

## LES RESTRICTIONS À L'ACCÈS AU CONTENU D'INTERNET ET LE DROIT À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

**François DUBUISSON**

Centre de droit international de l'Université libre de Bruxelles (U.L.B.)

Avec le développement d'Internet, la diffusion des idées et des informations se fait désormais de manière quasi instantanée et globale. L'offre d'outils de communication numériques à la portée de tous (sites web, plateformes, blogs, réseaux sociaux,...) a entraîné de nombreux bouleversements sociétaux et a produit des effets considérables sur la mise en œuvre de la liberté d'expression, consacrée notamment par l'article 19 du Pacte relatif aux droits civils et politiques (« le Pacte ») et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (« CEDH »).

Il est aujourd'hui largement admis que l'accès à Internet et la diffusion de contenus par son intermédiaire constituent une partie intégrante de la liberté d'expression<sup>1</sup>. Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a ainsi indiqué dans une observation générale consacrée à l'interprétation de l'article 19 du Pacte, adoptée en septembre 2011 :

« Le paragraphe 2 [de l'article 19 du Pacte] protège toutes les formes d'expression et les moyens de les diffuser. (...) Sont visées aussi toutes les formes de médias audiovisuels ainsi que les modes d'expression électroniques et l'Internet. (...) Les Etats parties devraient tenir compte de la mesure dans laquelle l'évolution des techniques de l'information et de la communication, comme l'Internet et les systèmes de diffusion électronique de l'information utilisant la technologie mobile, a transformé les pratiques de la communication dans le monde entier. Il existe maintenant un réseau mondial où s'échangent des idées et des opinions, qui n'a pas nécessairement besoin de l'intermédiaire des moyens d'information de masse traditionnels. Les Etats parties devraient prendre toutes les mesures voulues pour favoriser l'indépendance de ces nouveaux moyens et garantir l'accès des particuliers à ceux-ci<sup>2</sup> ».

Cette position a été récemment confirmée par deux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, rendues dans les affaires *Yildirim c. Turquie*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Voy. DOCQUIR P.-F., « Internet, les raisons d'un droit d'accès », in DOUTRELEPONT C., DUBUISSON F. et STROWEL A., (éd.), *Le téléchargement d'œuvres sur Internet. Perspectives en droits belge, français, européen et international*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 349 et s.

<sup>2</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34, Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression, 12 septembre 2011, CCPR/C.GC.34, par. 12 et 15.

<sup>3</sup> CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, arrêt du 18 décembre 2012 (req. n° 3111/10).

et *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède (Pirate Bay)*<sup>4</sup>. Dans la première affaire, la Cour a souligné que :

« l'Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public<sup>5</sup> ».

Il s'ensuit, selon la Cour, que toute « restriction de l'accès à Internet » doit s'analyser comme une ingérence dans la liberté d'expression et d'information de l'internaute et constitue une violation de l'article 10 de la Convention « si elle n'est pas “prévue par la loi”, inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'article 10 § 2 et “nécessaire dans une société démocratique” pour atteindre ce ou ces buts<sup>6</sup> ». Le Comité des droits de l'homme s'était déjà prononcé dans un sens analogue à propos de l'article 19 du Pacte<sup>7</sup>.

Cela implique que toute limitation ne saurait se concevoir que ciblée au regard d'un contenu spécifique<sup>8</sup>. C'est ainsi que dans l'affaire *Yildirim c. Turquie*, la Cour a considéré que le blocage de l'ensemble des sites hébergés par « *Google sites* » comme conséquence d'une procédure pénale ne visant le contenu que de l'un d'entre eux, n'était pas conforme à l'article 10 de la Convention<sup>9</sup>.

