

Bruxelles (12^e ch.), 23 janv. 2009

Racisme et xénophobie – négationnisme – constitution de partie civile – conditions – préjudice direct, personnel, légitime, né et actuel – intérêt de la partie civile doit être distinct de l'intérêt général à la répression des infractions ou de la simple appartenance à un collectif.

Art. 150 Constitution – délit de presse – racisme – Internet – compétence du tribunal correctionnel

Vidéos et textes diffusés sur un site Internet – responsabilité des animateurs du site – incitation à la haine et à la violence – infraction établie – commentaire à caractère radical, caricatural ou excessif – la liberté d'expression vaut aussi pour les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent – doute quant à l'intention des prévenus – infraction non établie

Messages diffusés sur un forum – existence d'une charte des utilisateurs et présence d'un modérateur – absence de connaissance du message litigieux – infraction non établie

Racism and xenophobia – revisionism – drawing in criminal proceedings as a civil party claiming damage – conditions – damage must be direct, personal, legitimate, current and realized – the interest enabling the civil party to partake in the criminal proceedings must be distinct from the general interest to ensure that offences are penalized and from the mere membership in an association or an informal group.

Article 150 of the Constitution – offences committed by way of the press – racism – Internet – jurisdiction of criminal tribunal

Texts and videos published on the Internet – liability of the website's editors – incitement to hatred and violence – offence committed – radical, caricatural or extreme comment – freedom of expression is also applicable to information or ideas that offend, shock or disturb the State or any sector of the population – doubt as to the intentions of the defendants – offence not committed

Messages published on an Internet forum – charter of the rights and duties of users – existence of a moderator – absence of knowledge of the contentious post – offence not committed

Les parties civiles doivent pouvoir se prévaloir d'une apparence de préjudice distincte de l'intérêt général à la répression des infractions.

La compétence du tribunal correctionnel est établie à l'égard de la diffusion de messages racistes sur Internet.

Lorsque les gestionnaires d'un site Internet ont doté leur forum de règles permettant d'écartier les messages obscènes, violents ou racistes et de modalités effective de modération a posteriori, et qu'ils n'ont pas connaissance d'un message à caractère délictueux, l'infraction ne leur est pas imputable.

La liberté d'expression s'étend aux propos qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une frange quelconque de la population. Si les incitations à la haine raciale peuvent légitimement faire l'objet de poursuites, les commentaires radicaux ou extrême sur un thème politique ou religieux sont protégés par la liberté d'expression.

Civil parties partaking in criminal proceedings must be able to avail themselves of a damage that is distinct from the general interest to see offences penalized.

The criminal tribunal holds jurisdiction over the posting of racist communication on the Internet.

Website's editors won't be held liable for a contentious message posted on their forum when they have set rules on their forum that provide for the exclusion of racist, obscene or violent content, and have implemented an effective system of ex post moderation, as long as they have no knowledge of the contentious message.

Freedom of expression is applicable to information and ideas that that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Incitement to racial hatred may legitimately be penalized, but radical or extreme comments on a political or religious topic are protected by the right to freedom of speech.

N'ayons plus peur de la liberté d'expression sur Internet : à propos d'une définition stricte des « discours de haine »

Note sous Bruxelles (12^e ch.), 23 janvier 2009

1. La diffusion sur un site Internet¹ de textes et de vidéos à caractère antisémite avait justifié, en juin 2006, la condamnation des webmasters pour atteinte à la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie ainsi qu'à la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la seconde guerre mondiale.² Ces deux législations organisent la répression de types déterminés d'opinions sans heurter la protection de la liberté d'expression. On sait en effet que le droit international assigne en la matière aux Etats un devoir d'interdiction et de répression³ et que la lutte contre les discours de haine⁴ n'est pas incompatible avec le droit européen des droits fondamentaux. Plus encore, le recours à ce type de messages, en ce qu'il porte atteinte aux valeurs qui sous-tendent la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après, « la CEDH »), est susceptible d'entraîner pour son auteur la déchéance du droit à la liberté de parole.⁵ La lutte contre la

¹ Il s'agissait du site www.assabyle.com, du Centre Islamique Belge (CIB) de Molenbeek (voy. le communiqué de presse du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « importante condamnation dans la lutte contre la cyberhaine », 23 janv. 2009, http://www.diversite.be/index.php?action=artikel_detail&artikel=102, consulté le 28 octobre 2009).

² Corr. Bruxelles (61^e chambre), 21 juin 2006, *JLMB*, 2007/14, pp. 591 et s.

³ Article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 décembre 1965 (entrée en vigueur le 4 janvier 1969) ; article 20, § 2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966 (entré en vigueur le 23 mars 1976).

