.3, in : JdT 2012 I 171.

<sup>100</sup> DUBEY (n. 52), 12.

<sup>101</sup> DUBEY (n. 52), 12 ; cf. ATF 138 I 61 c. 3.2 et 4.3, in : JdT 2012 I 171.

<sup>102</sup> DUBEY (n. 52), 12 ; cf. ég. BIAGGINI (n. 52), 432.

<sup>103</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 2.1.

<sup>104</sup> DUBEY (n. 52), 22 et 25 s. ; GRISEL (n. 43), N 339.

<sup>105</sup> Cf. TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 1.3 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 2.3.

<sup>106</sup> ATF 136 II 132 c. 3.5.2, in : JdT 2010 I 468 ; BÉNÉDICTE TORNAY SCHALLER, *Le recours au Tribunal fédéral en matière d'élections fédérales*, PJA 2017, 351 ss, 354 s. ; BSK BGG-STEINMANN/MATTLE (n. 41), art. 88 N 7d, où les auteurs y présentent les avantages et les désavantages de la procédure actuelle.



lorsque le recourant conclut à l'invalidation du scrutin fédéral –, celui-ci doit rendre une décision formelle d'irrecevabilité en raison de son incompétence<sup>107</sup>. La décision d'irrecevabilité ouvre alors la voie de droit au Tribunal fédéral (art. 80 LDP)<sup>108</sup>. Cette obligation de provoquer une telle décision peut en effet laisser songeur sous l'angle de l'économie de la procédure et du risque de confusion pouvant résulter de décisions contradictoires émanant de gouvernement cantonaux différents en cas de recours simultanés à l'échelle nationale<sup>109</sup>. Toutefois, à notre sens, il convient d'admettre que la décision d'invalidier un scrutin fédéral est une décision d'une telle importance qu'il se justifie pleinement que seule une autorité suprême de la Confédération soit compétente, en l'occurrence l'autorité judiciaire suprême (art. 188 al. 1 Cst.).

Étant donné ces critiques, une révision de la LDP paraît souhaitable afin de codifier la voie de droit exceptionnelle développée par le Tribunal fédéral. Cette codification permettrait de lever l'incertitude quant à une éventuelle inconstitutionnalité de la LDP immunisée par l'art. 190 Cst., d'offrir plus de sécurité quant à la validation de scrutins et d'écarter des incohérences procédurales.

Enfin, s'agissant du principe de la compétence du Tribunal fédéral pour invalider une votation qui mènerait à l'invalidation d'une loi fédérale, celle-ci n'est contraire ni à l'art. 190 Cst., ni aux art. 189 al. 4 Cst. et 15 LDP. En effet et à juste titre, selon la nouvelle jurisprudence de notre Haute Cour, la décision du Tribunal fédéral ne porterait pas sur l'arrêté de validation du Conseil fédéral, mais plutôt sur « la régularité du scrutin, c'est-à-dire sa conformité à la garantie de la libre formation et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens (art. 34 al. 2 Cst.) »<sup>110</sup>. Sans l'exprimer clairement, ce raisonnement tend à penser que c'est bien la validité de la décision populaire du corps électoral qui est examinée et non une loi fédérale ou un arrêté du Conseil fédéral<sup>111</sup>. Or, à la lecture de l'art. 189

al. 1 lit. f Cst., la compétence pour trancher cette question semble bien appartenir au Tribunal fédéral<sup>112</sup>.

## B. L'(in)opportunité d'une infraction pénale propre

Le champ de la répression en droit pénal suisse est circonscrit et ce n'est que dans des circonstances extraordinaires que la manipulation de l'information peut caractériser une atteinte à l'ordre constitutionnel au sens de l'art. 275 CP pour conduire à la répression. Néanmoins, à l'heure où la France a décidé d'ancrer dans son arsenal pénal des moyens propres pour faire face à ce type de comportement mais aussi combattre plus largement le phénomène des *fake news*<sup>113</sup>, se pose la question de l'opportunité de l'extension de la répression au travers de l'adoption d'une incrimination nouvelle dans le Code pénal suisse.