Au plan international et européen, les motifs de restriction sont précisés sur le plan juridique par plusieurs textes : la Convention sur la Cybercriminalité (23 novembre 2011)<sup>10</sup> et son Protocole additionnel, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (28 janvier 2003)<sup>11</sup>, la Décision-cadre du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal<sup>12</sup>, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (16 mai 2005)<sup>13</sup>, la Décision-cadre du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme<sup>14</sup>. Au terme de ces différents textes, les motifs de restrictions à l'accès au contenu d'Internet découlent des infractions liées à la pornographie infantile<sup>15</sup>, aux atteintes à la

<sup>4</sup> CEDH, *Neij et Sunde Kolmisoppi c. Suède*, décision du 19 février 2013, p. 9.

<sup>5</sup> CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, précité, par. 54.

<sup>6</sup> *Ibidem*, par. 56.

<sup>7</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34, précitée, par. 43.

<sup>8</sup> Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 34, précitée, par. 43.

<sup>9</sup> CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, précité.

<sup>10</sup> STCE n° 185. Au 1er janvier 2014, 40 Etats parties dont la France.

<sup>11</sup> STCE n° 189. Au 1er décembre 2013, 20 Etats parties dont la France.

<sup>12</sup> *J.O. n° L 328* du 06/12/2008, p. 55-58.

<sup>13</sup> STCE n° 196. Au 1er décembre 2013, 30 Etats parties dont la France.

<sup>14</sup> Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la Décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme : « provocation publique à commettre une infraction terroriste », la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1er, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises.

<sup>15</sup> Convention sur la Cybercriminalité, article 9.

propriété intellectuelle<sup>16</sup>, aux discours de nature raciste et xénophobe<sup>17</sup> ou à l'incitation au terrorisme<sup>18</sup>.

Dans l'appréhension de ces infractions, Internet présente des particularités de nature à influencer le traitement juridique des limitations à la liberté d'expression qu'elles sont susceptibles d'entraîner. Internet intègre désormais l'ensemble des médias (radio, TV, presse écrite) et offre à chaque individu des moyens aisés de diffuser ses idées à une échelle universelle (blogs, sites, réseaux sociaux, plateformes de partage, etc.). Sur le réseau, les publications ont un caractère permanent et répété, et les possibilités infinies de partage et de reprise de l'information lui donne un effet « démultiplicateur ». Enfin, la diffusion par Internet se fait par l'entremise d'intermédiaires privés, remplissant un rôle indispensable au bon fonctionnement du réseau : fournisseurs d'accès, hébergeurs (blogs, Youtube, Dailymotion), réseaux sociaux (Facebook, Twitter...), moteurs de recherche (Google)...

La présente contribution se propose d'évaluer l'impact de ces caractéristiques propres du medium internet sur la mise en œuvre de limitations à la liberté d'expression et d'information, en particulier au regard de l'exigence de proportionnalité. Les propriétés de l'internet impliquent-elles une plus large acceptation des restrictions concernant la diffusion de contenus ou, au contraire, son caractère essentiel pour la promotion de la liberté d'expression commande-t-il une approche plus restrictive des limitations à la libre expression ? L'examen de cette question se fera à travers l'analyse de quatre problématiques spécifiques. A titre préalable, nous examinerons le régime de responsabilité des intermédiaires de l'Internet, régime qui constitue le cadre général des modalités de mise en œuvre des limitations à l'accès à certains contenus (I). Ensuite, nous examinerons la manière dont les limitations à la liberté d'expression sur Internet sont appliquées au regard de trois motifs particuliers : la lutte contre le terrorisme (II), la protection de la propriété intellectuelle (III) et la lutte contre les discours de haine (IV).

## **I. LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET À L'ÉPREUVE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION**

Dans le contexte d'Internet, la transmission des idées et des informations se réalise nécessairement par l'intermédiaire d'opérateurs privés : fournisseurs d'accès, opérateurs de télécommunication, hébergeurs de sites, gestionnaires de moteurs de recherche (Google...), de plateformes (Youtube, Dailymotion...) et de réseaux sociaux (Twitter, Facebook...). Une responsabilité particulière pèse

---

<sup>16</sup> Convention sur la Cybercriminalité, article 10.