⁴ Dans le droit de la liberté d'expression, le terme générique de « discours de haine » désigne l'ensemble des idées fondées sur la supériorité d'un groupe identifié selon une large gamme de critères (appartenance ethnique ou religieuse, p. ex.) et des incitations à la discrimination en fonction des mêmes critères. Il s'agit en somme des discours qui nient le principe d'égalité. Le racisme et la xénophobie constituent une catégorie particulière de discours de haine ; on y inclut les propos négationnistes, dont on s'accorde à considérer que leur inspiration repose sur une intention raciste (en ce sens, voy., outre l'arrêt annoté : Cour constitutionnelle, arrêt 45/96, 12 juillet 1996, § B.7.10 ; V. OST, « Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution », *Auteurs & Médias*, 2000, spéc. p. 34 ; F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *Rev. dr. ULB*, 2007/35, pp. 135 et s.).

⁵ L'article 17 de la CEDH constitue une clause d'interdiction de l'abus de droit qui fonctionne en excluant de la protection offerte par la CEDH toute personne qui tente d'utiliser un droit protégé à l'encontre des valeurs qui sous-tendent la Convention. Par exemple, à propos de liberté d'expression, « *a Cour rappelle en outre que si sa jurisprudence a consacré le caractère éminent et essentiel de la liberté d'expression dans une société démocratique (...), elle en a également défini les limites. Elle a jugé, notamment, que les discours incompatibles avec les valeurs proclamées et garanties par la Convention sont soustraits à la protection de l'article 10 par l'article 17 de la Convention (...). La Cour a ainsi eu à connaître d'affaires où étaient incriminées des déclarations qui niaient l'Holocauste, qui justifiaient une politique*

haine raciale, inscrite dans la perspective européenne d'une démocratie instruite par les tragédies d'un passé récent et résolue à se défendre contre ses ennemis, participe des principes fondamentaux de « *l'ordre public européen*. »⁶ Pour autant, la mise en œuvre de cet engagement, et particulièrement dans le contexte du web, ne s'est jamais révélée aisée.⁷ Le jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles⁸, en 2006, ancrerait ainsi dans l'ère de l'Internet le principe de l'interdiction de la xénophobie et du négationnisme.

2. L'arrêt annoté⁹, qui clôt la procédure d'appel dirigée contre cette première décision, consacre une confirmation de la règle tout en lui conférant une application très justement nuancée. Eclairée par une considération accrue accordée à la liberté d'expression, la motivation de l'arrêt repose sur la distinction entre des propos qui, pour « *choquer, heurter ou inquiéter l'Etat ou une fraction quelconque de la population* »¹⁰, n'en constituent pas moins un

pronazie, qui alléguaient la persécution des Polonais par la minorité juive et l'existence d'inégalités entre eux ou qui associaient tous les musulmans à un grave acte de terrorisme (...). En l'espèce, le requérant a écrit et publié une série d'articles décrivant les juifs comme la source du mal en Russie. Il a accusé l'intégralité d'un groupe ethnique de fomenter un complot contre le peuple russe et a attribué aux membres influents de la communauté juive une idéologie fasciste. Tant dans ses publications que dans ses déclarations orales au procès, il n'a cessé de dénier aux juifs le droit à la dignité nationale, affirmant qu'ils ne formaient pas une nation. La Cour n'a aucun doute quant à la teneur fortement antisémite des opinions du requérant et elle fait sienne la conclusion des tribunaux internes selon laquelle l'intéressé cherchait par ses publications à faire haïr le peuple juif. Une attaque aussi générale et véhémement contre un groupe ethnique particulier est en contradiction avec les valeurs de tolérance, de paix sociale et de non-discrimination qui sous-tendent la Convention. En conséquence, la Cour estime qu'en vertu de l'article 17 de la Convention le requérant ne peut bénéficier de la protection de l'article 10. » (Cour eur. dr. h., déc. *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007, req. n° 35222/04). Voy. aussi, à propos de l'interdiction d'une association : déc. *W.P. c. Pologne*, 2 septembre 2004, req. n° 42264/98. Il convient de noter que la Cour de Strasbourg peut parfois refuser l'application de l'article 17 pour analyser les messages racistes dans le cadre de l'article 10, § 2, de la CEDH (ainsi dans l'arrêt *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, req. n° 15615/07, voy. *infra*).

⁶ La CEDH est définie par la Cour européenne des droits de l'homme comme « *l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen* », (Cour eur. d. h., *Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires)*, 23 mars 1995, req. n° 15318/89, § 75 ; *Bosphorus c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, § 156).

