



LA LUTTE CONTRE LE RACISME ET LA XÉNOPHOBIE SUR INTERNET ⁽¹⁾

A l'occasion d'un événement tragique récent, le meurtre d'un adolescent par un autre adolescent en plein cœur de Bruxelles, d'aucuns ont souligné la multiplication des appels à la haine raciale présents sur l'internet et leurs dangers. Le propos de cet article est de s'interroger sur la réponse du droit face à ce phénomène. Cette réponse doit prendre en compte la spécificité du média que constitue le réseau des réseaux. Le message de l'internaute y prend des formes variées et s'exprime de manière différente que dans le cadre des médias traditionnels. Sans doute, se doit-on de rappeler les principes sacrés de la liberté tant de presse que d'opinion. C'est dans le cadre du respect de ces principes que des solutions tant réglementaires que de corégulation doivent être trouvées en tenant compte notamment de la dimension internationale du réseau de l'internet et du caractère immatériel et profondément fugitif des messages qui y circulent.

INTRODUCTION : L'ACTUALITÉ DU PROPOS

1. — La lutte contre le racisme et la xénophobie, voire le négationnisme, n'est pas un combat nouveau. Toutefois, la multiplication des appels à la haine raciale, les actes de discrimination, voire de violence, contre les immigrants (2) et la création de partis politiques puisant dans les sentiments xénophobes la source essentielle de leurs succès (3) appellent

(1) Le présent article constitue une version profondément remaniée du rapport préparé par l'auteur à l'occasion du colloque « Cyberhaine : racisme et discrimination sur Internet » organisé par le ministre de l'Égalité des chances, le 21 mars 2006.

(2) On pense en particulier à l'émotion soulevée en France à la suite de l'enlèvement et du meurtre d'un jeune juif en ce début d'année mais également aux incendies criminels des foyers d'étrangers à Möller et Solingen en 1992 et 1993 qui ont suivi la réunification allemande.

(3) Le rapport sur les droits de l'homme en Belgique du comité des droits de l'homme des Nations unies du 12 août 2004 (CCPR/CO/81/BEL disponible à l'adresse : [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.CO.81.BEL.Fr?opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.CO.81.BEL.Fr?opendocument)) pointe (n° 27) la conclusion suivante à propos de notre pays : « Le comité note avec inquiétude que plusieurs actes racistes, xénophobes, antisémites ou antimusulmans sont intervenus sur le territoire. Il se déclare préoccupé par le fait que les partis politiques incitant à la haine raciale peuvent continuer à bénéficier du système

désormais une vigilance accrue. Ainsi, nous assistons à une mobilisation, tant dans notre pays (4) qu'en Europe (5), des énergies contre « ces phénomènes d'intolérance (qui) menacent les sociétés démocratiques et leurs valeurs essentielles » (6).

de financement public et relève qu'une proposition de loi visant à mettre fin à cette situation est toujours à l'étude devant le Sénat (article 20). L'Etat devrait prendre toutes les mesures utiles pour protéger les communautés résidant en Belgique contre les actes racistes, xénophobes, antisémites ou antimusulmans. Il devrait assurer au plus vite l'adoption de la proposition de loi précitée et envisager l'adoption de mesures plus sévères pour empêcher les activités de personnes et de groupes qui incitent à la haine raciale et à la xénophobie, conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte ».

(4) Ainsi, le gouvernement fédéral a adopté, le 14 juillet 2005, sur proposition du ministre de l'Égalité des chances, un « plan d'action fédéral de lutte contre la violence inspirée par le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ».

(5) Cfr le document du sommet du Conseil de l'Europe : « Déclaration et plan d'action sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance », Vienne, 9 octobre 1993.

(6) Voy. la déclaration dont la référence est reprise en note (2), en particulier les alinéas 3,6, 10 et 12; Cfr également la déclaration gouvernementale émise sous le gouvernement précédent, le 7 juillet 1999 (sur les principaux points de cette déclaration, lire le rapport du Centre de l'égalité des chances publié en 2000 et disponible à l'adresse suivante : http://www.antiracisme.be/fr/rapports/centre/2000/1_secteur -b.htm).

S O M M A I R E

- La lutte contre le racisme et la xénophobie sur Internet, par Y. Pouillet 401
- I. Référé - Etrangers - Ordre de quitter le territoire - Urgence - Appréciation - Absence de saisine du Conseil d'Etat en extrême urgence - Conséquence - Défaut d'urgence - II. Droits de l'homme - Recours effectif - Etrangers - Suspension de la mesure d'expulsion - Conditions - Grief défendable - Existence d'un droit subjectif - Appréciation.
(Liège, 1^{re} ch., 7 février 2006, note) . . 413
- Vente - Immeuble - Garantie des vices cachés - Mérule - Action de l'acquéreur - Intentement à bref délai - Indifférence de la mauvaise foi du vendeur - Point de départ - Suspension par des pourparlers sérieux (appréciation) - Réparations unilatérales par l'acquéreur (incidence).
(Bruxelles, 21^e ch., 5 octobre 2005) . . 414
- Jugement - Avant dire droit - Règlement provisoire de la situation des parties - Allocation d'une provision.
(J.P. Schaerbeek, 1^{er} canton, 23 mars 2006, note) 417
- Chronique judiciaire :
Vers une nouvelle révolution pénale - L'impact de l'affaire d'Outreau sur le système pénal français - La vie du Palais - Petit courrier du Code - Echos.

2006

401

2. — Cet effort européen provient notamment d'initiatives de l'Union européenne, même si on regrette que la présidence luxembourgeoise n'ait pu faire adopter la décision-cadre pour combattre le racisme et la xénophobie, pourtant proposée dès novembre 2001 (7). Le plan d'action adopté par la Commission européenne en décembre 1998 (8) encourage la lutte contre les messages illicites par le développement de mesures d'autorégulation, sur lesquelles nous reviendrons. On ajoute que sa réactualisation en 2002 (9) et 2004 insiste sur l'importance de la prise en considération des nouvelles technologies.

3. — L'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (O.S.C.E.) a également pris quelques initiatives en la matière. La décision du Conseil de l'O.S.C.E., en novembre 2004, souligne le devoir des Etats de rechercher et poursuivre les atteintes criminelles et les violences, motivées par le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et véhiculées par l'internet (10).

L'action du Conseil de l'Europe (11) est plus remarquable encore. En marge de la Convention sur la cybercriminalité adoptée le 15 novembre 2001, le Conseil de l'Europe adoptait le 7 novembre 2002 un protocole dit « additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques ». Nous reviendrons largement (12) sur ce texte qui élargit les incriminations en matière de messages racistes et ouvre de nouvelles possibilités procédurales pour leur poursuite.

(7) La proposition de la Commission (COM (2001) 664) fait suite à un plan d'action commun du conseil des ministres pour combattre le racisme et la xénophobie. On note que le 4 juillet 2002, le Parlement européen adoptait une résolution encourageant l'adoption rapide de la décision-cadre (sur toutes ces initiatives voy. : J.F. Flauss, « L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », in « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », *Rev. trim. dr. h.*, n° spécial, 31 mars 2001, pp. 487 et s.

(8) Communication de la Commission, suivie du plan d'action communautaire pluriannuel pour la promotion d'une utilisation sûre de l'internet par la lutte contre les contenus illégaux et dommageables sur les réseaux internationaux, COM 2002, 152, Bruxelles, 22 mars 2002, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=172640.

(9) Décision n° 854/2005/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un programme pluriannuel pour la promotion de l'utilisation sûre de l'internet (*Safer Use*) et des nouvelles technologies en ligne, PE. Cons. 3688/1/04, Strasbourg, 11 mai 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOhtml.do?uri=OJ:L:2005:149:SOM:fr:HTML>.

(10) La décision est publiée sur le site de l'O.S.C.E. : http://www.osce.org/documents/pc/2004/12/3915_en.pdf.

(11) Sur cette action, voy. : « Cyber-rights & Civil Liberties, An advocacy Handbook for the NGO : The Council of Europe's Cybercrime Convention 2001 and the additional protocol on the criminalisation of acts of a racist or xenophobic nature, committed through computer systems », décembre 2003, revu et corrigé en décembre 2005, disponible sur <http://www.cyber-rights.org/cybercrime>.

(12) Disponible sur le site du Conseil de l'Europe : <http://www.coe.int/DefaultFR.asp>.

Au-delà des initiatives régionales européennes (13), on pointe les initiatives du Haut Commissariat des Nations unies pour les droits de l'homme, en particulier l'organisation de la Conférence de Durban. La déclaration finale (14) mérite l'attention : elle insiste sur le rôle positif de l'internet (15) dans le cadre d'une politique de lutte contre le racisme et la xénophobie. En outre, elle presse les Etats d'encourager les initiatives du secteur privé et de promouvoir le développement de codes de conduite ou éthiques volontaires, d'une part, et de mesures d'autorégulation, d'autre part. Ces dernières sont appelées à tendre vers une représentation loyale et équilibrée de la diversité sociale, y compris dans leurs organes de direction, vers un respect, une tolérance mutuelle et une compréhension parmi tous les peuples, nations et civilisations, par exemple par des campagnes de presse.

4. — Notre propos n'est pas de détailler l'ensemble des mesures réglementaires prises dans le cadre de cette lutte (16) mais de nous interroger sur la question particulière de l'adéquation des moyens pris dans le cadre de cette lutte avec le contexte de l'internet.

En d'autres termes, nous souhaitons répondre aux questions suivantes : les particularités de la « cyber-haine » trouvent-elles, dans l'arsenal classique des réglementations prises en matière de lutte contre les messages illicites ou dommageables — plus particulièrement contre le racisme et la xénophobie — une réponse adéquate ou nécessitent-elles une action réglementaire particulière?

La réponse à cette question rend indispensable un détour par l'examen des caractéristiques de l'expression sur l'internet (I)

Le rappel des principes des libertés d'expression et de la presse, autant que de leurs limites, constitue sans doute le premier élément de cette action (II).

Le contrôle des contenus de l'internet évoque diverses réglementations prises ces dernières années afin de lutter contre les messages illicites et dommageables sur Internet. Ces réglementations concernent tant la responsabilité de certains acteurs d'obligations nouvelles mises à leur charge que de prérogatives particulières d'instruction criminelle confiées aux autorités de police et de justice (III).

(13) A ce propos, voy. : Y. Akdeniz, « Stocktaking on Efforts to combat Racism on the Internet », Background Paper, Interg. W.G on the effective implementation of the Durban Declaration and Programme of Action, 4^e session, Genève, 16-27 januari 2006, E/CN.4/2006/W.G. 21/BP.1, disponible à l'adresse suivante : http://www.cyber-rights.org/reports/ya_un_paper_int_06.pdf.

(14) Report of the World Conference against racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance, Durban, 31 août-8 septembre 2001, A/CONF.189/12, GE 02-10005/E, 25 janvier 2002, disponible sur http://www.un.org/WCAR/Aconf189_12.pdf.

(15) « New Technologies can assist the promotion of tolerance and respect for human dignity, and the principles of equality and non-discrimination ».

(16) A cet égard, nous renvoyons le lecteur à l'excellent numéro spécial que la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* a consacré en 2001 : « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », publié avec le concours de la Fondation Bernheim, éd. Bruylant.

La dimension internationale de la diffusion des messages racistes et xénophobes trouve des premiers éléments de réponse dans des textes de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe (IV).

Enfin, face au désarroi des réponses réglementaires classiques ou leur manque d'effectivité, l'autorégulation et la corégulation sont souvent évoquées comme solutions complémentaires ou de substitution possibles (V).

DES CARACTÉRISTIQUES DE L'INTERNET ET DE SES CONSÉQUENCES EN MATIÈRE DE MESSAGES RACIAUX

5. — L'analyse de l'excellent « Delete Cyberhate - Guide d'utilisation à l'adresse de l'internaute », publié par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme à l'occasion du colloque du 21 mars 2006, organisé par le ministre de l'Égalité des chances, et de quelques autres lectures relatives au racisme sur l'internet (17) attire l'attention sur les caractéristiques du « discours de haine sur Internet » le différenciant de celui véhiculé par les médias traditionnels.

La première est la multiplication des documents et des messages. La publication sur papier et son mode de diffusion limitaient le nombre et la portée des messages et en restreignaient souvent la longueur. La facilité de création des messages et leurs potentialités de diffusion font exploser l'expression de la « cyber-haine ». Les sites d'incitation à la haine raciale se multiplient (18). Sans doute est-il difficile de les mettre sur pied d'égalité. En effet, le *blog* quasi confidentiel d'un adolescent se laissant aller à quelques états d'âmes ou le message d'un déséquilibré, message perdu sur la toile, peuvent difficilement être assimilés aux sites construits et consciemment structurés d'organisations, telles que l'Agence de presse aryenne, le Ku Klux Klan, le Stormfront. Ainsi, celles-ci ont rapidement découvert les mérites de l'internet aux fins de diffusion de leurs idées et utilisent le réseau comme arme de propagande (19).