<sup>17</sup> Protocole additionnel à la Convention sur la Cybercriminalité, articles 3 à 7 ; Décision-cadre du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie, articles 1 et 2.

<sup>18</sup> Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, article 5 ; Décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, articles 3 et 4, tels que modifiés par la Décision-cadre du 28 novembre 2008.

dès lors à leur égard concernant la mise en œuvre de la liberté d'expression, ce qui implique l'obligation pour les Etats d'établir un régime juridique approprié, qui permette de concilier la nécessité de protection à l'égard de certains contenus illicites avec le souci d'éviter le risque de limitation exagérée de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs. Après avoir examiné en quoi consiste ce régime de responsabilité (1), nous analyserons les inconvénients qu'il est susceptible de générer pour la liberté d'expression, en créant un risque de censure privée (2).

## 1. Le régime de responsabilité des intermédiaires de l'internet

Le système de responsabilité des intermédiaires de l'internet préconisé afin de ménager liberté d'expression et droits d'autrui consiste à exclure la responsabilité de ces intermédiaires pour les contenus diffusés par d'autres. C'est en ce sens que se sont prononcés les Rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de plusieurs organisations internationales, dans une déclaration conjointe :

*« No one who simply provides technical Internet services such as providing access, or searching for, or transmission or caching of information, should be liable for content generated by others, which is disseminated using those services, as long as they do not specifically intervene in that content or refuse to obey a court order to remove that content, where they have the capacity to do so ('mere conduit principle')<sup>19</sup> ».*

Au sein de l'Union européenne, les principes sont énoncés par la directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000<sup>20</sup>, dont le régime a d'ailleurs été étendu à d'autres Etats par l'entremise de la conclusion d'Accords de libre-échange conclus par l'UE<sup>21</sup>. Ce texte établit un système d'exemption conditionnelle de responsabilité au profit des intermédiaires de l'internet, c'est-à-dire des prestataires de services de la société de l'information dont l'activité consiste à assurer que les contenus émanant de tiers soient transmis, hébergés et rendus accessibles au moyen des réseaux<sup>22</sup>. La directive établit l'interdiction pour les Etats d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance des contenus stockés ou transmis, ou de recherche active des faits ou circonstances révélant des activités illicites<sup>23</sup>. Pour les activités de simple

<sup>19</sup> *Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet*, 1st June 2011, The United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 2.a.

<sup>20</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « directive commerce électronique »), *J.O.*, n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1.

<sup>21</sup> *Voy. not.* l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République de Corée, d'autre part, *J.O.*, n° L 127, 14 mai 2011, p. 6.

<sup>22</sup> En France, le régime de responsabilité a été transposé dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

<sup>23</sup> Article 15 de la directive.

transmission des informations sur un réseau de communication et de fourniture d'accès à un tel réseau, il est prévu un système d'exonération de responsabilité, pour autant que trois conditions soient remplies dans le chef de l'intermédiaire : ne pas être à l'origine de la transmission, ne pas sélectionner le destinataire de la transmission et ne pas sélectionner ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission<sup>24</sup>. Pour les services d'hébergement, la directive prévoit une exonération de responsabilité dans deux cas de figure : soit le fournisseur d'hébergement n'a pas connaissance de la présence d'une information illicite, soit dès le moment où il acquiert une telle connaissance, il agit promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible<sup>25</sup>. Ce régime est inspiré du système de *notice and take down* prévu par le droit américain en matière de droit d'auteur<sup>26</sup>. En pratique, l'hébergeur devra être prévenu de l'existence, sur un site hébergé, d'un contenu illicite par une personne habilitée à en établir la preuve (comme un titulaire de droit d'auteur ou une personne victime de diffamation) et évitera toute responsabilité s'il a supprimé l'accès au contenu de manière diligente. Si de prime abord ce régime peut apparaître comme très libéral pour la liberté d'expression, sa mise en œuvre peut toutefois s'avérer problématique pour le respect de cette liberté.