⁷ Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme a lancé, le 29 octobre 2009, une nouvelle campagne de lutte contre la « cyberhaine », en réaction à la croissance du phénomène (voy. http://www.diversite.be/?action=artikel_detail&artikel=309, consulté le 30 octobre 2009). Voy. également le 4^e rapport de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance concernant la Belgique, CRI (2009)18, 26 mai 2009, qui note : « *En dépit de toutes les mesures prises ces dernières années, tous les observateurs gouvernementaux et non-gouvernementaux s'accordent pour dire que la situation est extrêmement préoccupante en ce qui concerne le racisme sur Internet en Belgique et que ces dernières années ont vu une forte augmentation des pages Internet, des forums de discussion racistes accessibles depuis des sites Internet belges. Le problème concerne des sites Internet de propagande raciste qui diffusent des discours de haine contre les immigrés ou les personnes d'origine immigrée, et notamment, les Marocains, les Turcs, les Noirs, et contre les Juifs. Les courriels envoyés en chaîne, et surtout des courriels véhiculant des messages dénigrant les musulmans, sont également un problème récurrent.* » (p. 30, le rapport est disponible sur http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_FR.asp, consulté le 28 octobre 2009). Voy. aussi Y. POULLET, « La lutte contre le racisme et la xénophobie sur Internet », *J.T.*, 2006, p. 401 et s., et le n° spécial de la Revue trimestrielle des droits de l'homme, *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, 2001/46.

⁸ Voy. *supra*, note 1.

⁹ Bruxelles (12^e chambre), 23 janvier 2009, **cette revue**, pp. ...

¹⁰ Pour la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression « *vaut aussi et est particulièrement*

discours critique licite, et des messages dont la teneur se limite à une incitation à la haine et à la violence. L'arrêt mobilise ainsi avec efficacité les enseignements du droit européen de la liberté d'expression. Ce délicat labeur de qualification des contenus litigieux mérite d'être salué : il permet en effet aux magistrats de la cour d'appel de sauvegarder à la fois le droit fondamental à la liberté de parole et la légitimité de la lutte contre la haine raciale, tâche dont le récent arrêt *Féret c. Belgique*¹¹ de la Cour de Strasbourg révèle pleinement la complexité.

3. Avant d'analyser la confrontation de ces contenus – discours de haine ou participation licite au débat public – à la liberté d'expression (C), je voudrais aborder deux autres aspects de l'affaire. Il s'agit premièrement du sort réservé aux différentes personnes dont la décision de se constituer parties civiles a contribué à la mise en route de la procédure (A), et ensuite de l'examen des responsabilités des auteurs du site web sur lequel ont été diffusés les messages litigieux (B).

A. *Seul un véritable engagement militant permet la constitution de partie civile*

4. Si le législateur a créé une institution publique chargée de « *promouvoir l'égalité des chances et de combattre toute forme de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence fondée sur la nationalité, la prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique (...)* »¹², c'est que la mise en œuvre des politiques d'égalité exigeait qu'un acteur institutionnel autonome agisse de manière dynamique sur la société belge. La lettre de la loi risquait en effet de demeurer inerte si elle n'était interprétée et mise en scène judiciaire par une administration chargée en quelque sorte de jouer le rôle de champion de la cause. Aussi le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme s'est-il notamment vu confier des prérogatives particulières en matière de saisine de la justice.¹³
5. L'existence de ce gardien officiel n'exclut évidemment en rien l'action d'autres forces sociales.¹⁴ Si l'affaire commentée a pu aboutir à une condamnation, c'est parce qu'une vingtaine de citoyens se sont constitués parties civiles entre les mains du juge d'instruction du chef d'infractions à la loi du 30 juillet 1981 et à la loi du 23 mars 1995. Leur plainte dirigée contre le site Internet litigieux semble avoir eu pour effet de décider les autorités à donner suite à deux plaintes précédemment déposée par le Centre pour l'égalité des chances

précieuse s'agissant de la communication d'« idées » ou « informations » qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État 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 » (*Woman on Waves et autres c. Portugal*, 3 février 2009, req. n° 31276/05, § 29).

¹¹ Cour eur. d. h., *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, req. n° 15615/07 (voy. *infra*).

¹² Art. 2 L. 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, M.B., 19 février 1993, modifiée par les lois des 13 avril 1995 (M.B., 25 avril 95), 20 janvier 2003 (M.B., 12 février 03), 25 février 2003 (M.B., 17 mars 03), 10 août 2005 (M.B., 2 septembre 05), 10 mai 2007 (M.B., 30 mai 07).

¹³ Article 31, L. 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, précitée.

