

2

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX : THÉORIE ET PRATIQUES D'UNE RÉALITÉ MULTIPLE ET AMBIVALENT

Quentin PIRONNET

maître de conférences à l'ULiège
référendaire à la Cour constitutionnelle

Sommaire

| | |
|--|-----|
| Introduction | 64 |
| Section 1 | |
| Les réseaux sociaux et leur triple ambivalence : éclairer un droit fragmenté | 65 |
| Section 2 | |
| Les grands principes du contentieux de la liberté d'expression | 74 |
| Section 3 | |
| Les réseaux sociaux et la liberté d'expression : approche pratique | 83 |
| Conclusion : embrasser le paradigme contemporain | 106 |

Introduction

En novembre 2019 avait lieu à Londres la 50^e édition du Masters de tennis masculin, qui réunit les huit meilleurs joueurs de la saison. Contrairement à l'ambiance parfois guindée des autres grands rendez-vous de la discipline, l'atmosphère y ressemble plus à celle d'un concert de rock. Fait saillant, les smartphones y sont autorisés et même encouragés. Entre les matchs, le quadruple écran central au plafond de l'O₂ Arena diffuse en boucle un message relayé par chaque joueur : « Don't forget to share ! And remember, if it isn't on social media, it never happened... ». Cette anecdote est d'autant plus révélatrice d'une profonde modernité qu'elle prend place dans un contexte éloigné de toute réflexion philosophique, politique ou juridique. L'idée que les réseaux sociaux seraient la preuve même de la réalité donne le tournis, mais elle reflète bien les habitudes comportementales des générations 2.0.

L'envahissement de nos vies par ces réseaux sociaux, plus encore que par internet en général¹, amène à réfléchir à nouveaux frais sur de nombreux impondérables politiques et juridiques. Cette présence est d'autant plus invasive qu'elle a lieu par le biais de nos smartphones, véritables « monstres attentionnels »². Dans un mouvement presque physique de forces contraires, ces réseaux ont à la fois amené des canaux d'exercice sans précédent de la liberté d'expression de chacun³ et charrié de nombreux dangers et violences aux conséquences parfois démesurées. Or, dans un réflexe propre à la polarisation contemporaine des discours, une partie des réflexions, notamment juridiques, sont parasitées par la dénonciation de toute prise en compte de ces réalités nouvelles comme une dérive liberticide contre laquelle il convient de lutter. Nous croyons au contraire qu'un débat peut avoir lieu sur une protection plus adéquate des droits et libertés de chacun.

La difficulté d'appréhender le phénomène tient au fait que les réseaux sociaux entraînent des effets antagonistes, mais qui cohabitent, à savoir d'une part la désinhibition/débridation des discours haineux, et d'autre part une aug-

¹ Nous ne traiterons, dans cette contribution, que des réseaux sociaux. Traiter d'un bloc « le droit et le monde numérique » a certes un avantage, mais beaucoup d'inconvénients. Un avantage, car, sociétalement, l'introduction des écrans et des nouvelles technologies au sens large est un phénomène massif, « disruptif » (pour utiliser un mot à la mode), et probablement irréversible (voy. la belle remise en perspective dans Y. POULLET, *La « révolution » numérique : quelle place encore pour le droit ?*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2020, 126 p.). Avantage également, car le droit a systématiquement une ardeur de retard quant à lui. Mais cette mise dans le même panier de réalités parfois aux antipodes l'une de l'autre (l'intelligence artificielle des objets et les réseaux sociaux par exemple) a également des inconvénients. Differencier, classer, affiner, sont la voie vers une meilleure prise en compte juridique de « matières » aux contours très différents. L'approche « le droit du numérique » présente un inconvénient plus insidieux. En présentant le numérique en bloc, il se dégage l'impression d'une nécessité d'un droit *ad hoc, sui generis*, qui peut certes exciter les chercheurs, mais ne fait pas l'affaire des magistrats. En réalité, cloisonner le numérique en problématiques et domaines plus définis permet au contraire de faire revivre le droit et les techniques juridiques « classiques » et de les appliquer/adapter à des objets numériques particuliers.

² G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, Paris, PUF, 2021, p. 51.

³ Comme il est relevé dans Cour eur. D.H., arrêt *Yıldırım c. Turquie*, 18 décembre 2012, § 20.

mentation inégalée de l'autocensure et du polissage du discours. Les personnes qui, par leur positionnement algorithmique ou leurs habitudes d'utilisation de ces réseaux, subissent le second effet et n'aperçoivent pas toujours (ou peu) le premier, ont, de manière compréhensible, beaucoup de mal à concevoir sérieusement l'alarmisme de ceux qui se focalisent sur les vies brisées par la dérégulation sauvage. Or, ces deux effets sont simultanés et corrélatifs. L'autocensure est bien souvent choisie, plus ou moins consciemment, en prévention et par peur d'un déferlement de haine ainsi que par l'effet du «panopticisme» caractéristique des réseaux sociaux⁴. L'impunité qui y règne n'y est pas étrangère. Une plus grande régulation pourrait donc, paradoxalement, faire croître la liberté d'expression et non la réduire.

Cerner les enjeux propres aux réseaux sociaux et leur rapport au droit passe d'abord par une mise en exergue de leurs ambivalences intrinsèques (section 1)⁵. Après avoir rappelé certains aspects essentiels de la liberté d'expression et de celle de la presse (section 2), il est ensuite possible d'établir une typologie des expressions sur les réseaux sociaux et de la confronter à la pratique juridique et judiciaire, bien que le traitement de certaines d'entre elles soit parfois absent ou flou (section 3).

Section 1

Les réseaux sociaux et leur triple ambivalence : éclairer un droit fragmenté

Si internet a bouleversé nos vies dans les années 1990, avec son «effet amplificateur et mondialisant»⁶, rien n'égale l'emprise des réseaux sociaux sur la société au tournant des années 2010. Ceux-ci (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat, Messenger, WhatsApp, TikTok, etc.) font notamment la part belle à une interénétration de deux droits : la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Ce dernier a, sur ces réseaux, un aspect à double sens puisque tant l'émetteur que le receveur peuvent estimer en bénéficier (voy. *infra*). Si leur analyse est urgente, c'est également car les recherches montrent une forte

⁴ C. RICHAUD, «Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique?», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, vol. 57, n° 4, p. 33.

⁵ Nous n'aborderons, par manque de place, qu'incidentement la question de la régulation des réseaux sociaux eux-mêmes, qui mêle des aspects de droit international aussi bien privé que public, mais aussi des aspects de droits fondamentaux. Voy. pour une discussion récente : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1889/001.

⁶ W. BENEDEK et M. C. KETTEMANN. «Chapitre 3. Restrictions à la liberté d'expression en ligne», in W. Benedek et M. C. Kettemann (dir.), *Liberté d'expression et internet*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2014, p. 54. Pour Dominique Rousseau, puisque la diffusion de l'information existe depuis longtemps, il n'y a «[r]ien de vraiment nouveau donc avec internet», tout juste un changement d'échelle (D. ROUSSEAU, «Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel», *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, vol. 57, n° 4, p. 10).

corrélation entre l'utilisation croissante des réseaux sociaux et l'augmentation de la violence dans un pays⁷.

La difficulté des juristes pour appréhender et encadrer l'expression sur ces réseaux sociaux est selon nous liée à une triple ambivalence de ceux-ci : l'ambivalence espace/médium (A), l'ambivalence de l'écrit (B) et l'ambivalence de la publicité et de l'intentionnalité (C).

A. L'ambivalence espace/médium

La première ambivalence tient à la nature même de ces objets numériques que sont les réseaux sociaux. Ils sont en effet *à la fois* un médium informationnel et un espace. La première qualification vient naturellement à l'esprit de toutes les générations qui ne sont pas nées à leur ère. Tant par leur dénomination en anglais (*social media*) que parfois en français (médias sociaux), ces plateformes peuvent être considérées comme un outil de communication médiatique. De la campagne de Barack Obama en 2008 aux centaines de milliers d'euros dépensés en publicité payante par les partis politiques de nos jours, y compris en Belgique, une partie des commentateurs ne peut s'empêcher de penser à une sorte d'entrée dans le XXI^e siècle des vieux journaux, périodiques, tracts et pamphlets. Mais c'est la seconde qualification qui correspond peut-être le plus à la manière dont les *digital natives*⁸ appréhendent les réseaux sociaux (même s'ils ne sont pas les seuls). Ceux-ci désignent alors également un prolongement (ou un miroir) de l'espace physique⁹. On y « traîne », « discute », « échange », exactement comme dans la rue ou dans un café¹⁰. Ceci est en outre renforcé par ce que l'on nomme la « présence à distance » ou « télé-présence », qui peut être définie « comme le sentiment de la présence d'autrui, malgré l'absence physique, à travers une médiation technologique »¹¹. Les critères principaux de ce concept que sont l'incarnation et le délai entre émission et réception¹² peuvent

⁷ D. U. PATTON *et al.*, « Social media as a vector for youth violence : A review of the literature », *Comput. Hum. Behav.*, 2014, vol. 35, pp. 548-553.

⁸ Génération née avec la révolution numérique, J. BOYADJIAN, « Désinformation, non-information ou sur-information ? Les logiques d'exposition à l'actualité en milieux étudiants », *Réseaux*, 2020, vol. 222, n° 4, p. 28. Une partie de la sociologie générationnelle, anglo-saxonne, préfère le mot « iGen », voy. J. TWENGE, *iGen : Why Today's Super-Connected Kids Are Growing Up Less Rebellious, More Tolerant, Less Happy – and Completely Unprepared for Adulthood – and What That Means for the Rest of Us*, New York, Atria Books, 2017, 352 p.

⁹ S. SOBIERAJ, « Bitch, slut, skank, cunt : patterned resistance to women's visibility in digital publics », *Information, Communication & Society*, 2018, vol. 21, n° 11, p. 1702.

¹⁰ Les psychologues et thérapeutes constatent d'ailleurs que leur patients ne font souvent aucune différence entre leurs interactions sociales « face à face » et leurs interactions sociales numériques, A. ALTER, *Irresistible : The Rise of Addictive Technology and the Business of Keeping Us Hooked*, New York, Penguin Press, 2018, p. 14.

¹¹ J. BOURDON, « Désincarnation, délai, dissémination : la téléprésence dans l'histoire, de la correspondance aux réseaux sociaux », *Le Temps des médias*, 2018, vol. 31, n° 2, pp. 76-89, ici p. 76.

¹² *Ibid.*, p. 79. Plus le correspondant est « incarné » (ce qui peut tenir à la connaissance de l'identité, à l'aspect visuel et sonore, etc.) et plus le délai entre émission et réception est court, plus la téléprésence est importante.

en effet être à leur paroxysme sur les réseaux sociaux, le premier étant d'ailleurs fortement corrélé à l'effet de réalité du cyberharcèlement (voy. *infra*, section 3, A). Les périodes de confinement récentes ont également démontré l'actualité et la prégnance de la téléprésence.

Cette vision des réseaux sociaux comme espace n'est pas l'apanage du monde numérique en général, elle leur est propre. En effet, à bien des égards, le fait d'accéder aux réseaux sociaux comme l'on sortirait dans un parc avec des amis est, comportementalement et sociétalement, très éloigné de la consultation de sites d'information en ligne et même de blogs. Cette différence se traduit de deux façons : par l'omniprésence des géants des réseaux sociaux tout d'abord, et par le sentiment d'une obligation et d'un droit d'y être ensuite. Nous y reviendrons.

On est frappé du cloisonnement des aspects abordés lorsqu'on lit des ouvrages de science politique (ou de droit), focalisés sur le porte-voix politique et médiatique que constituent les réseaux sociaux, ou que l'on parcourt des ouvrages de sociologie, particulièrement de la jeunesse, où ces mêmes réseaux sont décrits comme la continuation numérique (car loin d'être « virtuelle ») de l'espace social de construction d'une identité et d'une sociabilité. En d'autres termes, « les échanges numériques des individus constituent une prolongation de leur vie sociale par d'autres moyens »¹³. Le droit ayant la prétention d'embrasser le réel sous ses propres formes codifiées, il y perdrat à ne pas y être sensible.

Ainsi, le fait que les réseaux sociaux peuvent être considérés comme le « lieu par excellence de l'engagement militant »¹⁴ n'empêche pas qu'il soit également le lieu d'activités tout à fait banales. Tout comme l'on peut flâner en amoureux devant la Bourse à Bruxelles sans pour autant brandir une affiche de manifestation politique. Il en découle une potentialité inhérente aux réseaux sociaux, mais uniquement une potentialité. S'il est vrai que « [t]out ceux qui ont un compte Facebook, Tweeter [sic] ou autre ont un pouvoir éditorial »¹⁵, ce pouvoir n'est pas toujours utilisé. Bien que tout le monde, dans un café, a le pouvoir d'invectiver la foule sur la dangerosité supposée du glyphosate, il n'en demeure pas moins que l'on peut aussi très bien rester assis à sa table à se montrer des photos de ses enfants en cassant du sucre sur le dos de la voisine de palier. C'est ainsi que l'espace prend le pas sur le médium. Là où l'on peut partir d'une présomption générale de diffusion de contenu informationnel dans un journal en ligne ou un blog, cette présomption est beaucoup moins fondée dans le cas des réseaux sociaux. La casuistique prévaut. Cette casuistique varie de nouveau considérablement en fonction du réseau social considéré, où le degré d'usage de ce « pouvoir éditorial » ira de très important pour Twitter à plus rare

¹³ D. CARDON et S. ZBIGNIEW, « Réseaux et les mutations de la sociabilité », *Réseaux*, 2014, vol. 184-185, n°s 2-3, p. 163.

¹⁴ M. PELTIER, *Obsession, Dans les coulisses du récit complotiste*, Paris, Éditions Inculte, 2018, p. 27.

¹⁵ G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, op. cit., p. 137.

pour des plateformes comme Snapchat, en passant par la plateforme protéiforme par excellence, Facebook. Il ne faut pas non plus oublier que certaines messageries sont utilisées exactement comme des réseaux sociaux « ouverts », de sorte que l'éventuelle distinction messagerie/réseau social est également poreuse¹⁶. On notera à cet égard l'utilisation de WhatsApp dans la campagne de Jair Bolsonaro¹⁷ ou encore les agressions collectives qui ont eu lieu en Inde par le biais de cette même plateforme¹⁸.

Il en résulte, en droit, plusieurs pistes et interrogations. Premièrement, puisque ces réseaux sociaux sont aussi des espaces, on peut se demander si, outre la liberté d'expression, la liberté de réunion n'y jouerait pas un rôle¹⁹, avec la répartition classique en fonction de l'accès plus ou moins grand au public et l'intention des organisateurs de ladite réunion²⁰. Ceci fait écho notamment à la troisième ambivalence (voy. *infra*, section 1, C). Deuxièmement, et en parallèle au harcèlement « physique », la question d'un éloignement du cyberharcilleur peut être appréhendée si l'on accepte cette ambivalence alors qu'elle est impensable, au sens propre, si l'on considère ces réseaux comme simples médias²¹. Enfin, troisièmement, la demande grandissante à ne pas se voir privé de l'accès aux réseaux sociaux, avatars de la vie sociale contemporaine, permet de réfléchir sur l'interprétation de l'aspect passif de la liberté d'expression. Il en découle que le simple conseil de « se retirer des réseaux sociaux » pour échapper aux auteurs d'infractions devient tout aussi inenvisageable que le même conseil donné aux victimes d'agressions physiques de se retirer de la voie publique. Rappelons en effet que cette première ambivalence est renforcée par le fait que les oppressions structurelles du monde « physique » ont tendance à se retrouver dans le monde numérique des réseaux sociaux, voire à s'amplifier. Nous y reviendrons.

B. L'ambivalence de l'écrit

La seconde ambivalence tient à l'écrit. Dans le monde contemporain, la frontière entre l'écrit et l'oral tend à s'estomper. L'on « parle » sur les réseaux

¹⁶ Voy. *infra* sur la troisième ambivalence.

¹⁷ D. MILLER *et al.*, « The Heart of the Smartphone : LINE, WeChat and WhatsApp », in *The Global Smartphone : Beyond a Youth Technology*, Londres, U.C.L. Press, 2021, pp. 181-216.

¹⁸ Voy. le résumé effectué dans « Piratages, lynchages, élections, rumeurs : WhatsApp en cinq polémiques majeures », R.T.B.F., disponible à l'adresse : www.rtbf.be/info/insolites/detail_piratages-lynchages-elections-rumeurs-whatsapp-en-cinq-polemiques-majeures?id=10675137.

¹⁹ La Cour constitutionnelle estime d'ailleurs que « la liberté d'expression est l'un des objectifs de la liberté de réunion et d'association », C.C., 28 janvier 2015, arrêt n° 9/2015, B.24.

²⁰ Chr. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, 2^e éd., Bruxelles, la Charte, 2021, pp. 728-733.

²¹ L'éloignement, ou plus précisément le non'accès à certains réseaux sociaux, peut, techniquement, être effectué par le fournisseur d'accès à internet. Voy. not. la législation française qui prévoit, en cas de méconnaissance des obligations en matière de propriété intellectuelle, une sanction de suspension à internet et une interdiction de souscrire à un autre opérateur, de deux mois à un an (art. L336-3 du Code de la propriété intellectuelle français, validé par le Conseil constitutionnel, 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC).

sociaux²². À l'heure de la dictée des *posts* et messages par les adolescents, transformés en mots sur les réseaux sociaux par leur smartphone ou autres objets connectés, il faut constater que la communication moderne a fait fi de cette dichotomie datée. Comme le note Dominique Cardon, «s'inventent sur les réseaux sociaux d'autres manières de participer, plus volatiles et conversationnelles»²³. Le droit est en porte-à-faux avec cette réalité puisqu'une part importante de la mythologie juridique est fondée sur l'écrit, du régime probatoire en droit civil à l'adage applicable aux membres du parquet : «la plume est serve, mais la parole est libre». Bref, il est extrêmement malaisé de se débarrasser de l'anthropologie juridique de l'écrit, qui, au demeurant, a démontré son efficacité pendant des décennies. Si cette division était compréhensible pour des raisons symboliques et purement mémorielles («les paroles s'envolent, les écrits restent») pendant de nombreux siècles, la mémoire implacable et absolue d'internet qui frappe indistinctement les mots, images, vidéos, enregistrements audio, localisations et «traces» en tout genre est venue mettre à néant son utilité, y compris et surtout dans le droit de l'expression au sens large. Cette fébrilité a déjà une conséquence tangible : le droit à l'oubli, qui se situe au confluent d'un grand nombre de digues juridiques auparavant étanches. En résumé, les réseaux sociaux gardent le grand désavantage de l'écrit, à savoir d'être potentiellement éternel²⁴, tout en revêtant le plus souvent les oripeaux de l'oralité.

Cette deuxième ambivalence montre qu'il est difficile de définir les réseaux sociaux en recourant à des analogies anciennes. Dire qu'ils se situent entre la correspondance épistolaire et les presses clandestines d'autrefois, mais qu'ils sont aussi un club de débat de village, une tribune politique et un comptoir de café, est certes vrai, mais n'apporte qu'une aide toute relative à une conceptualisation juridique fondée sur la cohérence jurisprudentielle et un droit plus classique.

Dans un retournement de perspective, on pourrait reprendre les mots du Procureur général Leclercq qui estimait que l'audiovisuel ne pouvait être qualifié de délit de presse puisqu'il n'était «qu'une amplification de la parole»²⁵. La réalité des réseaux sociaux nous force à attribuer cette qualité d'amplification de la parole à la manière dont ceux-ci sont utilisés, nonobstant leur «forme écrite».

En droit, cette problématique entraîne de nombreuses interrogations. La plus évidente, relayée par un grand nombre de plumes doctrinales²⁶, tient à la

²² Et ceci est particulièrement le cas pour les générations nées avec les smartphones, J. TWENGE, *iGen [...]*, *op. cit.*, p. 52.

