

# Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 7 octobre 2020

Note d'observations de Jacques Englebert<sup>1</sup>

INJURES – CALOMNIE – HARCÈLEMENT – FACEBOOK – DÉLIT DE PRESSE – ÉCRIT

INSULTS – SLANDER – HARASSMENT – FACEBOOK – PRESS OFFENCE – WRITING

*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.*

*L'article 150 de la Constitution ne fait dépendre la compétence du jury ni de la pertinence ou de l'importance sociale de la pensée ou de l'opinion publiée, ni du caractère plus ou moins argumenté ou développé de l'écrit incriminé, ni de la notoriété de son auteur.*



*A press offence is an infringement of the rights of either society or of a citizen through the expression of a criminal thought or opinion in a printed or digital document, which is distributed to the public.*

*Article 150 of the Constitution does not condition the jury's competence on the relevance or social importance of the published thought or opinion, nor on the more or less argued or developed character of the incriminated writing, nor on the notoriety of its author.*

Siège : Jean de Codt (prés.), Fr. Roggen, E. de Formanoir,  
Fr. Lugentz et Fr. Stévenart Meeûs (cons.)

Av. gén. : Ph. de Koster

Plaid. : M<sup>es</sup> M. Simonis et M. Töller

R.G. n° P.19.0644.F

B. A. contre S. C.

## I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Le pourvoi est dirigé contre un arrêt rendu le 28 mai 2019, sous le numéro 1646 du répertoire, par la cour d'appel de Liège, chambre correctionnelle.

Le demandeur invoque un moyen dans un mémoire annexé au présent arrêt, en copie certifiée conforme.

Le 17 septembre 2020, l'avocat général Philippe de Koster a déposé des conclusions au greffe.

À l'audience du 7 octobre 2020, le conseiller Eric de Formanoir a fait rapport et l'avocat général précité a conclu.

## II. LA DÉCISION DE LA COUR

### A. En tant que le pourvoi est dirigé contre la décision d'acquittement du chef de la prévention de menaces par écrit

Dépourvu d'intérêt, le pourvoi est irrecevable.

### B. En tant que le pourvoi est dirigé contre la décision de condamnation du chef des préventions d'injures, calomnie et harcèlement

*Sur le moyen*

Pris de la violation de l'article 150 de la Constitution, le moyen reproche à l'arrêt attaqué de condamner le demandeur du chef d'injures, calomnie et harcèlement, alors que ces délits ont été commis au moyen de textes publiés exprimant une pensée ou une opinion et sont

<sup>1</sup> Avocat spécialisé en droit des médias, professeur à l'Université libre de Bruxelles.

## JURISPRUDENCE

par conséquent des délits de presse ressortissant à la cour d'assises.

L'article 150 de la Constitution dispose que 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.

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.

L'injure, la calomnie ou le harcèlement peuvent constituer un délit de presse lorsque ces infractions expriment une pensée ou une opinion dans un tel écrit.

La disposition constitutionnelle précitée ne fait dépendre la compétence du jury ni de la pertinence ou de l'importance sociale de la pensée ou de l'opinion publiée, ni du caractère plus ou moins argumenté ou développé de l'écrit incriminé, ni de la notoriété de son auteur.

L'arrêt constate que le demandeur est administrateur d'une société propriétaire d'un centre commercial situé sur le territoire de la commune dont la défenderesse était échevine de l'urbanisme, que le demandeur lui a reproché de s'être opposée systématiquement à l'extension de ce centre et qu'il a fait connaître son mécontentement au moyen d'écrits publiés sur sa page du réseau social en ligne Facebook. L'arrêt relève que « les termes utilisés par le [demandeur], dans ses écrits, pour qualifier [la défenderesse] sont injurieux dès lors que, par leurs connotations négatives, ils portent indiscutablement atteinte à la considération de sa personne [...] », et que « [le demandeur] a imputé publiquement deux faits précis à [la défenderesse]: s'être fait corrompre par une enseigne commerciale et avoir détourné de l'argent au préjudice de "son patron" ».

L'arrêt décide que « l'expression d'une pensée [...] ne peut être considérée, au sens de la Constitution et selon l'évolution sociétariaire, comme n'importe quelle pensée, sans tenir compte de sa pertinence, telles les simples injures ou calomnies », qu'« il doit y être retrouvé une logique argumentative, une manière de voir développée, un pamphlet etc. », que « l'intention de l'auteur [du délit de presse], selon le Constituant,

qui doit se révéler au travers de l'écrit, doit être celle de forger les "opinions et les consciences du peuple souverain", le sens courant de l'opinion étant un avis ou une croyance, une conviction religieuse ou politique », et que « en l'espèce, les propos publiés par [le demandeur] sur un "mur Facebook" tels qu'ils ressortent des pièces soumises à la cour ne sont pas des articles émettant une pensée critique ou argumentée mais sont en réalité des insultes, dépourvues d'esprit humoristique ou satirique, émanant d'un quidam, publiés non pas sur une page d'un site entièrement public mais sur la page d'un réseau social ouverte au nom d'une personne en particulier ».

En ayant jugé que « ces éléments, pris dans leur ensemble, démontrent que les faits reprochés au [demandeur] ne constituent pas un délit de presse », la cour d'appel a violé l'article 150 de la Constitution.

Dans cette mesure, le moyen est fondé.

### **C. En tant que le pourvoi est dirigé contre la décision rendue sur l'action civile exercée contre le demandeur par la défenderesse**

La cassation, sur le pourvoi non limité du prévenu, de la décision de condamnation rendue sur l'action publique exercée à sa charge, entraîne l'annulation de la décision définitive, rendue sur l'action civile exercée contre lui par la partie civile, qui est la conséquence de la première.

### **D. Quant à l'étendue de la cassation**

La cassation encourue par l'arrêt attaqué doit s'étendre au jugement dont appel, fondé sur la même illégalité, et qu'il y a lieu d'annuler dès lors par application de l'article 434, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

### **E. Quant au renvoi**

En vertu de l'article 435, alinéa 3, dudit code, si la décision attaquée est cassée pour cause d'incompétence, ce qui est le cas en l'espèce, la Cour renvoie la cause devant les juges qui doivent en connaître.

La cour d'assises étant le juge que la Constitution désigne, la cause doit être renvoyée devant la juridiction que la loi charge de décider s'il y a lieu de prononcer la mise en accusation.

Par ces motifs,

la Cour,

Casse l'arrêt attaqué, sauf en tant qu'il acquitte le demandeur de la prévention de menaces par écrit;

Annule le jugement rendu le 7 septembre 2018, sous le numéro 2333 du plumitif, par le tribunal de première instance de Liège, division Liège;

Rejette le pourvoi pour le surplus;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé et du jugement annulé;

Condamne le demandeur à un dixième des frais de son pourvoi et réserve le surplus desdits frais pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge de renvoi;

Renvoie la cause, ainsi limitée, à la cour d'appel de Liège, chambre des mises en accusation.

\* \* \*

## Conclusions de l'avocat général Philippe de Koster

### Les faits et la motivation de l'arrêt attaqué

L'affaire soumise à votre Cour concerne la diffusion numérique de propos qualifiés d'injures, de calomnies et d'harcèlement via la page publique Facebook du demandeur – propos proférés à l'encontre de la défenderesse.

L'arrêt attaqué constate que le demandeur est administrateur d'une société propriétaire d'un centre commercial situé sur le territoire de la commune dont la défenderesse est échevin de l'urbanisme, que le demandeur lui a reproché de s'être opposée systématiquement à l'extension de ce centre et qu'il a fait connaître son mécontentement au moyen d'écrits publiés sur sa page du réseau social en ligne Facebook. L'arrêt relève que «les termes utilisés par le demandeur, dans ses écrits, pour qualifier la défenderesse sont injurieux dès lors que, par leurs connotations négatives, ils portent indiscutablement atteinte à la considération de sa personne (ainsi les termes tels que menteuse, affreuse, pétasse, con, faux-culs, boudin aux raisins et la prénommer "Adolphe")» et que «le demandeur a imputé publiquement deux faits précis à la défenderesse: s'être fait corrompre par une enseigne commerciale et avoir détourné de l'argent au préjudice de son patron».

L'arrêt a décidé que «ces éléments, pris dans leur ensemble, démontrent que les faits reprochés au demandeur ne constituent pas un délit de presse» au motif que «les propos publiés sur un "mur facebook" tels qu'ils ressortent des pièces soumises à la cour ne sont pas des articles émettant une pensée critique ou argumentée mais sont en réalité des insultes, dépourvues d'esprit humoristique ou satirique, émanant d'un quidam, publiés non pas sur une page d'un site entièrement public mais sur la page du réseau social ouverte au nom d'une personne en particulier».

### Le pourvoi

Le moyen unique présenté reproche à l'arrêt attaqué de violer l'article 150 de la Constitution.

L'examen du moyen suppose un examen le plus exhaustif possible de la jurisprudence de votre Cour à l'égard de la notion de délit de presse en tenant compte, bien évidemment, de l'évolution tant des mœurs de communication que de l'évolution de la technologie. En 1871, votre Cour a dit pour droit que «par délit de la presse, on ne peut entendre que les atteintes portées aux droits soit de la société, soit des citoyens, par l'abus de la manifestation des opinions dans des écrits imprimés et publics»<sup>2</sup>.

Votre Cour conservera cette formulation plus positive puisqu'elle dira pour droit que «Les délits de presse sont des délits qui portent atteinte aux droits de la société ou des citoyens, commis en exprimant abusivement des opinions dans des écrits imprimés et publiés»<sup>3</sup>.

Votre Cour tiendra d'emblée compte d'une certaine évolution technologique. Ainsi, dans un arrêt du 25 octobre 1909, elle a dit pour droit que «doit être considéré comme commis par la voie de presse et conséquemment comme justiciable de la cour d'assises le fait de répandre dans le public de multiples copies d'un écrit injurieux obtenus à l'aide d'un chromographe»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cass., 10 juillet 1871, *Pas.*, 1872, I, p. 17; Cass., 23 janvier 1894, *Pas.*, I, p. 88.

<sup>3</sup> Cass., 11 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 452 et les références citées en note infrapaginale 3.

<sup>4</sup> Cass., 25 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, 416.

## JURISPRUDENCE

Si votre Cour a affirmé jusqu'à présent que le délit de presse suppose un «texte»<sup>5</sup>, elle a également tenu compte de l'évolution technologique. Ainsi, dans un arrêt du 6 mars 2012, votre Cour considère que le délit de presse suppose un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire<sup>6</sup> et admet que le délit de presse se réalise par diffusion numérique en sorte qu'Internet soit assimilé à un vecteur de l'infraction de délit de presse<sup>7</sup>.

Dans les conclusions précédant cet arrêt de principe, M. le Procureur général Marc De Swaef, explique cette inclusion d'Internet dans le délit de presse, comme suit: «Traditionnellement, pour qu'il y ait délit de presse, les éléments constitutifs de l'infraction doivent être une pensée punissable, exprimée au moyen d'une impression, à laquelle une publicité effective a été donnée. Au moment de l'adoption de l'(ancien) article 98 de

la Constitution (actuel article 150), les pensées ne pouvaient être rendues publiques de manière durable que par l'imprimerie. Dans l'arrêt du 25 octobre 1909, la Cour avait déjà considéré que ni l'article 98 de la Constitution ni le décret du 20 juillet 1831 sur la presse (*M.B.*, 22 juillet 1831) n'impliquent que le recours à l'imprimerie proprement dite soit le seul élément matériel qui puisse être retenu pour la commission des délits de presse. Certes, les définitions qu'en donne la Cour dans l'arrêt de 1909 ne comprennent bien sûr pas encore la publication sur internet. Ce qu'il importe toutefois de noter, c'est que la Cour indique clairement qu'il y a lieu de conférer une interprétation évolutive à la notion de presse, en ayant égard à l'esprit du Constituant, qui entendait garantir la diffusion durable des idées auprès des gens. L'on peut conclure, en prenant comme postulat cette interprétation évolutive, qu'un moyen de télécommunication comme l'internet est également susceptible de constituer une presse au sens de l'article 150 de la Constitution. Certes, la Cour a considéré que la radio et la télévision ne peuvent constituer le moyen par lequel un délit de presse est commis. Les émissions de radio et de télévision sont en effet dépourvues du caractère permanent de la publicité qui est caractéristique des écrits imprimés»<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Voy. Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, *Pas.*, 2012, n° 153 avec concl. de M. le Procureur général Marc De Swaef, alors premier avocat général; Cass., 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1961.N, *Pas.*, 2013, n° 70; Cass., 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N, *Pas.*, 2013, n° 71; Cass., 29 octobre 2013, R.G. n° P.13.1270.N, *Pas.*, 2013, n° 563; Cass., 8 novembre 2016, R.G. n° P.16.0958.N, *Pas.*, 2016, n° 632; voy. aussi notamment, D. VOORHOOF, «Strafbare uitingen op internet, de kwalificatie drukpersmisdrijf en het misdrijf belaging», note sous Corr. Anvers, 4 mai 2012, *A&M*, 2012, p. 485; voy. aussi F. JONGEN et A. STROWEL, *Droit des médias et de la communication*, Larcier, 2017, p. 715 pour qui l'écrit est un vecteur de l'infraction et constitue un tel écrit non seulement les journaux, mais aussi les revues et les livres, les affiches, les tracts, les prospectus etc., et quelle que soit la matière qu'ils traitent mais aussi, selon Fr. KUTY, un feuillet, un dépliant, une brochure, un journal, Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, T. II: l'infraction pénale, Larcier, 2010, pp. 153 et 154.