¹⁴ La loi le prévoit expressément pour certains « groupements d'intérêt », voy. article 32, L. 30 juillet 1981, précitée.

relativement au même site web.¹⁵ Pourtant, en degré d'appel, seule une de ces parties civiles a été jugée recevable.

6. Selon la doctrine¹⁶, la validité d'une constitution de partie civile repose sur l'allégation de faits qui correspondent à un crime ou un délit et qui causent apparemment au plaignant un préjudice. Le dommage invoqué par la partie civile doit être « *direct, personnel, légitime, né et actuel* ». En d'autres termes, l'ordinaire honnête homme n'a point le pouvoir de mettre en marche l'action publique puisque le préjudice requis ne s'identifie pas à l'intérêt général à la répression des infractions.
7. En refusant l'argument des prévenus qui, poursuivis pour des propos antisémites, soutenaient que les parties civiles auraient dû apporter la preuve de leur judéité pour saisir valablement le juge d'instruction, la cour d'appel indique que la haine raciale insulte l'humanité et non le seul groupe qui en est la cible directe. Il ne suffit pas, pour autant, d'appartenir à un collectif dont l'objectif est d'œuvrer à l'entente des communautés juive et musulmane pour pouvoir agir en justice contre des incitations à la xénophobie. Seul un engagement militant véritable permet d'alléguer un dommage moral suffisant pour rendre la constitution de partie civile recevable. En ce sens, la cour juge que seule la présidente de l'association de fait à laquelle appartiennent la plupart des plaignants¹⁷ justifie, pour avoir consacré à la cause du rapprochement des communautés « *une part importante de ses activités* » matérialisée dans des émissions de radio, des publications et l'organisation d'activités culturelles, de l'apparence de préjudice requise. L'on n'entend ici gloser ni sur la problématique de l'action collective ni sur le rôle du pouvoir judiciaire face aux revendications de justice qui habitent la société civile, mais il faut observer que si l'ouverture du prétoire aux vigilances citoyennes est ainsi strictement encadrée, elle fait suffisamment droit à l'initiative militante pour en assurer l'efficacité.¹⁸

B. Responsabilité des auteurs d'un site web

¹⁵ Dressant l'historique de la procédure, l'arrêt du 23 janvier 2009 expose, au 8^e feuillet, que la jonction, dans les mains du juge instructeur, de l'information relative aux plaintes déposées par le Centre et de l'instruction ouverte sur la plainte des vingt personnes qui se sont constituées parties civiles a provoqué la poursuite de l'instruction et, ultérieurement, le renvoi de la cause devant le tribunal correctionnel.

¹⁶ La cour se réfère à H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 5^e éd., La Chartre, 2008 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2^e éd., Larcier, 2006.

¹⁷ La plupart des parties civiles sont membres du collectif « Dialogue et Partage » (voy. <http://www.dialogueetpartage.org>).

¹⁸ Par contraste, le tribunal correctionnel avait admis l'ensemble des plaignants en considérant que « *ces parties civiles ont un intérêt personnel distinct de l'intérêt collectif de demander au tribunal réparation si elles s'estiment personnellement lésées ; que le fait qu'un nombre très important de personnes pourrait se constituer partie civile dans une affaire est indifférent et n'enlève rien au droit de celui qui se sent lésé de se constituer partie civile.* » (JLMB, op. cit., p. 593).

8. Après avoir constaté que la controverse qui agite l'ordre juridique belge autour de la notion de presse demeure sans influence sur la détermination de la juridiction compétente (1), la cour d'appel examine en deux temps les préventions (2).

1. *Compétence du tribunal correctionnel à l'égard des discours racistes*

9. La répression d'actes d'expression paraissait à ce point contraire au régime libéral inauguré en Belgique par la Constitution de 1831 qu'il fut décidé de réserver la matière délicate des délits de presse au seul jury populaire, l'évolution des technologies amenant plus récemment les juristes à décider si la définition de la presse inclut ou non le réseau informatique mondial. Que l'on suive sur ce point la position de la cour de cassation, pour qui la notion de presse renvoie exclusivement à « *des écrits imprimés* »¹⁹, ou au contraire la thèse d'une définition large incluant les nouvelles technologies de communication²⁰ ou certaines pratiques éditoriales de la société de l'information²¹, la répression des discours racistes aboutit dans tous les cas devant le tribunal correctionnel. En effet, depuis la modification du 7 mai 1999²², l'article 150 de la Constitution prévoit que les délits de presse à caractère raciste, en ce compris les discours négationnistes, échappent à la compétence de la cour d'assises.