²³ D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, Paris, Le Seuil, 2015, p. 19.

²⁴ S. POLAK et D. TROTTIER, «Introducing Online Vitriol», in S. Polak et D. Trottier (éd.), *Violence and Trolling on Social Media : History, Affect, and Effects of Online Vitriol*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2020, p. 16.

²⁵ J. LECLERCQ, «Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes», in *Novelles, Droit pénal*, t. IV, Les infractions, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 196-198.

²⁶ Voy, entre autres, E. CRUYSMANS, «L'image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation?», *A&M*, 2014/2, pp. 134-137 et Q. VAN ENIS, «Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne?», *J.T.*, 2014/21, pp. 393-397.

remise en cause de l'hypertrophie de l'écrit opérée par la Cour de cassation s'agissant de définir le délit de presse (voy. *infra*, section 2, B). Si l'écrit des réseaux sociaux est la nouvelle oralité, une compréhension fine du contenu d'une expression, par exemple dans le cadre d'un procès, doit comprendre une analyse d'intentionnalité.

C. L'ambivalence de la publicité et de l'intentionnalité

Ceci nous amène à la troisième ambivalence des réseaux sociaux qui tient à la publicité et à l'intentionnalité au sens large. En effet, « [d']une part, le droit de prendre la parole en public s'élargit à la société entière ; d'autre part, une partie de conversations privées s'incorpore dans l'espace public»²⁷. Contrairement à ce qu'en pensent certains auteurs²⁸, il n'est pas ridicule d'intégrer ces pratiques privé/public dans l'appréhension juridique des réseaux sociaux, comme nous allons le voir ci-après. Cette ambivalence se repère jusque dans le lexique propre aux réseaux sociaux. Ainsi, le terme « publication » ne laisse aucune latitude au caractère privé, pas plus que le terme « message » ne laisse douter sur l'absence de caractère public, tandis que le mot « *post* » en anglais constitue une sorte d'hybride des deux termes précités.

L'intentionnalité de communiquer une information au public est à géométrie variable. Si l'on peut partir d'une présomption, celle-ci ne peut être irréfragable au risque de heurter de façon automatique d'autres droits comme celui à la vie privée²⁹. De même, elle ne peut pas non plus ne relever que du bon vouloir de l'émetteur. Ce constat est encore plus prégnant pour les formes d'expression propres à ces réseaux (*like*, partage, *retweet*, *tag*, etc.). La présomption d'intentionnalité de diffusion publique est bien sûr acquise pour les journaux en ligne et un grand nombre de figures politiques et médiatiques. Le caractère public des espaces de commentaires sous les articles de presse (au sens journalistique), à cet égard, peut aussi pencher en ce sens. On assiste en réalité à un tournant fondamental dans l'équilibre des espaces publics et privés³⁰, et ce tournant est lié à la quotidienneté des réseaux sociaux et leur place dans nos vies privées³¹. C'est pour cela que cette troisième ambivalence est connectée à la

²⁷ D. CARDON, *La Démocratie internet*, Paris, Le Seuil, 2010, p. 11.

²⁸ Fl. ERNOTTE, *Droit des réseaux sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 18-19.

²⁹ Dans un arrêt récent, la Cour européenne des droits de l'homme, comparant internet à la presse écrite, a relevé : « les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au respect de la vie privée » (Cour eur. D.H., arrêt *Hurbain c. Belgique*, 22 juin 2021, § 115).

³⁰ T. CLUCAS, «“Don't Feed the Trolls”: Social Media and the Limits of Free Speech», in S. Polak et D. Trottier (éd.), *Violence and Trolling on Social Media : History, Affect, and Effects of Online Vitriol*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2020, p. 54.

³¹ C. PALOQUE-BERGES, «Avant les médias sociaux : les protocoles de la sociabilité sur internet», *Le Temps des médias*, 2018, vol. 31, n° 2, p. 105.

première. Cette logique privé/public/public-privé a mené certains spécialistes à définir les réseaux sociaux comme « a “third place” where people can be “alone together” in a community of fluctuating membership »³². Cette notion de communauté est plus facilement liée à une réunion en comité restreint en « présentielle » qu'à une réflexion de type éditoriale. En France, par conséquent, il a été jugé qu'« un message publié sur un compte Facebook fermé ne sera pas considéré comme un délit de presse »³³. Par la suite s'est progressivement développé, dans la jurisprudence française, le critère de la « communauté d'intérêts »³⁴. Enfin, il ne faut pas oublier la principale caractéristique (à intensité variable) de ces réseaux sociaux qui consiste en l'irruption d'un public, qui vient à nouveau complexifier l'ambivalence. La « présence du public comme tiers est implicitée dans la nature des interactions qu'ont entre eux les internautes »³⁵.

En Belgique, la question public/privé est loin d'être tranchée. Certains auteurs, en droit pénal, se sont frontalement posé la question du degré de publicité de toutes ces émanations numériques sur les réseaux sociaux³⁶, sans toutefois y répondre définitivement. S'agissant de la jurisprudence, puisqu'elle est ténue en matière de liberté d'expression sur les réseaux sociaux (au vu de l'article 150 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour de cassation, voy. *infra*, section 2, B), il convient d'aller chercher du côté d'une autre jurisprudence qui, elle, reconnaît la différence entre les parties publiques et privées des réseaux sociaux, principalement pour Facebook. La cour du travail de Bruxelles a notamment jugé : « *Deze opsplitsing is van belang bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het verkregen bewijs, omdat in elk van beide onderdelen van de Facebookpagina in hoofde van de opsteller ervan een andere redelijke privacy-verwachting geldt: enkel wanneer D. commentaar zou leveren op het privégedeelte van zijn pagina, kan hij verwachten dat niet-vrienden van deze informatie geen kennis kunnen nemen of ervan gebruik maken.* Voor het “openbare” gedeelte van zijn pagina geldt dit niet omdat D. weet dat ieder-

³² P. J. CHEN, «Anti-Social Media », in *Australian Politics in a Digital Age*, Canberra, ANU Press, 2013, p. 116.

³³ Fr.-X. MASSON et P. MARIATTE, «Pharos et la lutte contre le discours de haine sur internet», *Archives de politique criminelle*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 135.

³⁴ L. SAENKO, «Nouvelles technologies et liberté d'expression : le droit pénal (perdu) entre adaptation et innovation», *Archives de politique criminelle*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 59.

³⁵ D. CARDON et S. ZBIGNIEW, «Réseaux et les mutations de la sociabilité», *op. cit.*, p. 180.

³⁶ «Een tweede bedenking is gerelateerd aan de correcte juridische kwalificatie van bepaalde handelingen. Zoals hierboven werd beschreven, moet vaak aan verschillende voorwaarden worden voldaan om een bepaalde strafbaarstelling te kunnen toepassen. Zo kunnen we ons bijvoorbeeld de vraag stellen of conversaties die plaatsvinden of foto's die doorgestuurd worden via messenger apps zoals Snapchat of WhatsApp een voldoende graad van openbaarheid zullen worden toegekend om de toepassing van de bepalingen in verband met lasteren eerroof of het verspreiden van materiaal dat strijdig is met de goede zeden te verzekeren. Het kan dus zijn dat in bepaalde situaties een ogenaanzichtelijk toepasbare bepaling toch niet zal kunnen worden aangewend omdat niet alle constitutieve elementen aanwezig zijn» (K. VAN CLEEMPUT, E. LIEVENS et S. PABIAN, «Een empirisch en juridisch perspectief op cyberpesten : naar een holistische aanpak», *T.J.K.*, 2016/1, p. 16).

een toegang heeft tot dit openbare gedeelte, en dus niet kan verwachten dat niet-vrienden van deze gegevens geen kennis kunnen nemen of er gebruik van maken»³⁷. Un autre tribunal insiste également sur le fait qu'une publication sur une page Facebook était «accessible au public»³⁸. Une autre juge estime par contre que les réseaux sociaux sont par définition publics³⁹. Enfin, l'on s'accorde à estimer, à raison, que Twitter constitue le réseau social le plus ouvert, bien qu'il permette d'envoyer des messages directs ainsi que de choisir qui peut répondre à un tweet posté. La bonne foi pourrait toutefois y jouer un rôle. C'est ainsi que la cour du travail de Bruxelles a considéré que le demandeur, «en tant que spécialiste de la communication [...] ne pouvait ignorer que le tweet était accessible au public»⁴⁰. Enfin, une distinction pourrait être éventuellement faite entre la publicité et la diffusion. C'est ce qui ressort d'un arrêt récent du tribunal correctionnel de Huy, qui juge : «[...]a prévenue souligne que son compte Facebook est privé. *Peut-être, mais* les personnes autorisées à y accéder ont pris connaissance de ses commentaires et y ont d'ailleurs réagi pour certains, de sorte que les écrits litigieux ont été diffusés»⁴¹.

La Cour constitutionnelle, quant à elle, a récemment débarqué par une porte dérobée dans la problématique de l'accès plus ou moins ouvert aux réseaux sociaux. Par l'arrêt n° 4/2021, la Cour avait à connaître d'une disposition décrétale permettant «au gouvernement de prévoir les modalités d'utilisation des groupes fermés sur les réseaux sociaux et un régime d'enregistrement préalable à leur utilisation avant que des publicités puissent être diffusées sur ceux-ci»⁴². La Cour conclut qu'il s'agit d'une ingérence trop importante dans le droit de diffuser des informations commerciales, qui fait partie de la liberté d'expression, et annule la disposition. Peut-on en déduire que le caractère «fermé» desdits groupes a eu une importance particulière? Si c'est l'enregistrement préalable qui a surtout pesé, le caractère fermé a certainement joué un rôle, d'autant que la Cour note que la mesure avait surtout «pour objectif de faciliter le contrôle de ces groupes fermés et “[...] au minimum d'avoir connaissance de l'existence de ces groupes”, dès lors qu’ils ne sont accessibles qu'à leurs membres»⁴³. On se rappellera, en effet, que la Cour peut se montrer plus regardante lorsqu'elle examine les restrictions à la diffusion de publicités accessibles à tous, comme cela a été le cas pour les produits liés au tabac⁴⁴.

³⁷ C. trav. Bruxelles (nl), 3 septembre 2013, *J.T.T.*, 2013/29, pp. 497-498.

³⁸ Comm. Bruxelles, 24 décembre 2013, *A&M*, 2014/2, pp. 147-152.

³⁹ Corr. Liège, 7 septembre 2018, *J.L.M.B.*, 2018/38, pp. 1817-1825.

⁴⁰ C. trav. Bruxelles, 14 juillet 2014, *J.T.T.*, 2014/29, pp. 482-484.

⁴¹ Corr. Liège, division de Huy, 26 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/11, pp. 507-510 (nous soulignons).

⁴² C.C., 14 janvier 2021, arrêt n° 4/2021, B.52.2.

⁴³ *Ibid.*, B.51.

⁴⁴ C.C., 30 septembre 1999, arrêt n° 102/99. Une affaire pendante est inscrite sous le numéro de rôle : 7489 (à la date du 19 octobre 2021).

Est-il possible d'établir une typologie de la publicité, au sens non commercial cette fois, sur les réseaux sociaux ? On pourrait, par exemple, imaginer le schéma suivant, du plus « privé » au plus « public » :

| | |
|---|---|
| Messagerie bilatérale |  |
| Messagerie multilatérale (ou de groupe) |  |
| Groupe fermé |  |
| Post/Story ouverts aux seuls contacts |  |
| Post public sans balise amplifiante ⁴⁵ |  |
| Post public avec balise amplifiante ⁴⁶ |  |

On voit, par un simple regard à ce tableau, que Facebook constitue le réseau social qui couvre l'ensemble des possibilités d'ouverture/fermeture de l'accès et de la diffusion, tandis que Twitter est assurément public par nature.

On peut ici également rattacher l'ambivalence analysée à la « présence à distance » vue plus haut, et ce, par le biais du critère du « spectre qui va de la dissémination au dialogue »⁴⁷, ou plutôt, dans le schéma que nous proposons, dans le sens inverse. Ainsi, le *dialogue* comporte tant un aspect (présumé) privé qu'un aspect (présumé) d'intention de diffusion très faible. À l'autre extrémité du spectre, la « *dissémination* » comporte quant à elle un aspect (présumé) public et un aspect (présumé) d'intention de diffusion massive.

Au sein de chaque catégorie se trouveraient ensuite deux autres *sous-critères* que sont le nombre de personnes touchées et la permanence initiale de l'expression (important pour les *stories* et pour Snapchat en général⁴⁸). Reste la distinction en fonction de la ou des forme(s) de l'expression (mots, liens, images, vidéos, audio, *emojis*, etc.). Ce n'est qu'en différenciant ces expériences sociales

⁴⁵ Les balises amplifiantes propres aux réseaux sociaux sont les hashtags (#) et les mentions ou tags (@), qui permettent d'élargir les destinataires potentiels, soit en y attachant un mot clef, soit en y joignant une personne et en élargissant l'« audience » du *post* aux contacts de celle-ci (voy. *infra*).

⁴⁶ À cet égard, on peut également estimer que les *posts* sur une « page fan » par un administrateur constituent une publicité encore plus grande. Leur responsabilité, aux yeux du droit européen, est d'ailleurs renforcée, voy. « La C.J.U.E. en faveur d'une responsabilité conjointe de Facebook et de l'administrateur d'une "page fan" », *B.J.S.*, 2018, n° 613, p. 11. Snapchat présente un grand nombre de *stories* accessibles au public, mais celles-ci émanent d'acteurs commerciaux et marketing ; cela sort donc en partie de notre champ d'analyse.

⁴⁷ J. BOURDON, « Désincarnation, délai, dissémination : la téléprésence dans l'histoire, de la correspondance aux réseaux sociaux », *op. cit.*, p. 80.

⁴⁸ Bien entendu, le temporaire est toujours nuancé par la possibilité d'effectuer une capture d'écran.

aux contours très différents qu'une théorie juridique utile peut être construite, notamment quant au sort à réservé à la diffusion d'une « copie » (hyperlien ou capture d'écran⁴⁹) de l'expression dans une autre des catégories développées plus haut, mais également des degrés d'intentionnalité des messages qui y sont échangés. À cet égard, le lien avec le droit à la vie privée varie également.

Section 2

Les grands principes du contentieux de la liberté d'expression

Selon l'expression désormais canonique, « [l]a liberté d'expression [...] constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique »⁵⁰. La citation fameuse selon laquelle si l'on perd tous ses droits sauf la liberté d'expression, on peut se battre pour les récupérer par le seul usage de celle-ci, est entrée dans l'inconscient collectif. Puisque « toute répression disproportionnée serait plus un *poison* qu'une *solution*. La liberté d'expression *doit* demeurer le principe »⁵¹. Avant d'examiner les relations qu'entretient cette liberté avec les réseaux sociaux, il convient d'effectuer un rappel des grands principes relatifs à ce droit fondamental.

Chaque individu bénéficie de la liberté d'expression et il n'a jamais été question de faire dépendre ce bénéfice d'une quelconque appartenance catégorielle. Le refus d'une analyse fine de l'interpénétration entre les articles 19, 25 et 150 de la Constitution peut cependant pousser certains auteurs à voir dans le questionnement d'un régime procédural *ad hoc* le rejet général d'une liberté fondamentale dans le chef de tout un chacun⁵². Au-delà d'une telle vision simplificatrice et mal informée, il s'impose, sans naïveté, d'examiner les champs respectifs des dispositions idoines dans leur complexité, leurs limites et leur propension au changement. Nous aborderons tout d'abord la liberté d'expression (A), avant de nous pencher sur son versant relatif à la presse (B). Nous conclurons cette section par l'analyse de quelques propositions récentes de révision constitutionnelle (C).

⁴⁹ La capture d'écran doit toutefois selon nous être examinée fortement en lien avec la vie privée de l'auteur initial. On peut à cet égard faire une différence entre la capture d'écran comme mode de preuve, y compris judiciaire, et la capture d'écran comme expression d'opinion en tant que telle, qui gagne à intégrer une réflexion sur son mode d'obtention, lequel constitue l'un des critères *Von Hannover* (voy. *infra*, section 2, A, critère n° 4).

⁵⁰ C.C., 14 janvier 2021, arrêt n° 4/2021, B.14.2; C.C., 15 mars 2018, arrêt n° 31/2018, B.6.

⁵¹ L. SAENKO, « Nouvelles technologies et liberté d'expression : le droit pénal (perdu) entre adaptation et innovation », *op. cit.*, p. 72 (l'auteur souligne).

⁵² Fl. ERNOTTE, *Droit des réseaux sociaux*, *op. cit.*, p. 43. L'article 150 de la Constitution, nous y reviendrons, consacre un privilège de juridiction qui, en soit, ne réduit ni n'étend le degré de liberté d'expression de celle ou celui qui peut s'en prévaloir, tout comme le privilège de juridiction du ministre (art. 103 de la Constitution), par le seul fait d'exister, ne fait pas des autres citoyens des sous-sujets.

A. La liberté d'expression

L'article 19 de la Constitution garantit la liberté de manifester ses opinions en toute matière. La Cour constitutionnelle reconnaît que cette disposition a une portée analogue à celle de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et que ces normes forment dès lors un ensemble indissociable⁵³. La haute juridiction belge a également reconnu que l'ensemble indissociable pouvait être étendu aux articles 18 et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁴. Ces précisions sont importantes puisqu'elles invitent chaque juge et avocat à se saisir de l'ensemble des dispositions (et jurisprudences) internationales en la matière. Cette liberté a par ailleurs une facette négative puisqu'elle «comprend la liberté de recevoir [...] des informations ou des idées»⁵⁵.

La portée de la liberté d'expression est très large. Selon la formulation de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté d'expression «vaut non seulement pour les “informations” ou “idées” accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui “choquent, inquiètent ou heurtent” l'État ou une fraction de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique»⁵⁶.

Cette liberté est importante, mais, à l'instar des autres droits fondamentaux, elle n'est pas absolue. En effet, si «[l]a liberté d'expression se rattache à la liberté de pensée (absolue), en ce qu'elle est son indispensable extériorisation, [...] elle relève aussi de la liberté d'action (relative) en ce qu'elle produit des effets sur le réel»⁵⁷. La seconde partie de l'article 19 mentionne expressément «sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés», ce à quoi la Cour constitutionnelle rajoute explicitement l'interdiction de toute mesure préventive⁵⁸. De façon plus générale, la liberté d'expression peut être soumise,

⁵³ Jurisprudence constante ; voy. récemment C.C., 21 janvier 2021, arrêt n° 10/2021, B.48.2 ; C.C., 12 mars 2020, arrêt n° 43/2020, B.39.3 et B.39.4 ; C.C., 4 octobre 2018, arrêt n° 126/2018, B.50 ; C.C., 15 mars 2018, arrêt n° 31/2018, B.5.6 ; C.C., 25 mai 2016, arrêt n° 72/2016, B.17.3. Sur l'ensemble indissociable, voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 171-180.

⁵⁴ C.C., 4 octobre 2018, arrêt n° 126/2018, B.50.

⁵⁵ C.C., 12 mars 2020, arrêt n° 43/2020, B.39.2.

⁵⁶ C.C., 14 janvier 2021, arrêt n° 4/2021, B.14.2 ; C.C., 25 mai 2016, arrêt n° 72/2016, B.17.2. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49 ; Cour eur. D.H., arrêt *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 55 ; Cour eur. D.H., arrêt *Özttürk c. Turquie*, 28 septembre 1999, § 64 ; Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, § 48.

⁵⁷ P. BEAUVIAS, «Vers un nouveau régime pénal de la libre expression?», *Archives de politique criminelle*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 14.