L'opportunité de doter le droit suisse de nouveaux instruments face à la problématique de la manipulation de l'information a été abordée à plusieurs reprises. En 2013 tout d'abord, le Conseil fédéral s'est penché sur la question de « la propagande électorale déguisée sur les réseaux sociaux », en mentionnant uniquement la possibilité d'invalidier un scrutin sur la base de l'art. 34 al. 2 Cst. sans évoquer de conséquences pénales<sup>114</sup>. Quatre ans plus tard, le gouvernement s'est montré plus prolix quant aux conséquences pénales d'une manipulation de l'information par l'entremise de *fake news*, considérant qu'un tel comportement pourrait tomber sous le coup des art. 173 ss CP, voire de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale<sup>115</sup> notamment, tout en jugeant que légiférer ne s'imposait pas en l'état<sup>116</sup>. Le Conseil fédéral a confirmé en août 2018 cette position, relevant que « le cadre juridique actuel permet de lutter contre les fausses informations »<sup>117</sup>.

Sur ce point, nous estimons également qu'il n'est pas opportun de légiférer en adoptant une infraction venant incriminer la manipulation de l'information. Sans sous-estimer les dangers planant sur la démocratie helvétique, nous avons en effet démontré que celle-ci dispose des moyens répressifs pour y faire face lorsque se dresse face

<sup>107</sup> ATF 138 I 61 c. 2, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 137 II 177 c. 1.2.3, in : JdT 2011 I 129 ; TF, 1C\_78/2017, 7.2.2017 ; TF, 1C\_455/2016, 14.12.2016, c. 2.2 ; TF, 1C\_372/2014, 1C\_373/2014, 4.9.2014, c. 3.1.

<sup>108</sup> ATF 138 I 61 c. 2, in : JdT 2012 I 171 ; ATF 137 II 177 c. 1.2.3, in : JdT 2011 I 129 ; TF, 1C\_78/2017, 7.2.2017 ; TF, 1C\_455/2016, 14.12.2016, c. 2.2 ; TF, 1C\_372/2014, 1C\_373/2014, 4.9.2014, c. 3.1.

<sup>109</sup> ATF 137 II 177 c. 1.2.2, in : JdT 2011 I 129. Le Tribunal fédéral justifie cette façon de procéder en observant, à juste titre, que s'agissant de certaines irrégularités le gouvernement cantonal a une compétence, cf. TORNAY SCHALLER (n. 106), PJA 2017, 353.

<sup>110</sup> TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 4.2 ; cf. ég. TF, 1C\_338/2018, 10.4.2019, c. 1.3 ; TF, 1C\_315/2018, 10.4.2019, c. 6.2.

<sup>111</sup> Cf. DUBEY (n. 52), 16 et 21.

<sup>112</sup> ATF 138 I 61 c. 4.4, in : JdT 2012 I 171.

<sup>113</sup> Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

<sup>114</sup> Conseil fédéral, Rapport sur le « cadre juridique pour les médias sociaux » en réponse au postulat Amherd 11.3912, 29.9.2011, 52 s. ; Rapport *fake news* (n. 6), 1 ss.

<sup>115</sup> LCD ; RS 241.

<sup>116</sup> Rapport *fake news* (n. 6), 15.

<sup>117</sup> Interpellation parlementaire n° 3448, Les « fake news » dans la démocratie helvétique, 4.6.2018.

à elle une menace d'une telle ampleur. Qui plus est, adopter une incrimination nouvelle reviendrait pour le droit pénal à régler en partie le débat démocratique qui, rappelons-le, se doit d'être conduit sous l'égide de la liberté d'expression<sup>118</sup>. Ainsi, le droit pénal deviendrait une forme de *garant* de la vérité, dont l'État serait l'instance de contrôle, avec les risques que cela comprendrait pour le « pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » »<sup>119</sup>.

S'il est vrai que le droit pénal a opéré ainsi dans le contexte particulier du droit boursier au travers de l'art. 155 LIMF, celui-ci ne peut pas être généralisé au débat public qui appartient à l'ensemble de la population, tandis que le droit boursier n'intéresse qu'un public restreint. Enfin, l'art. 266<sup>bis</sup> CP que nous avons mentionné plus tôt offre un exemple de dérives auxquelles une incrimination nouvelle pourrait déboucher : le Tribunal fédéral avait condamné, en 1953, un politicien qui avait déclaré que la Suisse était devenue le centre d'espionnage des États-Unis devant un parterre de journalistes de tendance communiste<sup>120</sup>. De l'avis unanime de la doctrine, cette jurisprudence est désormais désuète<sup>121</sup>.