(17) Voy. en particulier : l'article de M. Knobel, « Le discours de haine sur Internet », disponible à l'adresse : <http://perso.wanadoo.fr/fromveur/knobel-haineinternet.htm>; le rapport publié par Canada Newswire : « Digital terrorism & hate 2005 report shows 25 per cent increase in hate sites », 7 octobre 2005, disponible à l'adresse <http://www.newswire.ca/en/releases/archive/May2005/16/c9699.html>; le rapport de l'International Network Against Cyber Hate : « Hate on the Net : Virtual Nursery for In real Life Crime », juin 2004, disponible sur le site : <http://www.inach.netcontent/inach-hateonthenet.pdf>.

(18) Voy. les chiffres cités par M. Knobel à propos du nombre de sites racistes (1 recensé en 1995, 2.100 au 15 juillet 1999) et par le rapport canadien cité note précédente. Par ailleurs, le centre Simon Wiesenthal en recense actuellement plus de 5.000.

(19) A cet égard les discours de certains penseurs de la pensée nazie estiment que la liberté d'expression sur l'internet constitue une opportunité sans précédent pour la diffusion de leur pensée. Sur ce point, les références et les citations reprises par M. Knobel, *op. cit.* spécialement pp. 4 et 5.

Cette même tendance se constate en ce qui concerne les messages, occasionnels ou non, échangés ou diffusés par courrier électronique ou *chat*. L'impression d'anonymat et le non-recul critique par rapport à l'expression, dus à la convivialité du média et au caractère instantané de la transmission, expliquent ce phénomène.

6. — Internet facilite également la diversité des modes d'expression des messages racistes et xénophobes : ainsi, la pensée raciste se distille tant à travers le jeu vidéo glorifiant le nazisme (20), la musique (21), les blagues anodines glissées dans les forums de discussion, que par la diffusion par courrier électronique de fausses nouvelles comme en témoigne le dossier « Cyberhate » (22).

Le message se fait également plus insidieux, dans la mesure où, contrairement au coût de la publication papier, la diffusion sur Internet ne coûte que le temps de la rédaction du message. Dès lors, il est facile d'y exposer le résultat de soi-disant recherches et l'exposé de faits divers soigneusement mis en scène où la haine raciale se cache sous l'apparente objectivité de récits de vie (23).

De même, cette facilité de rédaction favorise la réaction impulsive, en particulier de jeunes qui se laissent aller à des injures raciales sans mesurer la gravité de leur propos. La technologie

(20) Prolongeant l'enquête qui avait été faite en Allemagne, le quotidien italien : *La Repubblica*, estime que 10% des jeunes Allemands qui possèdent un ordinateur, ont en leur possession au moins un jeu vidéo glorifiant le nazisme. *La Repubblica* révèle par ailleurs que parmi les 20.000 jeux vidéo disponibles en juin 1989 sur le marché Allemand, 6.000 au moins avaient un contenu nazi ou raciste. Sur ce reportage, de *La Repubblica*, voy. M. Knobel, *op. cit.*, p. 3.

(21) Ainsi, les musiques dites « Hate-music », le rock nazi, diffusées par certains sites.

(22) Cfr l'exemple repris par le dossier Cyberhate à propos du courriel racontant des exactions fictives de Marocains dans le parking de cinéma, courriel demandant instamment aux destinataires de celui-ci d'en faire suivre le contenu auprès de leurs amis.

(23) M. Knobel illustre bien le parti que des groupes d'extrême droite peuvent tirer de l'internet : « Ils ont d'ailleurs vite compris le parti qu'ils peuvent tirer d'une utilisation rationnelle et systématique de l'internet. Les quelques déclarations suivantes — étalées dans le temps — montrent qu'ils veulent s'imposer sur la toile. Milton J. Kleim dans son " On tactics and Strategy for Usenet " explique par exemple la stratégie utilisée : " il offre de gigantesques possibilités pour permettre à la résistance aryenne de diffuser notre message aux inconscients et aux ignorants. C'est le seul média de masse dont nous disposons et qui est relativement épargné par la censure... C'est maintenant que nous devons nous emparer de cette arme qu'est Internet afin de la manier avec habilité et sagesse ". Dans une publication intitulée " La conspiration théorique ", l'activiste autrichien Walter Ochtenberger se félicite que " la liberté de pensée soit totale sur Internet. Dans le fond, Internet est le média démocratique le moins mauvais ". Olivier Bode — autre activiste néonazi et grand coorganisateur de rassemblements de nostalgiques pour célébrer l'anniversaire de la naissance d'Hitler — écrit qu'on ne peut faire " que des louanges sur les applications d'Internet ". Dans un autre commentaire publié sur le site américain de Stormfront, émanant cette fois d'un groupuscule néonazi allemand, il est écrit : " Nous devons créer des zones libérées. Dans ces zones, dont Internet, nous exercerons notre pouvoir, gagnerons des militants, accentuerons notre militantisme et punirons tous les déviants et nos ennemis " », M. Knobel, *op. cit.* p. 4.

des « blogs » encourage, en outre, ce type d'expression non contrôlée : la liberté d'expression y devient vite « licence » d'expression.

7. — A ces premières caractéristiques, s'ajoute la difficulté de contrôler l'irruption des messages qui s'affichent. Sauf à prévoir le filtre d'un modérateur, comment empêcher à l'occasion d'un forum de discussion sur les difficultés de la grossesse, l'apparition d'un message plaçant le renvoi de tous ces allochtones censés manger le pain du bon citoyen? Comment masquer l'apparition sur l'écran de croix gammées et du célèbre faux antisémite le *Protocole des Sages de Sion*, vis-à-vis d'un lycéen à la recherche, sur Google, de documents sur la ville suisse de Sion? On est loin de la maîtrise sur l'information publiée que détient l'éditeur d'un journal ou le responsable de la programmation télévisuelle.

L'immatérialité des messages et leur fugacité constituent également, dans le cadre de poursuites menées contre des délinquants sur l'internet, un obstacle à l'établissement de la preuve de leurs méfaits. Rien de plus facile que de changer la page web et de faire disparaître le message incriminé. Ensuite, comment établir qu'un document ou un message injurieux a été « posté » sur un forum de discussion?

8. — On ajoute qu'Internet ne s'arrête pas aux frontières et que les protections juridiques, voire techniques, que notre pays pourrait mettre en place n'empêcheront pas l'irruption sur nos écrans, en ce compris ceux de nos mobiles, d'images, de messages vocaux ou textuels provenant d'autres continents. L'affaire *Yahoo*, sur laquelle nous reviendrons, illustre cette triste réalité. A cet égard, la proclamation par les Etats-Unis de la liberté d'expression, couvre y compris les messages racistes (24), ce qui n'est point le cas dans nos pays d'Europe. Cette attitude américaine explique dès lors que ce pays soit l'hôte de multiples sites racistes et xénophobes.

Cette prise en compte des caractéristiques de l'internet doit rester présente tout au long du parcours du cadre réglementaire applicable à la lutte contre l'internet.

LES LIBERTÉS D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE À L'AUNE DE LA LUTTE CONTRE LES MESSAGES RACISTES ET XÉNOPHOBES

A. — La liberté d'expression

9. — Sans doute, la liberté d'expression est-elle une valeur sacrée pour nos sociétés démocratiques.

(24) A l'inverse des messages pédophiles sévèrement combattus aux Etats-Unis. A cet égard, la déclaration de Dworkin dans *Le Monde* du 27 avril 1997 : « Je m'oppose à toute restriction de la liberté de parole, à toute forme de censure contre un discours, même raciste ou sexiste. Je ne ferai qu'une exception : si vous arrivez au milieu d'une foule en colère, une corde à la main et si vous désignez un noir en criant : " Pendez-le! ", alors vous méritez d'être poursuivi. L'incitation au crime doit être poursuivie mais non la simple incitation à la haine ou au mépris », traduit bien l'approche américaine.

Les articles 19 et 25 de la Constitution le rappellent fermement : le premier, en affirmant la liberté d'expression et le second, la liberté de la presse, en interdisant par ailleurs toute censure (25). Sur le plan européen, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne le droit de « recevoir ou communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières ».

Cette liberté s'entend « non seulement pour les " informations " ou " idées " accueillies comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent » (26).

Le développement de l'internet est dominé depuis sa création par ce « mythe de la liberté » (27). En effet, la technologie qui définit l'internet confère à cette liberté tout son potentiel en même temps qu'elle participe à ce que chacun puisse contribuer à la création de cet « espace public de discussion » cher à Habermas.

10. — Sans doute, la liberté d'expression n'est-elle pas absolue. L'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme énonce ses limites.

Le premier type de limites porte sur la nature et les qualités mêmes de l'acte réglementaire qui instaure de telles limites. La restriction doit être prévue par la « loi », au sens matériel du terme, ce qui inclut non seulement le droit écrit (qu'il s'agisse de loi, au sens formel ou d'actes de l'exécutif) mais également, le droit jurisprudentiel, pour autant que la source soit suffisamment accessible et prévisible, c'est-à-dire « permette aux individus de régler leur comportement en fonction d'une norme qu'ils ont effectivement la possibilité de connaître et qui présente un degré suffisant de précision » (28). A ce propos, nombre d'auteurs dénoncent le recours trop fréquent à l'article 1382 du Code ci-

(25) Article 25 de la Constitution : « La censure ne pourra jamais être établie ». Sur l'historique de cette disposition et le souci de donner au droit à l'expression libre une portée quasi absolue, lire J. Velaers, « De censuur kan nooit worden ingevond, over de motieven van het censuurverbod », in *Censures*, actes du colloque du 16 mai 2003, publiée in *A&M*, n° spécial, 2003, pp. 13 et s.

(26) Cfr C.E.D.H., 29 mars 2001, *Thoma c. Luxembourg*, § 44, disponible via le portail de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197portal.asp?sessionId=6642225&skin=hudoc-fr&action=request>.

(27) Parmi d'autres, B. Frydman, « Quel droit pour l'internet? », in *Internet sous le regard du droit*, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1997, pp. 286 et s.

(28) P.-F. Docquir, « Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.P.K.*, 2002, p. 180. Ces exigences sont largement détaillées par une doctrine abondante, on cite en particulier J. Velaers, *De beperkingen van de vrije meningsuiting*, 2 tomes, Antwerpen, Maklu, 1991; S. Hoebeke et B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Bruxelles, Académia, 2000 et la contribution de J. Cohen-Jonathan in l'ouvrage collectif édité par Mmes L.E. Pettiti, E. Decaux et P.H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 2^e éd., 1999, spécialement, pp. 385 et s.

vil, norme par essence trop vague pour qu'elle puisse répondre aux exigences de l'article 10, alinéa 2 (29). On ajoute l'effet dissuasif (le *chilling effect* (30)) sur la liberté d'expression provoqué par ce recours jurisprudentiel à l'article 1382, dans la mesure où il engendre la crainte pour celui qui s'exprime de se voir attaquer en responsabilité. Sans doute, comme le note la Cour européenne de Strasbourg, « la Cour devra faire preuve de la plus grande prudence lorsque les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime (31) ».

Cette remarque s'applique bien évidemment à nos tribunaux mais elle prend, dans le contexte de l'internet, une signification plus importante encore. Qu'est-ce à dire? La plupart des décisions prises à l'heure actuelle concernent la presse traditionnelle et invoquent à bon droit le « standard du bon journaliste diligent », ce qui implique une certaine marge de manœuvre et empêche une évaluation trop stricte de leur devoirs, qui seront à apprécier selon la déontologie journalistique en vigueur. Cela dit, comment juger la responsabilité d'un internaute laissé seul face à son ordinateur et soumis à ses passions? Nous reviendrons sur ce point à propos de l'application du régime de la presse aux messages de l'internet.

Le second type de limites consiste dans l'énumération limitative des motifs pour lesquels l'ingérence dans la liberté d'expression doit être prévue : la protection de la sécurité nationale ou de l'intégrité territoriale; la défense de l'ordre et la prévention du crime; la protection de la santé ou de la morale; la sauvegarde de la réputation ou des droits d'autrui, la confidentialité de certaines informations et la garantie de l'autorité ou de l'impartialité du pouvoir.