⁵⁸ C.C., 21 janvier 2021, arrêt n° 10/2021, B.48.1 et B.52.1. Voy. également C.C., 6 octobre 2004, arrêt n° 157/2004, B.74 ; C.C., 12 février 2009, arrêt n° 17/2009, B.62 ; C.C., 11 mars 2009, arrêt n° 40/2009, B.49 et B.50 ; C.C., 25 mai 2016, arrêt n° 72/2016, B.17.3. Pour rappel, une controverse existait quant à la possibilité que l'article 19 de la Constitution s'oppose par principe à des mesures préventives (contrairement à l'article 25 qui les exclut textuellement). La Cour de cassation (Cass., 2 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2006/32, pp. 1402-1414) avait penché vers la négative tandis que la Cour européenne des droits de

sous certaines conditions, à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, en vue, notamment, de la protection de la réputation ou des droits d'autrui⁵⁹. Ces restrictions sont interprétées de façon étroite⁶⁰. L'idée sous-jacente est que l'exercice de la liberté d'expression implique certaines obligations et responsabilités⁶¹, qui incluent le devoir de principe de ne pas franchir certaines limites tenant notamment à la protection des droits et libertés d'autrui⁶². La Belgique et le Conseil de l'Europe ne connaissent donc pas un modèle «fort» de liberté d'expression, à l'instar du *free speech* consacré au Premier Amendement de la Constitution américaine, mais un modèle de responsabilité collective qui part du principe que son utilisation absolue par une personne peut dans les faits réduire d'autres au silence⁶³.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, intégrée par le juge constitutionnel belge, requiert classiquement, face à une ingérence dans un droit fondamental, d'examiner la légalité de celle-ci, la légitimité de son but poursuivi, sa nécessité dans une société démocratique et sa proportionnalité au regard du besoin impérieux soulevé⁶⁴. Au-delà de cette analyse générale, le contentieux de la liberté d'expression en particulier est marqué par la présence fréquente de conflits de droits, notamment face au droit à la vie privée au sens large consacré à l'article 8 de la Convention (même si d'autres droits peuvent également être mis en balance, comme la liberté de religion, visée à l'article 9 de la Convention).

Applicables par tout juge, les «critères *Von Hannover*», affinés au fil de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et intégrés par le juge constitutionnel belge, constituent l'alpha et l'oméga de toute analyse afférente à une ingérence dans la liberté d'expression⁶⁵. Généralisés au maximum, ils sont les suivants :

1. la contribution à un débat d'intérêt général;
2. la notoriété de la personne visée et l'objet de l'acte d'expression;

l'homme avait relevé le flou qui entourait cette question (Cour eur. D.H., arrêt *R.T.B.F c. Belgique*, 29 mars 2011). Ce rappel de jurisprudence en 2021 par la Cour constitutionnelle est donc important. Il nous semble que cette ouverture pourrait être saisie par les avocats en matière de presse, notamment audiovisuelle, où l'on a pu dénier la protection contre la censure.

⁵⁹ Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Pentikäinen c. Finlande*, 20 octobre 2015, § 87; C.C., 21 janvier 2021, arrêt n° 10/2021, B.48.4.

⁶⁰ *Ibid.*, voy. également Cour eur. D.H. (Gde ch.), arrêt *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007, § 54.

⁶¹ Cour eur. D.H., arrêt *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, § 37.

⁶² Cour eur. D.H., arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*, 24 février 1997, § 37; Cour eur. D.H., arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 45; Cour eur. D.H., arrêt *Ernst e.a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, § 92.

⁶³ T. CLUCAS, “Don't Feed the Trolls”: Social Media and the Limits of Free Speech», *op. cit.*, p. 52.

⁶⁴ L. LAVRYSEN, «Chapter 4 – System of restrictions», in P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn et L. Zwaak (éd.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^e éd., Anvers-Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 307-330.

⁶⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, 7 février 2012, §§ 108-113. Les arrêts *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012 et *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, lui ont emboité le pas. Ces critères ont encore été confirmés récemment dans l'arrêt *Hurbain c. Belgique* du 22 juin 2021. Bien que de nombreux arrêts aient été rendus depuis l'arrêt *Von Hannover*, la Cour européenne des droits de l'homme continue

3. le comportement de la ou des personnes concernées ;
4. le mode de prise de connaissance de l'acte d'expression ;
5. le contenu, la forme et les répercussions de l'acte d'expression ;
6. les circonstances et le contexte global ;
7. la gravité de la mesure imposée.

Ces critères sont à la fois verticaux et horizontaux. Ils posent les fondations de toute analyse sur la conventionnalité et la constitutionnalité d'une norme dans le cadre d'un contentieux objectif, qu'il ait lieu devant la Cour constitutionnelle ou devant le Conseil d'État. Ils sont également applicables de façon transversale à tout juge du fond lorsqu'il connaît d'un litige dans lequel ce droit fondamental est soulevé. Comme le rappelle la Cour constitutionnelle à propos du délit spécifique de l'incitation à la commission d'infractions terroristes, «même si un large pouvoir d'appréciation est laissé au juge, celui-ci ne peut en aucun cas prononcer une condamnation qui emporterait une atteinte injustifiée à la liberté d'expression»⁶⁶. Il convient dès lors de rappeler avec force que le juge, tant civil que pénal, vis-à-vis de la liberté d'expression, se trouve toujours face à un double exercice. À l'adjudication proprement dite (qualification juridique puis recherche des éléments constitutifs) se superpose un contrôle marginal de l'atteinte aux droits fondamentaux suivant les critères *Von Hannover*.

Parmi ces critères, il faut faire la part belle à celui de la contribution à un débat d'intérêt général⁶⁷, qui est progressivement devenu «l'emblème de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression»⁶⁸. Bien qu'il soit parfois remis en question au fil de l'évolution de la société⁶⁹, ce critère permet en tout cas d'intégrer la protection raffermie que l'on attend envers les propos politiques au sens large⁷⁰, ciment de la démocratie. Le caractère de discours politique peut être déduit de deux façons, soit par le cadre factuel du débat, soit par les acteurs impliqués, notamment lorsqu'ils sont des personnes publiques ou des mandataires politiques⁷¹. N'oublions pas, en outre, que la Constitution reconnaît également un privilège de juridiction au délit politique⁷². On notera, enfin, qu'une attention est également portée par la Cour européenne des droits

d'y référer par ce nom. Nous choisissons donc également, à des fins pédagogiques, d'utiliser ce raccourci sans pour autant lui conférer de caractère monolithique.

⁶⁶ C.C., 28 janvier 2015, arrêt n° 9/2015, B.25.

⁶⁷ Appliqué notamment contre la Belgique dans Cour eur. D.H., arrêt *De Haes c. Belgique*, 24 février 1997.

⁶⁸ Th. BESSE, «Le débat d'intérêt général : un fait justificatif conventionnel», *Archives de politique criminelle*, vol. 40, n° 1, 2018, p. 87 (l'auteur souligne).

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, p. 91. La Cour européenne des droits de l'homme avait une attitude plus absolutiste auparavant puisqu'elle considérait que la Convention ne laissait «guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général» (Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 58).

⁷¹ Th. BESSE, «Le débat d'intérêt général : un fait justificatif conventionnel», *op. cit.*, p. 92.

⁷² «Un délit ne peut constituer un délit politique : – que s'il résulte nécessairement de la nature même du délit qu'il consiste en une atteinte portée directement à l'existence, à l'organisation ou au fonctionnement des institutions politiques ; – ou s'il a été commis dans le but de porter une telle atteinte aux institutions politiques et que le fait, vu les circonstances particulières de sa commission, a ou peut avoir

de l'homme à la personne de l'émetteur d'une expression en cause, puisqu'elle élève certains d'entre eux, notamment les journalistes ou les O.N.G., au rang de « chiens de garde de la démocratie », ce qui l'amène à resserrer d'un cran son contrôle⁷³.

S'agissant de l'utilisation de ces critères par la Cour strasbourgeoise, il est difficile d'établir une distinction claire en fonction de la qualité de la « victime », qu'elle soit clairement identifiable et unique⁷⁴ ou, au contraire, que l'expression en litige vise des groupes de personnes ou des ensembles plus larges encore. La lecture de la jurisprudence ne permet pas de conclure à une sévérité automatiquement accrue pour telle ou telle situation. Il est toutefois manifeste que, plus le groupe visé est large, plus la preuve de l'intention précise d'en faire une cible doit être forte. Par exemple, le simple fait qu'un lectorat musulman pourrait se sentir offusqué à la lecture d'une publication qui n'emprunte pas de « ton insultant » ne suffit pas à conclure au respect de l'article 10 de la C.E.D.H.⁷⁵. Entre la personne physique et le groupe abstrait, il peut également se trouver des groupes impersonnels, mais clairement identifiables et circonscrits. Ainsi, la publication d'articles offensants visant tous les collègues de leurs auteurs a été jugée comme comportant un aspect d'intérêt général⁷⁶. Par ailleurs, il est acquis que certains critères mentionnés ci-dessus seront tout bonnement écartés de l'analyse dans ces cas abstraits, comme celui tenant à la notoriété de la personne visée. Une analyse empirique plus poussée doit être effectuée pour poser les bases d'une prise en compte des degrés d'impersonnalité des personnes visées dans la jurisprudence strasbourgeoise. Dans le cadre de cette contribution, la mention des critères *Von Hannover*, dans leur diversité casuistique, est toutefois en mesure de répondre aux problématiques soulevées. Nous verrons toutefois que l'abus de droit (art. 17 de la C.E.D.H.) porte par essence sur des groupes plus dépersonnalisés (voy. *infra.*, section 3, B, 1).

La jurisprudence judiciaire belge fait déjà un usage fréquent des critères précités. Ainsi, il a été jugé qu'un journaliste, par « sa profession et par la manière dont il l'exerce [...] participe à la vie publique »⁷⁷. Sur les réseaux sociaux plus particulièrement, et notamment Twitter, la notoriété d'une « figure publique » peut d'ailleurs être évaluée par rapport au public spécifique de la plateforme. Ainsi, le tribunal néerlandophone de première instance de Bruxelles insiste sur le fait que le défendeur est une figure bien connue dans le monde des médias

directement une telle atteinte pour conséquence », Cass., 18 novembre 2003, *Rev. dr. pén.*, 2004/7-8, pp. 835-837.

⁷³ Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979 ; Cour eur. D.H., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, ou, plus récemment, arrêt *Dimitriou c. Grèce*, 11 mars 2021, § 46, ou arrêt *Association Burestop 55 e.a. c. France*, 1^{er} juillet 2021, § 88.

⁷⁴ Rappelons que l'affaire *Von Hannover* portait sur la publication de photographies représentant la princesse Caroline de Monaco.

⁷⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Aydin Tatlav c. Turquie*, 2 mai 2006, § 28.

⁷⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Palomo Sánchez e.a. c. Espagne*, 12 septembre 2011, § 72.

⁷⁷ Civ. fr. Bruxelles, 14 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/5, pp. 235-243.

sociaux et se vante lui-même d'avoir 100.000 *followers*. Le tribunal en déduit donc une capacité de nuisance exacerbée⁷⁸.

B. La liberté de presse

L'article 25 de la Constitution dispose : « La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ».

L'article 150 de la Constitution dispose : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie ».

L'article 25 peut être considéré, *mutatis mutandis*, comme une *lex specialis* de l'article 19 de la Constitution. La liberté de la presse n'est en effet qu'une manifestation, parmi d'autres, de la liberté de manifester ses opinions en toute matière, comme le note Errera en 1916⁷⁹. Même s'il est certain que ce droit, aux origines du Royaume, était *de facto* réservé aux *happy few* de l'élite politique et journalistique de l'époque, la prétention universaliste n'était toutefois pas absente puisque ce corps constitué, par sa liberté, contribuait en quelque sorte à la liberté de tous. Ainsi, on peut lire sous la plume de Bivort que « [I]a liberté de la presse [est] née pour être l'intermédiaire entre les droits de tous et les envahissements du pouvoir»⁸⁰. De façon très nette, la proclamation du gouvernement provisoire, article premier (repris ensuite par la constituante) affirmait : « [i]l est libre à tout citoyen, [...] de professer leurs opinions comme ils l'entendent, et de les répandre par tous les moyens possibles de persuasion et de conviction»⁸¹. Duguit, en France, la définit alors comme suit : « [c]est, d'une manière générale, le droit d'exprimer ses opinions et ses croyances par écrits imprimés, en quelque forme que ce soit, le livre, la brochure, la revue, le journal ou l'affiche, sans que ces publications soient soumises à aucune autorisation ou censure préalables, et sauf, bien entendu, la responsabilité pénale et civile des auteurs de ces écrits»⁸².

L'article 150 constitue à son tour un cran de protection supplémentaire, attaché à l'article 25. Il s'agit d'un privilège de juridiction de la catégorie des délits de presse au profit du jury d'assises. Sur celui-ci et sa nécessité de l'époque, il convient de rappeler que la demande était inextricablement liée à celle de

⁷⁸ Civ. nl Bruxelles, 18 février 2016, *R.A.B.G.*, 2018/16, pp. 1492-1499.

⁷⁹ P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2^e éd., Paris, Giard & Brière, 1916, p. 74.

⁸⁰ J.-B. BIVORT, *Commentaire de la Constitution belge*, 2^e éd., Bruxelles, F. Parent, 1847, p. 25.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 26-27.

⁸² L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, E. de Bocard, 1923, p. 250.

l'inamovibilité des juges⁸³. L'amovibilité des juges sous le régime orangiste, qui avait fait tant de mal aux journalistes belges, était en effet très proche dans les mémoires⁸⁴. « C'est la publicité si grande du livre et surtout du journal qui justifie la distinction, mais le procédé de reproduction mécanique importe peu », écrit Errera⁸⁵. De la même façon, il est intéressant de noter qu'à l'époque, on estimait que « [l]es délits de presse ne peuvent se commettre que par la coopération de plusieurs personnes », présupposant alors l'existence d'une succession de métier ou d'artisans, nécessaire pour passer de la pensée à l'artefact⁸⁶. En découlait donc l'idée, du moins implicite, d'un contrôle éditorial *a priori*. À cet égard, les réseaux sociaux ont supprimé, ou à tout le moins drastiquement diminué, cette coopération de principe et cette éditorialisation préalable⁸⁷.

Comme le résument deux chercheurs français, dont le droit était similaire à l'origine, « [l]e droit de la presse se singularise par son régime favorable à la personne poursuivie »⁸⁸. En Belgique, toutefois, celui-ci se singularise aussi par son régime *de facto* impunitaire en faveur de la personne poursuivie.

Nous ne reviendrons pas extensivement sur l'historique de la notion de délit de presse, mais renvoyons, à cet égard, au récent commentaire d'Alyson Berrendorf et Anne Werdung⁸⁹. Le 7 février 2020, la Cour de cassation a tranché contre les incursions de deux juges du fond dans une interprétation de la Constitution que nous avions estimée plus judicieuse⁹⁰⁹¹. Jusqu'à nouvel ordre, le « délit de presse est l'atteinte portée aux droits soit de la société, soit d'un citoyen, par l'expression d'une pensée ou d'une opinion délictueuse dans un écrit imprimé ou numérique, qui a été diffusé dans le public »⁹².

⁸³ Ch. DE LEUTRE, *Histoire de la Révolution belge de 1830*, t. 1, Bruxelles, A. Jamar, 1831, p. 54.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 45-46.

⁸⁵ P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, *op. cit.*, p. 75.

⁸⁶ P. A. F. GERARD, *Études historiques et critiques sur la Constitution belge*, Bruxelles, Librairie Universelle de J. Rozez, 1869, p. 168.

⁸⁷ En effet, comme le note Gérald Bronner, « [p]eu à peu sur internet, s'impose l'idée d'un contrôle éditorial *a posteriori*, qu'on retrouve sur Wikipédia, Ohmy News ou Agoravox, contrairement à la norme du contrôle *a priori* qui prévalait jusqu'alors dans les médias traditionnels » (G. BRONNER, *La démocratie des crédules*, Paris, PUF, 2013, p. 28).

⁸⁸ B. AUROY et E. STELLA, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *Dr. pén.*, juin 2017, p. 13.

⁸⁹ Cass. (2^e ch. F), 7 octobre 2020, R.G. n° P19.0644.F, obs. A. BERRENDORF et A. WERDING, « Entre l'insulte et l'opinion : la Cour de cassation face aux discours pénalement répréhensibles tenus sur les réseaux sociaux », *Rev. dr. pén. crim.*, 2021/7, pp. 796-812.

⁹⁰ Q. PIRONNET, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *J.L.M.B.*, 2018/38, pp. 1825-1831. Nous nous rallions par ailleurs à la proposition de Jacques Englebert d'intégrer le critère du « débat d'intérêt général » dans la jurisprudence de la Cour de cassation (J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'internet », in Y. Poulet (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 25), même s'il ne peut effacer seul les inégalités et incompréhensions qui découlent de l'impunité pénale, particulièrement sur les réseaux sociaux. La Cour de cassation, le 7 février 2020, a cependant également réfuté ce critère.

⁹¹ Pour un aperçu des nombreuses controverses en la matière, voy. les références citées dans Q. PIRONNET, *ibid.*, pp. 1825-1831 et dans A. BERRENDORF et A. WERDING, « Entre l'insulte et l'opinion : la Cour de cassation face aux discours pénalement répréhensibles tenus sur les réseaux sociaux », *op. cit.*, pp. 796-812.

⁹² Cass., 7 février 2020, R.G. n° P19.0644.F.

Comme le résume Marc Uyttendaele, « le citoyen, victime des agissements délictueux d'un porteur de plume ou d'un manipulateur de clavier, se trouve blessé par l'action combinée de trois pouvoirs : le pouvoir de la presse, le pouvoir judiciaire et le pouvoir politique. Aujourd'hui, du fait de cette jurisprudence, n'importe qui peut, face à son écran, sous le couvert de l'anonymat, écrire n'importe quoi sur n'importe qui et bénéficier de la protection constitutionnelle reconnue aux journalistes, aux écrivains et aux pamphlétaire. Était-ce bien cela que voulaient les auteurs de la Constitution de 1831 ? »⁹³

Les deux autrices citées plus haut nous rappellent que, sauf « rares exceptions : il y a eu un seul renvoi devant la cour d'assises depuis plus d'un demi-siècle »⁹⁴. S'est toutefois ouvert à Liège le 5 octobre 2021 le premier procès d'assises pour des propos tenus sur Facebook⁹⁵.

C. Propositions récentes

Les critiques émises vis-à-vis de l'ineffectivité de ce droit n'ont pas manqué de faire réagir le monde politique. En 2021, plusieurs propositions ont été émises afin de pallier certaines carences liées à la jurisprudence de la Cour de cassation. Ces réflexions s'inscrivent en cela dans un questionnement beaucoup plus profond des rapports entre le droit pénal et le rôle de l'État⁹⁶. Ce débat,

⁹³ M. UYTTENDAELE, « Les déliés de presse ou l'ivresse de tous les pouvoirs », in J.-P. Buyle *et al.* (dir.), *Contestation, combats et utopies*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 559.

⁹⁴ A. BERRENDORF et A. WERDING, « Entre l'insulte et l'opinion : la Cour de cassation face aux discours pénalemenr répréhensibles tenus sur les réseaux sociaux », *op. cit.*, p. 800.