<sup>6</sup> Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, *Pas.*, 2012, n° 153 avec concl. de M. le Procureur général Marc De Swaef, alors premier avocat général; voy. aussi Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.0855.N, *J.T.*, 2012, p. 505 et note de Q. VAN ENIS, «La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'Internet – Le temps du délit de presse 2.0 est-il (enfin) arrivé», pp. 505 et s.

<sup>7</sup> A. De Nauw et F. Deruyck estiment que «de verspreiding van een tekst is dus cruciaal, niet het medium waarin de tekst wordt verspreid», A. DE NAUW et F. DERUYCK, *Overzicht van het Belgisch algemeen strafrecht*, 2<sup>e</sup> éd., die Keure, 2017, p. 56.

<sup>8</sup> M. le Procureur général ajoutait en référence: «La doctrine aboutit également à cette conclusion, ou se réfère à la jurisprudence aboutissant à cette conclusion»: voy. notamment E. FRANCIS, «Bedenkingen bij de "correctionalisering" van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven», *R.W.*, 1999-2000, pp. 379-380; L. HUYBRECHTS, «Laster in partijkrant, politiek pamflet of persconferentie», note sous Anvers, 8 décembre 2005, *NC*, 2006, p. 415, n° 6; C. KER, «"Presse" ou "tribune électronique": censure et responsabilité», *R.D.T.I.*, 2007, 151-152; D. VOORHOOF, «Is de publicatie van een strafbare meningsuiting via internet een drukpersmisdrijf?», note sous Corr. Mons, 13 février 2007, *A&M*, 2007, 178; Q. VAN ENIS, «Le délit de presse sur internet: la cohérence et rien de plus?», note sous Mons, 14 mai 2008, *J.T.*, 2009, 49-50; S. CARNEROLI, note sous Bruxelles, 19 mars 2010, *A&M*, 2010, 298; K. LEMMENS, «Misbruiken van de meningsvrijheid via internet: is het recht Web 2.0-compatibel? Pleidooi voor een technologie-neutrale bescherming van de uitingsvrijheid», *Orde van de dag*, 2010, 19; Q. VAN ENIS, «Le "délit de presse" sur l'internet: seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le "chien de garde" qui aurait crié au loup», note sous Bruxelles, 17 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 506, n° 5 et 6; E. BREWAEYS, «Van Gutenberg tot

En l'état actuel de la jurisprudence de votre Cour, il peut être déduit explicitement que l'exigence d'un écrit ou d'un écrit imprimé n'exclut pas, de la notion de délit de presse, l'internet, dont, par exemple, le réseau social Facebook<sup>9</sup>.

Par ailleurs, c'est aussi la thèse à laquelle s'est rallié le Conseil d'État dans son arrêt du 26 juin 2015 en acceptant l'inclusion de l'internet dans le délit de presse et en énonçant que «la diffusion sur internet d'informations sous forme de texte doit, compte tenu de l'état d'évolution des technologies de l'information, être considérée comme une forme de presse au sens constitutionnel du terme, conformément à la jurisprudence récente de la Cour de cassation selon laquelle un propos délictueux tenu sous cette forme constitue un délit de presse qui relève de la compétence de la cour d'assises», tout en ajoutant que «toutefois, pas plus que tout propos écrit reproduit mécaniquement sur papier, tout texte publié sur un site internet ne relève pas nécessairement de la "presse écrite" au sens de l'article 4, 6°bis, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, qui vise spécifiquement l'activité des requérantes»<sup>10</sup>.

Si donc il est possible de considérer que l'internet puisse être le vecteur de l'écrit numérique, encore faut-il examiner si cet écrit requiert l'expression d'une opinion et de mesurer les contours de la notion d'expression.

En effet, le délit de presse suppose que le texte contienne l'expression d'une opinion; il s'agit du contenu de l'écrit, de sa consistance. À défaut de l'expression d'une opinion, un écrit ne peut être qualifié d'infraction de presse<sup>11</sup>. Mais il faut que l'expression

de cette opinion soit abusive<sup>12</sup>, délictuelle<sup>13</sup>, punissable<sup>14</sup>, et donc «pénalement incriminée»<sup>15</sup>. Il faut ainsi que l'usage abusif de la presse soit une incrimination pénale<sup>16</sup>, «le délit de presse étant une infraction de droit commun qui se caractérise par son mode d'exécution (par voie de presse)»<sup>17</sup>. Cet abus d'opinion peut résulter, par exemple, d'une injure, d'une diffamation, d'une calomnie ou d'un harcèlement selon la jurisprudence de votre Cour<sup>18</sup>.

Selon votre Cour, la pertinence ou l'importance sociale de l'opinion émise ne constituent pas des critères

11 décembre 1979, *Pas.*, 1980, 452; Cass., 21 octobre 1981, R.G. n° 1902, *Pas.*, 1982, 259; Cass., 9 octobre 1985, R.G. n° 4319, *Pas.*, 1986, n° 77; Cass., 17 janvier 1990, R.G. n° 7768, *Pas.*, 1990, n° 306; voy. aussi L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, pp. 177 et s., n°s 277-287; M. HANOTIAU, «Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile», *Journ. Procès*, 1990, n° 169, pp. 35-38; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 349, n° 480.

<sup>12</sup> Cass., 21 décembre 1903, *Pas.*, I, 1904, p. 85; Cass., 21 octobre 1981, *Pas.*, 1982, p. 259; Cass., 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, p. 131; voy. également A. DE NAUW et F. DERUYCK, *op. cit.*, 2017, p. 56.

<sup>13</sup> Cass., 21 octobre 1981, *Pas.*, 1982, p. 259; Cass., 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, p. 131; au civil, voy. Cass., 29 avril 2016, R.G. n° C.15.0052.F, *Pas.*, 2016, n° 291 avec concl. M. le Procureur général A. Henkes, alors premier avocat général; la Cour considérant pour qu'il y ait délit de presse au sens de l'article 764, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, du Code judiciaire, il est nécessaire que la manifestation de la pensée par la voie de la presse revête un caractère délictueux; voy. aussi sommaire de Cass., 17 janvier 1990, R.G. n° 7768, qui renvoie à Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, 388 et la note; Cass., 9 octobre 1985, R.G. n° 4319, *Pas.*, 1986, I, n° 77.

<sup>14</sup> Cass., 8 novembre 2016, R.G. n° P.16.0958.N, *Pas.*, 2016, n° 632; Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, avec concl. min. publ., *op. cit.*

<sup>15</sup> F. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 712

<sup>16</sup> F. JONGEN et A. STROWEL, *op. cit.*, p. 711.

<sup>17</sup> T. MOREAU et D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, p. 67; voy. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 646.

<sup>18</sup> Cass., 8 novembre 2016, R.G. n° P.16.0958.N, *op. cit.*; Cass., 7 février 1995, R.G. n° P.93.1260.N, *Pas.*, 1995, n. 73; voy. concl. du min. publ. précédant Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, *op. cit.*; Cass., 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N, *op. cit.*

internet», note sous Bruxelles, 17 mars 2010, *T.Strafr.*, 2011, p. 448, n° 5.

<sup>9</sup> Cass., 8 novembre 2016, R.G. n° P.16.0958.N, *Pas.*, 2016, n° 632; voy. aussi pour les blogs, Cass., 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N, *Pas.*, 2013, n° 71; Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, avec concl. min. publ., *Pas.*, 2012, *op. cit.*

<sup>10</sup> C.E., arrêt du 26 juin 2015, A.208.704/XV.2263, arrêt n° 231.760, p. 15; consultable sur le site web du Conseil d'État; voy. aussi A.P.T., 2015, p. 659, A&M, 2016, p. 443.

<sup>11</sup> Voy. Fr. KUTY, *op. cit.*, p. 147; selon la jurisprudence de votre Cour, l'appréciation d'un tel délit requiert celle de l'opinion exprimée, voy. Cass., 7 décembre 2004, R.G. n° P.04.1006.N, *Pas.*, 2004, n° 594; Cass.,

## JURISPRUDENCE

permettant de « disqualifier » le délit de presse<sup>19</sup>. De même, selon votre Cour<sup>20</sup>, une injure contient généralement l'expression d'une appréciation ou d'une opinion<sup>21</sup>: dans son arrêt du 22 octobre 1941, votre Cour a dit pour droit qu'« une injure blessante ou une imputation d'ordre général et imprécise peut (...) contenir une appréciation ou être l'expression d'une opinion ». Des injures de « menteur » et « trompeur » expriment, selon votre Cour, une opinion<sup>22</sup>.

Il convient encore de retenir un arrêt de votre Cour, prononcé le 29 janvier 2013, dans lequel elle a dit pour droit que lorsque la procédure semble indiquer que l'action publique concerne la reproduction et la diffusion numérique d'images et de textes qui comportent une expression punissable d'une opinion, le tribunal correctionnel est sans compétence pour connaître des actions du ministère public et de la partie civile<sup>23</sup>.

Je rappelle encore que votre Cour appréhende la notion d'opinion dans une acception large et même la

plus large<sup>24</sup>. Votre Cour a dit pour droit que « l'expression punissable d'une opinion qui est requise par le délit de presse, au sens que la Constitution attache à ce terme, vise toute pensée ou opinion; il n'est pas nécessaire que cette opinion présente une quelconque pertinence ou importance sociale »<sup>25</sup>.

Tout en saluant l'option prise par votre Cour d'interpréter très largement la notion d'opinion, M. le Professeur Englebert estime que votre Cour aurait néanmoins donné à « la notion d'opinion et à celle de délit de presse une portée sensiblement plus large que la jurisprudence de la Cour européenne, lorsque elle conditionne le bénéfice d'une protection accrue en faveur de la liberté d'expression au fait que la mise en cause des tiers intervienne dans le cadre d'un débat d'intérêt général »<sup>26</sup> en ce sens que, selon l'interprétation que donne M. le Professeur Englebert de la jurisprudence de votre Cour, « l'opinion protégée ne doit même pas porter sur un sujet d'intérêt public »<sup>27</sup>.

Conviendrait-il, encore, de lire les « propos » du demandeur comme relevant de la communication de faits bruts et, par voie de conséquence, de considérer qu'ils ne pourraient être analysés comme l'expression d'une opinion susceptible de bénéficier des règles procédurales protectrices de la liberté d'expression prévues par l'article 150 de la Constitution<sup>28</sup> ?

<sup>19</sup> Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, avec concl. min. publ., *op. cit.*

<sup>20</sup> Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, avec concl. M. le Procureur général Marc De Swaef, alors premier avocat général; Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.0855.N, *J.T.*, 2012, p. 505, avec note; Cass., 22 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 636; Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 12; Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 288; voy., aussi par exemple A. DE NAUW et F. DERUYCK, *op. cit.*, p. 56; F. KUTY, *op. cit.*, p. 147; M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 648; note sous Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 388: « l'injure par écrits rendus publics peut contenir l'expression d'une opinion et constituer, partant, un délit de presse de la compétence de la cour d'assises » (Cass., 22 février 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 636; voy., également Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 288; sommaire de Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 12).

<sup>21</sup> Cons. F. KUTY, *op. cit.*, p. 146; M. ISGOUR, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet? », *R.D.T.I.*, 2018/72, p. 82; S. CARNEROLI, note sous Corr. Liège, 7 septembre 2018, *A&M*, p. 169; E. CRUYSMANS, *op. cit.*, p. 135.

<sup>22</sup> Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 12.

<sup>23</sup> Cass., 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N, *Pas.*, 2013, n° 71, néanmoins on ne retrouve pas la même formulation précise dans un arrêt plus récent, voy. Cass., 8 novembre 2016, R.G. n° P.16.0958.N, *Pas.*, 2016, n° 632.