Ces limites ne peuvent se concevoir que dans le respect du principe de proportionnalité. Ce

(29) A ce propos, nous renvoyons à l'article très fouillé de D. Voorhoof, « De journalistieke vrijheid en de tussenkomst van de rechter : censuur of noodzaak in een democratische samenleving? », in *Censures*, op. cit., pp. 71 et s. et son analyse de la jurisprudence à ce propos, pp. 84 et s. Certains juges se refusent à toute application de l'article 1382 (par exemple Civ. Furnes, 18 février 2000, *A&M*, 2000/3, p. 341, note D. Voorhoof) ou, à l'inverse, n'hésitent pas à l'appliquer (par exemple Gand, 28 mars 2002, *NjW*, 2003, 13, p. 465). On note que dans l'affaire *De Haes et Ghysels c. Belgique* du 29 février 1997, la Cour de Strasbourg admet, même si la question ne lui avait pas explicitement été soumise, que l'article 1382 puisse constituer une base légale prévisible pour justifier les limites à la liberté d'expression.

(30) Sur cette question, lire les réflexions tirées de la jurisprudence américaine et les solutions préconisées par K. Lemmens, « Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression », *A&M*, 2005/1, p. 32.

(31) C.E.D.H., 27 mai 2004, arrêt *Rizos et Dakas*, § 42, disponible via le portail de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=6642225&skin=hudoc-fr&action=request>.

(32) Sur le principe de proportionnalité et son application tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour d'arbitrage, lire S. van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, publications des F.U.S.L., Bruxelles, Bruylant, 2001.

dernier suppose le choix de la mesure la moins attentatoire aux libertés des citoyens (32) et implique que les limites répondent à un besoin social impérieux et soient nécessaires dans le cadre d'une société démocratique (33)

11. — Au-delà de ces limites posées par l'article 10, alinéa 2, certains auteurs (34) ont pu déduire d'attendus de la Cour européenne des droits de l'homme fondés sur une interprétation de l'article 17 de la Convention (35), une limite plus radicale encore vis-à-vis des ennemis de la liberté. Concrètement, cela signifie que la liberté d'expression, revendiquée à dessein liberticide, devra être considérée comme n'étant pas « couverte » (36) par l'article 10, alinéa 1^{er}, de la Convention et que les limitations dont elle fera l'objet ne seront pas comptables des conditions de validité énoncées par le paragraphe 2 de cette disposition» (37).

Il est à noter que cette position s'appuie, précisément sur la condamnation, par la Cour, de propos racistes : « Il ne fait aucun doute qu'à

(33) ... qui précisément se doit d'être pluraliste et respectueuse des convictions de chacun et de la diversité de leurs opinions. Il va de soi que le pouvoir d'appréciation par chaque Etat de ce qui est nécessaire à la survie de la démocratie doit être reconnu comme le reconnaît volontiers la Cour européenne de Strasbourg.

(34) J. Velaers, op. cit., p. 255 et les références citées notes 103 et 104, H. Dumont, P. Mandoux, A. Strowel et F. Tulkens, *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruylant, Bruxelles, 2001 (voy. spécialement la contribution de S. van Drooghenbroeck, pp. 139 et s. « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? » in « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », *Rev. trim. dr. h.*, n° spécial, 2001.

(35) A cet égard, voy. les décisions les plus citées : *Comm. eur. dr. h.*, reg. N° 214/56, rapport *De Decker c. la Belgique*, 8 janvier 1960, § 279; C.E.D.H., aff. *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 53, disponible via le portail de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=6642225&skin=hudoc-fr&action=request>; *Comm. eur. dr. h.*, reg. N° 8348/78 et 8406/78, décisions *Olimmerveen et Hagenbeek c. les Pays-Bas*, 11 octobre 1979; C.E.D.H., aff. *Jersilk c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 35, disponible via le portail de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=6642225&skin=hudoc-fr&action=request>. Sur l'analyse de toutes ces décisions, lire S. van Drooghenbroeck, op. cit. On note que le rapport explicatif du protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, contient une référence expresse à cette jurisprudence. Le numéro 42 du rapport énonce : « La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs indiqué clairement que la négation ou la révision de " faits historiques " clairement établis tels que l'holocauste (...) se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

(36) J. Velaers parle alors de « déchéance » de la liberté d'expression.

(37) S. van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable? », in « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », *Rev. trim. dr. h.*, n° spécial, 2001, p. 546.

l'égard de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention (...), la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10 » (38). Ainsi, les sites révisionnistes, partiellement déjà condamnés chez nous par la loi de 1995 (39), pourraient se voir privés dans notre pays de toute possibilité d'expression, sans que la liberté d'expression ne puisse être invoquée et sans qu'il n'existe un devoir de démontrer le bien-fondé des limites mises en place.

B. — La liberté de la presse

12. — La liberté d'expression trouve dans la plupart des pays une expression particulière en ce qui concerne la liberté de la presse. L'article 25 de la Constitution dispose : « La presse est libre; la censure ne pourra jamais être établie; (...) Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ». On sait que notre pays s'est fait le champion, dans les textes qui la consacrent, de cette liberté particulière de l'expression de la pensée.

Outre l'interdiction de la censure, l'article 150 établit que les délits de presse sont du ressort exclusif de la cour d'assises, « à l'exception toutefois, a ajouté récemment le constituant (40), des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie » (41). Ainsi, les auteurs de messages racistes et xénophobes se voient privés de l'avantage d'obliger les autorités à recourir à la lourde procédure du jugement d'assises.

13. — Cette récente exception réduit sans doute l'intérêt de s'appesantir sur la notion de presse et son extension aux diffusions via Internet. La question mérite cependant d'être posée sur deux points : que pourrait signifier l'interdiction de la censure en matière d'Internet et comment interpréter le régime particulier des intermédiaires visés par l'article 25 de la Constitution, à savoir l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur lorsque l'auteur d'un message raciste est inconnu ou étranger au sol national.

14. — La jurisprudence de la Cour de cassation conduit à exclure la presse audiovisuelle du champ d'application de l'article 25. Son raisonnement l'amènerait, sans aucun doute, à exclure de même la presse électronique et donc toute diffusion de messages via le média de l'internet. « Ni la radiodiffusion, ni les émissions de télévision ou de télédiffusion ne sont des modes d'expression par des écrits

(38) C.E.D.H., *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 47, disponible via le portail de la Cour européenne des droits de l'homme à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=6642225&skin=hudoc-fr&action=request>.

(39) *Infra*, n°s 19 et s.

(40) Introduit par l'article unique de la modification de la Constitution du 7 mai 1999 (*M.B.*, 29 mai 1999).

(41) Sur les raisons de cette suppression, A. Schaus, « Le délit de presse raciste », in « Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire », *Mélanges en l'honneur de Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 737 et s.

imprimés (42) : l'article 25 leur est donc étranger » (43).

Cet arrêt de la Cour suprême, à une époque où l'internet n'existait point, semble ne pas avoir été suivi par la jurisprudence des juges du fond. Le 22 décembre 1999, le tribunal correctionnel estime que les communications effectuées sur Internet via des *newsgroups* ou des forums de discussions, ainsi que sur la toile, peuvent constituer des délits de presse (44). Le tribunal de première instance de Bruxelles, le 19 février 2004, à la suite de messages susceptibles de porter atteinte à la réputation et à l'honneur de l'intéressé, ordonne le renvoi à une chambre à trois juges, au motif que « les propos litigieux (...) ont été reproduits et communiqués par voie écrite, écrit électronique en l'espèce, et constituent, partant un délit de presse » (45).

L'écrit électronique est, dans ces jugements, clairement assimilé à l'écrit de presse visé par l'article 25 de la Constitution (46). La presse n'est-elle pas la divulgation de la pensée à un public généralement quelconque, indépendamment du mode technique choisi pour cette diffusion? La loi française récente « pour la confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 (47) (en abrégé L.C.E.N.) après avoir affirmé que, « La communication au public par voie électronique est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle », étend l'application de la loi de 1881 sur les délits de presse à l'ensemble des services de communication au public en ligne, c'est-à-dire à « toute transmission sur demande individuelle de données numériques n'ayant pas

un caractère de correspondance privée par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ».

Une telle conception considérée comme « presse » : toute expression publique de la pensée quel que soit le média choisi. Seuls échapperaient à la qualification de presse, les messages destinés à un « groupe fermé d'utilisateurs ». La notion de « groupe fermé » n'est pas fondée sur un critère quantitatif : le nombre de destinataires voulus ou susceptibles d'être atteints mais sur la qualité du lien qui unit l'émetteur et le destinataire et qui doit reposer sur des liens affectifs ou en tout cas *intuitu personae*. Ainsi, on exclut les messages destinés à une catégorie professionnelle, le nombre de membres fût-il réduit, ou à des personnes caractérisés par un critère objectif commun (les habitants d'un quartier, etc.). Constituent par contre des « groupes fermés », des associations de personnes choisies pour leur qualité propre et reliées par un lien affectif ou par une communauté d'intérêts (ainsi, une communauté de jeunes fondée sur la cooptation par les pairs). Selon une telle approche, tout *blog* accessible au public constitue de la presse, voire toute expression publiée sur un forum de discussion accessible soit sans contrôle préalable ou par un code d'accès dont l'octroi est lié au simple paiement d'un abonnement. Une telle extension amène à élargir le régime du droit de réponse à de tels modes d'expression. L'internaute qui ouvre un *blog* se voit qualifié d'éditeur du site et de directeur de la publication, avec toutes les responsabilités qui s'attachent à ces qualités, en particulier en ce qui concerne les contributions déposées sur son *blog*.

15. — Cette extension est-elle souhaitable? Certes, il est difficile de ne pas dénoncer l'illogisme de la Cour de cassation, à l'heure même où l'expression audiovisuelle, véhiculée par des médias classiques comme la télévision, contribue plus encore que la presse écrite à former l'opinion publique; et au moment où l'internet est choisi par nombre d'éditeurs comme un média tantôt complémentaire (les journaux papiers en ligne), voire comme substitut à la diffusion coûteuse des médias classiques (les *e-books*). En sus, on sait que la convergence des médias nous promet sous peu la télévision via l'internet. Bref, que l'argument de l'écrit imprimé ne doive plus servir de critère de définition de la presse, apparaît évident. Faut-il assimiler pour autant toute mise à disposition du public via l'internet d'une expression de la pensée, à de la presse?

Il nous semble que le régime particulier de la presse ne devrait point trouver à s'appliquer à la plupart des messages disponibles sur Internet. Cette exclusion pourrait, en Belgique, s'expliquer par l'absence dans le cadre de la plupart des messages diffusés sur l'internet, des deux caractéristiques qui justifient le régime particulier de la presse. La première est que la presse se caractérise par le fait d'une véritable activité éditoriale, ce qui suppose une élaboration réfléchie, et un contrôle des contenus ainsi qu'une volonté et l'organisation de la diffusion des messages. La seconde prend en considération le fait que la presse repose sur l'activité d'une profession soumise à sa propre déontologie. Le respect de cette dernière, qui oblige celui qui y est tenu à un devoir de renseignement et d'analyse critique de l'information avant, le cas échéant, d'expri-

mer son propre jugement (48), constitue le premier garde-fou à l'expression de la pensée et explique la relative prudence des tribunaux lorsqu'il s'agit de sanctionner leurs « écrits ».

Peut-on parler de presse lorsqu'un internaute constitue son propre *blog* ou s'exprime dans un forum de discussion? Qu'il s'agisse de liberté d'expression, certes, mais de presse, nous en doutons. Réserveons le mot à des activités organisées de diffusion de messages, soumises à un contrôle interne. Cette expression n'aboutit pas à exclure de la notion de presse toute expression sur l'internet. Il est clair que des sites d'informations, des *newletters* présentes sur la toile méritent à coup sûr le qualificatif de presse et doivent bénéficier de la protection supplémentaire réservée par notre Constitution à ce mode particulier d'expression. Ainsi, les sites de certaines organisations (49) ou associations de libertés civiles, professionnelles ou autres, les revues scientifiques présentes sur la toile méritent incontestablement la qualification de « presse électronique ».

A ces sites, s'appliquera l'ensemble des prescrits de la presse (y compris le droit de réponse sans doute aménagé), la nécessité et l'identification d'un éditeur, le dépôt de la publication, etc. Le non-respect de tels prescrits doit être sanctionné. Généraliser à tous les sites sur Internet, y compris aux *blogs*, ce type d'exigences, reviendrait à freiner la liberté d'expression.

16. — Si toute divulgation sur Internet, au public en général ou à une catégorie de public, constituait une activité de presse (50), il faudrait alors parler de censure à propos du blocage ou du retrait, d'un site (ou de certaines pages d'un site) ou de *blogs* à caractère raciste ou xénophobe? Certes, comme l'ont prôné quelques auteurs (51) à la suite d'une jurisprudence contestable (52), on pourrait toujours dans ce cas affirmer que la censure cons-

(42) « Druckpapers », selon la version néerlandaise de l'article 25 de la Constitution.