⁹⁵ Le verdict dans l'affaire en question a été rendu le 13 octobre 2021. Un homme était accusé d'avoir proféré des menaces et des propos haineux envers les femmes, à la fois dans des *posts* Facebook et des vidéos. Celui-ci se revendiquait des « Incels », un mouvement antiféministe venu des États-Unis, pointé par Europol comme lié à une extrême droite violente et comportant un risque pour la sécurité publique (European Union Terrorism Situation And Trend Report (TE-SAT), 23 juin 2020, disponible à l'adresse : www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/european_union_terrorism_situation_and_trend_report_te-sat_2020_0.pdf). L'homme a été acquitté de la prévention relative à l'incitation à la haine via des vidéos, mais condamné pour menaces par voie de presse à douze mois de prison avec sursis (www.rtbf.be/info/regions/liege/detail_assises-de-liege-sami-haenen-condamne-a-12-mois-avec-sursis-pour-delit-de-presse-et-menaces?id=10859414). Voy. également sur l'affaire : www.rtbf.be/info/regions/liege/detail_juge-pour-propos-haineux-envers-les-femmes-sur-facebook-les-hommes-n-ont-plus-leur-place-dans-la-societe-c-etais-mieux-avant?id=10858089. Cette décision fera l'objet d'un commentaire de notre part, à paraître prochainement dans la revue *Administration publique*. Voy., pour un aperçu succinct et récent de la problématique « Incel », M. KELLY *et al.*, *Misogynist Incels and Male Supremacy : Overview and Recommendations for Addressing the Threat of Male Supremacist Violence*, Washington DC, New America, 2021, 37 p.

⁹⁶ En France également, alors que le jury n'est déjà plus compétent, on estime de plus en plus que « les régimes libéraux de l'expression publique, comme celui de la loi du 29 juillet 1881, n'ont pas été techniquement conçus pour traiter le contentieux de masse qu'internet est de nature à engendrer » ; P. BEAUVAIS, « Vers un nouveau régime pénal de la libre expression ? », *op. cit.*, p. 13.

mondial, amène sur le devant de la scène deux doctrines : la lutte contre l'impunité⁹⁷ et le droit de la victime à voir puni l'auteur de l'infraction qu'elle subit⁹⁸.

Le 26 janvier 2021, le CD&V a déposé une proposition de révision de l'article 150 de la Constitution visant à soustraire tous les délits de presse inspirés par un mobile discriminatoire à la compétence du jury populaire⁹⁹. « Cette notion doit être interprétée comme englobant les motifs de discrimination figurant à l'article 405*quater* du Code pénal, ainsi que les critères protégés visés dans les lois spéciales anti-discrimination »¹⁰⁰. Les auteurs de la proposition se gardent toutefois bien d'y définir le délit de presse.

Le groupe Ecolo/Groen a, à son tour, rédigé deux propositions de révision constitutionnelle. Un premier texte, visant l'article 25, a été déposé le 12 février 2021 et permet d'apercevoir, quoique difficilement, le début d'une réflexion du constituant sur les contours de « la presse »¹⁰¹. Reconnaissant « une forme d'impunité pour les délits de presse non dictés par le racisme ou la xénophobie »¹⁰², tenant à « l'économie du procès »¹⁰³, la proposition cherche à supprimer « l'inégalité » résultant de la Constitution. De façon claire, les auteurs de cette proposition ajoutent : « Les comportements punis par la loi doivent pouvoir faire l'objet de poursuites en pratique. Le constituant n'a certainement pas eu l'intention d'accorder une immunité de fait aux auteurs d'agissements incriminés par le législateur »¹⁰⁴. S'agissant de l'article 25 de la Constitution, c'est un « élargissement des garanties applicables à la presse, aux autres moyens d'information » qui est proposé¹⁰⁵, justifié par l'« inégalité inexplicable et injustifiée entre la presse écrite, d'une part, et la presse audiovisuelle, d'autre part »¹⁰⁶. Les auteurs du texte soulignent, sans avoir eu égard à larrêt de la Cour constitutionnelle n° 4/2021 précité, que « les médias audiovisuels sont largement privés de la protection constitutionnelle – liberté et interdiction de la censure – dont bénéficie la presse »¹⁰⁷. À noter, pour cette proposition, l'originalité de changer la dénomination du délit de presse en « délit médiatique »¹⁰⁸. Si ce changement aura au moins pour vertu de pousser la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence (le mot ayant changé, on imagine mal qu'elle puisse rester constante sans

⁹⁷ J. M. S. SANCHEZ, « Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim's Right for the Perpetrator to be Punished », *Pace Law Review*, 2008, vol. 28, n° 4, p. 867. L'auteur distingue trois types d'impunité : l'impunité factuelle, l'impunité légale et l'impunité par omission. En Belgique, on pourraient s'interroger sur la qualification tant de la jurisprudence de la Cour de cassation que sur les pratiques du parquet quant à cette typologie.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 865.

⁹⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1760/001.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² *Ibid.*, p. 5.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 8.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 11.

explication), on ne peut cependant pas estimer que cela amènera beaucoup plus de clarté.

Comme le résument les auteurs de la seconde proposition liée, « [s]ont dès lors ajoutés au racisme et à la xénophobie, d'une part, le sexism et, d'autre part, les "expressions punissables [...] qui incitent à la haine, à la violence ou à la discrimination envers des personnes ou des groupes". D'autres faits délictueux, tels que la calomnie, la diffamation et les injures, ne sont pas soustraits à la cour d'assises »¹⁰⁹. Le mobile discriminatoire deviendrait donc la clef de voûte du système.

Si ces premières tentatives sont encourageantes dans la prise en compte de la problématique, un certain nombre de zones d'ombres persiste. Paradoxalement, il résulterait par exemple des nouveaux articles 25 et 150 combinés que l'impunité juridictionnelle concernant le cyberharcèlement « non discriminatoire » via les réseaux sociaux, qui n'était acquise que pour les « mots écrits » le sera, si ces propositions sont adoptées, désormais aussi pour ses expressions audiovisuelles¹¹⁰. On ne peut en effet gager que le mobile discriminatoire puisse recouvrir l'intégralité des comportements que les auteurs des propositions ont voulu viser. Reste à savoir si ces occurrences seront plus ou moins fréquentes. La massification de ces types d'expressions sur les réseaux sociaux n'augure toutefois pas à la réjouissance sur ce plan.

On le voit, la nécessité d'aborder frontalement la question des acteurs des médias ou de la presse, du contour de la notion même de médias, de l'intentionnalité de diffusion d'information, des spécificités des réseaux sociaux, se trouve renforcée malgré les intentions louables des propositions succinctement analysées. Le risque de renforcer la vulnérabilité de certaines personnes ne sera pas mis de côté par la simple adoption de celles-ci.

Section 3

Les réseaux sociaux et la liberté d'expression : approche pratique

Analyser ce qu'il se passe sur les réseaux sociaux afin d'y déterminer les stratégies juridiques à adopter n'est pas prendre une attitude liberticide, mais, au contraire, revient à appréhender la très grande variété de comportements qui y prennent place et qui sont inconnus des publications périodiques ou littéraires.

¹⁰⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1791/001.

¹¹⁰ Il est peut-être trop hâtif de déclarer, comme Jacques Englebert, que « [v]ju le nombre et la variété des critères énumérés, si cette proposition devait être adoptée, [on voit] mal quelle expression relèvera encore de la cour d'assises » (J. ENGLEBERT, « Comment réprimer les excès de l'expression sur les réseaux sociaux ? », *R.D.T.I.*, 2020, n° 4, p. 113).

Pour éviter toute confusion, il convient de distinguer plusieurs catégories de contenus qui parcourent les réseaux sociaux. Premièrement, certains contenus constituent le prolongement « simple » des infractions physiques, mais de façon virtuelle parmi lesquels on trouve, entre autres, le cyberharcèlement ou l'incitation au suicide (A). Ces infractions de droit commun, bien qu'elles doivent être transposées à l'espace particulier des réseaux sociaux, ont souvent un rapport tenu avec la liberté d'expression. Deuxièmement, et c'est ici que se focalisent les débats sociétaux, politiques et juridiques sur les contours de la liberté d'expression 2.0., se trouve la violence en ligne au sens large, qui compte autant de degrés qu'il y a d'individus pour la proférer. Elle va de l'invective politique musclée à l'apologie du terrorisme en passant par l'intimidation et la haine raciale ou sexiste (B). Ce contenu est le plus complexe à traiter en raison de sa diversité. Enfin, symptôme des temps actuels, se trouve le « faux » sous toutes ses formes et avec son ambiguïté probatoire et éthique (C). Cette typologie, qui n'est pas étanche, fait également écho aux degrés de contemporanéité des angoisses développées au fil de l'évolution des réseaux sociaux, dont les *fake news* constituent l'apogée. Au-delà du contenu, il conviendra ensuite de s'intéresser aux stratégies propres de violence sur les réseaux sociaux (D) ainsi qu'à leurs formes de communication uniques (E).

À titre liminaire, il est important de relever l'effet marginal de ce travail de typologie puisque *l'écrasante majorité* des expressions de pensée sur les réseaux sociaux sont protégées par la liberté d'expression. Rappelons que choquer, inquiéter ou heurter est permis. Nous nous situons dès lors ici dans les interspaces de cette large protection, mais qui, sur les réseaux sociaux, prennent toute leur importance de par leur présence disproportionnée. Précisons d'emblée que bien que nous nous focalisons souvent sur les infractions pénales, il va de soi que les usages litigieux de la liberté d'expression peuvent également faire l'objet d'actions en responsabilité civile contre leur auteur, en application de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

A. Les infractions non spécifiquement liées à l'expression

La présente contribution n'est pas une contribution de droit pénal. Néanmoins, une réflexion sur l'existence de délits que beaucoup jugent non liés à l'expression, mais qui demeurent actuellement subsumés dans la procédure impunitaire relative à la presse doit être entreprise. Dans une vision maximaliste, si tout mot écrit sur n'importe quel support doit être aspiré sous la métacatégorie du délit de presse, une partie du Code pénal serait à reléguer aux oubliettes quant à son efficacité. La frontière est fine et poreuse. L'existence de ces types de délits, dont certains ont expressément été consacrés dans des normes de droit pénal spécial par souci d'efficacité, démontre que ce qui pose en réalité problème est peut-être l'existence même de cette métacatégorie en tant que telle.

Ce malaise de la perte de compétence est palpable chez certains juges. Ainsi, le tribunal correctionnel de Bruxelles, par un jugement du 20 mai 2014, a décidé « qu'étant saisi d'une prévention de port public de faux nom et d'ingérence dans la vie privée, il n'est en définitive pas saisi du contenu de l'article publié et qu'il ne saurait dès lors être question de délit de presse, les faits étant de toute autre nature »¹¹¹. Une solution provisoire à la compétence du jury pourrait éventuellement être cherchée de ce côté. Ainsi, il est opéré une sorte de théorie juridictionnelle du centre de gravité. Si l'expression de l'opinion, et plus particulièrement son contenu, ne constitue pas le noyau d'un délit considéré, ce dernier pourrait en quelque sorte revenir à son juge naturel (ou à tout le moins effectif). À nouveau, comme vu *supra*, le juge intégrera une analyse complémentaire à l'aune des critères de la liberté d'expression afin d'éviter que la reconnaissance du délit ne constitue une ingérence trop importante dans ce droit fondamental.

À l'enseigne de ces délits n'ayant que peu de rapport avec le délit d'opinion, on pense notamment au cyberharcèlement dont l'élément prédominant consiste en une atteinte à la tranquillité souvent invasive et répétitive, et à l'incitation au suicide où l'effet recherché prend le pas sur le contenu, lequel ne serait qu'incidemment analysé.

Le cyberharcèlement est consacré en droit belge. Le délit général de harcèlement est incriminé à l'article 442bis du Code pénal tandis que l'infraction plus spécifique du malnommé harcèlement « téléphonique » est prévue à l'article 145, § 3bis, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Les réseaux sociaux, empreints de leur triple ambivalence, jouent un rôle prépondérant dans ce phénomène. On sait notamment que les mineurs, intenses utilisateurs de ces réseaux¹¹², en sont particulièrement victimes¹¹³, et que les femmes subissent également leur effet dans une proportion plus grande¹¹⁴. Dans une perspective conséquentialiste, il importe par ailleurs de noter que le cyberharcèlement (et la haine en ligne, que nous verrons *infra*, point 2, B) contribue

¹¹¹ M. GIACOMETTI et P. MONVILLE, « 6 – Réseaux sociaux, anonymat et faux profils : vrais problèmes en droit pénal et de la procédure pénale », in M. Salmon (dir.), *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 196.

¹¹² La problématique des mineurs sur les réseaux sociaux dépasse largement le cadre de cette contribution, mais il faut néanmoins noter, avec Julie Mont, que l'« Unicef critique [...] la fixation d'un âge » d'accès aux réseaux sociaux, « notamment compte tenu du fait qu'il limite la liberté d'expression des enfants, leur accès à l'information et leur habileté numérique » (J. MONT, « R.G.P.D. : quelles nouvelles règles pour les enfants sur Facebook? », *R.D.T.I.*, 2019/2, p. 22).

¹¹³ CODE (Coordination des O.N.G. pour les droits de l'enfant), « Le cyberharcèlement chez les ados : explications et outils », *Journal du droit des jeunes*, 2013, n° 328, pp. 34-38 ; J. TWENGE, *iGen [...] op. cit.*, p. 85-87.

¹¹⁴ CODE, *ibid.*, p. 35. Sarah Sobieraj note « [r]esearch suggests digital misogyny is particularly common among young women, over a quarter of who report having been sexually harassed online » (« Bitch, slut, skank, cunt : patterned resistance to women's visibility in digital publics », *op. cit.*, p. 1701).

concrètement à la violence «physique»¹¹⁵ au vu de la première ambivalence entre les deux espaces, et est par conséquent plus que des mots.

Parmi les faits divers ayant défrayé la chronique, on trouve également l'incitation au suicide via internet. Le 15 avril 2021, le ministre de la Justice déclarait : «les experts de la Commission Réforme du droit pénal ont suggéré lors de la précédente législature de faire de l'incitation au suicide une nouvelle infraction pénale. Pour l'heure, les travaux se poursuivent avec les experts sur un nouveau projet de réforme globale du Code pénal dans le cadre duquel ce point sera donc abordé»¹¹⁶. Axel Delannay, commentant la future réforme du droit pénal, note que «[c]ette nouvelle infraction se trouverait en outre aggravée dans la mesure où elle aurait été commise à l'égard d'un mineur ou d'une personne vulnérable, notamment (art. 110). Elle pourrait ainsi trouver à s'appliquer [...] en cas d'incitation au suicide via internet ou les réseaux sociaux, qu'il s'agisse également d'une forme de cyberharcèlement ou de défis complètement stupides à relever, prenant pour cibles des mineurs ou des personnes faibles d'esprit, et se terminant par une invitation au suicide»¹¹⁷. Actuellement, selon le même auteur, on peut se tourner vers l'infraction d'abus de la situation de faiblesse d'autrui (art. 442^{quater} du Code pénal)¹¹⁸. À nouveau, les réseaux sociaux, par leur aspect conversationnel et visuel, peuvent constituer des lieux d'amplification du phénomène en raison de ce qu'on appelle le «Werther effect», à savoir le fait que «the online engagement with a prior suicide may even motivate them to replicate the event»¹¹⁹. En outre, et selon une constante qu'on ne peut que déplorer, la recrudescence des suicides liés aux réseaux sociaux est également plus fréquente chez les femmes¹²⁰.

Une foule d'autres infractions pénales peuvent être appréhendées sur les réseaux sociaux¹²¹. Nous renvoyons à la littérature spécialisée pour le surplus¹²².

¹¹⁵ D. U. PATTON *et al.*, «Social media as a vector for youth violence: A review of the literature», *op. cit.*, pp. 548-553.

¹¹⁶ Réponse à la question n° 372 de M^{me} Van Camp du 3 mars 2021, Q.R., Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-047, 15 avril 2021, p. 215.

¹¹⁷ A. DELANNAY, «Section 2. – Le meurtre et ses diverses espèces», in M.-A. Beernaert *et al.* (dir.), *Les infractions*, vol. 2, Les infractions contre les personnes, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 183.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹¹⁹ D. U. PATTON *et al.*, «Social media as a vector for youth violence: A review of the literature», *op. cit.*, p. 552.

¹²⁰ J. TWENGE, *iGen [...]*, *op. cit.*, p. 110.

¹²¹ «[...] outre le harcèlement, le juge pourrait, le cas échéant, retenir d'autres qualifications, telles qu'un traitemennt dégradant (art. 417^{quinquies} C. pén.), un homicide involontaire (art. 418-419 C. pén.), une atteinte à la vie privée (art. 39 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel), des menaces (art. 327 et s. C. pén.), un faux informatique (art. 210bis C. pén.), une usurpation d'identité (art. 231 C. pén.), la cyberprédation (art. 433bis/1 C. pén.), le sexisme (art. 28/1 de la loi du 22 mai 2014), le voyeurisme (art. 371/1 C. pén.), le grooming (art. 377^{quater} C. pén.),... Pour plusieurs de ces infractions, des circonstances aggravantes sont prévues lorsque les faits sont commis envers une personne vulnérable» (N. COLETTE-BASECQZ, «Chapitre 5 – La protection pénale des personnes vulnérables dans l'environnement numérique», in H. Jacquemin et M. Nihoul (dir.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 161).

¹²² N. COLETTE-BASECQZ, *ibid.*, pp. 133-177.

Nonobstant, toutes les infractions pénales ne sont pas aussi éloignées de la liberté d'expression que les deux situations paradigmatisques présentées plus haut. Ainsi, les infractions liées aux atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes (articles 443 et suivants du Code pénal, à savoir la calomnie, la diffamation et l'injure) demandent précisément de s'attacher en premier lieu au contenu de l'expression puisqu'elles requièrent l'imputation d'un fait (qu'il soit précis ou au contraire imprécis et vague) à la victime¹²³. L'application de la théorie du centre de gravité fera en principe ici basculer tout élément écrit dans l'escarcelle de la cour d'assises. On notera que le mobile discriminatoire est érigé en circonstance aggravante par l'article 453bis du Code pénal. On peut dès lors relire les propositions de révision de la Constitution, analysées plus haut, à l'aune de cette réalité. Si elles sont adoptées, les infractions visées dans ce paragraphe, lorsqu'elles n'obéiront à aucun mobile discriminatoire, relèveront de la compétence du jury, peu importe le biais (écrit, audio, vidéo) par lequel elles sont perpétrées. Enfin, l'agression sexuelle à distance, qui fait l'objet d'une proposition déposée à la Chambre des représentants et définie comme « qui-conque incite à distance, avec ou sans violence, avec ou sans menace ou simplement par ruse, un mineur d'âge ou une personne souffrant d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale à se livrer, sur lui-même ou sur autrui à des pratiques sexuelles explicites »¹²⁴, obéira aux mêmes règles procédurales en cas d'adoption des dispositions constitutionnelles susmentionnées. Même s'il ne sera peut-être pas impossible de mettre au jour un mobile discriminatoire dans une telle agression, l'impunité de fait pour les autres situations n'est probablement pas ce que les auteurs du projet ont en tête.

Récemment, le tribunal correctionnel de Liège, division de Huy, a proposé un test de compétence différent de celui mentionné plus haut, afin de contourner l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2020 et son effet « aspirant ». Il juge : « la compétence du jury populaire s'efface, à défaut d'objet, lorsque la culpabilité de l'auteur de l'écrit litigieux ne requiert pas l'appréciation de la légalité de l'opinion qu'il a exprimée dans un écrit imprimé ou numérique diffusé dans le public. [...] La question de déterminer si les poursuites se meuvent sur le terrain de la calomnie ou de la diffamation est étrangère à la compétence du jury puisqu'elle ne requiert pas de s'intéresser à la légalité de l'opinion exprimée, mais à la seule qualité de la victime »¹²⁵. La sympathie que nous inspire ce jugement ne suffit toutefois pas à convaincre de sa solidité devant la jurisprudence de la place Poelaert. Il nous semble qu'une confusion est ici opérée entre la notion de délit de presse et celle de délit d'opinion. Or, la seule forme de l'écrit, pour la Cour de cassation, suffit à faire basculer toute infraction dans les mains du jury, et ce, sans laisser de champ à une réflexion sur

¹²³ *Ibid.*, p. 160.