## 2. Les effets pervers du régime de responsabilité des intermédiaires d'Internet : le risque de censure privée

Le régime de responsabilité des intermédiaires suscite des difficultés pour le respect de la liberté d'expression en ce qu'il confie à un acteur privé le soin de déterminer le caractère licite ou non d'une information, appréciation qui peut dans de nombreux cas être délicate<sup>27</sup>. Cette difficulté est bien analysée par Frank LaRue, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, dans un Rapport publié en mai 2011 :

*« However, while a notice-and-takedown system is one way to prevent intermediaries from actively engaging in or encouraging unlawful behaviour on their services, it is subject to abuse by both State and private actors. Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. Moreover, given that intermediaries may still be held financially or in some cases criminally liable if they do not remove content upon receipt of notification by users regarding unlawful content, they are inclined to err on the side of safety by over-censoring potentially illegal content. Lack of transparency in the intermediaries' decision-making process also often obscures discriminatory practices or political pressure affecting the companies' decisions. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best*

<sup>24</sup> Article 13 de la directive.

<sup>25</sup> Article 14 de la directive.

<sup>26</sup> Voy. le titre II du *Digital Millennium Copyright Act of 1998*, <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

<sup>27</sup> Voy. DUBUISSON F. et RORIVE I., « La liberté d'expression à l'épreuve d'Internet », in *Entre ombres et lumières : Cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 371 et s. ; MONTERO E. et VAN ENIS Q., « Enabling freedom of expression in light of filtering measures imposed on Internet intermediaries: Squaring the circle? » *Computer Law & Security Review*, 2011, vol. 27, no 1, p. 21-35.

*placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences. The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author<sup>28</sup> ».*

Les dangers mis en évidence par le Rapporteur prennent leur source dans la possibilité que les intermédiaires se ménagent, dans leurs conditions générales, de supprimer discrétionnairement tout contenu<sup>29</sup>. Il existe ainsi un risque de « censure privée », liée à la structure de diffusion propre à Internet qui donne aux intermédiaires un pouvoir exorbitant concernant le blocage de contenus controversés<sup>30</sup>. Plusieurs affaires permettent de l'illustrer.

Une première espèce a opposé Roselyne Bosch, la réalisatrice du film *La Rafle*, à JFG Networks, une société de gestion de sites web. Mme Bosch reprochait à JFG Networks de ne pas avoir supprimé le contenu d'un blog dont il était l'hébergeur, qu'elle estimait attentatoire à sa réputation, et ce après notification<sup>31</sup>. Le blog incriminé était consacré au cinéma et son auteur avait réagi vivement aux propos tenus par la réalisatrice lors d'une interview, qui se lisaient comme suit :

« Je me méfie de toute personne qui ne pleure pas en voyant le film. Il lui manque un gène : celui de la compassion. On pleure pendant *La Rafle* parce que... on ne peut que pleurer. Sauf si on est un "enfant gâté" de l'époque, sauf si on se délecte du cynisme au cinéma, sauf si on considère que les émotions humaines sont une abomination ou une faiblesse. C'est du reste ce que pensait Hitler : que les émotions sont de la sensiblerie. Il est intéressant de voir que ces pisse-froid rejoignent Hitler en esprit, non ? En tout cas, s'il y a une guerre, je n'aimerais pas être dans la même tranchée que ceux qui trouvent qu'il y a "trop" d'émotion dans *La Rafle*. »

La publication du blog s'intitulait « Rose Bosch devrait fermer sa g... » et portait un jugement sévère concernant le discours tenu par la réalisatrice :

« Outre le fait notable de dire une des plus grosses conneries de ces dernières années et qu'elle devrait tourner sa langue sept fois dans sa bouche avant d'insulter l'intelligence du spectateur, ce qui me choque le plus est l'incroyable narcissisme dont elle fait preuve. Car de comparer ceux qui n'ont pas pleuré lors de son film à Hitler est une bêtise ; non seulement on peut aimer son film sans pleurer mais l'inverse est aussi possible j'en suis un bon exemple ! ».