<sup>24</sup> Cass., 22 février 1864, *Pas.*, 1864, I, 102, et les conclusions du premier avocat général C. Faider; repris dans les conclusions du ministère public avant Cass., 6 mars 2012, *op. cit.*; Cass., 21 décembre 1903, *Pas.*, I, 1904, p. 85.

<sup>25</sup> Cass., 6 mars 2012, *op. cit.* et les conclusions de M. le Procureur général Marc De Swaef, alors premier avocat général, spécialement le point 4 de ses conclusions.

<sup>26</sup> J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », in Y. POULLET (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 141, n° 29; voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, p. 179.

<sup>27</sup> Voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, tout spécialement, p. 178.

<sup>28</sup> Voy. F. JONGEN et A. STROWEL, *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 712; « Divulguer des faits sans y apporter une opinion quelconque ne pourrait constituer un délit de presse, alors même qu'une infraction aurait été commise »; voy. A. DE NAUW et F. DERUYCK, *Overzicht von het Belgisch algemeen*

Je ne le pense pas et je partage l'opinion émise par M. le Procureur général Hayoit de Termicourt lorsqu'il énonçait que l'opinion doit être «une œuvre intellectuelle, le produit ou l'expression d'un travail de la pensée»; il faut qu'il y ait matière à appréciation, il ne faut pas une simple «communication brutale d'un fait, sans expression d'aucune opinion, d'aucun jugement, à l'exclusion de toute imputation ou de toute critique, de toute pensée personnelle, de toute œuvre intellectuelle»<sup>29</sup>. En l'espèce, à travers les messages écrits développés et diffusés, il me semble indiscutable que le demandeur a porté une appréciation sur la défenderesse.

À la lecture et l'analyse de la jurisprudence de votre Cour, il ne me semble pas possible de pouvoir considérer, comme le fait l'arrêt attaqué, que les infractions retenues à l'encontre du demandeur ne puissent pas être qualifiées de délits de presse, lesquels peuvent se commettre aussi par la voie numérique et ne requièrent pas une pensée critique ou argumentée.

Je n'estime, cependant, pas devoir me limiter à ces seuls développements tirés de la jurisprudence de votre Cour. J'estime nécessaire d'envisager toutes les hypothèses qui permettraient de ne pas considérer que les propos du demandeur sont constitutifs d'un délit de presse.

Ainsi, il conviendrait de rechercher la «véritable» intention du Constituant. Cet argument est avancé pour découvrir et justifier le champ d'une dérogation à l'application de l'article 150 de la Constitution et empêcher une impunité de fait.

Quelque légitime que ce soit une telle recherche, elle me semble infructueuse dès lors que le caractère fondamental de la liberté d'expression a été toujours

été affirmé<sup>30</sup> et a fait «l'objet d'une attention protectrice toute particulière du Constituant»<sup>31</sup>. Lors de la modification de l'article 150, le document parlementaire portant révision de cet article affirme que «la liberté de pensée et d'expression est l'un des principes fondamentaux qui fondent toute société démocratique, l'une des conditions fondamentales de l'épanouissement et du développement de chaque citoyen»<sup>32</sup>.

Néanmoins, selon la même déclaration, il fut reconnu que «la distinction proposée entre les délits de presse ordinaires et les délits de presse à caractère raciste ne concerne pas directement un droit garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais bien une procédure qui a seulement un effet indirect sur la jouissance du droit garanti. Dans la plupart des autres pays européens, le principe du jury n'est pas considéré comme une garantie essentielle pour la liberté de la presse»<sup>33</sup>.

Il me paraît important de relever les remarques du Conseil d'État qui a considéré qu'établir «une distinction entre les crimes, d'une part, et les délits de presse, d'autre part, constituerait également une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, considérés, non pas isolément, mais en liaison avec l'article 150. Il serait, en effet, discriminatoire de traiter différemment des catégories d'infractions que le Constituant a manifestement voulu traiter de manière identique en ce qui concerne la juridiction compétente» affirmant encore que «le Conseil d'État ne sait pas pour quelles raisons objectives seules les infractions à la législation antiraciste devraient bénéficier de la nouvelle procédure»<sup>34</sup>.

*strafrecht*, 2<sup>e</sup> éd., die Keure, 2017, p. 56; G. ROSOUX, «Brèves considérations sur l'obsoleète notion de délit de presse...», note sous Cass., 7 décembre 2004, R.G. n° P.04.1006.N, *Rev. dr. pén. crim.*, 2005/12, pp. 1275 à 1279; voy. également Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 43 qui relève que «l'exclusion pure et simple de la protection constitutionnelle des faits bruts, des images et de la publicité ne paraît plus défendable de nos jours».

<sup>29</sup> Cons. Réquisitions du procureur général R. Hayoit de Termicourt devant la cour d'appel de Bruxelles, «Le délit de presse», *Pandectes Périodiques*, 1938, p. 398.

<sup>30</sup> Voy. M. VERPEAUX, «La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles», in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, dossier: la liberté d'expression et de communication, juin 2012.

<sup>31</sup> J. ENGLEBERT, «La liberté d'expression à l'heure de l'Internet», in Y. POUCKET (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 123 ainsi que du même auteur *La procédure garante de la liberté de l'information*, op. cit., pp. 16 à 99; voy. encore J. ENGLEBERT, «Le statut de la presse: du droit de la presse au droit de l'information», *Rev. Dr. ULB*, 2007, p. 276, n° 47.

<sup>32</sup> *Doc. parl.*, Ch., session 1998-1999, 1936/1.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>34</sup> Sénat, session 1998-199, 1.1328/3, p. 6.

## JURISPRUDENCE

Il n'en demeure pas moins que la liberté d'expression est un droit fondamental qui n'est, cependant, pas absolu<sup>35</sup>. Une limitation de la liberté d'expression découlerait du principe du respect de la dignité humaine. C'est, me semble-t-il, notamment l'argument qu'il me semble permis de déduire du mémoire en réponse déposé pour la défenderesse.

L'examen de l'argument me paraît intéressant dès lors que, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'atteinte portée à la dignité de la personne humaine est mise en avant pour justifier la prohibition radicale des messages racistes, xénophobes ou antisémites.

Pour la Cour de Strasbourg, « la tolérance et le respect de l'égalité de dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe, on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance [...], si l'on veille à ce que les "formalités", "conditions", "restrictions" ou "sanctions" imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi »<sup>36</sup>.

Cependant, comme le souligne M. le premier avocat général Desportes, dans son avis avant l'arrêt rendu en chambre plénière par la Cour de cassation de France, le 25 octobre 2019<sup>37</sup>, « en dehors de sa jurisprudence relative à de tels messages, on trouve en définitive peu d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, relevant une atteinte à la dignité humaine pour brider la liberté d'expression. Dans nombre des décisions où elle retient que les propos ou les images litigieuses ont porté atteinte à la dignité de la personne visée ou représentée, (...) la dignité est entendue par elle dans un sens proche de celui qu'elle donne à l'honneur, les

deux mots étant d'ailleurs alors associés. Plus précisément, l'atteinte à la dignité vise souvent, en ce cas, une atteinte à l'honneur ou à la réputation résultant de la représentation de la personne dans des situations scabreuses, ridicules ou relevant de sa vie intime. Si la Cour écarte la violation de l'article 10 CEDH dans ces arrêts c'est, de manière somme toute classique, après avoir fait la balance entre, d'un côté, la gravité de l'atteinte portée à la dignité de la victime – à son honneur et à sa réputation – et, de l'autre, l'intérêt de l'information, sa base factuelle et la forme du message »<sup>38</sup>.

Il convient d'examiner plus avant ce que peut recouvrir l'intérêt de l'information qui permettrait de ne pas reconnaître le bénéfice des règles procédurales protectrices de la liberté d'expression. Selon M. le Professeur Englebert, il n'existe qu'un seul critère : celui de la contribution de l'expression à un débat d'intérêt général<sup>39</sup>.

La notion de débat d'intérêt général constitue un instrument d'arbitrage des conflits qui peuvent s'élever entre la liberté d'expression et la protection des droits d'autrui, qu'il s'agisse du respect dû à la vie privée ou du respect dû à l'honneur et à la réputation<sup>40</sup>.

Un examen de la jurisprudence de la Cour européenne permet de mettre en évidence le champ de la notion de débat d'intérêt général dont le domaine d'application peut être défini de deux manières, soit en tenant compte de la matière visée, autrement dit de l'objet des propos, soit en tenant compte de la qualité de la personne visée, autrement dit du sujet des propos. Ainsi, d'une part, relèvent du débat d'intérêt général les questions touchant à la matière politique, les questions dites « sociales », telles celles relatives à la santé publique ou aux religions, ainsi que toutes les ques-

<sup>35</sup> Voy. M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *op. cit.*

<sup>36</sup> Voy. Cour eur. D.H., 6 juillet 2006, *E. c. Turquie*, req. n° 59405/00; Cour eur. D.H., 23 septembre 1994, *J. c. Danemark*, req. n° 15890/89; Cour eur. D.H., 17 décembre 2013, *P. c. Suisse*, req. n° 27510/08, § 46.

<sup>37</sup> Cass. fr. (ch. plén.), arrêt du 25 octobre 2019, ECLI:FR:CCASS:2019:AP00649; voy. aussi le commentaire de B. BEIGNIER, « Chronique Droit de la presse et des médias », *Sem. Jur.*, 2020, n° 874, point 13, p. 1336.

<sup>38</sup> Cour eur. D.H., 17 décembre 2004, *C. c. Roumanie*, req. n° 33348/96; Cour eur. D.H., 14 février 2006, *K. c. Géorgie*, req. n° 69857/01; Cour eur. D.H., 24 octobre 2017, *E. c. Turquie*, req. n° 24016/05.

<sup>39</sup> J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », *op. cit.*, p. 145.

<sup>40</sup> Voy. Cour de cassation France, « Droits de la personnalité et droit de savoir du public », *Rapport annuel 2010*, voy. [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2010\\_3866/etude\\_droit\\_3872/e\\_droit\\_3876/droit\\_savoir\\_public\\_3878/droit\\_savoir\\_19407](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2010_3866/etude_droit_3872/e_droit_3876/droit_savoir_public_3878/droit_savoir_19407).

tions touchant au fonctionnement des institutions et des services publics<sup>41</sup>.

D'autre part, s'inscrivent dans le débat d'intérêt général les propos touchant des personnes dites « publiques », soit du fait de leur statut, comme c'est le cas des hommes politiques ou des fonctionnaires publics, soit du fait de leur notoriété en raison de leur exposition dans les médias ou par les médias<sup>42</sup>.

Sur le plan européen, deux critères permettent donc de déterminer ce qui relève du débat d'intérêt général : celui de l'activité publique, entendu dans son sens large, c'est-à-dire celui du langage courant, et qui recouvre « les actes d'une personne physique ou morale qui présentent une dimension publique et qui justifient, par conséquent, le droit du public à l'information », et celui de la « résonance médiatique »<sup>43</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme considérant qu'une question « largement débattue dans les médias » suffit à l'inscrire dans le débat d'intérêt général<sup>44</sup>.

Dans un arrêt du 10 novembre 2015, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle tout d'abord que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veut le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Telle que la consacre l'article 10, la liberté d'expression est assortie d'exceptions, qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante ».

Elle ajoute ensuite que « si la presse ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et des droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. Ainsi, la mission d'information comporte nécessairement des "devoirs et des responsabilités" ainsi que des limites que les organes de presse doivent s'imposer spontanément. À la fonction de la presse qui consiste à diffuser des informations et des idées sur des questions d'intérêt général s'ajoute le droit pour le public d'en recevoir. S'il en allait autrement, la presse ne pourrait jouer son rôle indispensable de "chien de garde" ».

Elle rappelle également qu'elle a « souligné maintes fois que, s'il existe un droit du public à être informé, droit qui est essentiel dans une société démocratique et peut même, dans des circonstances particulières, porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, des publications ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain lectorat sur les détails de la vie privée d'une personne ne sauraient, quelle que soit la notoriété de cette personne, passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société » et « pour vérifier qu'une publication portant sur la vie privée d'autrui ne tend pas uniquement à satisfaire la curiosité d'un certain lectorat mais constitue également une information d'importance générale, il faut apprécier la totalité de la publication et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général »<sup>45</sup>.

Si la notion de débat d'intérêt général n'est pas, à proprement parler, définie par la Cour de Strasbourg, cette construction prétorienne n'est pas neuve : dans un arrêt du 26 avril 1979, la Cour eur. D.H. a considéré qu'il incombait à la presse de communiquer des informations et idées concernant « des secteurs d'intérêt

<sup>41</sup> Voy. Th. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, Paris, L.G.D.J., 2019, pp. 352 et s.; L. FRANÇOIS, *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Légipresse, 2014, pp. 339 et s.; voy. N. DROIN, « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie mais ne rompt pas », *D.*, 2015, pp. 931 et s.