¹²⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1670/001, p. 5.

¹²⁵ Corr. Liège, division de Huy, 26 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021/11, pp. 507-510. La mention de « la qualité de la victime » vient du fait qu'était en cause l'infraction de calomnie envers les dépositaires ou agents de l'autorité ou toute personne ayant un caractère public (art. 447 C. pén.).

les éléments constitutifs de l’infraction (en l’occurrence la qualité d’agent de l’autorité de la victime). Cette jurisprudence audacieuse a toutefois l’intérêt de mettre en lumière le malaise que suscite l’ambivalence de l’écrit sur les réseaux sociaux chez des juges démunis face à l’impunité, et elle pourrait sans doute inspirer d’autres juges exaspérés.

B. La haine

La haine en ligne, ou *online vitriol* en anglais, est une réalité désormais bien ancrée pour quiconque arpente les réseaux sociaux, dont elle fait partie de la culture¹²⁶. La définition du concept de discours de haine est toutefois malaisée puisqu’elle presuppose, dans l’inconscient collectif, un jugement de valeur. Les discours de haine sur les réseaux sociaux font en réalité l’objet d’appréhensions convergentes, qu’elles viennent des plateformes elles-mêmes, de la doctrine (juridique ou politique) ou du droit international. Une définition communément admise pourrait être : un discours en ligne qui, de façon intentionnelle ou effective, nuit à autrui, en cherchant à le diminuer ou lui nuire, généralement pour des raisons discriminatoires catégorielles¹²⁷. Ce lent consensus s’explique par le changement de la société ; il est clair en effet que « [l]e processus anthropologique de pacification des mœurs qui caractérise l’histoire longue de nos sociétés tend aujourd’hui à délégitimer davantage les discours de haine, à les considérer comme plus insupportables qu’autrefois»¹²⁸.

Contrairement aux idées reçues, la lutte contre les discours de haine n’a pas lieu dans un vide juridique. Ses contours sont toutefois particulièrement fragmentés. La haine fait l’objet d’une législation, qui est parfois une *soft law*, et d’une jurisprudence internationales (1) de même qu’une consécration législative belge (2), ainsi que d’une prise en compte par les réseaux sociaux eux-mêmes (3).

1. La haine en droit international

Depuis 1966, l’article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose : « [t]out 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 ». Au plus proche de nous, les deux Europes ont pris en main ce phénomène croissant, par des biais légèrement différents.

¹²⁶ P. KEMEKENIDOU, « R/ChokeABitch : Feminist Tactics Against Hate Speech in Capitalist Social Media Platforms », in S. Polak et D. Trottier (éd.), *Violence and Trolling on Social Media : History, Affect, and Effects of Online Vitriol*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2020, p. 234. Comme l’indique Bharath Ganesh, « [t]he explosion of digital hate culture represents the dark side of the democratizing power of social media » (B. GANESH, « The Ungovernability Of Digital Hate Culture », *Journal of International Affairs*, 2018, vol. 71, n° 2, p. 31).

¹²⁷ P. KEMEKENIDOU, *ibid.*, p. 239. L’auteur utilise une définition approchante.

¹²⁸ P. BEAUV AIS, « Vers un nouveau régime pénal de la libre expression ? », *op. cit.*, p. 16.

Au niveau de l'Union européenne, un «Code de conduite pour la lutte contre les discours illégaux en ligne» a été adopté en mai 2016 et opte pour une stratégie de partenariat avec les réseaux sociaux, sur une base volontaire¹²⁹. Le code prévoit, entre autres, que ces réseaux «mettent en place des procédures claires et efficaces d'examen des signalements de discours haineux illégaux diffusés via leurs services de manière à pouvoir retirer les contenus concernés ou à en bloquer l'accès». Le code, évalué à cinq reprises depuis son adoption, fait l'objet de louanges de la part de la Commission européenne. En 2020, cette dernière annonce ses résultats positifs : «[e]n moyenne, 90% des notifications sont examinées dans les 24 heures et 71% des contenus sont supprimés»¹³⁰. Outre Facebook et Twitter, un autre géant des réseaux sociaux s'est ajouté en 2019 aux adhérents au code, Snapchat¹³¹. L'Union a donc choisi la voie de la prévention par la *soft law*. La seule exception notable est la décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie¹³², transposée par la Belgique (voy. *infra*, 2.). Ce texte insiste sur la nécessaire proactivité des autorités publiques afin de protéger les «victimes, qui sont souvent particulièrement vulnérables et hésitent à engager des poursuites»¹³³. L'incitation à la haine raciale est là expressément visée «par écrits, images ou d'autres supports»¹³⁴.

Au niveau du Conseil de l'Europe, si la voie des recommandations n'est pas absente¹³⁵, les discours de haine sont particulièrement scrutés par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a fameusement déclaré, en 2015, que «[d]es propos clairement illicites, notamment des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence, peuvent être diffusés comme jamais auparavant dans le monde entier, en quelques secondes, et parfois demeurer en ligne pendant

¹²⁹ Disponible à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en#relatedlinks.

¹³⁰ Cinquième évaluation du Code de conduite, juin 2020, disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/codeofconduct_2020_factsheet_12.pdf.

¹³¹ Communiqué de presse du 4 février 2019, «Lutte contre les discours de haine illégaux en ligne – le code de conduite de l'UE permet de réagir rapidement», disponible à l'adresse : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_19_805.

¹³² Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, *J.O.U.E.*, n° L328, 6 décembre 2008. On peut également citer la directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil, *J.O.U.E.*, n° L 88, 31 mars 2017.

¹³³ Décision-cadre 2008/913/JAI, préc., p. 11.

¹³⁴ *Ibid.*, art. 1^{er}, 1., a) et b).

¹³⁵ Le Conseil de l'Europe, dans la recommandation CM/Rec(2018)2 du 7 mars 2018 du Comité des ministres aux États membres sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet, a pu affirmer : «[p]lus l'impact et les dommages potentiels causés aux objets de la protection juridique et plus la valeur de service public sont importants pour l'exercice des droits de l'homme, plus l'intermédiaire devrait prendre de précautions dans le cadre de l'élaboration et de l'application de ses conditions de service, de ses normes collectives et de ses codes d'éthique visant notamment à prévenir la diffusion d'abus de langage et d'images, de discours de haine et d'incitation à la violence» (p. 7).

fort longtemps»¹³⁶. Deux niveaux d'intensité peuvent être repérés. D'une part, la sanction du discours de haine peut ne pas violer l'article 10 de la C.E.D.H. pour autant qu'elle soit légale et proportionnée à un but légitime dans une société démocratique. Il s'agit du contrôle marginal habituel de la Cour. Nous renvoyons en cela aux critères *Von Hannover* cités plus haut. D'autre part, le discours de haine peut être carrément soustrait à la protection de la Convention en vertu de l'article 17 de celle-ci. Il s'agit alors d'un contrôle en abus de droit. La Cour strasbourgeoise conclut, dans ce cas, à l'irrecevabilité de la requête.

L'article 17 de la C.E.D.H. dispose : «Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention». Cette disposition est également présente dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 5) et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 54). La Cour constitutionnelle belge a admis très tôt que cette disposition pouvait être prise en compte pour faire obstacle à la protection offerte à la liberté d'expression¹³⁷.

Cette disposition invite le juge judiciaire à évaluer la gravité de l'expression en litige afin de déterminer si elle passe le seuil d'applicabilité élevé de l'abus de droit¹³⁸. Ainsi, une attaque «véhemente, à caractère général, contre un groupe religieux, qui établit un lien entre l'ensemble du groupe et un acte terroriste grave» tombe dans cette catégorie¹³⁹. Il en est de même d'une série d'articles qui «accuse tout un groupe ethnique de fomenter une conspiration contre le peuple [...] et impute une idéologie fasciste aux dirigeants juifs»¹⁴⁰. Comme pour l'application des critères *Von Hannover*, le contexte global a une importance non négligeable. Ainsi, une très large diffusion télévisée sera accueillie avec sévérité et passera le seuil¹⁴¹, au contraire d'un simple livre¹⁴² ou d'un dessin¹⁴³. Dans une affaire importante contre la Belgique, la Cour a jugé que constituait un discours de haine visant à la destruction de la démocratie «une

¹³⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Delfi c. Estonie*, 16 juin 2015, § 110.

¹³⁷ C.C., 12 juillet 1996, arrêt n° 4/96, B.7.16. L'article est également mentionné dans C.C., 11 mars 2009, arrêt n° 40/2009 et C.C., 14 juin 2012, arrêt n° 79/2012, sans pour autant conclure à son application. Le moyen tiré de l'article 17 est jugé irrecevable dans C.C., 6 décembre 2012, arrêt n° 145/2012 et C.C., 9 mars 2017, arrêt n° 32/2017.

¹³⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Lilliendahl c. Islande*, 11 juin 2020, § 26.

¹³⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Norwood c. Royaume-Uni*, 16 novembre 2004.

¹⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Pavel Ivanov c. Russie*, 20 février 2007, § 1.

¹⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *Roj TV A/S c. Danemark*, 17 avril 2018. Cette façon d'appréhender la diffusion massive pourrait être transposée aux réseaux sociaux dans certains cas.

¹⁴² Cour eur. D.H., arrêt *Palusinski c. Pologne*, 3 octobre 2006. Au sein même de cette catégorie, la Cour se montre encore moins sévère face à certains genres, comme la poésie (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Karatas c. Turquie*, 8 juillet 1999, § 52).

¹⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Leroy c. France*, 2 octobre 2008.

série de vidéos dans lesquelles [le requérant] appelait les auditeurs à dominer les non-musulmans, à leur donner une leçon et à les combattre »¹⁴⁴.

Le fait de ne pas atteindre le seuil d'applicabilité de l'article 17 ne signifie bien sûr pas que l'expression serait *ipso facto* protégée. L'application ordinaire des critères *Von Hannover* peut amener à justifier l'ingérence dans la liberté d'expression. Il en a été ainsi dans l'affaire *Lilliendahl contre Islande*¹⁴⁵, où de violents propos homophobes tenus en ligne ont été considérés comme un discours de haine se situant sous le seuil d'applicabilité de l'article 17, mais ne violant pas l'article 10. Enfin, la qualification de blague ou de parodie est intégrée dans l'analyse du contexte et du comportement de la personne incriminée. La Cour européenne des droits de l'homme a, sur ce point, jugé qu'elle : « ne partage pas [...] l'argument du requérant selon lequel les juridictions internes ont à tort interprété le "sketch" au premier degré, sans rechercher les éléments extrinsèques suggérant une interprétation contraire »¹⁴⁶ ¹⁴⁷.

Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé les critères *Von Hannover*, dans son arrêt *Altintas c. Turquie*, dans la matière spécifique du discours haineux, en tenant compte, de façon interconnectée¹⁴⁸ :

1. de l'éventuel contexte politique ou social tendu ;
2. de la possibilité d'interpréter les propos comme des appels (directs ou indirects) ou une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance ;
3. de la capacité de nuire inhérente aux propos.

Enfin, il convient de noter que si, « dans la lignée de sa jurisprudence relative à la liberté d'expression, la Cour accorde un poids prépondérant au critère du débat d'intérêt général, elle se montre en revanche beaucoup plus stricte dès lors que les propos sont de nature illicite et constituent, par exemple, des discours de haine »¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Belkacem c. Belgique*, 20 juillet 2017, §§ 33-36.

¹⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Lilliendahl c. Islande*, 11 juin 2020.

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt *M'Bala M'Bala c. France*, 20 octobre 2015, § 37. Une tentative intéressante de typologie des blagues «borderline» a été effectuée par Th. HOCHMANN, «Blagues racistes et blagues sexistes: éléments pour une théorie juridique», *Archives de politique criminelle*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 41-53. Celui-ci repère notamment des différences entre A. la blague raciste raciste (p. 43), B. la blague raciste antiraciste (p. 44), et C. la blague raciste non raciste (p. 44). Il propose de lier cela à quatre critères: A. le texte (p. 49), B. l'accumulation (p. 51), C. l'identité du locuteur (p. 52), D. l'ensemble du contexte (p. 52).

¹⁴⁷ Ce même requérant a également fait l'objet de poursuites en Belgique. Le juge belge, même s'il ne l'applique pas concrètement, fait usage de l'article 17 de la C.E.D.H. lorsqu'il décide : «[...]e droit à la liberté d'expression ne peut être invoqué pour justifier des propos portant atteinte aux valeurs qui sous-tendent non seulement la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais, d'une manière plus générale, l'harmonie entre les êtres humains» (Corr. Liège, division de Liège, 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016/8, pp. 358-373).

¹⁴⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Altintas c. Turquie*, 10 juillet 2020, § 31.

¹⁴⁹ N. LE BONNIEC, «La Cour européenne des droits de l'homme face aux nouvelles technologies de l'information et de communication numériques», *R.D.L.F.*, 2018/5, p. 8.

2. La haine en droit belge

Le fondement légal le plus important, en ce qui concerne l'incitation à la haine, se trouve dans la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, qui comporte un volet civil et un volet pénal.

Plusieurs comportements sont incriminés s'ils ont lieu «en raison de l'un des critères protégés», à savoir : les incitations à la discrimination, les incitations à la haine ou à la violence, les incitations à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres, et les incitations à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres (art. 20 de la loi). La compétence du jury en matière de délit de presse n'existe plus pour ces infractions. Dans une perspective de révision de la Constitution, il est clair que l'expérience tirée de l'application de cette loi jouera un rôle. Ainsi, il semblerait que la volonté des auteurs des propositions analysées plus haut soit d'opérer par analogie s'agissant des autres critères protégés, notamment présents dans les deux lois du 10 mai 2007¹⁵⁰. À cet égard, Jacques Englebert estime qu'«[i]l s'impose [...] de distinguer l'appel à la haine ou à la violence de l'incitation à la discrimination»¹⁵¹, les seconde ne devant pas, selon lui, être soustraites à la compétence du jury. Si ce point de vue sera *in fine* tranché par le constituant, force est de constater que les infractions «raciales» concernent les deux. Il est dès lors difficile de concevoir qu'une «incitation à la discrimination sexiste», par exemple, pourrait être considérée comme moins grave que lorsqu'elle est mue par la xénophobie. Actuellement, les deux lois de 2007 prévoient des infractions pénales en tout point similaires à celles qui existent dans la loi de 1981¹⁵².

La notion d'*incitation* est désormais bien ancrée puisqu'elle a été précisée par la Cour constitutionnelle. Elle a jugé, en 2009, que : «[...] le terme “incitation” indique par lui-même que les actes incriminés vont au-delà de ce qui relève des informations, des idées ou des critiques. Le verbe “inciter à”, dans son sens courant, signifie “entraîner, pousser quelqu'un à faire quelque chose”. Il ne peut y avoir incitation à la discrimination que si les propos tenus dans les conditions décrites à l'article 444 du Code pénal comportent un encouragement, une exhortation ou une instigation à une distinction qui ne peut être justifiée par les motifs de justification contenus dans la loi attaquée. L'incitation ne s'expliquera, dans ce cas, que par la volonté d'inciter à la haine ou à la violence, de telle sorte que les termes “haine”, “violence” et “discrimination” utilisés par la disposition attaquée désignent les degrés différents d'un même comportement»¹⁵³. De

¹⁵⁰ À savoir la loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

¹⁵¹ J. ENGLEBERT, «Comment réprimer les excès de l'expression sur les réseaux sociaux?», *op. cit.*, p. 116.

¹⁵² La loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (art. 22) et la loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (art. 27).

¹⁵³ C.C., 11 mars 2009, arrêt n° 40/2009, B.57.

même, les concepts de *haine* et de *violence* sont circonscrits : « [i]ls permettent de distinguer l'expression d'une opinion, qui reste libre même si elle est vive, critique ou polémique, de l'incitation à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence qui n'est punissable que si est démontrée l'intention d'inciter à des comportements discriminatoires, haineux ou violents »¹⁵⁴ ¹⁵⁵.

C'est ainsi que le tribunal correctionnel francophone de Bruxelles a récemment déclaré fondée la prétention d'incitation à la violence pour de nombreux commentaires agressifs et/ou racistes à l'égard d'une présentatrice de télévision¹⁵⁶. Selon le juge, « il ne fait aucun doute que le prévenu a incité à la violence à l'égard de la partie civile *Caroline* en raison de la prétendue race de celle-ci. En écrivant, en effet, que si la partie civile devait subir une agression qu'il espère mortelle, il ne dénoncerait pas ses agresseurs, mais les féliciterait au contraire bien bas, il encourage à tout le moins ses lecteurs à s'en prendre à la victime de ses propos, allant jusqu'à les exhorter à une agression mortelle »¹⁵⁷. Sur une seconde prétention, il est également relevé qu'« il ne fait aucun doute qu'en écrivant qu'il espère qu'on crèvera *Eva* qu'il qualifie de "saloperie de juive de merde", le prévenu incite ses lecteurs à se montrer violent, et c'est un euphémisme, à l'égard de la jeune femme et que cette haine se base sur la prétendue race juive de celle-ci »¹⁵⁸. Il est intéressant de noter, dans cette affaire, que l'expression atteint un seuil trop important pour être nuancée par les autres critères *Von Hannover*; on pense notamment à la personnalité publique et « exposée » de la victime.

Il est certain que l'incitation peut être effectuée par des moyens détournés et *a priori* neutres. Il s'agit d'ailleurs d'une stratégie particulièrement utilisée sur les réseaux sociaux, où les *haters* s'en sortent souvent en détournant des mots anodins¹⁵⁹. Il appartient alors au juge de lever le voile infractionnel sur de tels usages. Ainsi, « [I]l a diffusion d'une compilation d'extraits spécialement choisis du Coran dont le contenu est particulièrement blessant pour les juifs constitue une instrumentalisation de ce recueil qui constitue une incitation à la haine raciale »¹⁶⁰.

Les cas d'incitation sont légions, on peut également mentionner, au hasard, qu'il a été jugé que « le prévenu, par ses propos agressifs imputant à la communauté homosexuelle dans son ensemble des comportements déviants et débridés et en s'étonnant de la vie d'un trisomique [sic] a agi dans l'intention

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ L'application de ces critères doit permettre de « séparer le bon grain (la critique impertinente [...]) de l'ivraie (le discours raciste) », selon les mots de G. HAARSCHER, « Diffamation collective : une notion irrémédiablement confuse ? », *Revue de l'U.L.B.*, 2007/1, p. 61.

¹⁵⁶ Corr. fr. Bruxelles (61^e ch.), 13 avril 2021, *J.L.M.B.*, 2021/25, pp. 1132-1137.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ « Their terms are not immediately recognizable as extreme or hateful without understanding the context » (B. GANESH, « The Ungovernability Of Digital Hate Culture », *op. cit.*, p. 39).

¹⁶⁰ Corr. Bruxelles (61^e ch.), 21 juin 2006, *A&M*, 2006/5-6, pp. 491-496.

d'inciter à la haine à leur endroit»¹⁶¹. Le contexte conserve cependant sa prééminence. Un juge a notamment pu estimer, en 2011, que si «[l]e “chambrage” de l'adversaire, fait social apparemment indissociable du sport de masse, est de nature à voir fleurir des chants moqueurs, révélateurs de l'appauprissement du vocabulaire utilisé par nos contemporains, [i]l convient, toutefois, de trouver une juste limite entre les comportements provocateurs et les simples chants et gestes de ralliement»¹⁶².