Saisi d'une demande de suppression de ce contenu, JFG Networks refusa d'obtempérer, ce qui conduisit Mme Bloch à saisir la justice. Elle considérait que « le droit de critique a en l'espèce dégénéré en abus par le caractère délibérément

<sup>28</sup> Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank LaRue, 16 may 2011, A/HRC.17/27, par. 42-43.

<sup>29</sup> Voy. FRYDMAN B. et RORIVE I., « Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA », *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (Revue de l'Institut Max Planck de Cologne), 2002, vol. 23/1, p. 41-59.

<sup>30</sup> Voy. DUBUISSON F., « Chronique : Société de l'information, médias et liberté d'expression », *Journal européen des droits de l'homme*, 2013/3, p. 467-470 ; AKDENIZ Y., « To block or not to block: European approaches to content regulation, and implications for freedom of expression », *Computer Law & Security Review*, 2010, vol. 26, no 3, p. 269-270.

<sup>31</sup> Cour d'appel de Paris, *Rose B. c. JFG Networks*, 4 avril 2013, <http://www.legalis.net>.

malveillant des propos exclusifs de toute bonne foi car “l’auteur” s’est contenté de reprendre une part de son interview dans le magazine *Années Laser* sortie de son contexte pour en tirer des conclusions virulentes et en faire des généralités fortement péjoratives à son encontre ». De plus, elle tirait argument du fait que « presque tous les hébergeurs ayant reçu notification conforme aux dispositions de l’article 6 de la loi sur la confiance dans l’économie numérique, dite LCEN, d’avoir à retirer les contenus illicites ont décidé le retrait sauf deux ». Ce point de l’affaire nous intéresse tout particulièrement puisqu’il révèle que la plupart des hébergeurs avaient fait droit à la demande de suppression du contenu litigieux, en dehors de toute procédure judiciaire. Or, comme va l’établir la Cour d’appel de Paris, le propos incriminé ne doit pas être considéré comme dépassant le cadre admissible de l’exercice de la liberté d’expression :

« Considérant que l’article incriminé, qui rebondit sur ces propos ne caractérise pas une attaque contre la personne de Mme Rose Bosch, ni contre son œuvre ou sa réputation ; qu’il est davantage l’expression, en des termes certes vulgaires mais demeurant dans le champ de la liberté de critique et d’expression, sans dégénérer en abus, d’un désaccord sur la position de l’appelante, cela d’autant plus que celle-ci par la radicalité de son propos, en ce qu’elle prétend que ceux qui considèrent les émotions humaines comme une abomination ou une faiblesse "rejoignent Hitler", Mme B. G. a pu, sur un sujet aussi douloureux, créer un rapprochement en lui-même provoquant ».

De cette affaire, il résulte donc le constat qu’alors qu’aucun contenu illicite n’a en définitive pu être identifié, ce contenu n’en a pas moins été supprimé par la majorité des hébergeurs, sur simple notification de la personne s’estimant préjudiciée. Comme on l’a souligné plus haut, ces hébergeurs préfèrent probablement éviter le genre de procédure judiciaire encouru par JFG Networks pour défendre le maintien d’une publication, en supprimant d’office un contenu « problématique », l’hébergeur étant davantage protégé juridiquement à l’égard de son client, en application de ses conditions générales. La plupart du temps, ces suppressions autoritaires ne feront l’objet d’aucune visibilité judiciaire et demeureront dans une sorte de zone « grise » de censure privée. D’autres exemples, le confirment.