2. *Responsabilité des webmasters pour le contenu du site et pour les messages postés sur le forum*

10. Constatant que les deux prévenus étaient les gestionnaires du site litigieux, la cour d'appel en déduit logiquement que leur est imputable la mise en ligne de textes et de vidéos consultables sur les pages du site, nonobstant le fait qu'ils n'en soient pas les auteurs. Il est incontestable que la décision prise en toute connaissance de cause de publier un contenu engage la responsabilité de celui qui la prend : il s'agit en l'espèce de l'hypothèse simple d'une responsabilité éditoriale directe.²³ L'identification du réalisateur initial du contenu problématique, qui pourrait éventuellement faire l'objet de poursuites distinctes, ne peut libérer les webmasters d'une faute qui leur est propre.
11. La situation d'un texte posté sur le forum du site soulève en revanche une question

¹⁹ Cass., 9 déc. 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482.

²⁰ Voy. not. en ce sens, S. HOEBEKE, B. MOUFFE, *Le droit de la presse*, Academia-Bruylant, 2^e éd., 2005, pp. 83 et s. ; C. KER, « Presse ou tribune électronique : censure et responsabilité », *cette Revue*, 2007, p. 141 et s. ; J. ENGLEBERT, B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *Auteurs&Medias*, 2002/6, pp. 485-503.

²¹ Y. POULLET, « La lutte contre le racisme... », op. cit.

²² Voy. not. V. OST, « Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution », op. cit.

²³ On peut noter que la cour d'appel écarte l'application, revendiquée par les prévenus, du régime de responsabilité en cascade de l'article 25, al. 2, de la Constitution, en se fondant sur les références doctrinales indiquées dans la contribution scientifique qui semble avoir principalement nourri les réflexions des conseillers (F. DE PATOUL, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : les plateformes de mise en relation, les forums et les blogs », *cette revue*, 2007/27, pp. 85 et s.).

juridiquement plus délicate encore que solidement balisée par la doctrine. Dans ce second cas de figure, l'auteur du message délictueux reste souvent, et tel était le cas en l'espèce, dans l'ombre protectrice de l'anonymat²⁴ mais les responsables du site n'ont pas nécessairement connaissance des propos illicites. Le débat est alors de déterminer s'ils peuvent bénéficier du régime particulier d'exonération de responsabilité prévu pour les prestataires de services d'hébergement sur Internet.²⁵ La personne dont l'activité consiste à mettre à la disposition des internautes un espace de stockage et de diffusion d'informations – ce qu'on appelle une activité d'hébergement – bénéficie en effet d'une exonération de responsabilité, tant sur le plan civil que pénal, lorsqu'une information dont elle assure l'hébergement se révèle illicite. Cette exonération est subordonnée à la double condition de n'avoir pas une connaissance effective du contenu des informations illicites et, dès le moment où l'on possède une telle connaissance, d'agir promptement pour retirer ou rendre inaccessible l'information litigieuse.

12. De façon implicite, et peut-être dans un souci de sécurité juridique, la cour d'appel opte pour l'application des règles du droit commun et écarte le régime spécial que l'on vient d'évoquer. En effet, l'arrêt renvoie au Code pénal pour déterminer deux hypothèses de responsabilité du gestionnaire d'un forum. Premièrement, en application des articles 66 et 67 du Code pénal, le gestionnaire du forum pourrait être poursuivi « *en qualité de co-auteur ou de complice de l'auteur du message délictueux s'il a eu la volonté de s'associer au délit en apportant une aide indispensable ou simplement utile à sa commission, ou celle de le provoquer par l'un des modes décrits à l'article 66, alinéa 4 et 5 du Code pénal.* »²⁶ Le gestionnaire du forum pourrait par ailleurs être poursuivi en qualité d'auteur « *s'il a lui-même posté le message délictueux, diffusé ou maintenu en connaissance de cause un message délictueux posté par un tiers identifié ou non, en l'absence même de tout concert avec lui, ou personnellement modifié le message d'un internaute le rendant de la sorte infractionnel* ». ²⁷
13. La cour constate que les prévenus avaient doté le forum d'une « charte des devoirs et droits des membres du forum » permettant d'écarter les propos obscènes ou racistes, et que les internautes devaient y souscrire pour pouvoir poster leurs contributions. De plus, le forum faisait l'objet d'une modération dont l'exposé des faits laisse comprendre qu'il s'agissait en l'espèce d'une modération a posteriori. Les circonstances de l'affaire ne permettent pas d'établir que les gestionnaires du site auraient eu connaissance du message délictueux ou

²⁴ Identifié, l'internaute pourrait le cas échéant faire lui-même l'objet de poursuites.