<sup>42</sup> Voy. N. DROIN, *op. cit.*

<sup>43</sup> L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 343.

<sup>44</sup> Voy. par exemple, Cour eur. D.H., 29 mars 2001, n° 38432/97, *Thomas c. Luxembourg*, AJDA, 2001, 1060, chron. J.-F. FLAUSS.

<sup>45</sup> Cour eur. D.H. (GC), 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette c. France*, req. n° 40454/07, §§ 88, 89, 100 et 101.

## JURISPRUDENCE

public»<sup>46</sup> et la notion de «débat d'intérêt général» est apparue dans son arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique*<sup>47</sup>.

La Cour de Strasbourg a rappelé les contours de l'intérêt général en précisant qu'«ont trait à un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de créer une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé. L'intérêt public ne saurait être réduit aux attentes d'un public friand de détails quant à la vie privée d'autrui, ni au goût des lecteurs pour le sensationnel voire, parfois, pour le voyeurisme»<sup>48-49</sup>.

<sup>46</sup> Cour eur. D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, req. n° 6538/74, § 65.

<sup>47</sup> Cour eur. D.H., 24 février 1997, req. n° 19983/92; voy. aussi Cour eur. D.H., 7 juin 2007, *Dupuis et autres c. France*, req. n° 1914/02 dans lequel la Cour évoque un débat d'intérêt public considérable.

<sup>48</sup> Cour eur. D.H., 27 juin 2017, *Satakunnan Markkinapörss Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, req. n° 931/13, § 171.

<sup>49</sup> Dans un contexte plus particulier que celui d'un conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit de protection des données personnelles, on consultera l'arrêt de la C.J.U.E. du 14 février 2019, aff. C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 dans lequel la Cour a considéré que «si l'enregistrement et la publication de cette vidéo n'avaient pas pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, il ne pourra être considéré que le traitement des données à caractère personnel en cause au principal a été effectué aux «seules fins de journalisme». L'avocat général Sharpston avait indiqué, au point 55 de ses conclusions, qu'il ne saurait être considéré que toute information publiée sur Internet, portant sur des données à caractère personnel, relève de la notion d'«activités de journalisme» et bénéficie à ce titre des exemptions et des dérogations prévues à l'article 9 de la directive 95/46; voy. ECLI:EU:C:2018:780 pour les conclusions de l'avocate générale; voy. Th. LÉONARD et Y. POULLET, «L'intérêt général comme arbitre du débat vie privée vs liberté d'expression dans le RGPD», in Y. POULLET (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, Bruxelles, Larquier, 2020, p. 85, n° 10.

Tout récemment, la Cour de Strasbourg a indiqué que «même si le sujet à l'origine de l'article relève de l'intérêt général, encore faut-il que le contenu de l'article soit de nature à nourrir le débat public sur le sujet en question»<sup>50</sup>.

Par ailleurs, la première chambre civile de la Cour de cassation de France a dit pour droit qu'«ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être de la collectivité ou la vie en collectivité»<sup>51</sup>.

Dans un arrêt du 11 mars 2020, la Cour de cassation de France a précisé les prérogatives et devoirs du magistrat qui devra arbitrer le conflit entre la liberté d'expression et le respect des droits d'autrui. Il se déduit de cette décision que, pour apprécier la liaison nécessaire entre la publication et/ou l'expression et le sujet d'intérêt général, l'information révélée doit être replacée dans son contexte. L'intégralité de la publication/expression doit être prise en compte, dans le fond comme dans la forme: le sujet mais également le contenu de l'article ou du message véhiculé, le titre comme l'angle choisis, le cadre des photographies, autant d'indices, répertoriés par la Cour européenne pour guider le juge national dans son appréciation *in concreto* de la contribution que les articles et photos publiés, les messages apportent au débat d'intérêt général, que d'aucuns voient comme «l'élément déterminant, lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression»<sup>52</sup>.

L'exigence d'une motivation circonstanciée a été soulignée par la Cour européenne, dans un arrêt du 11 juin 2020. Dans cette affaire, les requérants avaient participé à une action à l'intérieur d'un hypermarché appelant au boycott des produits israéliens, organisée par le collectif Palestine 68. Ils furent poursuivis et déclarés coupable du délit de provocation à la discrimination. Invoquant l'article 10 (liberté d'expression), ils se plaignent de leur condamnation pénale en raison

<sup>50</sup> Cour eur. D.H. (GC), 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, n° 56925/08, § 64.

<sup>51</sup> Cass. fr. (1<sup>er</sup> civ.), 1<sup>er</sup> mars 2017, ECLI:FR:CCASS:2017:C100249.

<sup>52</sup> Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 11 mars 2020, n° 19-13.716, ECLI:FR:CCASS:2020:C100187.

de leur participation, dans le contexte de la campagne BDS, à des actions appelant au boycott des produits originaires d'Israël.

La Cour constate que le juge interne n'a pas établi que la condamnation des requérants en raison de l'appel au boycott de produits en provenance d'Israël qu'ils ont lancé était nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre le but légitime poursuivi, à savoir la protection des droits d'autrui.

Or, selon la Cour, une motivation circonstanciée était pourtant d'autant plus essentielle que, d'une part, les actions et les propos reprochés aux requérants concernaient un sujet d'intérêt général et, d'autre part, ces actions et ces propos relevaient de l'expression politique et militante. La Cour a souligné que l'article 10, § 2, ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique qui, par nature, est source de polémiques et est souvent virulent, mais il n'en demeure pas moins d'intérêt public, sauf s'il dégénère en un appel à la violence, à la haine ou à l'intolérance.

La Cour en déduit que la condamnation des requérants ne repose pas sur des motifs pertinents et suffisants. Elle n'est pas convaincue que le juge interne ait appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et se soit fondé sur une appréciation acceptable des faits<sup>53</sup>.

On peut encore rappeler l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 31 janvier 2006 dans lequel elle a considéré que les paroles « gratuitement offensantes pour autrui ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »<sup>54</sup>.

L'arrêt du 1<sup>er</sup> février 2018 de la Cour eur. D.H. mérite un examen attentif dans la mesure où il présente le raisonnement actuel de la Cour de Strasbourg en fonction des critères qu'elle a définis.

La Cour eur. D.H. a rejeté la requête d'un député qui avait été condamné pour outrage à magistrat. Au cours d'un meeting politique durant la campagne électorale

pour des élections législatives, le requérant, député, avait tenu des propos virulents sur le magistrat qui l'avait mis en examen quelques mois plus tôt pour fraudes électorales.

Après avoir observé que les propos tenus par le requérant visaient à atteindre le magistrat dans sa personne et ne pouvaient être objectivement utiles à l'information du public, la Cour note que la cour d'appel a exclu que les déclarations avaient pour but de donner un simple avis sur le fonctionnement de la justice locale puisque le magistrat était nommément désigné et visé dans ses fonctions et que les propos consistaient en des attaques personnelles et en « une mise en cause de l'indépendance judiciaire ».

La Cour européenne n'aperçoit aucune raison de remettre en cause la décision de la cour d'appel, confirmée par la Cour de cassation. Elle observe que les propos tenus relevaient plus d'une attaque personnelle contre le juge D. que de la critique. Ainsi, et malgré le contexte politique où l'invective déborde souvent sur le plan personnel, la Cour estime que le débat n'était pas objectivement utile à l'information du public.

De plus, la Cour constate que les propos tenus n'étaient pas fondés sur une base factuelle suffisante. Les propos, qui peuvent être qualifiés davantage de jugements de valeur que de déclarations de fait, se fondaient sur la seule mise en examen du requérant par le juge D. et reposaient sur une animosité dirigée contre ce magistrat. Or, à aucun moment le requérant n'a essayé de préciser la réalité du comportement imputé au magistrat et n'a indiqué au public des éléments susceptibles de démontrer que celui-ci prenait des décisions contraires à ses obligations déontologiques<sup>55</sup>.

Selon M. le Professeur Englebert, ardent défenseur du critère du débat d'intérêt général<sup>56</sup>, l'expression qui ne porte que sur des questions ou des intérêts privés qui n'avait pas vocation à devenir publique et qui ne participe en rien à un débat sur des questions d'intérêt

<sup>53</sup> Cour eur. D.H., 11 juin 2020, *Baldassi et crts c. France*, req. n° 15271/16.

<sup>54</sup> Cour eur. D.H., 31 janvier 2016, *Giniewski c. France*, req. n° 64016/00, § 43.

<sup>55</sup> Cour eur. D.H., 1<sup>er</sup> février 2018, *Meslot c. France*, req. n° 50538/12.

<sup>56</sup> Voy. J. ENGLEBERT, « L'intérêt général, véritable arbitre entre liberté d'expression et respect de la vie privée », note sous Paris, 19 décembre 2013, *J.T.*, 2014, pp. 369 et s.

## JURISPRUDENCE

général n'aurait pas à bénéficier d'un régime protecteur exorbitant du droit commun<sup>57</sup>.

Arrivé au terme de mon analyse, je ne pense pas que la jurisprudence actuelle de votre Cour «rend impossible la poursuite pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet et en particulier sur les réseaux sociaux (...) par des personnes qui sont loin de jouer un rôle essentiel dans la protection de la démocratie»<sup>58</sup>.

Je ne pense pas non plus que l'arrêt de votre Cour du 6 mars 2012<sup>59</sup> puisse être lu et interprété dans le sens que «l'opinion protégée ne doit même pas porter sur un sujet d'intérêt public», comme l'a proposé M. le Professeur Englebert<sup>60</sup>.

Pour autant que la jurisprudence de votre Cour soit lue en parallèle avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, je ne pense pas qu'il y ait lieu de revenir sur l'interprétation évolutive des éléments intrinsèques du délit de presse<sup>61</sup> mal décriée par une partie de la doctrine et saluée par une autre partie.

Par souci de clarification, sans doute, conviendrait-il que votre Cour précise le périmètre protecteur de l'expression, comme l'a fort bien exprimé le Professeur Englebert, par référence au débat d'intérêt général.

Fort des enseignements tirés des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et des arrêts de votre Cour, il appartiendra aux juridictions de fond d'apprécier, *in globo* et *in concreto*, la liaison nécessaire entre l'expression libre et le débat d'intérêt général.

Cette appréciation *in concreto* relève de l'appréciation souveraine des juges de fond. Il ne convient pas de transformer l'instance en cassation en un troisième

degré de juridiction – fût-ce au nom de la protection de la liberté d'expression – comme cela semblerait être le cas en France<sup>62</sup>. Par contre, votre Cour continuera de vérifier que de l'analyse factuelle effectuée le juge du fond a légalement décidé que l'expression ne concernait pas un sujet d'intérêt général en sorte que, si cette expression est fautive, son auteur pourra être justiciable des tribunaux correctionnels.

Sans doute, votre arrêt pourra alimenter les débats qui pourraient se nouer autour du projet de révision de la Constitution déposé le 28 juin 2019 relatif, entre autres, à la modification de l'article 150 de la Constitution<sup>63</sup>.

La question de l'opportunité de la révision de l'article 150 de la Constitution a été examinée avec pertinence, à mon estime, par M. le Professeur Englebert : il affirme que la Constitution ne doit pas être modifiée parce qu'elle n'a jamais été imprécise<sup>64</sup>. Les interprétations de l'article 150 de la Constitution ont suscité des controverses et en suscitent encore<sup>65</sup>. Cependant, l'impunité de fait dont bénéficient les auteurs de délits de presse est le résultat de choix de politique criminelle dictés sans doute par un manque de moyens structurels. Ni des choix de politique criminelle ni un manque de moyens structurels de la Justice ne sont de nature à justifier que votre Cour remette en cause sa jurisprudence.

À l'issue de l'examen du pourvoi et de la jurisprudence de votre Cour, je considère que l'article 150 de la Constitution ne fait pas dépendre la compétence du jury en matière de délit de presse de la prise en considération des éléments extrinsèques tels que, notamment, la pertinence ou de l'importance sociale de la pensée ou de l'opinion publiée, le caractère plus ou moins argu-

<sup>57</sup> J. ENGLEBERT, *op. cit.*, p. 146.

<sup>58</sup> M. ISGOUR, «Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet», *R.D.T.I.*, 2018/72, p. 82.

<sup>59</sup> Cass., 6 mars 2012, *op. cit.*

<sup>60</sup> Voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, tout spécialement, p. 178.

<sup>61</sup> Sans doute, votre Cour sera amenée à approfondir sa réflexion quant à la question du sort à réserver aux messages audiovisuels.