Dans un premier cas, Facebook avait supprimé une « page » consacrée à la série *Plus belle la vie*, visant à en rassembler les fans et leur transmettre informations et anecdotes. La suppression était intervenue sur requête de la société productrice de la série, invoquant la violation de ses droits de marque portant sur la dénomination « plus belle la vie ». L’animatrice de la page litigieuse a alors entamé une action judiciaire pour en réclamer le rétablissement, à laquelle le juge a fait droit. Il a constaté que la page Facebook ne contrevenait en rien au droit de marque de la société productrice, dès le moment où l’activité de cette page ne relevait pas de « la vie des affaires » et ne poursuivait aucune finalité commerciale<sup>32</sup>. Néanmoins, la société Facebook n’a pas été condamnée pour suppression abusive de la page concernée, le juge ayant estimé que « la société Telfrance Serie étant titulaire des marques “PBLV” et “Plus belle la

<sup>32</sup> TGI Paris, *Laurence c. / Telfrance Serie, Facebook France*, 28 novembre 2013, <http://www.legalis.net>.

vie”, et sollicitant la fermeture d’une page non officielle consacrée à la série télévisée “plus belle la vie”, sa demande pouvait apparaître fondée pour la société Facebook France, tenue d’intervenir rapidement ». Cette décision est parfaitement révélatrice de la tendance du régime de responsabilité des intermédiaires à favoriser la suppression « conservatoire » de contenus, dont l’illicéité n’est pourtant pas « manifeste ».

D’autres cas encore concernent la mise en œuvre des politiques de publication dans le domaine de la nudité. Google et Facebook ont tous deux supprimé d’autorité la publication d’une photographie d’art de Laure Albin Guillot, représentant une femme à moitié dénudée<sup>33</sup>. Cette photo avait dans un premier temps été publiée sur la page Facebook du Musée du Jeu de Paume, suite à quoi le compte du musée avait été désactivé, en application des « standards de la communauté Facebook »<sup>34</sup>. Concernant la « nudité et pornographie », ces standards énoncent :

« Facebook interdit la publication de contenus pornographiques et de matériaux de nature sexuelle lorsqu’un mineur est impliqué. Nous imposons également des limites à l’affichage de certaines parties du corps. Nous respectons le droit de publier des contenus de nature personnelle, qu’il s’agisse de photos d’une sculpture telle que le David de Michel-Ange ou de photos avec un enfant au sein de sa mère ».

Le Musée du Jeu de Paume a réagi en dénonçant la suspension de leur page Facebook, tout en annonçant : « nous ne publierons plus de nus, même si nous pensons que leur valeur artistique est grande ». Le journal électronique Numerama a rendu compte de l’affaire, en illustrant son article par la photo litigieuse, et a vu son compte Google AdSense, qui permet aux annonceurs de diffuser des publicités, suspendu<sup>35</sup>. Google a justifié cette mesure par le constat du non-respect du « Règlement du programme », qui prévoit notamment l’interdiction d’intégrer des annonces AdSense sur des pages au contenu non conforme, ce qui concerne entre autres le « contenu à caractère pornographique ou réservé aux adultes<sup>36</sup> ». Dans sa décision, Google visait spécifiquement la page de l’article relatant la mésaventure du Musée du Jeu de Paume.

Ces différents exemples, comme celui de l’affaire *La Rafle*, montrent les pouvoirs exorbitants que s’arrogent les intermédiaires dominants de l’internet par leurs conditions d’utilisation et le problème qui découle de la distinction qu’ils sont amenés à tracer entre contenu prohibé et contenu admissible, le cas des photos artistiques de nus étant à cet égard emblématique. De prime abord, on pourrait considérer que, s’agissant d’opérateurs privés, il leur revient légitimement d’établir leurs conditions de publication des contenus dans le cadre de leurs services et d’avoir pour politique de fixer des critères plus stricts que ceux établis par la loi. Cependant, on ne saurait nier le fait que certains de ces

<sup>33</sup> Numerama, « Musée du Jeu de Paume : Facebook assume la censure », 6 mars 2013, <http://www.numerama.com>.

<sup>34</sup> <https://www.facebook.com/communitystandards>.

<sup>35</sup> Numerama, « Google censure Numerama et coupe ses vivres, pour une photo », 22 octobre 2013, <http://www.numerama.com>.