Attirons à nouveau l'attention sur la pratique des réseaux sociaux, qui est parfois singulière et qui, dans l'examen des critères *Von Hannover*, pourrait être prise en compte. Par exemple, des recherches ont démontré que le seuil d'indignation d'une personne est en général moins élevé en ligne que hors ligne, de sorte que, même si cela est sujet à caution, on peut considérer que pour qu'un propos en ligne soit jugé haineux, son intensité devrait être plus grande que s'il était exprimé dans l'espace physique¹⁶³. De même, l'existence de «bulles algorithmiques» homogènes, même si elle a été nuancée¹⁶⁴, peut également entrer en jeu pour évaluer un contexte de diffusion et une capacité de nuire en conséquence.

Par souci d'exhaustivité, il importe enfin de mentionner les infractions relatives au terrorisme qui se situent au titre I^{er}bis du Code pénal et dont certaines sont des espèces particulières d'incitations à la haine ou d'apologie. Par manque de place et compte tenu de leur caractère spécialisé, nous renvoyons sur ce point à une autre littérature¹⁶⁵.

3. La haine selon les réseaux sociaux

Le juriste belge est contraint de s'intéresser aux conditions générales et aux chartes des différents réseaux sociaux afin de construire son dossier, surtout pénal. En effet, selon Olivier Bogaert, commissaire à la Federal Computer Crime Unit (CCU), si les plateformes, devant une commission rogatoire internationale, n'ont pas trop de problèmes à collaborer avec la CCU pour autant qu'elles soient présentes sur le sol européen¹⁶⁶, elles rechignent à s'exécuter si

¹⁶¹ Corr. Liège, division de Liège (17^e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016/8, pp. 358-373.

¹⁶² Pol. Charleroi, 18 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012/10, pp. 479-483.

¹⁶³ M. J. CROCKETT, «Moral outrage in the digital age», *Nature (Nature Human Behavior)*, 2017, disponible à l'adresse : www.nature.com/nathumbehav/.

¹⁶⁴ D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶⁵ E. DELHAISE, *Infractions terroristes*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 25-73 ; M.-L. CESONI, «Chapitre VIII – Les “infractions terroristes” : de la répression des actes à la police de la pensée», in H.-D. Bosly, et Chr. De Valkeneer (dir.), *Actualités en droit pénal 2019*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 227-259. Nous avons déjà pu noter *supra* que des propos de nature à justifier ou glorifier le terrorisme avaient pu être considérés par la Cour européenne des droits de l'homme comme passant le seuil de l'article 17 de la C.E.D.H.

¹⁶⁶ Ce qui est le cas des trois principales : à savoir Facebook (qui est propriétaire de WhatsApp et Instagram), Twitter et Snapchat. TikTok est pour l'instant toujours basé à Shanghai, même si des discussions sont en cours (www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/tiktok-cherche-a-implanter-son-siege-social-hors-de-chine-1158761).

l'infraction sur laquelle porte l'enquête ne trouve pas de corollaire dans leur charte ou conditions d'utilisation¹⁶⁷. Matthieu Gaye-Palettes ne dit pas autre chose lorsqu'il constate que les GAFAM¹⁶⁸ s'instituent peu à peu en «“nouveaux gouverneurs” des discours en ligne s'insérant entre les autorités publiques et l'utilisateur»¹⁶⁹, dont l'objectif serait de «définir des standards uniformes en matière de liberté d'expression»¹⁷⁰. Compte tenu de ce qui précède, nous nous devons donc d'examiner rapidement ce qui constitue, pour les géants des réseaux sociaux, un discours incriminé, même si, comme nous allons le voir, le droit belge présente souvent, et heureusement, un seuil plus élevé.

Facebook définit le *discours haineux* comme : «une attaque directe contre des personnes, plutôt que contre des concepts ou des institutions, fondée sur ce que nous appelons des caractéristiques protégées : l'origine ethnique, l'origine nationale, le handicap, la religion, la caste, l'orientation sexuelle, le sexe, l'identité de genre, et les maladies graves»¹⁷¹. De la même manière, une *attaque* constitue «un discours violent ou déshumanisant, des stéréotypes offensants, une affirmation d'infériorité, une expression de mépris, de dégoût ou de renvoi, une insulte ou un appel à l'exclusion ou à la ségrégation. Nous interdisons également l'utilisation de stéréotypes préjudiciables»¹⁷². Enfin, l'entreprise de Mark Zuckerberg bannit la *violence et la provocation*, qui incluent «les propos qui encouragent ou permettent des violences graves [lorsque nous pensons qu'un contenu représente un réel risque de préjudice physique ou une atteinte directe à la sécurité publique»¹⁷³.

Twitter interdit «de menacer d'autres personnes, de les harceler et d'inciter à la violence envers elles sur la base de critères de race, d'origine ethnique, de nationalité, d'orientation sexuelle, de sexe, d'identité sexuelle, d'appartenance religieuse, d'âge, de handicap ou de maladie grave», «de se livrer à du har-

¹⁶⁷ Interview pour l'émission *CQFD* de la chaîne radio La Première, disponible à l'adresse : www.rtbf.be/info/medias/detail_cyberharcelement-il-est-interdit-de-dire-sale-noir-ou-sale-arabe-par-contre-sale-pe-te-c-est-permis?id=10773991.

¹⁶⁸ Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

¹⁶⁹ M. GAYE-PALETTES, «Entre justice privée et justice étatique : Facebook et le *legalwashing* de sa “cour suprême”», *Pouvoirs*, 2021, vol. 178, n° 3, p. 119. L'auteur s'attache à démontrer que Facebook, notamment, tente de court-circuiter les États en mettant en place un *Oversight Board*, sorte de conseil des sages dont Mark Zuckerberg aime à vanter l'indépendance et l'expertise, amené à trancher les recours sur les décisions de suppression de contenu de la plateforme. Malgré son caractère privé et extrêmement sélectif (un filtre purement arbitraire existe quant aux «affaires» traitées), les lecteurs de cette contribution peuvent être intéressés de connaître la procédure devant cette instance : <https://oversightboard.com/appeals-process/>. Sa façon de procéder est éclairante, puisqu'elle a recours, par ordre d'examen : 1. aux standards de la communauté Facebook, 2. aux valeurs de Facebook, 3. au droit international qui se résume principalement au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, puis procède à un test juridictionnel qui comprend un test de... légalité. Voy. not. l'affaire concernant le Professeur Raoult : www.oversightboard.com/decision/FB-I2T6526K/.

¹⁷⁰ M. GAYE-PALETTES, *ibid.*, p. 125.

¹⁷¹ Standards de la communauté Facebook, disponibles à l'adresse : <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/>.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

cèlement ciblé d'autres personnes, ainsi que d'inciter à le faire. Cela inclut le fait de souhaiter ou d'espérer qu'une personne subisse une blessure physique», «de proférer des menaces de terrorisme ou d'extrémisme violent, ainsi que d'y inciter», et «de menacer de recourir à la violence contre une personne ou un groupe de personnes»¹⁷⁴.

Les autres plateformes contiennent des conditions d'utilisation similaires¹⁷⁵.

*

Après ce tour d'horizon, on ne peut que constater que les propositions de révision des articles 25 et 150 de la Constitution analysées *supra* suivent la formation de ce consensus mondial qui a trait aux discours haineux, notamment par le recours aux critères protégés. Le juge belge, en attendant ces révisions, dispose toutefois déjà d'un large éventail de normes juridiques *ad hoc*, notamment en droit international. Pour conclure sur le sujet, il est toujours bon de rappeler les quatre règles d'or pour contrer la haine en ligne : « 1. “always take screenshots”, 2. “know your rights” and “take legal advice”, 3. “make your fights visible”, 4. “seek allies – and the media”»¹⁷⁶. N'oubliions jamais, enfin, que la haine *online* a de réelles conséquences sur les crimes « physiques »¹⁷⁷.

C. Le faux

Le faux n'est pas un phénomène nouveau, mais il a tendance à s'inverser dans sa conceptualisation. Classiquement, on asservit et contrôle les peuples et individus par la déprivation d'informations. Nombre d'autocrates, dans l'histoire du xx^e siècle, ont agi (et agissent toujours) de la sorte pour consolider leur pouvoir et appauvrir toute velléité d'émancipation de leurs citoyens. Dans ce cadre, la liberté d'expression, incarnée dans la création du « marché des idées » de John Stuart Mill, est l'instrument politique et juridique de déli-

¹⁷⁴ Conditions d'utilisation de Twitter, pp. 34-35, disponible à l'adresse : https://cdn.cms-twdigitalassets.com/content/dam/legal-twitter/site-assets/tos-aug-19th-2021/Twitter_User_Agreement_FR.pdf.

¹⁷⁵ Snapchat enjoint de ne « pas publier de contenus pornographiques, contenant de la violence graphique, des menaces, des discours haineux ou des incitations à la haine et à la violence » (<https://snap.com/fr-FR/terms>). WhatsApp interdit l'usage de ses services d'une manière qui « est de nature illégale, obscène, diffamatoire, menaçante, intimidante, haineuse, racialement ou ethniquement offensante, est assimilée à du harcèlement ou incite ou encourage un comportement illégal ou déplacé pour d'autres raisons, y compris la promotion de crimes violents, la mise en danger ou l'exploitation d'enfants ou d'autres individus, ou la coordination de violence » (www.whatsapp.com/legal/terms-of-service-eea?lang=fr). TikTok dispose de conditions d'utilisations très précises, qui définissent notamment le discours de haine comme «un contenu ayant pour objectif d'attaquer, de menacer, d'inciter à la violence ou de déshumaniser une personne ou un groupe de personnes sur la base des qualités ou attributs suivants : race ; ethnicité ; origine nationale ; religion ; caste ; orientation sexuelle ; sexe ; genre ; identité de genre ; maladie grave ; handicap ; statut d'immigration » (www.tiktok.com/community-guidelines?lang=fr#38).

¹⁷⁶ P. KEMEKENIDOU, « R/ChokeABitch : Feminist Tactics Against Hate Speech in Capitalist Social Media Platforms », *op. cit.*, p. 241. L'auteur y ajoute une cinquième : « [i]f nothing helps: block, mute, report, repeat », *ibid.*, p. 242. Nous avons vu (et verrons *infra*) que ce dernier conseil ne peut être qu'un pis-aller.

¹⁷⁷ B. GANESH, « The Ungovernability Of Digital Hate Culture », *op. cit.*, p. 43.

vrance par excellence. De nos jours, comme les campagnes pour le Brexit et pour Donald Trump l'ont montré, l'asservissement des citoyens peut passer par l'exact opposé : les noyer dans un océan d'informations qui comprend une part importante (et attractive) de désinformation¹⁷⁸. Dans ce cadre, la seule idée de la liberté d'expression comme marché non régulé est impuissante à régler cette dérive aux conséquences tangibles. Cette problématique prend une saveur toute particulière avec les réseaux sociaux, notamment en raison de leur capacité mondialisante et amplificatrice^{179 180}. La post-vérité est désormais reconnue comme l'un des grands dangers pour la démocratie¹⁸¹. La guerre culturelle à laquelle peuvent se livrer des personnes, groupes ou entreprises pour déstabiliser des sociétés entières n'est qu'à ses balbutiements, mais l'on aperçoit déjà sans peine les dégâts de ces «perspectivicides»¹⁸². La réflexion juridique n'en est également qu'à ses débuts. Le traitement par le droit de la haine et du faux n'est pas exempt de ressemblances puisque, dans les deux cas, «la délicate opération consist[e] à recourir à des moyens juridiques pour établir la différence entre vrai et faux d'une part et entre fait et opinion d'autre part»¹⁸³.

Une des difficultés inhérentes à l'appréhension du faux tient à la réception par la personne qui en est le destinataire. Il arrive très souvent que ces personnes ne s'en estiment pas victimes, bien au contraire. En effet, «[s]i le faux l'emporte parfois sur le vrai dans l'espace public, c'est qu'il peut compter sur le soutien du fonctionnement normal de notre esprit»¹⁸⁴. De l'autre côté, il en va de la liberté d'expression de l'émetteur de pouvoir exprimer des opinions qui, du moins en apparence, sont dénuées de toute capacité de nuisance. Si l'on ajoute à cela la fracture sociale et générationnelle qui se trouve «affectée» par ces informations¹⁸⁵, on peut être poussé à simplement baisser les bras. Or, les consé-

¹⁷⁸ V. F. HENDRICKS et M. VESTERGAARD, *Reality Lost, Markets of Attention, Misinformation and Manipulation*, Cham (CH), Springer, 2019, p. xiii.

¹⁷⁹ Ce que certains appellent l'effet mégaphone, E. FRONZA, «Post-vérité, terrorisme et mémoire historique : la justice pénale et la liberté d'expression», *Archives de politique criminelle*, 2018, vol. 40, n° 1, p. 38.

¹⁸⁰ On peut ajouter à cela le fameux théorème de la crédulité informationnelle de Gérald Bronner, qui postule : «plus le nombre d'informations non sélectionnées sera important dans un espace social, plus la crédulité se propagera» (G. BRONNER, *La démocratie des crédules*, *op. cit.*, p. 43).

¹⁸¹ World Economic Forum, *The Global Risks Report 2017* (12^e éd.), p. 24, disponible à l'adresse : www3.weforum.org/docs/GRR17_Report_web.pdf.

¹⁸² C'est le mot utilisé par le lanceur d'alerte Christopher Wylie, l'un des fondateurs de *Cambridge Analytica*, lorsqu'il désigne «la manipulation et la déconstruction de nos perceptions – sur mesure», via les réseaux sociaux et à l'aide de nos données personnelles. Voy. Chr. WYLIE, *Mindfuck, Le complot Cambridge Analytica pour s'emparer de nos cerveaux*, Paris, Grasset, 2020, spécialement les chapitres III et IV.

¹⁸³ E. FRONZA, «Post-vérité, terrorisme et mémoire historique : la justice pénale et la liberté d'expression», *op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁴ G. BRONNER, *La démocratie des crédules*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁸⁵ Les recherches ont montré que la génération du «baby boom» (personnes nées entre 1946 et 1964) était bien plus encline à partager des *fake news* que toutes les autres (M. ROTHSCHILD, *The Storm Is Upon Us – How QAnon Became a Movement, Cult, and Conspiracy Theory of Everything*, Londres, Monoray, 2021, p. xvi). Un autre auteur relève que «[c]ontrairement à une pré-notion répandue, les plus importants consommateurs de «fake news» ne seraient en effet pas les plus jeunes (ou les moins politisés), mais au contraire les internautes les plus âgés (et les plus politisés) : les plus de 65 ans ont ainsi diffusé 7 fois plus de

quences de la désinformation, notamment par des acteurs étatiques étrangers, sur la violence physique dans un pays donné, sont désormais démontrées par des données empiriques¹⁸⁶. Pour noir qu'est ce constat, il faut reconnaître que le droit ne peut avoir qu'une place extrêmement étroite dans sa solution. Pour certains, « [c]e qu'il manque [...] c'est un réseau de relais de la connaissance orthodoxe »¹⁸⁷. Même dans ce cas, il n'est pas certain que cela fonctionnera. En effet, une étude basée sur un nombre impressionnant de données (3 millions de personnes et 126.000 « infos » étudiées) a mis en lumière que le faux circulait en moyenne 70 % mieux que le vrai¹⁸⁸. Le droit en est donc contraint à devoir agir *a posteriori*, et ce, d'autant plus que l'article 19 de la Constitution belge s'oppose à toute mesure préalable (voy. *supra*, section 2, A).

Avant toute chose, il y a faux et faux. Le terme *fake news*, pris génériquement, est impropre. Il en est de même de celui de « désinformation ». Vincent F. Hendricks et Mads Vestergaard ont récemment développé une taxonomie affinée de ces déclinaisons du faux¹⁸⁹. On trouve, du moins au plus « faux » : une première zone « blanche » comprenant le vrai (1¹⁹⁰), une deuxième zone « grise » comprenant les affirmations altérées (2¹⁹¹) et les affirmations non étayées (3¹⁹²), puis une troisième zone « noire » qui comprend les affirmations fausses (4¹⁹³), les mensonges (5¹⁹⁴), les *bullshits* (6¹⁹⁵) et les *fake news* (7¹⁹⁶). Même s'il s'agit d'une question *in fine* politique, il est manifeste que ces sept catégories ne sont pas à confondre en termes de risques, de danger et de besoin de réglementation. Nous n'aborderons ici que les catégories 1, 4 et 7.

fausses nouvelles que les jeunes de 18 à 29 ans sur le réseau social » (J. BOYADJIAN, « Désinformation, non-information ou sur-information ? Les logiques d'exposition à l'actualité en milieux étudiants », *op. cit.*, p. 27).

¹⁸⁶ Deux chercheurs présentent des données intéressantes : « our findings are twofold. First, disinformation by a foreign *external entity* can affect the *media* in a country through fractionalization, causing its *public* to use social media platforms to organize offline violence. And second, the government's role in nullifying such adverse effects by having control over its cyberspace is indispensable » (J. ARAYANKALAM et S. KRISHNAN, « Relating foreign disinformation through social media, domestic online media fractionalization, government's control over cyberspace, and social media-induced offline violence : Insights from the agenda-building theoretical perspective », *Technological Forecasting & Social Change*, 2021/166, p. 9) (les auteurs soulignent).

¹⁸⁷ G. BRONNER, *La démocratie des crédules*, *op. cit.*, p. 289.

¹⁸⁸ S. VOSOUGHI, D. ROY et S. ARAL, « The spread of true and false news online », *Science*, 2018, vol. 359, n° 6380, p. 1149.

¹⁸⁹ V. F. HENDRICKS et M. VESTERGAARD, *Reality Lost, Markets of Attention, Misinformation and Manipulation*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁹⁰ Les faits vérifiés.

¹⁹¹ Les formulations, exagérations, omissions, sélections des faits.

¹⁹² Les rumeurs (peut-être vraies, peut-être fausses).

¹⁹³ Les affirmations contraires aux faits et les mauvaises représentations des faits.

¹⁹⁴ Les fausses déclarations intentionnelles.

¹⁹⁵ Les fausses représentations des intentions, les faux semblants, feintes et autres dilutions de la ligne de démarcation entre le vrai et le faux.

¹⁹⁶ Les fausses nouvelles, et mauvaises représentations des faits et intentions, simulant le journalisme et la véracité.

1. Le négationnisme (catégories 1 et 4)

Proférer une affirmation fausse fait sans aucun conteste partie de la liberté d'expression, qui autorise par principe le mensonge et la fiction¹⁹⁷. Il n'existe fort heureusement aucune exception spécifique aux réseaux sociaux. La calomnie, vue *supra*, avec ses éléments constitutifs (notamment l'imputation méchante à une personne en particulier), en est la limite.

L'infraction paradigmatische du « faux » qui n'obéit pas aux éléments constitutifs de la calomnie est assurément celle du négationnisme¹⁹⁸, qui vise : « [q]uiconque, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal, nie, minimise grossièrement, cherche à justifier ou approuve des faits correspondant à un crime de génocide, à un crime contre l'humanité ou à un crime de guerre tel que visé à l'article 136^{quater} du Code pénal, établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale »¹⁹⁹.

Initialement cantonnée au négationnisme visant le génocide des juifs, l'aune de véracité est désormais celle de la reconnaissance par le droit, en particulier par la jurisprudence internationale. Interrogée sur l'éventuelle atteinte à la liberté d'expression qui en découlerait, la Cour constitutionnelle a jugé que « [c]ompte tenu du fait que la disposition attaquée, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et en ce qu'elle est une loi pénale, appelle une interprétation restrictive, il ressort de ce qui précède que le choix opéré par le législateur de faire usage de la faculté offerte par l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/913/JAI de limiter l'incrimination sur la base du critère selon lequel les crimes visés doivent avoir été “établis comme tels par une décision définitive rendue par une juridiction internationale”, n'est pas sans justification raisonnable »²⁰⁰. Vu cette limitation, une proposition de loi a été déposée en septembre 2019 visant à ajouter le génocide commis par le régime

¹⁹⁷ B. MOUFFE, *Le droit au mensonge*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 333 et s.