<sup>62</sup> Voy., en France, l'intéressant article de P. GUERDER, «Le contrôle de la Cour de cassation en matière de délits de presse», *Gaz. Pal.*, 1995, doctrine, p. 589; voy. avis de M. Desportes, premier avocat général avant l'arrêt rendu en chambre plénière par la Cour de cassation de France, le 25 octobre 2019, *op. cit.*, p. 6 et les références citées.

<sup>63</sup> *Doc. parl.*, Ch., 55, 10/01.

<sup>64</sup> J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, p. 217.

<sup>65</sup> À propos de la possible définition et/ou limitation de l'expression autorisée sur Facebook, voy. V. NDIOR, «Le conseil de surveillance de Facebook, service après-vente de la liberté d'expression», *D.*, 2020, p. 1474.

menté ou développé de l'écrit incriminé, la notoriété de son auteur, le vecteur de diffusion de l'écrit<sup>66</sup>.

Or, l'arrêt attaqué a décidé que « l'expression d'une pensée ne peut être considérée, au sens de la Constitution et selon l'évolution sociétaire, comme n'importe quelle pensée, sans tenir compte de sa pertinence, telles les simples injures ou calomnies », qu'« il doit y être retrouvé une logique argumentative, une manière de voir développée, un pamphlet etc. », que « l'intention de l'auteur du délit de presse, selon le Constituant, qui doit se révéler au travers de l'écrit, doit être celle de forger les "opinions et les consciences du peuple souverain", le sens courant de l'opinion étant un avis ou une croyance, une conviction religieuse ou politique », et que « en l'espèce, les propos publiés par le demandeur sur un "mur Facebook" tels qu'ils ressortent des

pièces soumises à la cour ne sont pas des articles émettant une pensée critique ou argumentée mais sont en réalité des insultes, dépourvues d'esprit humoristique ou satirique, émanant d'un quidam, publiés non pas sur une page d'un site entièrement public mais sur la page d'un réseau social ouverte au nom d'une personne en particulier ».

Cependant, par aucune de ces considérations, l'arrêt attaqué ne me semble pas avoir exclu tout lien entre l'expression litigieuse et la participation à un débat d'intérêt général. Je considère que, dès lors faute d'une motivation circonstanciée, l'arrêt viole l'article 150 de la Constitution.

Conclusion : cassation.

<sup>66</sup> Tant l'article 150 de la Constitution que l'article 10 CEDH doivent être considérés comme technologiquement neutres ; j'emprunte l'expression à K. LEMMENS, « La liberté de la presse à l'époque d'Internet. Vers une jurisprudence strasbourgeoise 2.0 ? », in Q. VAN ENIS et C. DE TERWANGNE (dir.), *L'Europe des Droits de l'Homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 271.

## Note d'observations<sup>1</sup>

### Comment réprimer les excès de l'expression sur les réseaux sociaux ?

1. Il semble bien que la situation actuelle, offrant une impunité pénale de fait à certaines expressions délictueuses sur les réseaux sociaux, ne soit plus acceptable dès lors qu'elle autorise d'exprimer, toutes brides abattues, des propos haineux ou d'une grande violence, de nature à causer un tort considérable à ceux et celles qui en sont les cibles et partant les victimes.

En d'autres termes, une répression pénale de ces expressions apparaît aujourd'hui correspondre à un besoin social<sup>2</sup>, ce qui n'était manifestement plus le cas, depuis de nombreuses années, à l'égard de l'expression journalistique classique<sup>3</sup>. La seule sanction civile ne semble plus constituer une réponse judiciaire suffisante à l'égard de ces excès. Toutefois, la sanction pénale, en l'état actuel du droit, reste difficilement praticable<sup>4</sup>.

Se pose également le caractère discriminatoire pour les victimes, du traitement judiciaire des appels à la haine ou à la violence, selon qu'ils soient inspirés par le racisme et la xénophobie, qui depuis 1999 peuvent être jugés devant le

tribunal correctionnel, ou inspirés par d'autres mobiles tout aussi condamnables, qui *de facto* ne peuvent pas être pénalement poursuivis<sup>5</sup>.

2. Ces évolutions obligent à réinterroger l'équilibre actuel entre la liberté offerte à l'expression et la sanction des abus commis dans l'exercice de cette liberté.

Encore faut-il clairement déterminer quelles sont les expressions qui, sans la moindre sanction pénale effective, ne semblent plus supportables et veiller à ce qu'un éventuel nouvel équilibre, trop facilement répressif, ne puisse pas servir à remettre en cause toutes les expressions, au seul motif qu'elles heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population<sup>6</sup>. Ce qui serait incompatible avec « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique »<sup>7</sup>.

3. Avant d'aborder ces questions, qu'il me soit permis un bref commentaire des conclusions circonstanciées du ministère public prises avant l'arrêt annoté<sup>8</sup>.

L'avocat général Ph. de Koster me fait l'honneur de reprendre à son compte la sugges-

<sup>1</sup> Jacques Englebert, avocat spécialisé en droit des médias, professeur à l'Université Libre de Bruxelles.

<sup>2</sup> J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », in Y. POULLET (dir.), *Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société numérique*, coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 25 ; dans le même sens, voy. D. VOORHOOF, « Online haatspraak blijft (voorlopig) onbestraft », *Juristenkrant*, 2020/420, pp. 4-5.

<sup>3</sup> J. ENGLEBERT, *La procédure garantie de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2013, nos 33 et s.

<sup>4</sup> Essentiellement, comme le souligne l'avocat général de Koster, en raison de « choix de politique criminelle dictés sans doute par un manque de moyens structurels » (ci-avant, p. 104).

<sup>5</sup> Pour une parfaite illustration de cette discrimination, voy. les jugements du tribunal correctionnel d'Has-selt, du 22 juillet 2020, et du tribunal correctionnel de Gand, du 15 novembre 2020, cités par D. VOORHOOF, « Online haatspraak blijft (voorlopig) onbestraft », *op. cit.*

<sup>6</sup> Selon l'expression constante de la Cour européenne des droits de l'homme depuis son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (plénière), du 7 décembre 1976, § 49 (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-62057>).

<sup>7</sup> *Ibidem*. Voy. *infra*, nos 19 et s.

<sup>8</sup> Publiées ci-avant, pp. 95 à 105.

tion que j'avais formulée dans une précédente étude, analysant précisément le jugement d'instance et l'arrêt de la cour d'appel ayant donné lieu à l'arrêt annoté de la Cour de cassation du 7 octobre 2020. J'y avais suggéré un nouveau critère pour départager au sein des expressions délictueuses, celles qui devaient bénéficier des garanties procédurales offertes aux délits de presse (dont la compétence du jury d'assises) de celles qui, au contraire, pourraient être jugées comme des délits de droit commun, par les tribunaux correctionnels. Ce critère étant celui des propos contribuant à un débat d'intérêt général<sup>9</sup>.

Il le fait après avoir constaté, dans un premier temps, qu'en toute hypothèse les expressions litigieuses du demandeur en cassation, condamnées par le tribunal correctionnel et ensuite par la cour d'appel, renfermaient bien l'expression d'une opinion en sorte que leur jugement relevait de la seule compétence de la cour d'assises.

L'originalité du propos de l'avocat général Ph. de Koster – je dirais même son audace – est de soutenir que la distinction précitée que je suggérais, participe déjà de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation :

«Fort des enseignements tirés des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, des arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne et des arrêts de votre Cour, il appartiendra aux juridictions de fond d'apprécier, *in globo* et *in concreto*, la liaison nécessaire entre l'expression libre et le débat d'intérêt général.

Cette appréciation *in concreto* relève de l'appréciation souveraine des juges de fond. [...]. Par contre, votre Cour continuera de vérifier que de l'analyse factuelle effectuée le juge du fond a légalement décidé que l'expression ne concernait pas un sujet d'intérêt général en sorte que,

si cette expression est fautive, son auteur pourra être justiciable des tribunaux correctionnels»<sup>10</sup>.

Ce qui le conduit à proposer la cassation de l'arrêt attaqué au motif que «faute d'une motivation circonstanciée», «par aucune de ces considérations, [il] ne me semble pas avoir exclu tout lien entre l'expression litigieuse et la participation à un débat d'intérêt général»<sup>11</sup>.

J'observe toutefois qu'en préambule à ces considérations, l'avocat général Ph. de Koster estimait quand même que «par souci de clarification, sans doute, conviendrait-il que votre Cour précise le périmètre protecteur de l'expression, [...], par référence au débat d'intérêt général»<sup>12</sup>.

Je salue l'effort argumentaire ainsi développé pour tenter de concilier les contours du délit de presse dans la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation avec le critère du débat d'intérêt général. Je persiste toutefois à penser que tel n'est pas l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation. L'arrêt annoté semble le confirmer puisque la Cour casse l'arrêt de la cour d'appel pour la seule raison que cette dernière avait exclu la compétence du jury au motif que l'expression litigieuse du prévenu ne consistait qu'en de «simples injures ou calomnies» dépourvues de toute «logique argumentative». En d'autres termes, qu'il ne s'agissait pas de l'expression d'une opinion.

## I. ÉTAT DES LIEUX : LES CONTOURS DE L'OPINION DÉLICTEUSE CONSTITUTIVE DU DÉLIT DE PRESSE

4. Par l'arrêt annoté, la Cour de cassation rappelle une jurisprudence bien établie : «Le délit de presse est l'atteinte portée aux droits soit de la société, soit d'un citoyen, par l'ex-

<sup>9</sup> J. ENGLEBERT, «La liberté d'expression à l'heure de l'Internet», *op. cit.*, n°s 29 à 36.

<sup>10</sup> Ph. de Koster, conclusions avant l'arrêt annoté (publiées ci-avant, p. 104).

<sup>11</sup> Ph. de Koster, conclusions avant l'arrêt annoté (publiées ci-avant, p. 104).

<sup>12</sup> *Ibidem*.

## JURISPRUDENCE

pression d'une pensée ou d'une opinion délictueuse dans un écrit imprimé ou numérique, qui a été diffusé dans le public<sup>13</sup>. L'injure, la calomnie ou le harcèlement peuvent constituer un délit de presse lorsque ces infractions expriment une pensée ou une opinion dans un tel écrit».

Pour qu'il y ait délit de presse, il faut donc l'expression écrite d'une *pensée* ou d'une *opinion* délictueuse<sup>14</sup>.

Cette exigence résulte de ce que, tant la liberté de la presse, reconnue à l'article 25 de la Constitution, que l'institution du jury pour connaître des délits commis par voie de presse, prévue à l'article 150 de la Constitution, ne sont, l'une et l'autre, que la transposition à la presse du droit de manifester librement ses opinions en toute matière, visé à l'article 19 de la Constitution. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la liberté de la presse n'est « que » le *corollaire*<sup>15</sup> de la liberté d'expression garantie par l'article 19 de la Constitution<sup>16</sup>.

5. Cette condition d'*opinion* ou de *pensée* a toujours bénéficié d'une interprétation extrêmement large<sup>17</sup>, ce qui a fait dire à Michel Hanotiau qu'«un examen attentif de la jurisprudence donne au lecteur le sentiment que, sauf exceptions assez rares [...], nos cours et tribunaux présument que tout texte, même fort court, comporte normalement l'expression d'une opinion...»<sup>18</sup>.

Ainsi, la simple injure ou la simple imputation d'ordre général et imprécise peut, selon la Cour de cassation, contenir une appréciation ou être l'expression d'une opinion<sup>19</sup>. Dans certains cas même, la simple diffusion d'informations a été considérée comme renfermant une opinion<sup>20</sup>.

---

voy. aussi, Fr. TULKENS et M. VERDUSSEN, «La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse», *Ann. Dr. Louv.*, 1987, p. 62; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse (presse écrite – presse audiovisuelle – presse électronique)*, 3<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2012, n° 191.

<sup>13</sup> Voy. dans le même sens, la jurisprudence ancienne de la Cour de cassation citée par l'avocat général Ph. de Koster, dans ses conclusions avant l'arrêt annoté (publiées ci-avant, p. 95, spéc. notes de bas de page 2 et 3).

<sup>14</sup> Cass., 11 décembre 1979, *Pas.*, 1980, I, 452; Cass., 21 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, 259; Cass., 9 octobre 1985, *Pas.*, 1986, I, 131; Cass., 17 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, 582, *R.D.P.C.*, 1990, p. 658, *J.T.*, 1991, p. 643; voy. aussi L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, 1990, pp. 177 et s., n°s 277 à 287 et K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 349, n° 480. Dans un arrêt du 21 décembre 1903 (*Pas.*, 1904, I, 85), la Cour utilise encore le terme de «sentiment».