(43) Cass., 9 décembre 1981; *cfr* également Cass., 2 mars 1964, *Pas*, I, p. 697. « Il doit s'agir d'un écrit imprimé ou reproduit par voie de tirage répétés, suivant un procédé analogue à celui de l'imprimerie ».

(44) Corr. Bruxelles, 22 décembre 1999, *A&M*, 2000, p. 134. Même réflexion dans l'ordonnance présidentielle du tribunal de première instance de Bruxelles du 2 mars 2000 à propos de messages difamatoires à la fois figurant sur un site personnel et postés dans un forum de discussion.

(45) Décision disponible sur le site : <http://www.droit-technologie.org>.

(46) A ce propos, la conception très large de la presse développée par S. Hoebeke et B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Academia, Bruylant, 1999, pp. 24 et s. « La presse recouvre d'abord tout procédé technique de diffusion de l'information qui soit de nature à multiplier en un nombre indéterminé d'exemplaires, un même signe : texte, image, son ou autre. Il s'agit ainsi de la presse écrite, de la presse audiovisuelle, des nouveaux médias... ».

(47) Article 6-V de la L.C.E.N. A noter sur cette question délicate, l'arrêt du Conseil constitutionnel français du 10 juin 2004 reproduit dans le dossier consacré à la L.C.E.N. par le « Forum des droits sur l'internet » : <http://www.foruminternet.org/>.

(48) Sur cette déontologie et les devoirs de vérification et de critique des sources tendant à une certaine objectivité, sur l'importance de l'indépendance du journaliste, lire J. Bourquin, *La liberté de la presse*, Paris, P.U.F., pp. 150 et s.; S. Hoebeke et J. Mouffe, *op. cit.*, pp. 440 et s. et cet attendu du tribunal de commerce de Bruxelles du 7 février 1984, *J.T.*, 1984, p. 345 : « Le journaliste devra constamment tendre au vrai, même s'il sait ne pouvoir l'assurer intégralement; le but auquel il aspirera, malgré qu'il ne puisse l'atteindre pleinement, sera d'informer impartialement ses lecteurs et d'exprimer en toute bonne foi ses opinions... Un journaliste qui ment ne pourra jamais être couvert par la liberté de presse ».

(49) Pensons par exemple au site d'Attac, etc.

(50) *Contra*, T. De Pessemier, *Vrijheid van expressie en informatie op het Internet*, Academia, Gent, 1997, pp. 94 et 96. En faveur, A. Strowel, « La lutte contre les activités liberticides sur Internet », in *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 411; J. Englebert, B. Frydman, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A&M*, 2002/6, p. 490.

(51) Cass., 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. Jongen, « Le juge est-il un censeur? ».

(52) F. Tulkens et A. Strowel, « Les actions préventives et les actions collectives en matière de médias », in *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Larcier, 1998, p. 83; F. Jongen, « La censure administrative en Belgique », in *Censures, op. cit.*, p. 54.

titue une mesure préventive à la diffusion et que, dès lors, le blocage ou le retrait d'un site, intervenant alors même que celui-ci était déjà accessible ne constitue pas en ce sens une censure. L'argument sonne faux. Vraisemblablement, le recours, par quelques auteurs et par quelques juridictions, à cet argument avait pour but d'éviter aux juridictions de heurter de front le prescrit constitutionnel de l'interdiction de la censure de la presse mais comme le notent la plupart des auteurs, cette distinction fondée sur le moment de l'intervention des autorités n'est pas relevante et il est patent de constater que la notion de censure a toujours été utilisée lorsqu'il s'agissait de saisir un ouvrage déjà distribué. Par ailleurs, vis-à-vis de certains médias comme la télévision ou l'internet, « le moment d'intervention du juge des référés est déterminé non par des motifs constitutionnels mais par des modalités pratiques qui tiennent au fonctionnement des différents médias » (53).

Osons le mot donc! Bloquer un site Internet qui, selon les critères repris ci-dessus, relève de la presse peut constituer de la censure, ainsi, la *newsletter* éditée par un parti révisionniste et disponible via le net. Vis-à-vis d'autres expressions ou messages présents sur Internet, il nous paraît que des mesures d'interdiction (retrait d'un site, blocage d'une adresse de courrier électronique, etc.) sont admissibles dans les conditions mêmes de l'article 10, alinéa 2, voire en cas de déchéance de la liberté d'expression, sans que l'on puisse parler de censure.

17. — Autre point particulier du régime de la presse, la responsabilité en cascade, consacrée à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, prévoit à défaut de connaître l'auteur, ou si l'auteur est domicilié à l'étranger, de mettre en cause l'éditeur, l'imprimeur, voire le diffuseur. Ce système de responsabilité s'applique-t-il à la presse disponible sur l'internet? En particulier, l'impossibilité de déterminer l'auteur d'un message (54) ou la domiciliation de ce dernier à l'étranger permet-elle d'imputer la responsabilité à un des intermédiaires, à l'hébergeur ou au fournisseur d'accès?

Dans la mesure où la loi met en place des régimes particuliers de responsabilité pour ces intermédiaires, il apparaît difficile d'appliquer à ces acteurs les règles de la responsabilité en cascade (55).

Au-delà, il apparaît malaisé de mettre sur le même pied les fonctions d'un éditeur, d'un imprimeur, d'un diffuseur et celle d'un hébergeur.

A première vue, la fonction de l'hébergeur qui fournit le support de diffusion, et non de l'expression, pourrait être comparée à celle d'un « diffuseur » de la presse écrite; mais sans doute lui manque-t-il la dimension transport.

(53) J. Englebert et B. Frydman, *op. cit.*, p. 490, citaient eux-mêmes M. Hanotiaux et M. Kadaher.

(54) Ce qui est fréquent sur l'internet où les techniques d'« anonymisation » ou les pseudonymes permettent à l'auteur d'un message de rester inconnu à ses destinataires.

(55) *Cfr* sur ce point T. Verbiest, « La presse électronique : quel cadre juridique? », 17 septembre 1999 paru sur <http://www.juriscom.net>.

Ainsi, tout raisonnement par analogie semble voué à l'échec.

Par contre, comme nous l'avons suggéré, il nous apparaît que tout site qualifiable de « site de presse » devrait nommer un éditeur responsable auquel s'applique le système de la responsabilité en cascade.

C. — Conclusions

18. — Le rappel de la liberté d'expression est essentiel, y compris pour les messages diffusés sur l'internet. Cette liberté n'est pas absolue mais les juges se doivent d'être attentifs au respect des limites fixées par l'article 10, alinéa 2.

Cette intervention du juge, pouvant se dérouler dans le cadre du référé (56) lorsque l'urgence l'impose, tiendra compte du contexte dans lequel s'exprime le message pour le qualifier de presse ou de simple manifestation de la liberté d'expression. Sans doute, dans les deux cas, les limites suivent-elles les mêmes principes, même si les régimes particuliers administratifs et de responsabilité applicables à la presse ne s'étendent pas à tous les messages.

En matière de responsabilité des internautes, il importe que les autorités soient attentives à ne pas mettre en péril, par une jurisprudence sévère, la liberté d'expression des internautes dont les actions doivent se mesurer en fonction de l'environnement dans lequel ils s'expriment. Ainsi, le quolibet et l'injure à connotation raciste ne se jugent pas de la même façon dans le cadre d'une conversation un peu animée sur un forum de discussion que lorsqu'elles sont l'expression délibérée d'un groupe activiste prônant la haine raciale. Les standards de comportement à utiliser doivent, à notre avis, se décliner différemment en fonction de l'auteur, du type de messages et du service de communication dans lequel ils s'insèrent. Cette réflexion amène à préférer à l'action judiciaire et policière d'autres formes d'intervention qui tiennent mieux compte des particularités de l'expression sur l'internet. A cet égard, la référence aux mécanismes de prévention ou à des mécanismes d'autorégulation, ou plus exactement de corégulation, s'explique et se justifie. Il s'agit de répondre de manière adéquate et proportionnée aux dérives présentes sur l'internet sans nécessairement déclencher l'intervention lourde et, à notre avis, parfois inappropriée du pouvoir judiciaire. Nous reviendrons au point V sur l'apport de tels mécanismes.

(56) La compétence du juge des référés a été contestée par certains auteurs comme Velaers et Voorhoof. Elle apparaît cependant difficilement contestable dans la mesure où le Code judiciaire n'exclut pas le pouvoir du juge en cas d'urgence et de violation flagrante d'un intérêt protégé par le droit, de pouvoir intervenir. Si en matière de presse, le référé, en raison même des caractéristiques relevées ci-dessus, m'apparaît ne devoir qu'être exceptionnel, on peut imaginer par contre que la présence de certains sites ou de certains messages sur l'internet, simple manifestation de la liberté d'expression et non activités de presse, puissent justifier, vu l'urgence, l'intervention du juge des référés.

DES RESTRICTIONS IMPOSÉES PAR LES LOIS BELGES, VISANT LA RÉPRESSION DU RACISME ET DE LA XÉNOPHOBIE, AU PROTOCOLE ADDITIONNEL DU CONSEIL DE L'EUROPE

19. — L'arsenal juridique belge en matière de lutte contre le racisme et la xénophobie s'entend d'une série de lois.

Depuis la loi dite « Moureaux » du 30 juillet 1981, on note la loi du 12 avril 1994, qui la modifie, augmente sensiblement les peines et crée de nouvelles infractions. Par ailleurs, la loi du 12 avril 1994 qui élargit aux organisations de travailleurs la possibilité d'ester en justice, en particulier en ce qui concerne les discriminations à l'embauche ou vis-à-vis des salariés. Enfin, la loi du 23 mars 1995 tend « 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 ».

Notre propos n'est pas d'offrir une description détaillée du contenu de ces législations (57). Simplement, nous pointerons quelques réflexions sur l'applicabilité des dispositions légales aux messages diffusés par l'internet. Nous ferons de même en ce qui concerne ce qu'il est convenu d'appeler le « standard » international que constitue désormais le « Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques », conclu par les ministres du Conseil de l'Europe le 28 janvier 2003.

A. — La conformité des lois antiracistes à l'article 10, alinéa 2

20. — La conformité de nos lois antiracistes à l'article 10, alinéa 2, de la Convention européenne, déjà citée, ne soulève pas de problèmes dans la mesure où, d'une part, est reconvenue une marge de manœuvre à chaque Etat membre dans l'appréciation des limites imposées à la liberté d'expression et, d'autre part, le point a été réglé par notre Cour d'arbitrage à la suite d'un recours contre la loi de 1995.

La Cour d'arbitrage rappelle que « le législateur a voulu atteindre un comportement spécifique et n'apporter qu'une restriction exceptionnelle à la liberté d'expression; qu'il ressort des travaux préparatoires que le législateur a jugé nécessaire d'intervenir contre les comportements visés parce qu'ils se sont multipliés ces dernières années, parallèlement à un retour de courants antidémocratiques et racistes dans la société ». Elle ajoute : « le législateur a toutefois souligné que rien n'empêche que le champ d'application de la loi soit étendu si l'on constate la négation ou la justification tout aussi systématique, et

(57) *Cfr* à ce propos le commentaire critique de E. Bribosia et I. Rorive, « Les nouvelles lois antidiscriminations : quelles avancées pour la Belgique en matière de lutte contre le racisme? », in *L'année sociale*, 2003, pp. 83 et s.

dans un but d'idéologie déterminée, de faits semblables, mais a estimé que tel n'était cependant pas encore le cas ». La Cour conclut que le choix opéré par le législateur ne repose pas sur une appréciation manifestement erronée ou déraisonnable et rejette, dès lors, le recours introduit contre la loi de 1995.

Dans sa motivation, la Cour d'arbitrage procède à une véritable analyse exégétique du texte et des travaux préparatoires de la loi lorsqu'elle énonce : « Qu'il s'agisse de nier le génocide, de l'approuver, de chercher à le justifier ou de le minimiser grossièrement, les agissements érigés en infraction par la loi présentent ce trait commun qu'il n'est guère concevable de les adopter sans vouloir, ne fût-ce qu'indirectement, réhabiliter une idéologie criminelle et hostile à la démocratie et sans vouloir, par la même occasion, offenser gravement une ou plusieurs catégories d'êtres humains. La loi ne mentionne pas de telles volontés comme un élément constitutif du délit qu'elle institue, mais il apparaît des travaux préparatoires que si le législateur y a renoncé, c'est en considération de l'extrême difficulté de preuve (...) résultant notamment du recours fréquent à des modes d'expression d'apparence scientifique ». Cette allusion aux alibis scientifiques est particulièrement la bienvenue dans le cadre de la lutte contre les messages racistes, xénophobes ou révisionnistes présents sur l'internet du fait que ce média permet plus facilement, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 6), de masquer le propos discriminatoire sous des apparences de vérité scientifique ou statistique. Ainsi, la loi a pour but la répression des manifestations publiques d'opinions ouvertes et manifestes, mais heureusement aussi, de « celles qui abusent de la liberté d'expression sur un mode plus subtil et souvent pseudoscientifique ».