¹⁹⁸ En ce qui concerne l'éternel débat de la qualification du négationnisme comme une infraction du faux ou une infraction liée à la haine, nous inclinons vers la première. En effet, la sanction d'une expression de négation ne peut être faite qu'en relation avec une affirmation. L'expression de la remise en question d'une valeur, même considérée comme la plus importante (par exemple l'égalité), n'est jamais punie en tant que telle, elle ne l'est qu'en « action », lorsqu'elle tend à l'apologie ou à l'intention de nuire. Le négationnisme l'est *in abstracto*. L'aune de véracité, pour le droit belge, se trouve dans sa reconnaissance par une juridiction internationale. Pour le génocide des juifs, on peut même se référer à l'ultime moment de transfiguration juridique d'une vérité factuelle et historique par l'arrêt *Irving v. Penguin Books Limited* rendu en Angleterre (11 avril 2000, [2000] EWHC QB 115). Voy. *contra*: U. KOROLITSKI, « Faut-il réprimer le révisionnisme parce qu'il est faux? », *Raisons politiques*, 2016/3, n° 63, pp. 82-102. Selon nous, le fait que les opposants aux lois qui répriment le négationnisme (dont la loi Gayssot en France) utilisent l'argument *ad dystopiam* d'une « vérité d'État » orwellienne n'implique pas que les défenseurs de ces lois doivent à tout prix s'extraire (au prix d'une gymnastique intellectuelle qui confine parfois à l'abscons) de toute référence à la factualité historique.

¹⁹⁹ Art. 20 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

²⁰⁰ C.C., 14 janvier 2021, arrêt n° 4/2021, B.17.

turc ottoman pendant la Première Guerre mondiale et le génocide commis par le régime *hutu* rwandais en 1994²⁰¹.

L'infraction spécifique se trouvant au sein de la loi du 30 juillet 1981, on peut estimer que toute expression de négationnisme a *ipso facto* une inspiration raciste et xénophobe et permet donc à l'expression «écrite» sur les réseaux sociaux d'être jugée par les tribunaux correctionnels et non la cour d'assises. Le but légitime de l'incrimination du négationnisme, avalisé par la Cour constitutionnelle, était d'ailleurs axé à la fois sur une justification de prévention de la haine puisque la négation est accusée de fournir un terreau à l'antisémitisme et au racisme et de constituer une menace pour une société démocratique, et sur une justification mémorielle d'éviter les opinions infamantes et offensantes pour la mémoire des victimes du génocide²⁰². La négation et la haine raciale sont donc irréfragablement interconnectées²⁰³.

D'autres «faux» historiques de ce type pourraient-ils être incriminés à l'avenir? La Cour constitutionnelle a avalisé cette volonté du législateur pour autant qu'il s'attache à «définir l'objet de la répression de manière restrictive et sans équivoque»²⁰⁴ et ménage des exceptions idoines, notamment pour la recherche scientifique²⁰⁵, compte tenu des objectifs légitimes relevés plus haut. Une nouvelle entreprise législative en ce sens serait donc soumise à ce test.

2. Les *fake news* (catégorie 7)

Les réseaux sociaux sont entrés dans la lutte contre les *fake news* sur leurs plateformes. Il est à noter que WhatsApp prohibe en principe tout message qui «implique la publication de mensonges, fausses déclarations ou assertions trompeuses»²⁰⁶. Nonobstant l'escroquerie proprement dite, qui suppose un dommage matériel²⁰⁷, le droit belge n'a pas légiféré sur la capacité de ces *fake news* à notamment «fausser le jeu démocratique», bien que des discussions sont en cours.

La jurisprudence belge flirte parfois avec la notion, notamment dans le cadre de l'appréciation d'une incitation à la haine résultant d'une omission ou d'un travestissement de la réalité. Le tribunal correctionnel de Dinant, dans un jugement déjà ancien, saisi d'un litige relatif à un reportage télévisuel, estime que «ce regard critique à l'égard du discours et de l'action du gouvernement israélien et de son armée a, en l'espèce, conduit à un travestissement de la réalité en raison d'un traitement aussi hâtif qu'inapproprié des données fournies par

²⁰¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 55-0290/001.

²⁰² C.C., 12 juillet 1996, arrêt n° 45/1996, B.7.13.

²⁰³ Cela ressort notamment du jugement rendu par le tribunal correctionnel Liège, division de Liège, 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016/8, pp. 358-373.

²⁰⁴ C.C., 12 juillet 1996, arrêt n° 45/1996, B.7.8.

²⁰⁵ C.C., 12 juillet 1996, arrêt n° 45/1996, B.7.11.

²⁰⁶ Disponible à l'adresse suivante : www.whatsapp.com/legal/terms-of-service-eea?lang=fr.

²⁰⁷ Voy. sur ce sujet B. MOUFFE, *Le droit au mensonge*, *op. cit.*, pp. 371-386.

les agences de presse de sorte qu'il vaut mieux parler en l'espèce de "mésinformation" plutôt que de "désinformation", laquelle constitue une véritable stratégie de conquête des esprits par le mensonge et requiert un haut degré de pré-méditation, ce qui n'est évidemment pas le cas en l'espèce»²⁰⁸.

En janvier 2020, lors d'une audition à la Chambre des représentants, Antoinette Rouvroy a rappelé le caractère transfrontière de la désinformation sur les réseaux sociaux²⁰⁹. Elle conclut son audition sur la difficulté d'élaborer une loi sur ces fausses informations²¹⁰. Quelques jours plus tôt, constatant la vitesse vertigineuse à laquelle le faux peut être fabriqué et diffusé, Hugues Bersini, au cours d'une audition devant la même assemblée, déclare : « je pense indispensable que les pouvoirs publics retrouvent un droit de regard sur les algorithmes de profilage et de ciblage abondamment utilisés sur le Web et les réseaux sociaux »²¹¹. Reste qu'aucun projet précis n'a été déposé en ce sens²¹².

Le plus éclairant est encore d'aller jeter un œil outre-Quiévrain. Les *fake news* ont en effet fait l'objet d'une loi en France, qui s'attache uniquement à la lutte contre leur dissémination en période électorale. Le texte de la proposition de loi « a suscité une opposition farouche du Sénat, principalement en raison de l'atteinte potentielle portée à la liberté d'expression »²¹³. La loi vise la diffusion, « de façon délibérée, de fausses informations de nature à altérer la sincérité du scrutin »²¹⁴. Les réseaux sociaux ont en outre l'obligation de mettre « en œuvre des mesures en vue de lutter contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité d'un des scrutins »²¹⁵. La loi a été attaquée devant le Conseil constitutionnel en raison du « manque incontestable de clarté et de précision des dispositions les plus susceptibles de porter atteinte à des principes aussi fondamentaux que la légalité des délits et des peines et que la liberté d'expression »²¹⁶. Le Conseil précise que « les allé-

²⁰⁸ Corr. Dinant, 20 avril 2004, *J.L.M.B.*, 2004/18, pp. 799-802.

²⁰⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1947/001, p. 18 : « La réalité du modèle économique de ces réseaux sociaux est cependant que les "fake news" sont principalement créées en Macédoine, par des adolescents qui sont rémunérés en fonction des messages publicitaires (cliqués) sur leurs pages ».

²¹⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹¹ *Ibid.*, p. 9.

²¹² Deux types de solutions sont couramment avancées en ce qui concerne le *fact-checking*. La première consiste en l'agrégation des forces vives, qui ne peut passer que par une globalisation de moyens, compte tenu de la réalité massive et internationale des *fake news*. À cet égard, on peut citer l'International Fact-Checking Network (IFCN), créé en 2015 et leader mondial en la matière. En Belgique, le magazine *Knack* y est affilié (<https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/signatories>). La seconde est liée à l'intelligence artificielle qui peut être mobilisée pour créer des logiciels de reconnaissance de *fake news*. Les auteurs du logiciel « Fakebox » ont notamment pu se vanter d'un taux de succès de 95% (<https://machinebox.io/docs/fakebox>).

²¹³ A. CHOPPLET et J.-R. GARCIA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, vol. 119, n° 3, p. 723.

²¹⁴ Art. 6 de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *J.O.R.F* n° 0297 du 23 décembre 2018.

²¹⁵ Art. 11 de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, préc.

²¹⁶ A. CHOPPLET et J.-R. GARCIA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 724.

gations ou imputations mises en cause ne sauraient, sans que soit méconnue la liberté d'expression et de communication, justifier une telle mesure *que si leur caractère inexact ou trompeur est manifeste*²¹⁷. Dans la droite ligne de la jurisprudence *Handyside*, le Conseil constitutionnel rappelle que les mesures ne peuvent viser « ni les opinions, ni les parodies, ni les inexactitudes partielles ou les simples exagérations »²¹⁸. L'avenir nous dira si la Belgique suivra l'exemple de son voisin français. On soulignera tout de même qu'en cas de volonté d'aller en ce sens, il conviendra éventuellement de prévoir une révision constitutionnelle si l'on veut éviter l'impunité de fait puisqu'il n'est pas impossible qu'un « délit de *fake news* » ainsi libellé soit considéré comme ayant été « commis dans le but de porter une [...] atteinte aux institutions politiques » et relève dès lors de la compétence de la cour d'assises pour... délit politique²¹⁹.

D. Les stratégies accessoires

Toute réflexion sur la violence inhérente aux réseaux sociaux ne peut faire l'impasse sur les manœuvres liées à la haine et propres à ces lieux. Selon Saraj Sobieraj, le recours à une triple stratégie constitue le b.a-ba des attaques violentes sur les réseaux sociaux: intimidation/humiliation/discrédit²²⁰, dont les femmes sont les victimes majoritaires. La première, qui prend les atours d'insultes souvent discriminantes, peut être appréhendée en droit belge par le droit à l'incitation à la haine au sens large (voy. *supra*, section 3, A).

La seconde recourt le plus souvent à ce qu'on appelle le *doxing*, à savoir la révélation et la mise sur le réseau social d'informations privées, de pornographie (réelle ou fabriquée) ou de fausses informations²²¹. Si ces dernières peuvent obéir à l'infraction de calomnie, le *doxing* pur peut être appréhendé par le test classique d'atteinte à la vie privée contre l'ingérence dans la liberté d'expression au regard des critères *Von Hannover*. C'est ainsi que le tribunal civil francophone de Bruxelles a jugé que le *doxing* partiel des données personnelles d'un journaliste qui est une figure publique ne constituait pas une atteinte à la vie privée²²². Le tribunal insiste sur le fait que les informations postées, en l'occurrence sur un site internet, ne dépassent pas celles qui sont accessibles par une recherche ordinaire sur la personne du demandeur (une carte géographique du lieu d'habitation a été présentée, mais ne permettait pas de repérer précisément le domicile de celui-ci). On pourrait penser que la présence d'autres éléments (identité des enfants, données de santé, etc.) ou davantage de précision quant à certaines données (un numéro de téléphone privé plutôt que professionnel, le numéro

²¹⁷ Cons. const. (France), 20 décembre 2018, décision n° 2018-773 DC, § 23 (nous soulignons).

²¹⁸ *Ibid.*, § 21.

²¹⁹ Cass., 18 novembre 2003, *Rev. dr. pén.*, 2004/7-8, pp. 835-837, cité à la note n° 74.

²²⁰ S. SOBIERAJ, « Bitch, slut, skank, cunt: patterned resistance to women's visibility in digital publics », *op. cit.*, p. 1702.

²²¹ *Ibid.*, p. 1705.

²²² Civ. fr. Bruxelles, 14 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017/5, pp. 235-243.

de la maison, etc.) pourrait amener le juge à une décision différente. Divulguer des informations contre le gré de sa victime s'applique tant aux informations d'identité au sens strict que d'identité au sens convictionnel²²³.

Les campagnes d'humiliation sont parfois extrêmement organisées et «scriptées»²²⁴. Ces «raids» peuvent être très violents. À l'instar des viols collectifs, ils ont souvent «pour fin de mettre ceux qui sont à l'épreuve en demeure d'affirmer devant les autres leur virilité dans sa vérité de violence»²²⁵. Ils n'ont d'ailleurs pas manqué de faire réagir le pouvoir législatif. Une proposition de loi modifiant l'article 442bis du Code pénal, en vue de lutter contre le harcèlement groupé a été déposée à la Chambre²²⁶. Constatant que «le harcèlement groupé permet aux auteurs de faire un maximum de mal sans que chacun d'eux ne doive commettre des actes de manière répétitive»²²⁷, la proposition vise des faits de harcèlement imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou non²²⁸. Si l'anonymat est évidemment un frein à l'identification des auteurs, ce n'est pas toujours un obstacle dirimant et les inspecteurs spécialisés peuvent retrouver les personnes qui se cachent derrière des profils *a priori* anonymes²²⁹.

Enfin, la troisième stratégie, le discrédit, n'est pas si dissemblable, légalement parlant, des atteintes à l'honneur et des injures. Il faut toutefois prêter attention à ne pas opérer un renversement de situation. La victime qui se défend et reproche publiquement à son agresseur ses méfaits doit pouvoir compter sur la prise en compte du contexte initial devant le juge. Le seul fait de reprocher à quelqu'un de tenir des propos racistes et xénophobes envers soi-même ne suffit pas à constituer une diffamation, nonobstant la présomption d'innocence. Le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi souligné que «[c]e type de jugement de valeur, non fautif en soi et propre à la personne qui s'exprime, ne devient fautif que lorsqu'il présente un caractère manifestement excessif et qu'il est émis sans aucune justification, ni intérêt»²³⁰.

²²³ «La liberté d'expression et la liberté de religion comprennent non seulement le droit d'exprimer son opinion en toute matière, mais également le droit de ne pas divulguer ses convictions. Ce dernier aspect de la liberté d'expression et de la liberté de religion fait également partie du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 22 de la Constitution et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme» (C.C., 4 octobre 2018, arrêt n° 126/2018, B.51).

²²⁴ S. POLAK et D. TROTTIER, «Introducing Online Vitriol», *op. cit.*, p. 10.

²²⁵ P. BOURDIEU, *La domination masculine*, Paris, Le Seuil, 1998, p. 77.

²²⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-0738/001.

²²⁷ *Ibid.*, p. 3.

²²⁸ *Ibid.*, p. 9.

²²⁹ Voy. Civ. Bruxelles, 11 juin 2019, *J.D.J.*, 2019/7, n° 387, pp. 40-42.

²³⁰ Comm. Bruxelles, 24 décembre 2013, *A&M*, 2014/2, p. 150.

E. La communication 2.0.

Like, shares, tags, posts, emojis, bitemojis, captions, DM, GIFs, memes, hashtag, stream, retweet, unfollow, etc. Nous sommes immersés dans un lexique qui façonne la pratique de ces espaces que sont les réseaux sociaux. Les juges doivent y être attentifs puisque ceux-ci sont omniprésents et peuvent éventuellement peser dans l'application des critères *Von Hannover*.

Le *hashtag*, mot-clé précédé du signe #, permet soit de marquer un contenu avec un mot (ou phrase) spécifique afin de partager ce contenu et d'y faire référence plus facilement soit de regrouper l'ensemble des discussions faisant référence à un même thème. Ce signe a notamment été pointé par un tribunal suisse comme indicateur du retentissement d'une affaire à un moment *t*²³¹. Le Conseil du contentieux des étrangers a également considéré le rapport entre la présence d'un *hashtag* et l'augmentation de la diffusion d'une information²³². Il est à noter que la mention ou le tag, à savoir l'ajout d'une personne à un *post* précédé d'un @, permet également d'amplifier sa diffusion²³³.

Le *like* est l'expression prototypique des réseaux sociaux. Peut-on en déduire qu'il signifie un accord absolu avec le fond du *post* effectivement « aimé » ? C'est ce qu'a considéré la cour du travail de Liège à propos d'un licenciement pour faute grave en raison d'un *like* sur des publications antisémites, en jugeant que « la liberté d'expression ne peut en aucun cas pouvoir [sic] ternir gravement l'image de l'A.S.B.L. L. et de ses dirigeants »²³⁴. Cette conclusion abrupte entraîne une certaine circonspection et il n'est pas certain qu'une analyse plus circonstanciée au regard des critères *Von Hannover* puisse réellement la soutenir. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs, dans une affaire presque identique, conclu à la violation de la liberté d'expression²³⁵. La Cour reconnaît que le *like* constitue « une forme courante et populaire d'exercice de la liberté d'expression en ligne »²³⁶ et estime que, en l'espèce, il s'agissait « essentiellement et incontestablement des questions portant sur des débats d'intérêt général »²³⁷. Dans une autre affaire, le « “pouce en l'air” [...] au-dessous d'une affiche représentant un militaire porteur d'une mitrailleuse avec le slogan : “La meilleure façon de résoudre un problème, c'est de le supprimer !!!” » a été jugé comme une preuve supplémentaire d'une incitation à la haine, parmi d'autres *posts* et « partages » d'articles et d'images du même calibre²³⁸. Si un *like*, qui est plus ou moins visible par qui le cherche, a donc une portée et ne peut

²³¹ Tribunal de police de Lausanne, 13 janvier 2020, *J.L.M.B.*, 2020/22, pp. 1045-1051.

²³² Cons. cont. étr. (IV^e ch. nl), 23 décembre 2020, n^o 246825, p. 17.

²³³ Voy. *supra*, notre essai de classification des réseaux sociaux quant à leur ambivalence relative à la publicité et l'intentionnalité.

²³⁴ C. trav. Liège, division de Liège, 24 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2018/14, pp. 642-645.

²³⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Melike c. Turquie*, 15 juin 2021.

²³⁶ *Ibid.*, § 44.

²³⁷ *Ibid.*, § 47.

²³⁸ Corr. Luxembourg, division de Neufchâteau, 22 octobre 2020, *J.L.M.B.*, 2020/39, pp. 1822-1833.

2

raisonnablement être considéré comme neutre, il doit répondre au test circonspect du juge. Il en va de même, *a fortiori*, des autres types de réactions sur Facebook (❤️ 😂 😱 😱 😳) ainsi que les *emojis*, ces petites images utilisées pour exprimer une émotion, représenter un personnage, une action ou un objet. Ainsi, une juridiction anversoise a déduit d'un message qui contenait un «*kwade emoji*» que la personne concernée était très réticente, en l'occurrence à porter le masque buccal²³⁹. De la même façon, un «*smiley qui sourit*» peut être interprété, dans le contexte, comme un indice supplémentaire de malveillance²⁴⁰. Il importe toutefois de ne pas toujours chercher à surinterpréter ces fantaisies imaginées, qui n'ont pas toujours de signification profonde²⁴¹.

Dans le prolongement, d'autres images ont une importance toute particulière dans la pratique des réseaux sociaux : les *memes*²⁴². Si ceux-ci sont souvent amusants et anodins, ils peuvent, par leur force persuasive particulière, se transformer en armes de destruction massive des mouvements violents contemporains, comme on a pu le voir avec QAnon, dont l'apogée d'action fut l'insurrection sur le Capitole en janvier 2021²⁴³, ou, plus proche de chez nous, avec le mouvement Schild & Vrienden. La frontière avec l'humour est souvent le critère à examiner circonstanciellement par le juge. Un *meme* « humoristique » représentant Adolf Hitler et posté sur Facebook a par exemple pu être considéré comme haineux²⁴⁴.