<sup>15</sup> C'est-à-dire la «proposition qui découle à titre de conséquence immédiate d'une autre déjà démontrée» ou encore la «vérité qui découle d'une autre, conséquence nécessaire, suite naturelle» (*Trésor de la langue française informatisé*, <http://atilf.atilf.fr>).

<sup>16</sup> Cass., 22 février 1864, *Pas.*, 1864, I, 102 et s., ici p. 109, selon lequel l'article [25] «complète» l'article [19]; Cass., 21 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I, 85 et s., ici p. 87; Cass., 29 juin 2000 (arrêt *Leempoel*), *Pas.*, 2000, I, n° 420; Cass., 28 juin 2004, R.G. n° C.020412.F;

<sup>17</sup> En ce sens, les conclusions de l'avocat général Ph. de Koster avant l'arrêt annoté (publiées ci-avant, p. 98).

<sup>18</sup> M. HANOTIAU, «Le délit de presse: insolite, arbitraire et fragile», *Journ. proc.*, 1990, n° 169, p. 36.

<sup>19</sup> Cass., 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, pp. 248 et s. et note de D. VOORHOOF, «Drukpersmisdrifven en de bevoegheid van het Hof van Assisen», *A.J.T.*, pp. 249 et s.; Cass., 22 février 1965, *Pas.*, 1965, I, 636; Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 12; Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, 288. Dans son arrêt précité du 7 février 1995, la Cour de cassation admet implicitement que la publication, dans un journal publicitaire, du texte suivant: «[X] a quitté le domicile conjugal depuis 18 mois aux fins d'engager des relations avec plusieurs femmes», pouvait être considérée comme un délit de presse (et donc receler une opinion) relevant de la compétence de la cour d'assises.

<sup>20</sup> Ainsi, dans son arrêt du 31 mai 1937, la Cour de cassation a considéré que la diffusion d'une information inexacte de nature à ébranler la confiance dans le franc, en l'espèce qu'à la date du 23 septembre 1936 «le Trésor était en déficit de 300 millions et que la Trésorerie avait en outre absorbé, entre le 23 mai 1935 et le 23 septembre 1936, les 4 milliards 350 millions constituant le produit de la réévaluation de l'encaisse de la Banque nationale; le Gouvernement ayant dépensé la totalité de ces fonds», «était l'expression d'une pensée» dont la poursuite relevait de la cour d'assises (*R.D.P.C.*, 1937, pp. 841 et s.).

Dans un des deux arrêts qu'elle a rendu le 6 mars 2012<sup>21</sup>, la Cour de cassation souligne que l'opinion protégée ne doit même pas porter sur un sujet d'intérêt public. Répondant au moyen qui, pour critiquer l'arrêt attaqué aux termes duquel « toute opinion, même sous la forme de simple injure, peut être considérée comme étant constitutive du délit de presse », soutenait que « la notion de délit de presse ne vise pas des conflits ou des discussions purement interpersonnels, absolument distincts du débat social et sans aucune pertinence journalistique pour le développement d'une société pluraliste », la Cour de cassation précise que « l'expression d'une opinion punissable requise par le délit de presse, au sens que la Constitution attache à ce terme, vise toute pensée ou opinion. Il n'est pas nécessaire que cette opinion présente une quelconque pertinence ou importance sociale ».

**6.** L'arrêt annoté ne présente à l'évidence aucune originalité à cet égard et s'inscrit dans la droite ligne de cette jurisprudence, mani-

festement oubliée par certaines juridictions de fond<sup>22</sup>: « La disposition constitutionnelle précitée ne fait dépendre la compétence du jury ni de la pertinence ou de l'importance sociale de la pensée ou de l'opinion publiée, ni du caractère plus ou moins argumenté ou développé de l'écrit incriminé, ni de la notoriété de son auteur ».

Adieu donc les « judiciaires motifs » retenus par la cour d'appel de Liège, selon laquelle « l'expression d'une pensée, qui est requise par l'infraction (selon la jurisprudence et la doctrine), ne peut être considérée, au sens de la Constitution et selon l'évolution sociétaire, comme n'importe quelle pensée, sans tenir compte de sa pertinence, telles les simples injures ou calomnies. Il doit y être retrouvé une logique argumentative, une manière de voir développée, un pamphlet, etc. »<sup>23</sup>.

Comme j'ai déjà eu l'occasion de l'exposer, rien n'est plus faux que de soutenir que l'intention du Constituant de 1831 aurait été de ne protéger que la « noble presse d'opinion »<sup>24</sup>. J'y renvoie le lecteur<sup>25</sup>.

Voy. toutefois en sens contraire l'arrêt de la Cour de cassation, du 7 décembre 2004 (<https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2004:ARR.20041207.8/FR?HiLi=eNpLtDKwq4FAAZPAf4=>), qui, pour éviter qu'une infraction à l'article 460ter du Code pénal échappe à la compétence du tribunal correctionnel, décide de façon contestable que « l'usage abusif d'informations obtenues en consultant le dossier répressif, fût-ce dans des écrits imprimés et publiés, ne requiert toutefois pas l'appréciation d'une opinion et, partant, ne constitue pas un délit de presse ». Voy. Q. VAN ENIS, « Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques en Belgique – Pierre angulaire ou pierre d'achoppement ? », *J.T.*, 2010, pp. 261 et s., ici p. 265, n° 23.

<sup>21</sup> Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.1374.N, *F.D.S. c. M.E. R.W.*, 2012, pp. 144 et s., avec les conclusions du ministère public; *A&M*, 2012, p. 253 avec note de D. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19de naar de 21ste eeuw: internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers! », *A&M*, pp. 254 et s.; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790; *R.D.T.I.*, 2013, n° 50, p. 82, avec note de R. DEBILIO et *NjW*, 2012, p. 342; voy. aussi D. VOORHOOF, « Weblogs en websites zijn voortaan ook drukpers », *De Juristenkrant*, 2012, n° 246, pp. 4 et 5.

<sup>22</sup> Mais aussi par certains politiques. Ainsi, à tort, le député fédéral Khalil Aouasti a estimé, lors d'une intervention sur *BX1+*, le 27 janvier 2021, que par son arrêt du 7 octobre 2020, la Cour de cassation avait « redéfini le cadre juridique avec la question de la cour d'assises. Cette cassation s'est prononcée sur un arrêt de la cour d'appel de Liège où à l'époque il y avait la question de l'injure qui était encore traitée par le tribunal correctionnel » (« Toujours + d'Actu », *BX1+*, 27 janvier 2021, de 05:25 à 05:53, <https://bx1.be/radio-chronique/le-face-a-face-faut-il-renforcer-la-legislation-sur-les-propos-violents-diffuses-sur-les-reseaux-sociaux/>).

<sup>23</sup> Liège (18<sup>e</sup> ch.), 28 mai 2019, *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1437 et 1438.

<sup>24</sup> Pour paraphraser les propos de G. ROSOUX, « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse », note sous Cass., 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 1270 à 1289, ici p. 1272.

<sup>25</sup> J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », *op. cit.*, n°s 19 à 21, pp. 134 et s.

## JURISPRUDENCE

7. Il est dès lors parfaitement heureux que la Cour de cassation ne se soit pas inscrite dans la tendance de certaines juridictions de fond et d'une partie de la doctrine qui voulaient restreindre les protections constitutionnelles de l'expression au profit des seules opinions structurées, servies par une « forme de logique argumentative »<sup>26</sup>, au risque d'introduire un critère de classe pour déterminer quelles seraient les opinions pénalement sanctionnables<sup>27</sup>.

8. Cela étant admis et sauf à voir la Cour de cassation revenir sur sa jurisprudence qui considère la diffusion numérique d'un texte comme un procédé similaire à l'imprimerie, ce qui semble *a priori* peu probable<sup>28</sup> et serait parfaitement injustifiable<sup>29</sup>, ce n'est donc pas du premier étage du Palais Poelaert qu'il faut

attendre le moyen de réprimer les expressions de haine ou de violence qui nourrissent les réseaux sociaux lorsqu'elles sont, fut-ce partiellement<sup>30</sup>, formulées par écrit.

Ce n'est en rien anormal, dès lors que c'est le prescrit constitutionnel qui est en jeu.

## II. ANALYSE CRITIQUE DES RÉPONSES PROPOSÉES

9. Avant d'envisager les pistes qui sont proposées pour trouver le juste équilibre entre une expression libre, horizon indépassable de nos démocraties<sup>31</sup>, et une répression, proportionnée, des excès les plus intolérables de cette liberté, il faut impérativement recadrer la réalité de ces excès.

D'abord, comme le fait très justement observer H. Goldman, toute personne qui « intervient régulièrement sur la place publique [...] s'ex-

<sup>26</sup> Corr. Liège, 7 septembre 2018, *R.D.T.I.*, 2018, n° 72, p. 70. L'argument est repris par Q. PIRONNET, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *J.L.M.B.*, 2018, p. 1829. Dans le même sens, voy. Ch. BEHRENT, « Le délit de presse à l'ère numérique », *R.B.D.C.*, 2014, p. 301.

<sup>27</sup> J. ENGLEBERT, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet », *op. cit.*, n° 30.

<sup>28</sup> Cette solution a été énoncée pour la première fois par la Cour de cassation dans deux arrêts du 6 mars 2012 (outre l'arrêt déjà cité en note 19: Cass., 6 mars 2012, R.G. n° P.11.0855.N, *Procureur général Gand et L.L. c. A.F.C.V.G. et Ter Dijk*, *J.T.*, 2012, p. 505, avec note de Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet – Le temps du délit de presse 2.0' est-il (enfin) arrivé? », *J.T.*, pp. 505 et s.; *R.D.T.I.*, 2013, n° 50, p. 81, avec note de R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation: l'élément matériel du délit de presse », *R.D.T.I.*, pp. 83 à 92; *A.P.T.*, 2012, p. 491; *NjW*, 2012, p. 341). Elle a été confirmée par la Cour de cassation dans deux arrêts prononcés le 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N et n° P.12.1961.N (<https://juportal.be/>).

<sup>29</sup> L'exclusion de l'expression audiovisuelle de la compétence du jury étant déjà éminemment discutable (J. ENGLEBERT, *La procédure garantie de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 179 et s.), on ne voit pas la moindre justification qui permettrait de traiter sur une base juridique différente une expression écrite, selon qu'elle soit diffusée sur un support papier ou sur un support numérique.

<sup>30</sup> Dans son arrêt du 28 mai 1985 (*J.T.*, 1986, p. 24 et observations de J.M. et R.W., 1985-1986, col. 2854, avec note de D. VOORHOOF, « Drukpers en audiovisueel media »), la Cour de cassation avait à connaître, sur requête en règlement de juge, du sort à réserver aux poursuites pénales engagées contre M. de Wilde, pour diffamation, tant pour les propos tenus dans son documentaire *De Nieuwe Orde*, diffusé à la B.R.T. en 1982, que pour ceux contenus dans son livre du même nom, publié en 1982. Après une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, la cour d'appel de Bruxelles s'était déclarée incompétente, par arrêt du 19 février 1985 (*R.W.*, 1985-1986, col. 806 et note de J. CEULEERS) pour connaître de l'action au motif qu'elle relevait de la compétence de la cour d'assises. Si cette solution était indiscutable en ce qui concerne les extraits du livre mis en cause, elle était nettement plus controversée en ce qui concerne le documentaire télévisuel. La Cour de cassation règle cette controverse en précisant qu'« en tout état de cause, une partie des faits imputés au prévenu, [...] notamment ceux qui concernent un passage du livre 'De Nieuwe Orde', paraissent constituer un délit de presse et que ces faits paraissent connexes avec les autres faits de la prévention, de sorte qu'en vertu des articles [150] de la Constitution et 226 et 227 du Code d'instruction criminelle, seule la cour d'assises est compétente pour statuer sur l'ensemble des faits ».

<sup>31</sup> J. ENGLEBERT, *La procédure garantie de la liberté de l'information*, *op. cit.*, nos 268 et 269.

pose ainsi à la contradiction, ce qui est une excellente chose pour la vitalité du débat démocratique». Il est vrai, précise-t-il que cette contradiction «ne s'exerce pas toujours avec toute la bienséance requise, surtout sur les réseaux sociaux où les lâches peuvent s'en donner à cœur joie. La polémique est un sport de combat où on donne des coups et où on en reçoit. Dans cet exercice que je pratique aussi, on ne se fait pas que des amis et il faut apprendre à encaisser. Encore faut-il ne pas abuser de la posture victimaire, surtout si on ne se prive jamais de la dénoncer chez les autres»<sup>32</sup>.