En conclusion, la Cour énonce, sans hésitation, que la loi a pu être considérée par le législateur comme répondant à un besoin social impérieux et répond par l'affirmative à la question de savoir si elle respecte les conditions de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire être nécessaire dans une société démocratique ou, en d'autres termes, être proportionnée à l'objectif poursuivi.

B. — Les dispositions des lois belges au regard des messages diffusés par l'internet

21. — Les termes des lois rappelés permettent au juge, le cas échéant, dans le cadre d'un procès pénal, d'intervenir pour des messages diffusés sur Internet.

Ainsi, chaque infraction énumérée à l'article 1^{er} de la loi « Moureaux » (58) s'applique facilement à des messages diffusés sur l'internet, que ce soit par la création de sites

ou *blogs*, par l'envoi de courrier électronique « toutes boîtes », ou le postage de messages sur des forums de discussion ou *chats*. Le terme « discrimination » est largement défini et la notion « donner une publicité » permet d'embrasser toute forme de diffusion de ses idées, peu importe le média choisi. Ainsi, la diffusion par *blog*, l'intervention dans un forum de discussion et les courriers électroniques « toutes boîtes » peuvent certainement entrer dans les cas visés par la disposition.

L'article 3 interdit la participation à un groupement qui « prône » de façon manifeste ou répétée la discrimination ou la ségrégation. Ainsi, on pourrait considérer que certains forums de discussion, où circulent nombre de messages racistes ou xénophobes, constituent de telles associations prônant le racisme.

L'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1995 punit celui qui « nie », minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve le génocide de la Seconde Guerre mondiale. Il est clair qu'ici, également, le média utilisé pour de telles assertions importe peu.

C. — Le double apport du protocole additionnel du Conseil de l'Europe

22. — Le protocole du Conseil de l'Europe, non encore ratifié par la Belgique, a l'incontestable mérite de viser plus spécifiquement l'utilisation de l'internet comme mode de propagande d'actes racistes et xénophobes. Ceci, dans la mesure où il se présente comme un complément de la Convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (59) et vise l'« incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques ». Outre son champ d'application plus précis, le protocole mérite une triple attention. La première se justifie par l'élargissement des infractions proposées; la deuxième, par la définition de nouveaux modes d'investigation pénale qui faciliteront la tâche des autorités policières et judiciaires. Quant au troisième motif d'intérêt, nous l'aborderons lors de notre analyse de la dimension internationale de l'internet et des conséquences en matière de lutte contre les messages racistes qui y sont véhiculés.

Les infractions

23. — L'élargissement des infractions en ce qui concerne les actes racistes est patent. L'article 2 définit le matériel raciste et xénophobe par « tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes en raison de

la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes ». On note que toute expression dans un format tel qu'il puisse être conservé, traité et transmis par un système d'information est ainsi explicitement visée y compris des emblèmes (croix nazies) ou même des jeux. Par ailleurs, ce qui est concerné n'est pas le contenu en tant que tel, mais le sentiment de haine, de violence ou l'aversion auquel le message peut conduire. Enfin, on note que l'attaque d'une religion peut, dans la mesure où elle conduit à des sentiments racistes, être également visée (60).

24. — Parmi les infractions, on relève la « diffusion de matériel raciste et xénophobe », qui vise explicitement, selon l'article 3 du protocole, toute forme de mise à disposition par le biais de systèmes informatiques. Le commentateur précise qu'« échanger du matériel raciste et xénophobe dans une *chat room*, le distribuer dans des *newsgroups* ou des forums de discussion » constituent bien des mises à disposition et, en ce qui concerne l'envoi de courriers, « le nombre de récepteurs et la nature de la relation entre l'émetteur et le récepteur sont des facteurs pertinents pour déterminer si une telle communication peut encore être considérée comme privée ». Ainsi, le message raciste envoyé à une personne avec demande de retransmission à des amis ou connaissances pourrait tomber sous le coup de cette incrimination.

La menace ou l'insulte avec motivation raciste et xénophobe sont visées aux articles 4 et 5. On souligne que cette incrimination suppose un simple dol général et l'absence de droit. Enfin, la lutte contre le négationnisme est étendue par rapport à l'incrimination prévue par la loi belge qui se réfère aux seuls faits du génocide de la Seconde Guerre mondiale et vise tous les cas de génocide ou de crime contre l'humanité reconnus comme tels par tout tribunal international.

Enfin, l'article 7 punit l'aide et la complicité de ceux qui, intentionnellement et sans droit, ont aidé à perpétrer une infraction. Ainsi, l'éditeur d'un site qui héberge consciemment des pages web incitant à la haine raciale ou le modérateur d'un forum qui laisse passer ce type de message pourra être incriminé.

La procédure

25. — Le protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité représente, au-delà d'un certain élargissement des infractions à prendre en compte dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie, d'autres avantages bien plus précieux encore.

Il autorise la mise en place de procédures d'instruction criminelle adaptées au phénomène de l'internet, telles que des mesures d'interruption ou d'enregistrements de communication et de télécommunications privées. En effet, il n'est pas sûr qu'à l'heure actuelle,

(60) Cette extension pourrait amener à considérer que des caricatures considérées comme injurieuses par les adhérents à une religion (*cfr* les caricatures danoises, récemment dénoncées par les pays musulmans) seraient incriminables.

(58) Pour une analyse complète des dispositions de la loi Moureaux et de la loi de 1995, lire E. Bribosia et I. Rorive, « Les nouvelles lois antidiscriminatoires : quelles avancées pour la Belgique en matière de lutte contre le racisme? », in *L'année sociale*, 2003, pp. 83 et s. et le n° spécial déjà cité de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* : « Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie », *Rev. trim. dr. h.*, 31 mars 2001, spécialement les analyses de Batselé, Flauss, van Drooghenbroeck, Cornil, etc.

(59) Disponible sur le site du Conseil de l'Europe (<http://www.conventions.coe.int/>). Pour une analyse de cette convention, lire D. Guinier, « Cybercriminalité : contexte et engagements relatifs à la Convention du Conseil de l'Europe », *Expertises*, 2001, n° 245, pp. 56 et s. et n° 246, 96 et s. P. Van Eecke et J. Dumortier, « De implementatie van het Europees Verdrag cybercriminaliteit in de Belgische wetgeving », *Computerrecht*, 2003/2, pp. 123 et s. On regrette qu'à l'heure actuelle cette Convention n'ait pas encore été ratifiée par la Belgique.

de telles pratiques puissent être licites en Belgique dans la mesure où l'article 90ter limite les infractions pouvant justifier de telles mesures de surveillance.

Le protocole additionnel a clairement pour but d'appliquer les mesures exceptionnelles de procédure pénale prévues par la Convention sur la cybercriminalité aux infractions définies par le protocole additionnel (61). Il autorise ainsi l'interruption des messages, la conservation rapide des données stockées, l'injonction à un fournisseur de services de communiquer les données en sa possession, la conservation ou la divulgation rapides des données relatives au trafic et la collecte en temps réel.

Le protocole se réfère également aux mesures de coopération internationale mises en place par la Convention sur la cybercriminalité. Ce point sera analysé dans le point suivant consacré à la dimension internationale de l'internet et à ses conséquences dans la lutte contre le racisme.

LA DIMENSION INTERNATIONALE D'INTERNET ET SES ENJEUX QUANT À LA LUTTE CONTRE LE RACISME ET LA XÉNOPHOBIE

2006

408

26. — Internet ne connaît pas les frontières : le message posté sur un *newsgroup* hébergé aux Etats-Unis ou en Australie est accessible chez nous ; tout comme l'internaute belge pourra, sans se déplacer de son fauteuil, visiter les sites révisionnistes hébergés aux Etats-Unis, peu importe que leur auteur soit belge.

L'article 20.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par l'assemblée générale des Nations unies et entré en vigueur le 23 mars 1976 (62) dispose, certes, que « Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ».

Mais ce standard international, restant vague, est compris différemment par les pays (63) et surtout a fait l'objet de réserves par certains pays parmi lesquels figurent les Etats-Unis (64).

Trois affaires illustrent ainsi la difficulté pour un Etat de voir respecter leur législation pénale lorsque le message émane d'un auteur situé hors du pays, voire d'un serveur localisé dans un pays étranger.

(61) Cfr l'article 8 du protocole « Relations entre la Convention et le protocole ».

(62) Disponible sur le site du Haut commissariat des Nations unies aux droits de l'homme : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccprxf.htm.

(63) Ainsi, on relève que le révisionnisme n'est l'objet d'incriminations pénales qu'en Allemagne, Belgique, France, Suisse et Autriche.

(64) « L'article 20 n'autorise pas les Etats-Unis et n'exige pas d'eux qu'ils adoptent des lois ou autres mesures de nature à restreindre la liberté d'expression et d'association protégée par la Constitution et les lois des Etats-Unis ».

27. — L'affaire *Yahoo* (65) est sans doute la plus connue. Elle concerne la plainte d'associations antiracistes françaises contre l'hébergement par Yahoo de sites d'enchères d'objets nazis. Les sites hébergés étaient situés aux Etats-Unis. Le tribunal de grande instance de Paris, le 20 novembre 2000, fait droit à leur requête et condamne Yahoo Inc. à bloquer l'accès des internautes français aux sites désignés (66). Cette décision, même si elle fut appliquée dans les faits, spécialement sous la pression des associations juives (67), fut contestée en droit. En particulier, une injonction fut émise par le District Court de San José en juin 2001. Cette motion rejette la décision française en faisant valoir la parfaite légalité du site aux yeux de la loi américaine et l'absence de droit des autorités françaises d'empiéter sur les prérogatives de la souveraineté américaine. En août 2004, cette décision fut cependant infirmée en appel par la cour d'appel américaine. En février 2005, la même cour d'appel reçut une pétition signée par Yahoo pour reconsidérer sa décision (68). Parallèlement en France, Yahoo fut exonéré de toute responsabilité pour l'hébergement de sites nazis par une décision de la cour d'appel de Paris en avril 2005 (69).

Dans l'affaire *Toben*, un révisionniste australien fut de même poursuivi, en Allemagne, pour diffusion de messages racistes à partir de son site australien. La Bundesgerichtshof allemande (l'équivalent de notre Cour de cassation), alors même que la juridiction d'appel avait conclu à l'impossibilité d'incriminer Toben vu la localisation du site, affirma que la loi allemande sur le révisionnisme était applicable à partir du moment où le site était accessible en Allemagne (70).

Le troisième cas illustrant les enjeux du caractère international de l'internet concerne l'affaire canadienne *Zundel* : un citoyen allemand

(65) Cfr notamment V. Sedaïllan, « Commentaire de l'affaire *Yahoo* », publiée sur le site de Juriscom (<http://www.juriscom.net/chr/2/fr20010112.htm>); J. Reidenberg, « The legal implications of the Yahoo! Inc. nazi memorabilia dispute : an interview with Professor Joel R. Reidenberg », publiée sur le site de Juriscom (<http://www.juriscom.net/en/uni/doc/yahoo/reidenberg.htm>).

(66) A l'impossibilité technique affirmée par Yahoo de repérer par un rapport d'expertise, établissant que le repérage des numéros IP des internautes permet de connaître dans 70% des cas leur nationalité.

(67) A cet égard, voy. nos réflexions sur les mérites comparés de l'autorégulation et de l'intervention des tribunaux, in « Commentaires sur l'affaire *Yahoo* », publiés dans le dossier consacré par Juriscom à l'affaire *Yahoo* et disponible sur le site <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>.

(68) *Yahoo Inc. v. Licra* (2004) 379 F.3d1120. et *Yahoo Inc. v. Licra* (2005) US. App. Lexis 2166 (9th Cir., Feb. 10, 2005).

(69) Agence France Presse, « Appeals court says former Yahoo exec. not liable », 6 avril 2005.