Enfin, une question est éminemment importante pour l'avocat puisqu'elle tient au délai de prescription : le repartage sur un réseau social est-il constitutif d'un «nouvel acte de publication»? Le désert jurisprudentiel en matière de délits de presse, dont on rappelle qu'ils sont soumis à un délai de prescription abrégé de trois mois²⁴⁵, ne permet pas d'y répondre avec certitude. En France, la question s'est posée avec acuité. Si la Cour de cassation française estime que la simple adjonction d'une nouvelle adresse ne suffit pas, l'insertion d'un lien hypertexte a pu être considérée comme une «reproduction dans un écrit rendu public d'un texte déjà publié»²⁴⁶. Partant, la réactivation de l'ancien lien fait

²³⁹ Trib. trav. Anvers, division de Hasselt, 8 juillet 2020, R.G. n° 20/521/A, *Limb. Rechtsl.*, 2021/1, p. 62.

²⁴⁰ C. trav. Mons, 27 avril 2018, R.G. n° 2017-AM-367, *Sem. soc.*, 2019/3.

²⁴¹ Voy. l'attitude dubitative du Conseil du contentieux des étrangers face à un « emoji qui embrasse » (Cons. cont. étr., (IV^e ch. nl), 27 février 2019, n° 217617, p. 8).

²⁴² Selon Wikipédia, « [d]ans sa forme la plus sommaire, un même internet est une idée ou un concept simple, propagé à travers le web. Cette idée peut prendre la forme d'un lien hypertexte, d'une vidéo, d'un site internet, d'une image, d'un *hashtag*, d'un personnage récurrent, d'un GIF ou simplement d'une phrase ou d'un mot. Ce même peut être propagé par plusieurs personnes par le biais de réseaux sociaux (par exemple via les *neurhics* sur Facebook, ou les *hashtags* sur Twitter), de blogs, de messageries instantanées, d'actualité, et autres services internet». La plupart du temps, un *meme* sera constitué d'une image particulièrement expressive et souvent récurrente, accompagnée d'un texte court, destiné à faire réagir.

²⁴³ M. ROTHSCHILD, *The Storm Is Upon Us – How QAnon Became a Movement, Cult, and Conspiracy Theory of Everything*, *op. cit.*, pp. 148–149.

²⁴⁴ Civ. Liège, 18 juin 2019, *J.D.J.*, 2019/7, n° 387, pp. 42-43.

²⁴⁵ Art. 12 du décret sur la presse du 20 juillet 1831, *Bull. off.*, 22 juillet 1831

²⁴⁶ Cass. fr. (ch. crim.), 2 novembre 2016, n° 15-87163, cité par L. SAENKO, «Nouvelles technologies et liberté d'expression : le droit pénal (perdu) entre adaptation et innovation», *op. cit.*, p. 65.

démarrer le délai de prescription d'une nouvelle infraction, ce qui permet de considérer que le *retweet*, notamment, peut être également constitutif d'un nouveau point de départ²⁴⁷. Reste à savoir si une telle interprétation sera retenue en Belgique.

Conclusion : embrasser le paradigme contemporain

On l'a vu, la victime des excès de violence sur les réseaux sociaux tient une place importante au vu des pratiques contemporaines de ces lieux. Outre le fait que c'est parfois l'État lui-même, ou la démocratie, qui peut être en danger, comme le montre l'exemple de l'assaut sur le Capitole aux États-Unis et l'effet des *fake news* en général, il n'en reste que ce sont des personnes physiques qui sont le plus souvent touchées²⁴⁸. Or, les réseaux sociaux amènent à réfléchir de façon renouvelée sur le rapport entre la liberté d'expression à la fois des auteurs et de leurs victimes.

Comme il a déjà été mentionné, deux doctrines contemporaines ont investi les demandes pressantes d'une partie de la population : la lutte contre l'impunité et le droit de la victime à voir puni l'auteur de l'infraction qu'elle subit (voy. *supra*, section 2, B), particulièrement via le droit pénal²⁴⁹.

Actuellement, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle érige des barrières solides à ces aspirations. Sur le plan de l'impunité, elle a jugé que : « l'efficacité d'une loi pénale, mesurée à l'aune de son application par les juridictions et des condamnations prononcées, ne constitue pas en soi une condition de sa compatibilité avec les dispositions constitutionnelles et conventionnelles citées au moyen »²⁵⁰. Si cela peut étonner, même face à un droit fondamental, il est donc loisible au législateur d'adopter un droit pénal uniquement symbolique. Sur le plan des droits de la victime, la Cour est encore plus claire, elle juge en effet que « la victime ne dispose pas, en règle, d'un intérêt direct à ce que l'auteur d'une infraction soit condamné à une peine plutôt qu'à une autre, ni à réclamer une plus grande sévérité quant à la peine applicable »²⁵¹. Si la mention

²⁴⁷ L. SAENKO, *ibid.*, p. 66. Dans le même sens, B. AUROY et E. STELLA, « La liberté d'expression face aux réseaux sociaux », *op. cit.*

²⁴⁸ La position de victime est viscéralement attachée aux pratiques culturelles de la haine numérique : « [t]he explosion of digital hate culture represents the dark side of the democratizing power of social media » (B. GANESH, « The Ungovernability Of Digital Hate Culture », *op. cit.*, p. 41).

²⁴⁹ E. FRONZA, « Post-vérité, terrorisme et mémoire historique : la justice pénale et la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 26.

²⁵⁰ C.C., 25 mai 2016, arrêt n° 72/2016, B.22.2. Les dispositions en question étaient les articles 9 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 18 et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 19 de la Constitution.

²⁵¹ C.C., 14 mai 2020, arrêt n° 69/2020, B.3.2. Dans le prolongement, on peut affirmer que : « it cannot be deduced [...] that “a lack of punishment for a breach of human rights is in itself an abuse of human rights” » (J. M. S. SANCHEZ, « Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim's Right for the Perpetrator to be Punished », *op. cit.*, p. 878).

«en règle» ne ferme pas définitivement la porte²⁵², force est de conclure qu'il faut plutôt se tourner vers le législateur, et le constituant, pour offrir une place adéquate à la victime dans le droit à l'expression sur les réseaux sociaux.

La triple ambivalence des plateformes, et surtout la première d'entre elles, fait naître une demande de plus en plus grande d'accéder aux réseaux sociaux. Ces derniers étant une partie intégrante de notre sociabilité, beaucoup estiment ne plus avoir le luxe de les éviter²⁵³. Comme le considère déjà le Conseil constitutionnel français, «en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services»²⁵⁴. Du droit d'y accéder au droit d'y rester, il n'y a qu'un pas.

Une pratique particulière des réseaux sociaux doit ici être pointée : le *log-off* et l'effet d'invisibilisation. Les victimes d'abus, dont les femmes sont malheureusement les représentantes majoritaires, ont une tendance à adopter des stratégies de retrait des plateformes, lequel est couplé à une absence de plainte, d'autant plus qu'une partie de la société a tendance à insidieusement les blâmer de ce qui leur arrive²⁵⁵. Ces «conduites d'évitement» sont connues de longue date dans le monde «physique»²⁵⁶, et l'expression «if you can't stand the heat, get out of the kitchen» est toujours prônée par beaucoup²⁵⁷. Le résultat est une suppression de certaines voix de ces réseaux, tant activement que passivement (par l'autocensure)²⁵⁸. Or, désinvestir les réseaux sociaux revient à renoncer à un canal d'expression extrêmement important à l'heure actuelle²⁵⁹. On assiste à une spirale du silence²⁶⁰, particulièrement préjudiciable chez les jeunes filles²⁶¹.

Comme souligné précédemment, le modèle «fort» de liberté d'expression se doit de gérer un problème majeur : la liberté d'expression illimitée d'une personne peut effectivement réduire au silence celle d'une autre personne²⁶².

²⁵² De plus, la Cour ne s'exprime pas concrètement sur le droit de faire condamner l'auteur *tout court*, elle dénie à la victime l'intérêt au choix et à l'intensité d'une peine.

²⁵³ S. POLAK et D. TROTTIER, «Introducing Online Vitriol», *op. cit.*, p. 12.

²⁵⁴ Cons. const. (France), 10 juin 2009, décision n° 2009-580 DC, § 12 (nous soulignons).

²⁵⁵ S. HERZOG, «Public Perceptions of Sexual Harassment: An Empirical Analysis in Israel from Consensus and Feminist Theoretical Perspectives», *Sex Roles*, 2007/57, p. 582.

²⁵⁶ P. BOURDIEU, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 41. L'auteur note que, bien souvent, les «femmes s'excluent elles-mêmes de l'agora» (*ibid.*, p. 61).

²⁵⁷ S. SOBIERAJ, «Bitch, slut, skank, cunt: patterned resistance to women's visibility in digital publics», *op. cit.*, p. 1709.

²⁵⁸ P. J. CHEN, «Anti-Social Media», *op. cit.*, p. 125.

²⁵⁹ T. CLUCAS, «“Don’t Feed the Trolls”: Social Media and the Limits of Free Speech», *op. cit.*, p. 57.

²⁶⁰ P. J. CHEN, «Anti-Social Media», *op. cit.*, p. 115.

²⁶¹ D. MILLER, «Making Social Media Matter», in *Social Media in an English Village*, vol. 2, Londres, U.C.L. Press, 2016, p. 133.

²⁶² T. CLUCAS, «“Don’t Feed the Trolls”: Social Media and the Limits of Free Speech», *op. cit.*, p. 52.

Il convient dès lors de se poser sérieusement la question d'une mise en balance entre l'effet d'invisibilisation ainsi créé, donc la mise sous silence de personnes vulnérables, et le risque hypothétique, souvent brandi fièrement, de l'inflation des procès en diffamation²⁶³. Cet argument de l'appel d'air ne mène-t-il pas indirectement à un abandon de la liberté d'expression de ces personnes par la seule appréhension de la gêne causée à d'autres ? De plus, ne pas invisibiliser ou priver de réseaux sociaux certaines catégories de personnes, c'est indirectement leur laisser une mince chance de contribuer à faire la société²⁶⁴.

Toutes proportions gardées, l'impunité pénale des réseaux sociaux pourrait entraîner ce qu'une doctrine récente appelle le «non-recours» aux droits. Initialement, celui-ci est un phénomène d'ordre sociologique par lequel des personnes en situation de précarité ne réclament pas, pour diverses raisons, des prestations sociales auxquelles elles ont droit²⁶⁵. Les raisons de ce non-recours (ou *non-take up* en anglais) peuvent être multiples (méconnaissance de ses droits, difficultés éprouvées dans les démarches administratives, coût et lourdeur de ces démarches, peur de sanctions ou de stigmatisation, pudeur, etc.). Le phénomène du non-recours traduit l'ineffectivité des lois dont l'objet est d'ouvrir le droit aux prestations sociales considérées. Peut-on estimer qu'un non-recours à la liberté d'expression devrait devenir un sujet de préoccupation du législateur ? Nous le pensons. Après tout, une «certaine audace juridique n'est-elle pas requise [...] lorsqu'il s'agit d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux de personnes trop fragilisées pour en revendiquer le respect ?»²⁶⁶.

* *
*

La Constitution belge, et en particulier son article 150, n'a pas été prévue dans une perspective horizontale, mais verticale. C'est l'État qui est l'abuseur contre lequel il faut se prémunir, c'est l'État qui est le procureur qu'il faut empêcher d'agir pour réduire l'opposition au silence. La liberté d'expression est, dans ce cadre, le rempart contre l'autoritarisme et le garant du pluralisme des idées. Dans un spectaculaire renversement, le rapport aux droits fondamentaux

²⁶³ À propos des propositions de révision des articles 25 et 150 de la Constitution, on peut lire : «[...]a correctionnalisation à large spectre du délit de presse risque bien d'être ainsi un terreau fertile pour les procédures-bâillons» (J. ENGLEBERT, «Comment réprimer les excès de l'expression sur les réseaux sociaux?», *op. cit.*, p. 115).

²⁶⁴ Et, par la même occasion, contribuer à l'évolution du droit, P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, coll. Tirés à part, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2017 (1^{re} éd. 1986), p. 70.

²⁶⁵ Voy. sur le sujet: *Armoede en ineffectiviteit van rechten: non-take up van rechten = Pauvreté et ineffectivité des droits: non-recours aux droits/Steunpunt tot bestrijding van armoede, bestaanszekerheid en sociale uitsluiting / Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale*, Bruxelles, la Chartre, 2017, 165 p.; et en particulier, dans l'ouvrage : P. MAZET, «Analyse du non-recours aux droits: un outil d'évaluation des politiques publiques», pp. 37-52.

²⁶⁶ M. BELMESSIERI, «Le secret professionnel: rempart méconnu des droits des plus démunis», in M.-Fr. Rigaux et Fr. Daoût (coord.), *Le droit face aux pauvres. Actes du colloque organisé par la Cour constitutionnelle en hommage au juge honoraire Jean-Paul Snappe = Recht tegenover armen. Acten van de studiedag georganiseerd door het Grondwettelijk Hof ter ere van erechter Jean-Paul Snappe*, Limal, Anthemis, 2020, p. 96.

s'est horizontalisé. Les «*haters*» les plus violents sont les abuseurs contre lesquels les citoyens veulent se prémunir, le procureur est appelé à la rescoufle plutôt que d'être à la manœuvre, et l'autoritarisme est une demande de plus en plus pressante d'une partie de ces figures toxiques des réseaux sociaux qui se réclament de la liberté d'expression absolue et d'une «tolérance» non moins absolue²⁶⁷. L'État était une partie au procès dont la position de domination devait être canalisée. Il est à présent de plus en plus vu comme un tiers arbitre. Ceci démontre que le débat sur les limites de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux est loin de revêtir automatiquement le manteau d'une effrayante «contre-révolution juridique conservatrice»²⁶⁸.

Bien sûr, les réseaux sociaux ne sont jamais exclusivement oppressifs²⁶⁹, ils peuvent au contraire être extraordinairement émancipatoires. S'il ne faut pas être aveugle à un certain constat qu'«avec le numérique, la liberté d'expression est devenue [...] un instrument de la peur, peut-être même de la terreur»²⁷⁰, cette liberté d'expression reste la pierre angulaire de notre société démocratique et libérale. Et, bien que notre contribution ait largement insisté sur les dérives et sur la violence presque intrinsèque aux réseaux sociaux, il ne faut pas être sourd aux risques qu'une pénalisation irraisonnée pourrait créer. Il existe principalement deux risques liés à l'abandon de l'impunité relative aux propos sur les réseaux sociaux : l'hyper conséquentialisme²⁷¹ et l'affaissement des critères du dommage moral. Ceux-ci, heureusement, peuvent être endigués par les juges.

S'il est important d'éviter que l'intransigeance à propos de l'article 150 de la Constitution ne serve «d'erreur de la banque en votre faveur» aux auteurs d'infractions, ces derniers ne doivent pas répondre de tous les maux de la terre. Nul ne doit être tenu «d'assumer les conséquences qui se situent en deçà de notre vigilance consciente»²⁷². L'office effectif du juge est pour cela un garde-fou contre l'arbitraire et l'injustice qu'il faut reconstruire. Comme toujours, il importe de lutter contre la «construction imaginaire d'un "risque" lié à un recours à la justice inconsidéré ou incontrôlable»²⁷³. Ce ne sont pas les oppressions structurelles de la société, même si elles sont profondes, qui sont en procès lorsque l'on juge un délinquant des réseaux sociaux, ce sont ses actions. Si ces réalités peuvent éclairer les tribunaux et les parquets quant à la récurrence

²⁶⁷ «[L]e triomphalisme narcissique de la tolérance autoproposée comporte des risques qui sont peut-être pires encore» (A. MORVAN, «La tolérance, vraie valeur ou petite vertu? Quelques réflexions sur la tolérance du XVII^e siècle et sur celle d'aujourd'hui», in XVII – XVIII. *Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVII^e et XVIII^e siècles*, 1998, n° 47, p. 99).

²⁶⁸ P. BEAUVIAS, «Vers un nouveau régime pénal de la libre expression?», *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁹ S. SOBIERAJ, «Bitch, slut, skank, cunt: patterned resistance to women's visibility in digital publics», *op. cit.*, p. 1703.

²⁷⁰ L. SAENKO, «Nouvelles technologies et liberté d'expression: le droit pénal (perdu) entre adaptation et innovation», *op. cit.*, p. 57.

²⁷¹ Concept développé dans G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, *op. cit.*, pp. 90-97.

²⁷² G. BRONNER, *ibid.*, p. 92.

²⁷³ L. ISRAEL, *L'arme du droit*, 2^e éd., Paris, Les Presses de Science Po, 2020, p. 145.

de certaines stratégies sur les réseaux sociaux, elles s'effacent lorsqu'il vient le temps d'examiner les faits. Le juge, en cela, est maître à bord.

S'agissant du dommage hypertrophié à la sensibilité à fleur de peau²⁷⁴, il constitue une véritable vague contre laquelle la digue de notre vigilance doit être haut dressée. Il ne suffit pas que les propos tenus soient considérés comme intolérables pour être sanctionnés. S'il s'impose de prendre en compte la pratique des réseaux sociaux, « construite » en particulier par les *digital natives*, pour éclairer la réponse juridique à y apporter, la culture de l'offense d'une partie d'entre eux, qui confond le mal et l'inconfort (en particulier idéologique²⁷⁵), doit être fermement combattue. Le risque est toutefois moins grand qu'on veut bien se le faire croire. D'un côté, ériger l'inconfort idéologique en dommage va clairement à l'encontre de la jurisprudence *Handyside*. D'un autre, l'examen du bien-fondé et des contours de cet éventuel dommage échoit au juge, qui dispose d'un large espace de manœuvre en la matière, laquelle est de très longue date façonnée par la jurisprudence plutôt que par la loi²⁷⁶.

En conclusion, une prise en compte sérieuse de la triple ambivalence des réseaux sociaux n'amènerait pas à une liberté d'expression amoindrie, comme certains le redoutent. Le contraire peut être soutenu puisque le droit à la vie privée y verrait sa présence s'accroître et que la liberté d'expression des voix invisibilisées serait raffermie, le tout contribuant à l'existence d'un « environnement favorable à la participation » pour reprendre les mots de la Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁷. Nous nous sommes attachés à examiner les coins reculés et sombres de ces *fora contemporains*. L'espoir existe que, si leurs ruelles se font plus saines, leurs grandes avenues n'en deviendront que plus praticables. Il ne restera alors qu'à continuer à s'étriper sur la dernière polémique en date. Bref, « le tonneau des Danaïdes des réseaux sociaux, où entreprendre une discussion revient souvent à vider la mer de la mauvaise foi avec la petite cuillère de la raison »²⁷⁸, a encore de beaux jours devant lui.

²⁷⁴ J. TWENGE, *iGen [...]*, op. cit., p. 157. Voy. surtout G. LUKIANOFF et J. HAIDT, *The Coddling of the American Mind : How Good Intentions and Bad Ideas Are Setting Up a Generation for Failure*, New York, Penguin Press, 2018, 352 p., en particulier pp. 10-28 et p. 74 et s. Voy. également R. D. ROTUNDA, « The Right to Shout Fire in a Crowded Theatre : Hateful Speech and the First Amendment », *Chapman Law Review*, 2019, vol. 22, n° 2, pp. 319-367.

²⁷⁵ G. LUKIANOFF et J. HAIDT, *ibid.*, p. 10.

²⁷⁶ Dans la jurisprudence actuelle, on en est très loin. Ainsi, la Cour de cassation a jugé : « [d]ans la mesure où le moyen considère que la cour d'appel devait prendre en considération ce que le demandeur qualifie de "ressenti subjectif" de la victime, autrement dit qu'elle devait apprécier la gravité de l'atteinte à son environnement personnel en fonction de son état d'esprit et de sa situation concrète, le moyen manque donc en droit », Cass., 10 février 2016, R.G. n° P15.1536.E, *Rev. dr. pén. crim.*, 2016/7-8, p. 838.

²⁷⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Dink c. Turquie*, 14 septembre 2010, § 137.

²⁷⁸ E. BASTIÉ, *La guerre des idées. Enquête au cœur de l'intelligentsia française*, Paris, Robert Laffont, 2021, p. 88.