C'est une évidence. L'expression n'a pas à être nécessairement inoffensive, ni même consensuelle. Je viens de le rappeler, elle peut heurter, choquer et inquiéter. Et celui qui s'exprime doit pouvoir faire preuve d'une certaine dose d'exagération, de provocation, voire de rudesse<sup>33</sup>. Il faut s'en souvenir.

**10.** Ensuite, il faut cesser de croire que l'expression publique est subitement devenue agressive et attentatoire aux droits d'autrui

avec l'apparition d'Internet. C'est au contraire une constance, de longue date<sup>34</sup>.

## 1. Les propositions visant à élargir certains délits

**11.** Une première piste consiste à chercher à mieux définir, sur le plan pénal, les expressions délictueuses.

Telle est par exemple la voie choisie par une série de députés socialistes qui ont déposé le 12 novembre 2019 une proposition de loi modifiant l'article 442*bis* du Code pénal, en vue de lutter contre le harcèlement groupé<sup>35</sup>.

Après avoir relevé qu'avec «l'avènement des réseaux sociaux, le harcèlement groupé est devenu, au cours des dernières années, une regrettable réalité», les auteurs de la proposition estiment qu'il est nécessaire d'intervenir pour combler une lacune dès lors que «le délit de harcèlement nécessite une répétition d'actes répréhensibles pour être sanctionné» alors 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».

La proposition vise également à combattre le «doxing», qui consiste à dévoiler publiquement sur les réseaux sociaux «les données personnelles de la victime [...] ce qui expose la personne aux attaques ultérieures de tiers».

La proposition de loi vise en conséquence à adapter «l'article 442*bis* du Code pénal et prévoit que l'infraction de harcèlement sera également incriminée: 1° lorsque les faits sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon

<sup>32</sup> H. GOLDMAN, «Nadia G., madone des dominants?», *Le blog cosmopolite*, 21 février 2021 (<https://leblogcosmopolite.mystrikingly.com/blog/nadia-g-madone-des-dominants>).

<sup>33</sup> Voy. not. arrêts Cour eur. D.H., 18 mars 2008, *Kuliš c. Pologne*, § 47; 19 juillet 2011, *Uj c. Hongrie*, § 20; 16 octobre 2012, *Smolorz c. Pologne*, § 41; 22 septembre 2015, *Koutsoliontos et Pantazis c. Grèce*, § 43; 14 juin 2016, *Jimenez Losantos c. Espagne*, § 47. Il n'est pas inutile de rappeler encore que selon la Cour européenne, «dans le domaine du discours politique ou des questions d'intérêt général [...] l'invective politique déborde souvent sur le plan personnel; ce sont les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique» (arrêt Cour eur. D.H., 12 avril 2012, *De Lesquen du Plessis-Casso c. France*, § 40. Dans le même sens, voy. *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000, § 34; *Almeida Azevedo c. Portugal*, 23 janvier 2007, § 30; *Renaud c. France*, 25 février 2010, § 39).

<sup>34</sup> Je m'en suis déjà expliqué. J'y renvoie le lecteur: J. ENGLEBERT, «La liberté d'expression à l'heure de l'Internet», *op. cit.*, n° 24.

<sup>35</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 0738/001.

répétée; 2° lorsque les faits sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent ou auraient dû savoir que ces propos ou comportements caractérisent une répétition»<sup>36</sup>.

**12.** La démarche est évidemment vaine, en l'état, lorsque les faits constitutifs de « harcèlement groupé » se traduisent par des expressions écrites aussi sommaires soient-elles, ce qui sera généralement le cas sur les réseaux sociaux.

## 2. Les propositions de modification de la Constitution

**13.** La législature précédente s'est terminée sur une déclaration de révision de la Constitution visant notamment les articles 25 et 150.

Le 12 février 2021, quatre députés *Ecolo-Groen* ont déposé une proposition de révision de l'article 25 de la Constitution « en vue d'étendre les garanties constitutionnelles applicables à la presse écrite à tous les médias d'information et de poursuivre uniformément toutes les expressions punissables incitant à la haine, à la violence et à la discrimination »<sup>37</sup>. Le même jour, les mêmes parlementaires déposaient une proposition de révision de l'article 150 de la Constitution, sous le même intitulé<sup>38</sup>.

Quelques jours plus tôt, le 26 janvier 2021, trois députés *CD&V* avaient déjà déposé une propo-

sition de révision de l'article 150 de la Constitution<sup>39</sup>.

**14.** La proposition des députés *CD&V* vise à retirer de la compétence du jury d'assises d'une part « le traitement des crimes contre la sûreté intérieure et extérieure de l'État, les crimes de violations graves du droit international humanitaire et les crimes terroristes »<sup>40</sup> et, d'autre part, au-delà « des délits de presse incitant au racisme ou à la xénophobie » déjà correctionnalisés depuis 1999, « tous les délits de presse inspirés par un mobile discriminatoire ».

Il est en conséquence proposé de remplacer l'article 150 de la Constitution par un nouveau texte, comportant deux alinéas. Le second serait rédigé comme suit :

« Le jury est également établi pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par un mobile discriminatoire ».

**15.** Il est précisé, non sans une certaine confusion, dans les développements de la proposition que « le régime de protection » actuel ne peut plus bénéficier « au délit de presse à caractère haineux », qu'il n'est plus défendable de distinguer « dans le cadre d'une procédure judiciaire », « l'individu qui exprime, par écrit ou sur internet, des propos racistes », de celui qui, par le même biais « se rend coupable de propos dénigrants ayant trait à l'orientation sexuelle d'une personne ». Il serait dès lors « justifié [...] d'étendre la soustraction [à la compétence de la cour d'assises] à l'ensemble des délits de presse ayant un mobile discriminatoire ». Étant encore précisé que « cette notion doit être interprétée comme englobant les motifs de discrimination figurant à l'article 405<sup>quater</sup> du Code pénal, ainsi que les critères protégés visés dans les lois spéciales anti-discrimination »<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 0738/001, p. 3.

<sup>37</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1790/001. Les trois déclarations précisait en effet que c'est « en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information » (*M.B.*, 23 mai 2019, pp. 48776, 48778 et 48779).

<sup>38</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1791/001 : « Proposition de révision de l'article 150 de la Constitution en vue d'étendre les garanties constitutionnelles applicables à la presse écrite à tous les médias d'information et de poursuivre uniformément toutes les expressions punissables incitant à la haine, à la violence et à la discrimination ».

<sup>39</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1760/001.

<sup>40</sup> Cet aspect de la proposition ne retiendra pas mon attention dans le cadre de la présente note.

<sup>41</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1760/001, pp. 4 et 5.

Pour rappel, les motifs de discrimination visés à l'article 405*quater* du Code pénal, portent sur la prétendue race d'une personne, sa couleur de peau, son ascendance, son origine nationale ou ethnique, sa nationalité, son sexe, son changement de sexe, son orientation sexuelle, son état civil, sa naissance, son âge, sa fortune, sa conviction religieuse ou philosophique, son état de santé actuel ou futur, un handicap, sa langue, sa conviction politique, sa conviction syndicale, une caractéristique physique ou génétique ou de son origine sociale.

Toute expression délictueuse qui serait *inspirée* par un de ces mobiles discriminatoires échapperaient à la compétence de la cour d'assises et pourrait être jugée par un tribunal correctionnel. En effet, dans la proposition CD&V il suffit que l'expression litigieuse soit inspirée par un tel mobile. Il ne faut pas qu'elle vise à inciter à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'égard de la personne mise en cause, en raison d'un tel mobile discriminatoire.

Vu le nombre et la variété des critères énumérés, si cette proposition devait être adoptée, je vois mal quelle expression relèvera encore de la cour d'assises. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt annoté, les insultes visant l'échevine étaient manifestement inspirées notamment par son sexe et par ses convictions politiques.

**16.** La proposition de modification de l'article 150 de la Constitution, déposée par les députés d'*Ecolo-Groen*, diffère légèrement dans sa rédaction. Il est proposé de remplacer l'actuel article 150 par le texte suivant :

« Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et médiatiques<sup>42</sup>, à

l'exception des expressions punissables *inspirées* par le racisme, la xénophobie ou le sexisme, ou *incitant* à la haine, à la violence ou à la discrimination envers des personnes ou des groupes »<sup>43</sup>.

Jusqu'à présent le seul critère retenu pour faire échapper certaines expressions délictueuses à la compétence du jury, se fondait sur l'inspiration raciste qui nourrissait ces expressions :

« 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 ».

Ni les développements de la proposition, ni le commentaire de l'article n'expliquent ni ne justifient la différence ainsi instaurée, selon laquelle pour certaines expressions, il suffit qu'elles soient *inspirées* par un mobile non admissible (racisme, xénophobie et sexisme<sup>44</sup>) pour échapper à la compétence du jury, alors que pour d'autres seule *l'incitation* (à la haine, à la violence ou à la discrimination) fera échapper l'expression au jury.

En outre, il n'est pas expressément précisé sur quels mobiles ces incitations doivent être fondées. Ce qui laisserait à penser que toute incitation à la haine et à la violence, mais aussi à la discrimination, échapperait à la compé-

<sup>42</sup> Cette notion fait référence à la proposition de modification de l'article 25 de la Constitution (*Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1790/001) qui vise à élargir à l'ensemble des médias la liberté reconnue « à la presse » entendue comme ne visant que la presse « imprimée » *lato sensu*.

<sup>43</sup> Il semblerait que le gouvernement s'apprête également à proposer une modification de l'article 150 de la Constitution, qui – au moment de terminer la rédaction du présent article – serait, en ce qui concerne les exceptions au jugement des infractions de presse par le jury d'assises, identique à celle suggérée par *Ecolo-Groen*.

<sup>44</sup> Le traitement particulier réservé au sexisme, par rapport aux autres expressions incitant à la haine, la violence ou la discrimination est justifié comme suit par les auteurs de la proposition : « Les propos sexistes occupent une place particulière en l'espèce. [...] La loi contre le sexisme n'a toutefois pas été conçue de la même manière que les autres lois anti-discrimination, bien qu'elle ait été élaborée dans le même contexte de haine, de violence et de discrimination. Il convient de mentionner le sexisme de manière distincte afin de permettre d'en poursuivre efficacement les auteurs » (*Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1791/001, p. 12).

## JURISPRUDENCE

tence du jury. Ce que semblent confirmer dans un premier temps les auteurs de la proposition: «toutes les formes d'incitation à la haine, à la violence et à la discrimination [sont] également condamnables et [doivent] être punies de la même manière»<sup>45</sup>.

**17.** Ce dispositif ainsi rédigé ne correspond toutefois pas aux développements de la proposition, où les auteurs exposent que leur intention est de mettre fin à l'impunité de fait pour les expressions écrites incriminées «par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination<sup>46</sup>, par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes<sup>47</sup>, et par la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public<sup>48</sup>». Ils précisent encore que leur principal objectif est «de traiter et de réprimer de la même façon tous les comportements punis par les lois précitées, en les faisant relever sans distinction de la compétence du tribunal correctionnel».

Ce ne sont donc pas toutes les incitations à la discrimination, quel que serait le fondement

de cette discrimination, qui sont visées mais «uniquement» celles punies en vertu des lois précitées.

À nouveau, si cette proposition était adoptée, eu égard à la profusion de fondements punissables par ces législations, on peut légitimement s'interroger sur les expressions délicieuses qui y échapperaient et qui resteraient donc de la compétence du jury.

**18.** Certes, les auteurs de la proposition prennent soin de préciser que «l'objectif est explicitement de ne pas soustraire les opinions écrites punissables comme la calomnie, la diffamation et les injures à la compétence de la cour d'assises. Le faire pourrait en effet revenir à limiter la liberté de la presse, essentielle dans une société démocratique telle que la nôtre». Il n'en reste pas moins que si ces délits sont inspirés par le racisme, la xénophobie ou le sexisme ou incitent à la discrimination pour un des mobiles visés par les législations précitées, ils relèveront bien à l'avenir de la compétence du tribunal correctionnel.

Ainsi, tel reportage d'investigation qui dénoncerait les dérives commises au sein d'une secte pourrait être considéré comme incitant à la discrimination en raison de la conviction religieuse des personnes qui s'estiment injuriées ou calomniées. Tel autre, qui décrypterait les origines éventuellement illicites de l'ascension sociale d'un homme politique ou d'un homme d'affaire pourrait être considéré par la personne mise en cause comme une incitation à la discrimination fondée sur la fortune. Il pourrait encore en aller de même d'un reportage critique sur le collectif «La Manif pour tous» ou sur des associations «anti-avortement» comme *Civitas*, qui pourrait être dénoncé comme incitant à la discrimination fondée sur la maternité, la grossesse ou l'orientation sexuelle.