(70) Sur cette affaire et la référence aux décisions allemandes et australiennes en la matière, lire Y. Akdeniz, « Stocktaking on Efforts to combat Racism on the Internet », Background Paper, Interg. W.G on the effective implementation of the Durban Declaration and Programme of Action, 4^e sess., Genève, 16-27 Jan. 2006, E/CN.4/2006/W.G. 21/BP.1, disponible à l'adresse suivante : http://www.cyber-rights.org/reports/ya_un_paper_int_06.pdf, pp. 14 et s.

vivant au Canada et diffusant des messages xénophobes à partir de son site situé aux Etats-Unis. Le tribunal canadien n'hésite pas à condamner Zundel nonobstant la localisation du site. En particulier, il note qu'il serait difficile de comprendre « why the Internet, with its pervasive influence and accessibility, should be available to spread messages that are likely to expose person to hate or contempt. One can conceive that this new medium of the Internet is a much more effective and well-suited which for the dissemination of hate propaganda » (71).

28. — Ces trois exemples illustrent la façon dont certains peuvent chercher à s'abriter des poursuites qui pourraient être menées dans un pays, en localisant leur site, voire en résidant eux-mêmes dans des pays où les faits incriminés dans le pays d'accès ne sont pas considérés comme illicites.

A supposer même une condamnation dans le pays d'accès, la difficulté de faire exécuter la décision dans le pays de résidence du site ou dans celui des auteurs de l'infraction, mettra ces derniers à l'abri des suites de ces condamnations, comme le veut le principe sacré de souveraineté territoriale (72).

C'est pour combattre cette relative impunité des auteurs de messages racistes et xénophobes, que l'Union européenne et, surtout le Conseil de l'Europe, ont adopté des textes réglementaires permettant une réelle collaboration internationale et fixant de manière étendue les compétences des juridictions des Etats membres.

Les principes européens

29. — Comme le soulignait l'introduction, tant l'Union européenne que le Conseil de l'Europe ont tenté de trouver des solutions à la question de la dimension internationale de l'internet.

Les efforts de l'Union européenne n'ont pas encore abouti. Le texte de la décision-cadre (73) du 28 novembre 2001 (74) pour combattre le racisme et la xénophobie devrait cependant être bientôt approuvé. Son premier mérit

(71) Sur ce cas, voy. de même les commentaires et les références proposées par Y. Akdeniz, *op. cit.* p. 17.

(72) On sait que dans le cadre de la loi du 28 novembre 2000 sur la criminalité informatique, la Belgique avait fait fi de cette souveraineté en autorisant les autorités policières à mener à partir de systèmes d'information situés sur le territoire belge des perquisitions dans des systèmes d'informations situés à l'étranger (article 88ter, § 3, 2^e alinéa). Cette méconnaissance du principe de souveraineté avait été sévèrement reprochée par le Conseil d'Etat dans son avis sur le projet de loi.

(73) Il s'agit en effet non d'une directive du premier pilier mais d'une décision qui relève du troisième pilier et nécessite donc l'approbation unanime des Etats membres. C'est ce que Flauss (« L'action de l'Union européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie », in *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, *op. cit.*, p. 495) appelle « les effets pervers du "troisième pilier" ».

(74) COM (2001)664, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu.int/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=fr&DosId=169885.

te est sans doute d'harmoniser les définitions des infractions (75) au niveau européen.

Son second est de définir des règles fixant les compétences des juridictions nationales. A ce propos, le texte contient des dispositions étendant les compétences des Etats au-delà de leur territoire.

En effet, l'Etat membre est responsable des infractions dès que l'auteur de l'infraction commet celle-ci, alors même qu'il réside sur le territoire, peu importe que le « matériel » soit hébergé sur un système d'information situé à l'étranger, par exemple aux Etats-Unis. L'Etat membre est également responsable dès que le site est hébergé sur le territoire de l'Union européenne, alors même que l'auteur des messages est situé à l'étranger. Ainsi, la Belgique pourra et devra bloquer l'accès à un site, même étranger, si l'auteur du message réside en Belgique et ordonner le retrait d'un commentaire porté sur un *blog* hébergé en Belgique émanant d'un citoyen américain.

30. — Le protocole additionnel du Conseil de l'Europe contient des dispositions plus intéressantes encore. En effet, l'article 8 du protocole renvoie aux dispositions de la Convention sur la cybercriminalité, notamment (76) « sur la compétence des Etats, et plus particulièrement à la coopération et à l'entraide internationales (77) ».

A ce dernier propos, l'article 23 fixe les principes généraux relatifs à cette coopération internationale : « Les parties coopèrent (...) dans la mesure la plus large possible les unes avec les autres, aux fins d'investigations ou de procédures concernant les infractions pénales liées à des systèmes et données informatiques ou pour recueillir les preuves sous forme électronique d'une infraction pénale ».

Sans vouloir détailler l'ensemble des implications de cette coopération et de cette entraide, relevons que les Etats ayant ratifié la Convention, et donc le protocole, se doivent assistance mutuelle dans la collecte des preuves électroniques d'une infraction. En outre, ils s'informent de manière spontanée des résultats d'enquêtes relatives à des infractions, lorsque ces informations peuvent être utiles à l'une ou l'autre partie. Ils accèdent aux demandes des autres parties en ce qui concerne la conservation rapide de données stockées et divulguent les données de trafic qui permettront d'identifier le fournisseur de services ayant pu participer à la transmission de la communication en cause. Un point de contact accessible en permanence pour permettre la fourniture d'une assistance immédiate doit être mis sur pied dans le cadre de cette coopération.

Ces mesures d'entraide permettent-elles à la Belgique de demander la coopération américaine pour lutter contre des messages racistes et xénophobes dont les acteurs seraient des résidents belges ?

(75) Sur ce point, on retrouve la liste des infractions reprises par le protocole additionnel du Conseil de l'Europe (*supra* n° 23).

(76) Nous avons déjà noté qu'elle renvoie également aux dispositions de procédure pénale prévues aux articles 14 à 20 de la Convention sur la cybercriminalité.

(77) Il s'agit des articles 23 et suivants de la Convention sur la cybercriminalité.

On sait que les Etats-Unis ont refusé d'étendre la Convention sur la cybercriminalité aux infractions relatives aux messages raciaux ou xénophobes, voire révisionnistes, précisément dans la mesure où, leur conception de la liberté d'expression limitait la lutte contre les messages racistes aux seuls messages appelant à la violence physique et contenant une menace directe et imminente sur une personne déterminée.

Le protocole additionnel se devait de tenir compte de cette réserve importante des Etats-Unis qui, entre-temps, ont ratifié la Convention sur la cybercriminalité. La solution trouvée, consiste à permettre aux signataires du protocole de larges réserves. Ces dernières concernent particulièrement le « révisionnisme » et la « diffusion de matériel raciste et xénophobe », étant donné que ces incriminations heurteraient les principes établis dans l'ordre juridique interne américain relatif à la liberté d'expression (78).

Ainsi, les Etats-Unis pourraient, moyennant ces réserves importantes, ratifier le protocole et, conformément à l'article 8, offrir aux autres pays ayant ratifié la Convention, l'entraide et la coopération pour les infractions commises par les nationaux de ces derniers pays (79).

(78) « Sans préjudice du paragraphe 2 du présent article, une partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer le paragraphe 1^{er} aux cas de discriminations pour lesquels elle ne peut pas prévoir, à la lumière des principes établis dans son ordre juridique interne concernant la liberté d'expression, les recours efficaces prévus au paragraphe 2 ».

(79) L'Institut suisse de droit comparé avait proposé aux rédacteurs du protocole une approche un peu différente reposant sur l'adoption d'une norme condamnant l'hébergement abusif. Le système peut être décrit comme suit : « Cette norme moins contraignante serait un texte rédigé à l'intention des Etats qui ne pourraient adhérer à de telles dispositions contraignantes. Cette norme obligerait tout Etat à veiller à ce que des normes coercitives ne soient pas détournées par la diffusion depuis des serveurs informatiques situés sur le territoire, de matériel haineux destiné à la seule distance d'un Etat partie moins permissif, et ce en prenant toutes les mesures appropriées (par exemple, l'injonction de faire disparaître les messages hébergés abusivement). La notion "d'hébergement abusif" pour détourner les lois d'Etats moins permissifs, serait introduite. La consécration de cette norme n'est pas une nouveauté, puisqu'elle figure déjà l'article 16 de la Convention européenne sur la télévision transfrontières. Ce style de détournement abusif est ainsi connu. Il s'agirait donc d'empêcher la diffusion de propagande haineuse en offrant aux Etats-Unis, qui ne peuvent s'engager sur la voie de la pénalisation, un instrument juridique pour faire cesser ces émissions douteuses. Encore faudra-t-il s'entendre sur la notion d'hébergement abusif. L'hébergement abusif peut se comprendre comme "l'hébergement aux fins de diffusion sur le réseau informatique de sites contenant de l'information haineuse sous une forme quelconque (texte, image, son ou autre) dans le but de tirer parti d'un régime plus permissif". Il faut pour cela définir les indices : la rédaction dans une langue nationale autre que celle de l'Etat hébergement, la domiciliation du fournisseur de contenu dans un Etat autre que l'Etat d'hébergement, la provenance essentiellement étrangère des connexions, l'indication d'adresses de contact ou de paiement situées dans un Etat autre que l'Etat d'hébergement, la référence à des faits et contextes spécifiques à un autre Etat que l'Etat d'hébergement, le référencement par le moteur de recherche ».

DE LA COOPÉRATION DES INTERMÉDIAIRES À L'AUTORÉGULATION OU À LA CORÉGULATION

A. — La responsabilité des intermédiaires : les dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur la société de l'information (80)

31. — Entre le fournisseur de contenu et les destinataires du message, se glisse l'intervention de nombreux intermédiaires. Classiquement, on énumère le fournisseur de l'infrastructure câblée et hertzienne de télécommunications, le transporteur, le fournisseur d'accès et, finalement, celui d'hébergement. On peut également songer aux prestataires offrant des outils ou moteurs de recherche sur Internet (81).

La question soulevée à leur propos est double : peut-on leur imputer une quelconque responsabilité du fait des contenus illicites qu'ils ont transmis, hébergés ou identifiés ? Et quelles obligations mettre à leur charge pour prévenir ou, le cas échéant, bloquer ou retirer de tels contenus ?

Etienne Montero (82) présente comme suit le conflit des intérêts en présence, éclairant ainsi les solutions présentées par la loi du 11 mars 2003 (83) à la suite de la directive européenne du 8 juin 2000 (84) :

« Pour les prestataires intermédiaires, la possibilité d'être déclarés responsables pour des contenus illicites — émanant de tiers — constitue un risque économique notable, d'autant que le volumes d'informations qu'ils transmettent ou hébergent rendent les contrôles systématiques, sinon matériellement impraticables, à tout le moins coûteux, délicats aussi à l'heure de juger du caractère licite ou illicite de telle information. D'un autre côté, pour les victimes de contenus illicites, il est souvent malaisé d'obtenir réparation du dommage subi auprès des auteurs des contenus illicites ou préjudiciables (car ils ont agi dans l'anony-

(80) Parmi les nombreuses littératures sur le sujet, notons, A. Strowel et F. Tulkens, « Les intermédiaires dans la communication, des censeurs malgré eux ? », in *Censures, op. cit.*, pp. 97 et s.; E. Montero, M. Demoulin et C. Lazaro, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81 et s. en particulier, pp. 91 et 92 et A. Lucas, « La responsabilité civile des acteurs de l'internet », *A&M*, 2001, pp. 42-52; T. Verbiest et E. Wéry, « La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels », *J.T.*, 2001, pp. 165-173; R. Julià-Barceló, « On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Frameworks », *EL-PR*, 2000, pp. 105 à 119.

(81) Cette dernière catégorie d'intermédiaires n'est pas visée par la loi ni d'ailleurs par la directive. Leur responsabilité est donc celle du droit commun. Sur ce point, l'article de S. Pirlot de Corbion, « La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet », *D.A. O.R.*, 2004, n° 72, pp. 14 à 30.

(82) E. Montero, M. Demoulin, C. Lazaro, *op. cit.*, p. 91.

(83) *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12962.

(84) *J.O.C.E.*, 17 juillet 2000, L. 175/1.

mat ou partir de l'étranger ...) alors que les fournisseurs d'accès ou d'hébergement sont connus, à portée de main et généralement solvables ».

On ajoute que l'existence d'un régime de responsabilité trop strict ou trop flou, pour cette catégorie d'acteurs, fait craindre une attitude trop prudente de leur part vis-à-vis des messages véhiculés ou accessibles par leurs soins et, dès lors, une « censure » privée peu compatible avec le principe de liberté d'expression.

32. — Ceci explique sans doute que les activités de simple transport, caractérisant les services offerts par les transporteurs, sont exonérées de toute responsabilité pour les contenus acheminés (85). De plus, ceci justifie l'exonération d'une obligation générale de surveillance pour les quatre catégories d'activités citées par la loi du 11 mars 2003, à savoir, la fourniture d'accès à un réseau, le transport d'information, le stockage sous forme de cache et l'hébergement (86). On note que tel n'est pas le cas pour les moteurs de recherche qui, dès lors, pourraient être tenus de se doter d'outils permettant, de manière automatique, le repérage de sites illicites, en particulier les sites racistes, xénophobes ou pédophiles (87).