²⁵ Ce régime est défini à l'article 14 de la directive 2000/31 CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique (*J.O.C.E.*, L., 178, 17 juillet 2000), et à l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003). Sur l'application de ce cadre juridique aux nombreux services qui se sont développés ultérieurement à son entrée en vigueur, voy. not. Z. KARAMBIRI, « Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs », *cette revue*, 2009/36, pp. 29 et s. ; E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *cette revue*, 2008/32, pp. 363 et s. ; F. DE PATOUL, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : les plateformes de mise en relation, les forums et les blogs », op. cit.

²⁶ Voy. *cette revue*, p. ...

²⁷ Voy. *cette revue*, p. ...

qu'il aurait été vainement fait appel au modérateur du forum. L'éventuelle infraction, conclut la cour, ne peut dès lors être reprochée aux prévenus.

14. De la sorte, la cour aboutit à un résultat comparable à celui qu'eût produit le recours au régime d'exonération de responsabilité des hébergeurs (en l'absence de connaissance effective du contenu infractionnel, l'hébergeur n'est point responsable ; lorsqu'il a connaissance du message litigieux, il lui appartient de le rendre inaccessible – ce en quoi consiste le travail de modération). La leçon qui se dégage de l'arrêt se présente comme une consécration des bonnes pratiques en matière de forum sur Internet : elle réside, pour les gestionnaires de site qui optent pour une modération a posteriori de leurs forums, dans la nécessité de contraindre les utilisateurs à consentir préalablement aux règles qui régissent la participation aux débats et de mettre effectivement en œuvre la modération. Le choix d'une modération a priori les confronterait au contraire au risque d'être poursuivis en qualité d'auteur d'une infraction réalisée par la publication d'un message sur leur forum.

C. *Liberté d'expression, incitation à la haine et critique radicale*

15. Parmi les communications dont la publication est imputable aux prévenus, les magistrats de la 12^e chambre opèrent un tri entre celles qui constituent à leurs yeux une « simple » incitation à la haine et les autres, considérées comme l'expression radicale d'une critique légitime.²⁸ Une attention particulière est également accordée à l'analyse de l'intention des prévenus. Cette méticuleuse opération de tri sélectif (1) correspond aux enseignements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, auxquels elle confère une efficacité opérationnelle que la haute juridiction strasbourgeoise ne parvient pas toujours à atteindre (2).

1. *Le tri sélectif à Bruxelles, instrument de garantie de la liberté d'expression*

16. La cour d'appel ne retient la responsabilité des prévenus que pour un seul des chefs de prévention qui leur étaient initialement reprochés. Les deux webmasters sont condamnés du chef d'infraction à la loi du 30 juillet 1981 pour avoir diffusé un texte à caractère raciste ou xénophobe. L'écrit qui leur vaut condamnation s'intitule « la fin du peuple d'Israël : une vérité coranique » et présente les juifs comme les ennemis du peuple musulman. Appuyé sur le Coran, ce document appelle à la guerre contre la population juive. Pour les magistrats, « *contrairement à ce que soutiennent les prévenus, ce texte n'apparaît nullement comme une compilation de sourates mais comme une incitation personnelle à la haine et à la violence. De*

²⁸ Au préalable, la cour a écarté la demande des prévenus de saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle confrontant la loi du 23 mars 1995 à la Constitution et aux instruments internationaux protégeant la liberté d'expression. La cour renvoie à ce sujet à l'arrêt 45/96, du 12 juillet 1996, dans lequel la Cour constitutionnelle (alors cour d'arbitrage) s'est prononcée sur ces questions. Voy. not. F. DUBUISSON, « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », op. cit.

plus, les textes religieux anciens (versets du Coran et hadiths) qu'il cite partiellement sont extraits de leur contexte littéraire et historique. Ils sont instrumentalisés dans le seul but de faire accroire que le devoir de tout musulman est, à l'heure actuelle, de combattre physiquement les juifs. Ce texte ainsi compris, pas plus que sa diffusion, ne relève de la liberté de religion et des modalités d'expression de ses croyances religieuses. »²⁹ Et la cour de souligner que « l'esprit de tolérance et le respect des différences ethniques, culturelles, morales et religieuses sont des valeurs essentielles de nos sociétés démocratiques. »³⁰