En résumé, s'il est vrai qu'il ne doit pas y avoir de *liberté pour les ennemis de la liberté*, l'adoption d'une incrimination nouvelle n'apparaît en définitive pas opportune pour protéger la démocratie helvétique du point de vue du droit pénal.

## VI. Conclusion

La protection de la démocratie face à la manipulation de l'information par des particuliers pose le problème du risque de censure. Or, une démocratie n'est véritable que lorsque le citoyen est libre de décider de son destin politique, liberté comprenant deux versants dans le cadre du débat politique. Premièrement, cela implique nécessairement la faculté d'exprimer ses opinions, de critiquer et d'affirmer. En effet, on ne saurait exiger d'un acteur privé du débat démocratique de faire preuve d'une rigueur scientifique à tout propos. Pourtant, secondement, une démocratie n'est aussi véritable que lorsque le citoyen a pu librement former son opinion. Cette liberté implique évidemment de ne pas avoir été manipulé et ainsi ne pas

être le simple moyen d'un tiers. En effet, à la base des idéaux démocratiques réside une pensée humaniste selon laquelle un individu doit être considéré comme une fin en soi et non comme un simple moyen. C'est précisément cette pensée à laquelle il est porté atteinte lorsqu'un particulier tente de manipuler l'information dans le cadre du débat démocratique afin de servir ses propres intérêts, la voix de l'individu devenant un simple moyen et non plus l'expression d'une volonté autonome.

La pratique de la démocratie que connaît notre pays a mené à une riche jurisprudence en matière d'influences admissibles dans le cadre du débat démocratique. Celle-ci a permis de développer un cadre ménageant, d'une part, la liberté de vote (art. 34 Cst.) et, d'autre part, la liberté d'expression (art. 16 et 17 Cst., ainsi que l'art. 10 CEDH). Sans tomber dans la censure, ce cadre permettrait notamment d'appréhender des manipulations massives de l'information précédant des scrutins, et cas échéant d'en invalider le résultat. Néanmoins, le système tel qu'il existe aujourd'hui n'est pas parfait, notamment s'agissant des procédures tendant à la dénonciation de telles influences illicites après la validation de scrutin. Sur ce point, il serait souhaitable que le législateur opère une modification de la LDP afin d'ancrer dans la loi une protection juridique effective de la liberté de vote après la validation de résultats de votation.

Qui plus est, notre démocratie, combinée à l'Histoire du XX<sup>e</sup> siècle, ont mené le législateur à adopter des dispositions pénales propres à lutter contre ceux souhaitant abuser de notre ordre constitutionnel, dont la démocratie se trouve au cœur de celui-ci. Si ces dispositions n'ont que rarement trouvé application, il n'en demeure pas moins qu'elles ont une résonance toute particulière en cette époque où le risque d'atteinte à la démocratie est décuplé en raison des moyens informatiques à disposition. À l'instar de la protection de la liberté de vote, l'incrimination de la mise en danger de l'ordre constitutionnel (art. 275 CP) ne saurait constituer une censure du débat démocratique. En effet, les conditions très restrictives de cette infraction permettent de limiter son application à des véritables cas d'abus de la démocratie.

En synthèse, l'ordre juridique suisse dispose donc des moyens propres à lutter contre des manipulations de l'information par des tiers dans le cadre de débats précédant des scrutins, sans pour autant porter atteinte aux libertés d'expression. Enfin, au regard de ce système légal et du débat démocratique ayant lieu dans notre pays, sachons reconnaître le mérite dont font preuve nos institutions, en plaçant leur confiance dans la capacité des membres du corps électoral à décider de leur destin et sachons lutter contre ceux qui y voient une faiblesse.

<sup>118</sup> Cf. *supra* II.A.

<sup>119</sup> Arrêt CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7.12.1976, requête n° 5493/72, § 49.

<sup>120</sup> ATF 79 IV 24, in : JdT 1954 IV 46.

<sup>121</sup> PC CP (n. 57), art. 266<sup>bis</sup> N 8 ; BSK StGB-ISENRING/FLACHSMANN (n. 57), art. 266<sup>bis</sup> N 17 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS (n. 89), 333.