<sup>45</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1791/001, p. 10.

<sup>46</sup> Cette loi punit les incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard de personnes ou de groupes qui sont fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.

<sup>47</sup> Cette loi punit les incitations à la discrimination, à la haine ou à la violence fondées sur la grossesse, l'accouchement, l'allaitement, la maternité, l'adoption, la procréation médicalement assistée, le changement de sexe, l'identité de genre, l'expression de genre, l'expression des caractéristiques sexuelles, la paternité ou la comaternité.

<sup>48</sup> Cette loi punit tout geste ou comportement qui a manifestement pour objet d'exprimer un mépris à l'égard d'une personne, en raison de son appartenance sexuelle, ou de la considérer, pour la même raison, comme inférieure ou comme réduite essentiellement à sa dimension sexuelle et qui entraîne une atteinte grave à sa dignité.

Chaque fois que la personne qui s'estime injuriée, calomniée ou harcelée pourra relier les harcèlements, l'insulte ou le fait précis qui lui est imputé, à l'un des nombreux mobiles illicites de discrimination, elle pourra saisir le tribunal correctionnel pour tenter de faire sanctionner cette expression.

**19.** On peut présager une inflation des procédures pénales dirigées contre l'expression publique et donc contre la presse. Le dépôt d'une plainte, le cas échéant avec constitution de partie civile, étant une démarche nettement plus simple et moins coûteuse que l'introduction d'une action en responsabilité sur une base quasi délictuelle, devant les tribunaux civils.

On peut aussi imaginer une multiplication des citations directes devant le tribunal correctionnel.

Or, dans le domaine de la liberté d'expression, le seul fait d'introduire une procédure peut déjà, en soi, être constitutif d'une ingérence et produire un effet dissuasif. Même si, *in fine*, l'action devait être déclarée irrecevable ou non fondée. La correctionnalisation à large spectre du délit de presse risque bien d'être ainsi un terreau fertile pour les procédures-bâillons<sup>49</sup>.

### III. NE PAS RENONCER À LA DÉPÉNALISATION DE L'EXPRESSION

**20.** Étendre à ce point les exceptions à la compétence du jury pour juger des délits de presse revient, *de facto*, à une correctionnalisation de ces délits. Il serait intellectuellement plus honnête de l'admettre et de renoncer ouvertement à cette garantie procédurale, imposée par le Constituant en 1831, pour

mettre fin à la répression judiciaire dont la presse avait été la victime sous les Orangistes.

Chacun pourrait alors clairement se positionner.

Pour ma part, pour les motifs exposés ci-avant, je persiste à penser que les critères proposés ne sont pas pertinents et que les effets négatifs sur les autres expressions seront trop importants.

**21.** Je conçois que la distinction précédemment proposée, suggérant de continuer à accorder les garanties procédurales protectrices de l'expression aux opinions contribuant à un débat d'intérêt général et de traiter les autres, celles sans importance collective, comme des délits de droit commun<sup>50</sup>, soit difficilement praticable et ne réponde qu'imparfaitement à la nécessité de mettre fin à l'impunité pénale des expressions haineuses et violentes sur les réseaux sociaux<sup>51</sup>.

**22.** À la réflexion, une autre voie, plus radicale mais plus conforme à la protection des autres expressions, est concevable. Elle consisterait à dépénaliser purement et simplement l'expression sous la seule réserve, quel que soit le mobile poursuivi, des appels à la haine ou à la violence.

Les dérives observées sur les réseaux sociaux ne devraient en effet pas détourner les sociétés démocratiques de la perspective progressiste d'une dépénalisation de l'expression<sup>52</sup>.

Les auteurs de la proposition *Ecolo-Groen* reconnaissent eux-mêmes que «le Conseil de l'Europe a souligné, à plusieurs reprises, que la calomnie et la diffamation, notamment, devraient idéalement ne plus relever du droit pénal en raison de l'effet dissuasif que peut

<sup>49</sup> La profusion d'actions pénales contre la presse en France (où la compétence de la cour d'assises a été abandonnée de longue date), notamment à l'initiative de personnalités politiques, en atteste.

<sup>50</sup> *Supra*, n° 3.

<sup>51</sup> La haine ou la violence pourrait s'exprimer dans le cadre d'un débat sur une question d'intérêt général.

<sup>52</sup> Voy. J. ENGLEBERT, *La procédure garantie de la liberté de l'information*, *op. cit.*, n°s 33 et s.

## JURISPRUDENCE

avoir cette législation sur la liberté d'expression», tout en admettant que «tant que ce ne sera pas le cas dans notre pays, il conviendra de conserver la garantie constitutionnelle de la cour d'assises»<sup>53</sup>.

N'est-ce pas le moment de franchir le pas plutôt que de se contenter d'expédients ?

**23.** En effet, c'est bien l'impunité des expressions haineuses ou violentes, spécialement depuis le développement des réseaux sociaux, qui pose problème<sup>54</sup>.

Or, il est admis de longue date que ces expressions ne peuvent pas revendiquer le bénéfice de la protection de l'article 10 de la Convention européenne. Selon une jurisprudence bien établie de la Cour européenne, «lorsqu'il est clair et manifeste que les propos litigieux ne peuvent être qualifiés que de discours de

haine, d'apologie de la violence ou d'incitation à la violence [...] ces derniers ne sauraient passer pour être compatibles avec l'esprit de tolérance et vont d'ailleurs à l'encontre des valeurs fondamentales de justice et de paix qu'exprime le Préambule à la Convention et ne sauraient prétendre au bénéfice de la liberté d'expression»<sup>55</sup>.

Il s'impose dès lors de distinguer l'appel à la haine ou à la violence de l'incitation à la discrimination. C'est en réalité par l'amalgame qu'elles opèrent entre ces différentes expressions que les propositions de modification de l'article 150 de la Constitution posent réellement problème. La *Commission nationale consultative des droits de l'homme* dans un rapport du 12 février 2015, avait déjà mis en garde contre la tentation, dans le cadre de la lutte contre le discours de haine, de restreindre trop largement la liberté d'expression<sup>56</sup>.

Si les *comportements discriminatoires* fondés sur un des mobiles visés par la législation belge ne sont pas socialement supportables et méritent sans doute d'être pénalisés, il ne m'apparaît pas qu'il doive, dans une démocratie, en aller également ainsi pour les *seules expressions* qui inciteraient à de telles discriminations. La démocratie doit pouvoir supporter l'expression de telles opinions choquantes, heurtantes ou inquiétantes. Ces expressions, pour autant évidemment qu'elles ne versent pas dans le propos violent ou haineux, doivent être combattues par le débat démocratique contradictoire. Une distinction dans le traitement pénal de l'expression, entre l'appel ou l'incitation à la haine ou à la violence et la

<sup>53</sup> *Doc. parl.*, Chambre, n° 55 1791/001, p. 11. Confirmant ainsi qu'à leurs yeux, cette «garantie» n'est qu'une dépenalisation de fait. Voy. en faveur d'une dépenalisation de l'expression, les recommandations de l'Atelier n° 3 des *États généraux des médias d'information* du Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles, *Constats – Analyses – Débats*, éd. du Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles, 2014, pp. 235 à 239). Dans le même sens, not.: *Résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n° 1577(2007)*, du 4 octobre 2007, intitulée «Vers une dépenalisation de la diffamation»; *General Comment n° 34 on article 19*, du Comité des droits de l'homme des Nations unies (juillet 2011) qui invite les États à dépenaliser la diffamation (§ 47); *Étude sur l'harmonisation des législations et pratiques relatives à la diffamation avec la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de la liberté d'expression, notamment sous l'angle du principe de la proportionnalité* (CDMSI(2012) Misc11Rev2), du Secrétariat général du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/CDMSI/CDMSI\(2012\)Misc11Rev2\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/CDMSI/CDMSI(2012)Misc11Rev2_fr.pdf)).

<sup>54</sup> E. WÉRY et M. COCOK évoquent les «déferlement de haine» sur les réseaux sociaux («Contenus haineux sur Internet: la Belgique sombre dans le chaos», *Droit & Technologie*, 23 octobre 2020, [www.droit-technologie.org/actualites/contenus-haineux-sur-internet-la-belgique-sombre-dans-le-chaos/](http://www.droit-technologie.org/actualites/contenus-haineux-sur-internet-la-belgique-sombre-dans-le-chaos/)); Voy. aussi, not., «Haine sur les réseaux sociaux: des victimes dénoncent "l'impunité"», *Le Point*, 23 octobre 2020.

<sup>55</sup> *Altıntaş c. Turquie*, 2<sup>e</sup> section, 10 mars 2020, § 30 (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-201897>).

<sup>56</sup> CNCDH, *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur internet*, 12 février 2015 ([www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-la-lutte-contre-les-discours-de-haine-sur-internet](http://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-sur-la-lutte-contre-les-discours-de-haine-sur-internet)).

simple incitation à la discrimination ne m'apparaît dès lors pas injustifiée.

**24.** Cette solution présenterait par ailleurs l'avantage de pouvoir se fonder sur une solide jurisprudence de la Cour européenne pour déterminer les expressions qui entreraient dans la catégorie du discours de haine ou de violence.

Ainsi, dans son arrêt *Altıntaş c. Turquie*, du 10 mars 2020, la Cour «rappelle [...] les principes établis dans sa jurisprudence sous l'angle de l'article 10 de la Convention concernant les propos, verbaux ou écrits, présentés comme alimentant ou justifiant la violence, la haine ou l'intolérance. Les facteurs clés dans l'appréciation de la Cour dans ces affaires sont: le point de savoir si les propos ont été tenus dans un contexte politique ou social tendu<sup>57</sup>; la question de savoir si les propos, correctement interprétés et appréciés dans leur contexte immédiat ou plus général, peuvent passer pour un appel direct ou indirect à la violence ou pour une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance<sup>58</sup>; et la manière dont les propos ont été formulés et leur capacité – directe ou indirecte – à nuire<sup>59</sup>».

«C'est – précise encore la Cour – la conjonction de ces différents facteurs plutôt que l'un d'eux pris isolément qui a joué un rôle déterminant dans l'issue du litige. On peut donc dire que

la Cour aborde ce type d'affaires en tenant éminemment compte du contexte»<sup>60</sup>.

Ces expressions haineuses ou violentes pourraient être traitées comme des délits de droit commun, devant les tribunaux correctionnels, qui appliqueront alors sans difficultés les «facteurs clés» précités. Ce qui permettra de contenir la répression pénale aux seuls cas qui, tenant éminemment compte du contexte, la justifient.

**25.** En toute hypothèse, si l'impunité pénale de fait dont bénéficient certaines expressions ignobles, spécialement sur les réseaux sociaux, apparaît à la société comme intolérable, il s'impose que dans l'attente d'une réforme de l'article 150 de la Constitution, les parquets se décident à poursuivre ces expressions délictueuses et à solliciter le renvoi de leurs auteurs devant une cour d'assises.

En effet, si la répression de ces expressions répond à un besoin social impérieux, il faut alors cesser de se retrancher derrière la lourdeur de la procédure de la cour d'assises pour renoncer à ces poursuites<sup>61</sup>.

Sans doute ces procès pourraient-ils avoir un effet dissuasif en faisant comprendre à ceux qui s'expriment outrancièrement sur les réseaux sociaux qu'ils risquent de se retrouver à devoir répondre de ces expressions devant une cour d'assises. Ce n'est pas rien. Outre que l'indulgence du jury – qui lui a parfois été reprochée en matière de délit de presse – risque bien de ne plus être au rendez-vous<sup>62</sup>.

Jacques ENGLEBERT

<sup>57</sup> La Cour cite ses arrêts *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, §§ 57 à 60; *Soulas et autres c. France*, 10 juillet 2008, §§ 38 et 39 et *Balsytė-Lideikiėnė c. Lituanie*, 4 novembre 2008, § 78.

<sup>58</sup> La Cour cite ses arrêts *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, § 64; *Féret c. Belgique*, 16 juillet 2009, §§ 69 à 73 et 78 et *Fáber c. Hongrie*, 24 juillet 2012, §§ 52 et 56 à 58.

<sup>59</sup> La Cour cite ses arrêts *Karataş c. Turquie [GC]*, 8 juillet 1999, §§ 51-52 et *Vejdeland et autres c. Suède*, 9 février 2012, § 56.

<sup>60</sup> La Cour cite encore son arrêt *Perinçek c. Suisse [GC]*, 15 octobre 2015, § 208.

<sup>61</sup> J. ENGLEBERT, *La procédure garantie de la liberté de l'information*, op. cit., n°s 31 et s.

<sup>62</sup> *Ibidem*, n°s 25 et s.