17. A l'inverse, d'autres documents litigieux s'analysent comme « la dénonciation des valeurs mercantiles et colonialistes guidant ... les régimes politiques occidentaux »³¹ ou le commentaire dogmatique et radical de controverses religieuses. La cour prend en outre de façon systématique argument du doute qui pèse sur l'existence d'une intention xénophobe dans le chef des webmasters pour déclarer les autres préventions non établies.
18. Cette analyse rigoureuse culmine dans l'interprétation que donne la cour d'une vidéo intitulée « nazisme et sionisme ne font qu'un », dont la présence sur le site web soutenait l'accusation d'infraction à la loi du 23 mars 1995 réprimant le négationnisme. Dans ce clip long d'une minute, des images d'un discours virulent d'un premier ministre israélien sont entrecoupées d'images d'Hitler employant un ton similaire. Des scènes de guerre s'entremêlent, impliquant tantôt l'armée israélienne au Liban, tantôt l'armée allemande durant le second conflit mondial. Une croix gammée clôt cette séquence réalisée par des étudiants libanais en protestation contre les actions d'Israël durant la guerre du Liban.
19. Alors que le Centre pour l'égalité des chances dénonçait cette assimilation entre la politique d'un gouvernement israélien et les atrocités commises par le régime nazi, la cour d'appel affirme que, pour paraître choquante, caricaturale et excessive, la vidéo, « analysée dans son ensemble, apparaît plutôt comme la critique de la politique, présentée comme intransigeante, raciste et violente - principalement à l'égard des populations civiles - d'un ou plusieurs gouvernements israéliens dont les actions lors de la guerre du Liban de 1982 ont, aux yeux des auteurs de la dite vidéo et des prévenus, valeur de symbole. »³² Considérant que les prévenus n'avaient pas l'intention de nier, minimiser, justifier ou approuver le génocide commis par le régime national-socialiste allemand durant la deuxième guerre mondiale, la cour écarte logiquement la prévention fondée sur la loi du 23 mars 1995.
20. Donnant à la loi pénale l'interprétation stricte qui doit être la sienne, les conseillers de la cour d'appel veillent dans le même mouvement à respecter les exigences de la liberté d'expression, qui « n'exclut nullement les critiques, même négatives ou acerbes, de la politique d'un gouvernement », protège « non seulement les idées mais aussi la façon de les exprimer (et n'exclut pas la caricature, le pamphlet ou la comparaison exagérée, voire choquante. »³³

²⁹ Cette revue, p ...

³⁰ Cette revue, p...

³¹ Cette revue, p ...

³² Cette revue, p ...

³³ Cette revue, p ...

2. Le tri sélectif à Strasbourg, opération délicate

21. La ligne argumentative suivie par la cour d'appel se maintient en équilibre sur le fil de funambule qui sépare deux ambitions contradictoires aujourd'hui solidement établies dans le droit européen de la liberté d'expression. D'une part, « *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 (...). La Cour souligne qu'il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. Elle accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses.* »³⁴ D'autre part, « *la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner voire de prévenir toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse), si l'on veille à ce que les « formalités », « conditions », « restrictions » ou « sanctions » imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi (en ce qui concerne le discours de haine et l'apologie de la violence.* »³⁵
22. Que la Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'une requête dirigée par le président du Front national contre la Belgique, ait prononcé un arrêt à la plus courte majorité possible apparaît comme révélateur de la complexité de l'opération de conciliation de ces exigences contraires. Pour avoir édité et diffusé, pendant une campagne électorale, des tracts jugés contraires à la loi du 30 juillet 1981, M. Féret, président du Front national, s'était vu condamné par la cour d'appel de Bruxelles à une peine de 250 heures de travail à exécuter dans le secteur de l'intégration des personnes de nationalité étrangère. Il soutenait devant la Cour de Strasbourg que cette condamnation était incompatible avec la CEDH. A quatre voix contre trois, la haute juridiction a rejeté, dans son arrêt du 16 juillet 2009, les prétentions du politicien.³⁶
23. Pour la Cour de Strasbourg, « *il ressort des tracts que le message véhiculé par ceux-ci, en plus de reposer sur la différence de culture entre les ressortissants belges et les communautés visées, présentait ces dernières comme un milieu criminogène et intéressé par l'exploitation des avantages découlant de leur installation en Belgique et tentait aussi de les tourner en dérision. Un tel discours est inévitablement de nature à susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet voire, pour certains, de haine à l'égard des étrangers.* »³⁷ De surcroît, « *la Cour estime que l'incitation à la haine ne requiert pas*

³⁴ Cour eur. d. h., *Féret c. Belgique*, précité, § 63.

³⁵ Ibid., § 64.

³⁶ Il s'impose de noter que la Cour de Strasbourg a analysé l'affaire sous l'angle de l'article 10, § 2, jugeant que le contenu des tracts litigieux ne justifiait pas le recours à l'article 17 de la CEDH (voy. *supra*, note 5). La clause d'interdiction de l'abus de droit paraît ainsi réservée aux propos négationnistes ou aux incitations directes à la haine et à la violence.