Ceci dit, rien n'empêche les autorités judiciaires d'imposer, dans des cas particuliers, une surveillance spécifique et temporaire (88). La loi luxembourgeoise impose cette dernière à propos des infractions liées à la pornographie, à l'incitation à la haine et au racisme (89). Chez nous, l'arrêté ministériel du 4 avril 2003 (90) charge explicitement les agents de la direction générale du contrôle et de la médiation du Service public fédéral Economie, P.M.E.,

(85) Article 18 de la loi.

(86) *Cfr* l'article 21 de la loi.

(87) Sur cette question délicate non tranchée par la directive européenne, S. Pirlot, *op. cit.*, p. 19. L'auteur craint que le fait de se doter de tels outils de filtrage n'aboutisse à bloquer l'accès à des sites à contenu scientifique et tout à fait licites comme des sites luttant précisément contre le révisionnisme. Par ailleurs, la liste des mots clés censurés risque d'être rapidement connue et donc le filtrage, contournable. A noter la recommandation du Forum français sur les droits de l'internet à propos de la responsabilité des fournisseurs d'hyperliens vers des contenus illicites qui estime qu'aucune responsabilité n'est due si le procédé peut conduire également à fournir des liens vers des sites licites (Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites? », recommandation du 23 octobre 2003, disponible sur le site du Forum : <http://www.foruminternet.org>. En d'autres termes, seul le choix de mots clés devant aboutir nécessairement à des sites illicites pourrait être reproché aux moteurs de recherche. Dans la pratique, cependant on voit mal quelles seraient les hypothèses visées.

(88) Article 21, § 1^{er}, alinéa 2.

(89) Article 383, alinéa 2, et 457.1 du Code pénal luxembourgeois. Sur ces dispositions, lire la critique de M. Durin *e.a.*, sous la direction de A. Prüm *e.a.*, *Le commerce électronique en droit luxembourgeois : commentaire de la loi (modifiée) du 14 août 2000 relative au commerce électronique*, Larcier, 2005, p. 539.

(90) *M.B.*, 15 avril 2003 pris en vertu de l'article 23 de la loi du 11 mars 2003.

Classes moyennes et Energie, de « rechercher et de constater les infractions à l'article 26 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects des services de l'information », et dès lors notamment les infractions consistant en la diffusion de messages racistes ou xénophobes. Ces agents pourront, au vu des procès-verbaux constatant une infraction, proposer aux contrevenants une transaction qui éteint l'action publique.

La loi met, de même, à charge des prestataires intermédiaires une obligation de collaboration (91). Les quatre catégories de prestataires, rappelés ci-dessus, ont l'obligation d'informer prestement, sous peine de sanctions pénales, le procureur du Roi lorsqu'ils ont connaissance d'activités illicites exercées par les destinataires du service (92).

33. — La nécessité selon la loi d'une « connaissance » d'activités illicites soulève deux questions : la première est de déterminer comment le prestataire peut être informé de telles activités et la seconde considère le moment à partir de quand cette information peut équivaloir à une « connaissance ».

Sans doute, l'information sur les activités, en l'occurrence la diffusion de messages illicites, proviendra de sources variées, tant internes (par exemple, le modérateur d'un forum de discussion mis en place par un hébergeur) qu'externes (la personne visée par le message, l'internaute ayant reçu un message racial, voire simplement un internaute qui au hasard des sites visités tombent sur des contenus xénophobes). Mais cette information significative « connaissance »?

La notion est floue (93). Cette incertitude, quant au degré de connaissance, est d'autant plus grave que la loi belge, à la suite de la directive, met à charge du prestataire du service d'hébergement ayant une « connaissance effective » de l'activité ou de l'information illicite l'obligation, sous peine de responsabilité, d'agir promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ».

La loi française (94) crée une présomption : « la connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les prestataires intermédiaires

(91) A noter que les agents de la direction générale du contrôle et de la médiation du Service public fédéral Economie visés par l'arrêté ministériel du 4 avril 2003 sont également compétents pour rechercher et constater l'infraction qui constitue cette absence de collaboration.

(92) Article 21, § 2. On ajoutera que sur la base de cette information, les autorités judiciaires compétentes, voire les autorités administratives (les agents de l'inspection des affaires économiques; article 23 de la loi et l'arrêté ministériel du 4 avril 2003 désignant les agents chargés de recherches et de constater les infractions à la loi du 11 mars 2003, *M.B.*, 15 avril 2003, pourront exiger de ces prestataires les éléments nécessaires à l'identification des auteurs de messages.

(93) A cet égard, Y. Pouillet et J.-F. Lerouge, « La responsabilité des acteurs de l'internet », in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 816-875.

(94) Article 6.I.5. de la loi française pour la confiance dans l'économie numérique.

res, lorsque la description des faits litigieux, leur localisation précise, les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré leur sont notifiés et à condition que cette notification comprenne : une date, le nom, le prénom, la profession, le domicile, la nationalité, la date et le lieu de naissance du notifiant qui est une personne physique, ou la dénomination, le siège social et l'organe de représentation légale du requérant qui est une personne morale, le nom et le domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social; la mention des dispositions légales et des justifications de faits; ainsi que la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté ».

A défaut de telles précisions par la loi belge, peut-on considérer, qu'avertis par simple courriel de l'existence d'une information ou d'une activité tenue comme illicite, le prestataire de service d'hébergement ou le fournisseur d'un moteur de recherche puissent être tenus d'une obligation de vérification (95)? Une telle solution met ce professionnel dans une situation embarrassante lorsque l'information dénoncée peut être interprétée de diverses manières : simple relation de faits ou incitation insidieuse à la haine raciale. Notre proposition est de réserver une telle interprétation, non à un prestataire privé dont la crainte d'être tenu pour responsable peut justifier un retrait ou un blocage intempestif de l'activité, mais à une autorité compétente (96) capable d'agir rapidement sans nécessairement déclencher l'appareil répressif et lent de la machine judiciaire. A ce propos, nous reviendrons sur le rôle que pourrait jouer le Centre pour l'égalité des chances (*infra*, n° 37). Comme le note le Conseil constitutionnel français à propos de la récente loi française pour la confiance dans l'économie numérique (97) : « (les articles de la loi) ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré l'information dénoncée comme illicite si celle-ci ne présente manifestement pas un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ».

(95) Sur ce point, lire les réflexions d'E. Montero, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, pp. 291 et s. Pour un rejet de tout devoir du prestataire de vérifier les assertions de tiers et l'obligation de n'agir que sur base d'une décision de justice, M. Durin *e.a.*, *op. cit.*, pp. 550 et s., E. Montero et H. Jacquemin, « La responsabilité civile des médias », vol. 3, in *Responsabilités - Traités théoriques et pratique*, titre II, dossier 26ter, Kluwer, 2003, p. 34.

(96) Sur ce point, les remarques de B. Frydman et I. Rorive, « Regulating Internet Content through Internet Intermediaries in Europe and USA », *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 2002, vol. 23, 41-59, et nos remarques in Y. Pouillet, J.-F. Lerouge, *op. cit.*, p. 1070 : « Une telle attitude entraîne une sorte de justice privée puisqu'elle octroie au prestataire, dans un domaine aussi délicat que celui lié à la liberté d'expression, le soin d'apprécier les contenus prétendument illicites ».

(97) Conseil constitutionnel français, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *J.O.*, n° 143, 22 juin 2004, p. 11182.

**B. — Au-delà des lois :
promouvoir l'autorégulation
et la corégulation**

34. — Est-ce l'ampleur du problème? Est-ce le caractère immatériel et fugace des messages véhiculés par Internet? Est-ce la dimension internationale du réseau qui les transporte? Est-ce la difficulté de trouver, ailleurs qu'auprès des intermédiaires eux-mêmes, des réponses effectives et adaptées aux caractéristiques du média qui expliquent que toutes les instances, tant européennes qu'internationales, aient, au-delà de la coopération des intermédiaires aux autorités policières et judiciaires, prôné la définition par eux-mêmes des solutions aux risques d'internet?

Sans vouloir les citer toutes, relevons le programme d'action de Durban. Il encourage les fournisseurs de services Internet à se doter de codes de conduite volontaires et leur demande de coopérer à l'action en faveur d'une éducation du public à la tolérance raciale.

Les nouvelles obligations mises à charge des intermédiaires par les législations européennes afin de lutter contre les messages illicites comme les messages racistes et xénophobes favorisent également l'adoption par ces acteurs de mesures dites d'autorégulation ou de corégulation (98), qui permettront, dans le respect des lois, d'assurer à celles-ci une meilleure effectivité (99). De manière générale, l'autorégulation s'entend du mode de production de la norme fondé sur l'adoption par les acteurs d'un système social de normes qui s'appliquent à ces mêmes acteurs. Bref, les destinataires d'une norme se donnent à eux-mêmes, sans intervention de l'autorité publique, leurs propres normes et, le cas échéant, veillent à la propre application (100). Ainsi, le code de conduite d'une association professionnelle constitue une forme d'autorégulation de même que les standards mis au point par un organe de standardisation privé, qui s'imposeraient dans un domaine d'activité donné. La corégulation repose sur le principe d'un réel dialogue entre l'Etat et les opérateurs privés, une sorte d'*effective mix*, selon l'expression de l'O.C.D.E. Il s'agit tantôt de l'autorité publique qui s'appuie sur des initiatives privées et les reconnaît afin de parvenir

(98) Le considérant n° 40 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique se réfère explicitement à l'autorégulation comme moyen de rendre effective ses dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires.

(99) *Cfr* sur ce point l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (Doc 2003/C321/01) conclu entre le Parlement européen, le Conseil des ministres et la Commission européenne en date du 16 décembre 2003. Cet accord prône pour une intervention subsidiaire du législatif européen qui, ayant fixé les principes de base, doit laisser aux représentants des acteurs privés intéressés (tant les associations d'entreprises que de consommateurs, voire les groupements de citoyens) le soin de définir les instruments « réglementaires » qui permettront la mise en œuvre de ces principes. Sur cet accord et le phénomène de la corégulation, nos réflexions, « Technologies de l'information et de la communication et corégulation : une nouvelle approche? », in *Liber amicorum M. Coipel*, Kluwer 2004, pp. 167 et s.

(100) Voy. P. Van Ommeslaghe, « L'autorégulation : rapport de synthèse », in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 233 et s.

aux objectifs qu'elle s'est fixés dans une réglementation publique; tantôt des opérateurs qui recherchent dans l'intervention publique un support à leurs initiatives de régulation (ainsi, l'agrément des labels de qualité par un organisme public). Cette corégulation peut prendre également la forme d'un contrat entre autorité publique et privée afin de fixer la régulation d'un secteur déterminé (101). Le protocole de collaboration pour lutter contre les actes illicites sur Internet conclu en 1999 entre les fournisseurs d'accès et le ministre des Affaires économiques pour lutter contre les messages illicites sur l'internet (102) relève ainsi de ce mode de régulation.

35. — Ainsi, l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 oblige l'hébergeur, qui a connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, à prendre des mesures promptes et efficaces, « dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ». Pourquoi ne pas prévoir des initiatives, communes ou non, des fournisseurs d'accès ou des hébergeurs, facilitant l'expression par l'internaute de sa découverte d'un site révisionniste, du partage répété d'insultes racistes sur un forum de discussion, etc.? La mise en place de *hotlines*, mieux, de formulaires à disposition des internautes, est une solution intéressante (103).

Des initiatives peuvent être prises, nous l'avons dit, au niveau d'un acteur mais on privilégiera des actions communes dans la mesure où elles permettent une collecte à plus grande échelle et, dès lors, une meilleure expertise de personnes en charge de la gestion de la *hotline* (104).

36. — Le premier document de l'Union européenne en matière de lutte contre les messages illicites et dommageables sur Internet (105) est un plaidoyer en faveur d'initiatives d'autorégulation comme mode approprié de lutte contre les messages illicites (106) : création

(101) Sur cette contractualisation, lire *Droit négocié, droit imposé?*, publications F.U.S.L., Bruxelles, 1996.

(102) Signé le 28 mai 1999 entre l'I.S.P.A., le ministre des Communication et de la Justice, et disponible sur le site de l'I.S.P.A. (<http://www.ispa.be>)

(103) Elle est rendue obligatoire par la L.C.E.N. française.

(104) Ainsi, en matière de lutte contre la pédophilie, on note l'initiative Inhope (Internet Hotline Providers in Europe) qui regroupe dix-huit *hotlines* nationales dont la belge.