<sup>36</sup> Règlement du programme AdSense, « consignes relatives au contenu », <https://support.google.com/adsense/answer/48182?hl=fr>.

services ont acquis un statut à ce point essentiel pour la diffusion des idées et le développement d'activités commerciales sur Internet qu'il est problématique que l'évaluation du caractère admissible des contenus soit laissée à ces opérateurs privés, avec un pouvoir d'appréciation aussi large, voire arbitraire.

En 2012, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une « recommandation sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux », qui souligne l'importance des réseaux sociaux pour l'exercice de la liberté d'expression<sup>37</sup>. Le Comité constate que « les droits de l'homme peuvent être menacés sur les réseaux sociaux », visant notamment les « procédés qui peuvent conduire à l'exclusion d'un utilisateur ». Le Comité en conclut que « les fournisseurs de réseaux sociaux devraient respecter les droits de l'homme et la prééminence du droit ». Toutefois, dans les actions préconisées, le Comité demeure extrêmement flou, se contentant de propositions très générales et peu effectives :

« Le Comité des Ministres recommande aux Etats membres d'élaborer et de promouvoir, en concertation avec les acteurs du secteur privé et la société civile, des stratégies cohérentes visant à protéger et à promouvoir le respect des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux (...), tout particulièrement en s'engageant avec les fournisseurs de réseaux sociaux à mener les actions suivantes :

- offrir un environnement qui permette aux utilisateurs de réseaux sociaux de continuer à exercer leurs droits et libertés ; (...)
- protéger les utilisateurs contre tout préjudice, sans pour autant limiter la liberté d'expression et l'accès à l'information ; (...)
- mettre, le cas échéant, en place des mécanismes d'autorégulation et de corégulation. »

La question de la suppression de contenus est à peine effleurée par la recommandation, qui ne l'examine véritablement que dans les exigences « d'informations pour aider les individus dans leur utilisation des réseaux sociaux », en encourageant les Etats à veiller que les réseaux sociaux « inform[ent] clairement les utilisateurs sur la politique éditoriale du fournisseur de service de réseau social en ce qui concerne ses modalités de traitement de contenus apparemment illicites et ce qu'il considère comme un contenu ou un comportement inapproprié sur le réseau ». Il semble donc que le Comité réduise la problématique à une question d'information claire des utilisateurs, sans établir d'exigences procédurales concernant les modalités de suppression d'un contenu ni d'encadrement des politiques éditoriales.

Dans un rapport de mai 2011, le Rapporteur Frank LaRue s'est montré beaucoup plus exigeant quant aux garanties nécessaires pour assurer que les pratiques des intermédiaires n'aient pas pour effet de porter atteinte à la liberté d'expression des utilisateurs :

*« To avoid infringing the right to freedom of expression and the right to privacy of Internet users, the Special Rapporteur recommends intermediaries to: only implement restrictions to these rights after judicial intervention; be transparent to the user*

---

<sup>37</sup> Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, adoptée le 4 avril 2012, <http://www.coe.int/cm>.

*involved about measures taken, and where applicable to the wider public; provide, if possible, forewarning to users before the implementation of restrictive measures; and minimize the impact of restrictions strictly to the content involved. Finally, there must be effective remedies for affected users, including the possibility of appeal through the procedures provided by the intermediary and by a competent judicial authority<sup>38</sup> ».*

La problématique de la suppression de contenus par les intermédiaires « incontournables » demeure donc entière et révèle de manière plus générale les difficultés propres à la régulation des contenus sur Internet : passage obligé par les intermédiaires, avec possibilité pour les personnes « préjudiciées » de s'adresser directement à eux pour obtenir une suppression immédiate, délicate distinction entre contenus autorisés, contenus illicites et contenus « inappropriés », absence de faute dans le chef des intermédiaires pour blocage d'un contenu licite, sauf erreur manifeste. Ces difficultés se confirment lorsqu'on examine les domaines particuliers dans lesquels la restriction d'accès à des contenus illicites doit s'exercer de manière privilégiée.