³⁷ Cour eur. d. h., *Féret c. Belgique*, précité, § 69.

nécessairement, l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant, ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques. »³⁸ Considérant que le contexte de campagne électorale ont conféré aux propos incriminés une efficacité accrue, et que les autorités avaient fait preuve de retenue dans le choix de la peine infligée au requérant³⁹, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 10 de la CEDH.

24. Dans une opinion dissidente dont on devine qu'elle puise largement son inspiration dans le droit américain de la liberté d'expression⁴⁰, les trois magistrats de la minorité soulignent que *« la possibilité de réglementer un discours du fait de son seul contenu et les restrictions ainsi apportées à ce discours reposent sur l'idée que certains propos vont à l'encontre de l'esprit de la Convention. Mais un « esprit » ne propose pas des standards clairs et ouvre la porte aux abus. »*⁴¹ Insistant sur le fait que *« c'est justement lorsque nous sommes confrontés à des idées qui provoquent notre haine ou notre dégoût que notre jugement doit être le plus réfléchi dans la mesure où nos convictions personnelles risquent d'influencer nos idées sur ce qui est véritablement dangereux »*⁴², ils déplorent que la Cour ait validé la répression de « discours de haine » définis d'une manière trop large qui excède la catégorie des messages racistes dans le droit international exige l'interdiction⁴³. Ils critiquent également la rapidité avec laquelle la majorité conclut à l'existence d'une incitation à la discrimination ou à la haine raciale, alors qu'il n'y avait pas dans les faits de la cause d'exhortation suffisamment forte pour entraîner de façon décisive la commission d'une infraction.

25. Le texte de la minorité se poursuit par un plaidoyer vibrant pour le droit de la liberté de parole : *« La protection des opinions politiques s'explique du fait que nous croyons les êtres humains assez raisonnables pour pouvoir faire des choix informés. Il n'appartient pas à ceux qui contrôlent le pouvoir politique (que leurs propres intérêts amènent à conserver) d'établir un catalogue des idées fausses ou inacceptables. Mais l'arrêt (s'éloignant ainsi de ses propres conceptions en matière de discours politique) juge des êtres humains et toute une couche sociale de « nigauds » incapables de répondre aux arguments et aux contre-arguments en raison de la pulsion irrésistible de leurs émotions irrationnelles. Devons-nous accepter cette manière de voir alors même que la liberté*

³⁸ Ibid., § 73.

³⁹ Une peine d'inéligibilité de dix ans s'ajoutait aux 250 heures de travaux d'intérêt général.

⁴⁰ Pour une étude de droit comparé, voy. not. P-F. DOCQUIR, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, coll. Droit et Justice, Bruylant, 2007.

⁴¹ Cour eur. d. h., *Féret c. Belgique*, précité, opinion dissidente.

⁴² Ibid.

⁴³ L'opinion dissidente conclut qu'une *« notion de discours de haine qui ne se réfère pas directement au fait d'attiser la provocation d'actes de violence ou d'intolérance est trop large pour être compatible avec une protection sérieuse du discours politique. »* (Ibid.)

d'expression repose sur l'hypothèse que l'esprit humain est révolté par le mensonge éhonté et qu'à défaut, nous devrions être constamment soumis à la censure ? »⁴⁴

* * * * *

26. Entre le droit de parler librement et les exigences de l'égalité, ce serait « *précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une société démocratique* »⁴⁵. L'intérêt de l'arrêt annoté apparaît plus vivement encore lorsqu'on le confronte aux appels à un contrôle strict d'un Internet décrit comme un terrain vague de licences et de menaces. Que les équilibres économiques et sociaux soient quelque peu bousculés par les innovations technologiques ne peut conduire à l'effacement des repères démocratiques essentiels que constituent les libertés publiques : voilà le rappel important que l'on aperçoit en filigrane de cette décision de justice. Sans doute l'arrêt de la cour d'appel révèle-t-il que si une infinie quête de conciliation forme l'exigence essentielle du droit européen des droits fondamentaux, il n'est pas, pour y obéir, de méthode plus efficace que de suivre l'exhortation d'un juge américain : le juge Holmes, dans un des passages les plus célèbres de la jurisprudence constitutionnelle des Etats-Unis, voulait en effet que sa Cour demeure « *eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death.* »⁴⁶

3 novembre 2009

Pierre-François Docquir

Docteur en sciences juridiques

Chercheur post-doc au Centre Perelman de philosophie du droit

<http://www.opiniondissidente.org>

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Cour eur. d. h., *Leyla Sabinal c. Turquie*, gr. ch., 10 novembre 2005, req. n° 44774/98, § 108.

⁴⁶ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919).