(105) Ce document a certes été pris dans la foulée de la décision de la Cour suprême des Etats-Unis déclarant inconstitutionnel le « Decency Act », qui rejette l'intervention législative et prône le recours à des mesures d'autorégulation. Sur cette décision et ce mouvement, lire en particulier, D. Custos, « Liberté d'expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet », *Rev. dr. publ.*, 1998, I, p. 54; sur le débat en général et sur l'évolution de la position européenne, nos réflexions in M. d'Udekem-Gevers et Y. Pouillet, « Internet Content Regulation : Concerns from a European User Empowerment perspective about Internet Content Regulation : An analysis of some recent statements », Part. I, *C.L. & S.R.*, 2001, vol. 17, n° 6, pp. 371 à 377.

(106) « Plan d'action pour promouvoir l'utilisation sûre de l'internet en combattant les contenus illégaux et dommageables sur l'internet ».

de réseaux européens de *hotlines* pour les internautes; développement par l'industrie du logiciel de systèmes de filtrage et de systèmes d'évaluation des sites, voire des messages; meilleure connaissance via, en particulier la communauté éducative, par les internautes de leur responsabilité, etc. Chez nous, l'avis de l'Observatoire de l'internet (107) à propos de la protection des mineurs sur l'internet et la signature de l'accord conclu, le 28 mai 1999, entre l'I.S.P.A. et les ministres des Télécommunications et de la Justice actant la collaboration des acteurs privés à la lutte contre les actes illicites sur l'internet dont le racisme, témoignent du même intérêt, voire de la confiance, mise par les gouvernements et les acteurs dans les vertus de ces modes de régulation de l'internet par les acteurs privés eux-mêmes.

Ces formulaires aident les destinataires à mieux exprimer et « localiser » le problème rencontré par eux, ce qui permettra, par la suite, une identification plus facile du site ou du message incriminé. Ils permettent, en outre, la conservation d'une preuve (copie du message reçu ou des pages du site web visités) de l'infraction (108).

Si l'information reçue laisse planer quelque doute sur la nature illicite du message (ainsi, s'agit-il de la relation de simples faits ou faut-il voir derrière l'exposé apparent de faits, des allégations sournoises dirigées contre une population allochtone?), à nouveau, l'autorégulation peut offrir, via le recours à des systèmes d'*On Line Dispute Resolution* (109) (les ODR) une solution à la question délicate suivante. L'intermédiaire n'est en effet pas en mesure de juger du caractère licite ou non d'un message, de sa gravité ou non (110). Pourquoi ne pas prévoir la possibilité pour lui d'acheminer le message controversé vers un expert qui pourrait tantôt, vu la gravité de l'infraction, à la fois demander le blocage ou le retrait du site, ordonner la déconnexion de l'abonné, voire prévenir les autorités policières, tantôt prendre contact avec l'auteur du message, lui demander de corriger ses propos et lui rappeler la nécessité du respect dû à la dignité d'autrui.

(107) Avis n° 1 de l'Observatoire des droits de l'internet du 29 janvier 2003 : protection des mineurs disponible sur le site de l'Observatoire : <http://www.internet-observatory.be>.

(108) Au-delà, ils permettraient à l'internaute de pouvoir signaler s'il souhaite ou non rester anonyme au cas où la procédure pénale serait entamée. La *hotline* peut également servir à répondre à des demandes d'informations en provenance d'internautes. « J'ai lu ceci sur l'internet. Qu'en pensez-vous? Quelle est la législation en la matière? Que peut-on faire en Belgique si l'hébergeur est aux Etats-Unis? ».

(109) A propos de ce phénomène, T. Schutz, « Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne », *Cahiers du C.R.I.D.*, n° 27, Bruylant - L.G.D.J., 2005.

(110) Ajoutons que sa position est en outre délicate. Toute intervention pourrait lui être reprochée par son client ou par l'auteur d'un message dont le site a été bloqué au cas où, par la suite, il s'avérerait que les messages n'avaient rien d'illégal, et à l'inverse, sa non-intervention alors que le message s'avérerait par la suite illicite entraînerait sa responsabilité pour absence d'intervention diligente.

37. — Sans doute, y a-t-il, à la fois en matière d'*hotlines* et d'ODR, un rôle pour le Centre de l'égalité des chances (111). Une convention liant les fournisseurs d'accès et d'hébergement au Centre pourrait convenir de l'acheminement des messages non manifestement illicites et de l'obligation des intermédiaires de se conformer aux opinions du Centre, dont la mission est précisément de veiller au respect des lois relatives au racisme et à la xénophobie. Faut-il voir dans cette intervention une violation des principes du droit à la justice, une sorte de privatisation de la justice (112)? Si la question est délicate lorsqu'il s'agit de mécanismes mis en place par les acteurs de l'internet eux-mêmes (par exemple la médiation offerte par un cybertribunal institué par l'association des fournisseurs d'accès à l'internet), on notera que la critique peut difficilement s'adresser vis-à-vis de l'action d'un organisme mis en place précisément par les pouvoirs publics de manière à garantir son indépendance vis-à-vis de tels acteurs.

Il est évident, par ailleurs, que le médiateur ne se substitue pas au juge lorsqu'il adresse à un internaute quelque admonestation ou lui rappelle certains principes; de même que nul ne reprochera à un commerçant de tancer, verbalement, cela s'entend, un jeune chapeleur sans toutefois le dénoncer à la police. Le doute grandit lorsque le médiateur « ordonne » à un intermédiaire de retirer le service qu'il offrait à un internaute voire, le cas échéant, informe la communauté des intermédiaires de la décision prise. Ainsi, on sera attentif à la légitimité du médiateur, au caractère proportionné des mesures proposées par lui et aux recours possibles devant les tribunaux en cas de contestation de telles mesures.

La mise en place de « filtres » combinés avec des systèmes dits de *rating*, c'est-à-dire de classement des sites suivant divers critères (113) parmi lequel le critère « promotion de la haine » pourrait figurer, est également évoquée. Quelques réflexions à cet égard (114) : la première constate que les filtres actuellement mis sur la marché reprennent peu ce critère, dans la mesure où ils sont d'origine américaine et suivent sur ce point la doctrine américaine de la libre expression. La deuxième note qu'à propos de la haine raciale, il s'agit non de messages offensants mais bien illicites et donc proscrits. Il serait donc utile de prévoir des systèmes qui blo-

(111) ... dans d'autres domaines, il s'agira d'autres « médiateurs ». Ainsi, en matière de pédophilie, ce pourrait être Child Focus, de non-respect des législations commerciales, un centre de médiation créé auprès de l'inspection des affaires économiques, etc.

(112) La question est posée par les associations de libertés civiles. Ainsi, N. Strohom, in « ACLU Joins International Against Global Internet Censorship Plans », 9 septembre 1999, disponible sur <http://www.aclu.org/news/1999/n090999a.htm>.

(113) Comme critères, on note : la sexualité, la violence, la haine l'illicéité, la drogue, les boissons illicites, les jeux de hasard. Pour une réflexion plus complète, lire M. d'Udekem-Gevers, Y. Poulet, *op. cit.*

(114) Ainsi les PICS (Platform for Internet Content Selection) adoptés en particulier par l'ICRA (Internet Content Rating System). Cfr le site <http://www.icra.org/> qui distingue les contenus suivant les critères de violence, de pornographie et de qualité du langage.

queraient d'emblée, soit chez les utilisateurs (le filtre étant alors installé d'office sur le navigateur), soit chez l'intermédiaire, tous les messages racistes ou de haine raciale. Enfin, troisième réflexion, les filtres, même ceux qui analysent « intelligemment » textes et images, semblent encore rencontrer nombre de difficultés, bloquant parfois des sites scientifiques combattant le racisme, voire le site présentant les résultats de la conférence de Durban, et laissant passer des sites réellement racistes (115).

Quoi qu'il en soit, on pourrait imaginer d'imposer aux intermédiaires, en particulier les fournisseurs d'accès, sur la base d'une obligation de surveillance spécifique (116) d'installer des filtres permettant le filtrage de contenus racistes ou xénophobes (116bis).

38. — L'autorégulation peut également prendre la forme de codes de conduite, voire de contrats conclus entre le fournisseur d'accès, les hébergeurs, y compris de *blogs*, les médiateurs et rappelant clairement et explicitement à la fois les interdictions légales, la responsabilité des auteurs de messages et les sanctions possibles vis-à-vis d'auteurs d'infractions. Là, également, on ne peut qu'encourager le développement en commun, par ces divers intermédiaires ou fournisseurs, d'espaces de diffusion de messages alertant l'internaute sur le caractère illicite de certains messages et la responsabilité pénale de leurs auteurs. Au-delà, les intermédiaires pourraient s'entendre sur la façon dont les dispositions réglementaires prohibant les messages racistes et les moyens mis à la portée des internautes pour dénoncer de tels messages illicites seront portées à la connaissance des utilisateurs par des clauses spécifiques dans les conditions générales d'abonnement à leurs services voire l'apparition de fenêtres (*pop-up*) lors de l'utilisation des navigateurs.

Enfin, on multipliera les actions d'information et d'éducation via les programmes scolaires via la presse, via l'internet (117). On citera en ce sens diverses déclarations, celle du rapport des Nations unies qui a conduit à la Conférence de Durban, celle de l'O.S.C.E. dans la

(115) Ces exemples sont donnés par Y. Akdeniz, *op. cit.*, pp. 36 et s. et les références citées, en particulier les références aux conclusions de la National Coalition Against Censorship. Sur ce point, de manière plus générale, Y. Akdeniz, « The Regulation of Internet Content in Europe, Governmental control v. Self Responsibility », 1999, *Swiss Political Science Review*, 5(2), Summer, 123-131, <http://www.copa-commission.org/papers/art-2-2.html>

(116) A cet égard, notre réflexion à propos de la loi luxembourgeoise sur le commerce électronique, *supra* n° 33.

(116bis) La loi française (L.C.E.N.) du 21 janvier 2004 dispose en ce sens que « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés des moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens » (article 6). Un accord a été signé le 16 novembre 2005 entre le gouvernement et les fournisseurs d'accès Internet pour la fourniture sans surcoût, d'un logiciel de filtrage et de contrôle parental dans les kits de connexion Internet.

(117) Pour reprendre l'idée de la déclaration de Durban (cfr *supra*, n° 3), « Internet lui-même est un moyen effectif de lutter contre le racisme ».

recommandation déjà citée, celle enfin de la loi française sur la confiance dans l'économie numérique qui exige la mise en place de programmes éducatifs face aux risques liés à l'utilisation de l'internet.



CONCLUSIONS

39. — La lutte contre la « cyber-haine » sur l'internet est une nécessité dans la mesure où ce média permet une diffusion sans précédent des messages racistes et xénophobes en même temps que les caractéristiques de ce média autorisent un discours plus surnois, plus persuasif et créent une impression d'impunité.

Si les législations existent pour réprimer de tels abus et atteintes à la dignité humaine d'autrui, elles s'avèrent dans leur application, largement dépourvues de l'efficacité nécessaire. La liberté d'expression, garant de la démocratie, est trop souvent invoquée à l'appui de la diffusion de tels messages et l'interdit de la « censure » est brandi par ceux qui nient les valeurs fondamentales de la société. La distinction de la liberté de la presse et la liberté d'expression permettrait de réserver à certaines expressions sur l'internet, la protection particulière accordée par le législateur belge à la presse et d'appliquer purement et simplement aux autres formes d'expression, les seules limites prévues à l'article 10, alinéa 2.

Au-delà, nous appelons à un élargissement des incriminations de la haine raciale. La ratification par la Belgique permettrait un tel élargissement. Cette ratification aurait d'autres avantages : légaliser les méthodes particulières d'investigation des autorités policières justifiées par la dématérialisation, la volatilité et l'opacité des messages diffusés par les systèmes d'information modernes. En outre, cette ratification autorise la coopération internationale si nécessaire face à un réseau sans frontières.

Enfin, en complément aux devoirs et obligations légales imposés par les législations modernes aux intermédiaires du réseau et de manière à les rendre plus effectifs, nous plaiderions pour la recherche avec ces acteurs de mesures diverses permettant la prévention, le signalement voire l'écartement des messages à contenu raciste, xénophobe ou révisionniste en même temps que des sites qui, le cas échéant, aident à leur diffusion. Dans le contexte de cette action complémentaire, le Centre pour l'égalité des chances a un rôle essentiel à jouer.

Que ces quelques réflexions puissent servir la cause de la dignité humaine, tel est notre vœu!

Yves POULLET

Professeur aux Facultés de Namur et de Liège
Directeur du C.R.I.D. des F.U.N.D.P.