## **II. LES RESTRICTIONS D'ACCÈS AU CONTENU DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME**

Ces dernières années ont vu émerger une préoccupation particulière à l'égard de la transmission par Internet de discours incitant au terrorisme<sup>39</sup>. C'est ici l'effet « démultiplicateur » d'Internet qui est en cause, les publications émanant de groupes terroristes étant considérées comme susceptibles de toucher et d'influencer un public massif, en comparaison à d'autres modes plus traditionnels de diffusion. Cette situation a conduit à incriminer la provocation au terrorisme (1), voire à envisager la pénalisation de la consultation de sites incitant au terrorisme (2), ce qui n'est pas sans soulever des questions au regard du respect de la liberté d'expression.

### **1. L'incrimination de la provocation à commettre une infraction terroriste**

Pour faire face à cette situation, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme<sup>40</sup>, adoptée en 2005, a prévu l'obligation d'incriminer la « provocation publique à commettre une infraction terroriste », qui se définit comme suit :

---

<sup>38</sup> Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, 16 mai 2011, A/HRC.17/27, par. 47.

<sup>39</sup> Voy. not. OSCE, « Combating terrorist use of the Internet », <http://www.osce.org/atu/44197>. Voy. aussi GADDES C., « La régulation internationale d'Internet », in BEN ACHOUR R. et LAGHMANI S., *Le droit international face aux nouvelles technologies*, Paris, Pedone, 2002, p. 175 ; E. RENIERIS, « Combating Incitement to Terrorism on the Internet : Comparative Approaches in the United States and United Kingdom and the Need for an International Solution », *Vand. J. Ent. & Tech. L.*, 2008-2009, p. 673 et s. ; HEALY M.A., « How the Legal Regimes of the European Union and the United States Approach Islamic Terrorist Web Sites: A Comparative Analysis », *Tul. L. Rev.*, 2009-2010, p. 165 et s.

<sup>40</sup> Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, adoptée le 16 mai 2005, STCE n° 196, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/196.htm>.

## INTERNET ET LE DROIT INTERNATIONAL

« la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises »<sup>41</sup>.

Un texte quasi-identique a été repris dans la décision-cadre de l'UE du 28 novembre 2008 relative à la lutte contre le terrorisme<sup>42</sup>. Le Rapport explicatif de la Convention indique que la diffusion vise notamment « l'emploi des mass media ou de dispositifs électroniques, en particulier l'Internet, qui permet la diffusion de messages par courrier électronique ou par d'autres moyens, comme l'échange de matériel dans des *chat rooms* ou dans le cadre de groupes d'information ou de forums de discussion<sup>43</sup> ». Le délit de « provocation indirecte à la commission d'infractions terroristes » soulève des interrogations quant à ses contours précis et quant au risque d'interférence exagérée dans l'exercice de la liberté d'expression. Selon le Rapport explicatif, « l'incrimination de la provocation indirecte vise à combler les lacunes existantes en droit international ou dans l'action internationale, en ajoutant des dispositions dans ce domaine<sup>44</sup> ». Il précise que « les Parties disposent d'une certaine latitude en ce qui concerne la définition de l'infraction et sa mise en œuvre<sup>45</sup> ». Ainsi, « la présentation d'une infraction terroriste comme nécessaire et justifiée pourrait être constitutive d'une infraction d'incitation indirecte<sup>46</sup> ».

Saisi du projet de Convention, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe avait exprimé des craintes sur les risques présentés par la disposition relative à la provocation indirecte au terrorisme pour la liberté d'expression : « si cet article était incorporé sous sa forme actuelle dans l'ordre juridique interne des Etats Parties il sera particulièrement malaisé de prévoir dans quelles circonstances le message sera considéré comme une provocation publique à la commission d'un acte de terrorisme et dans quelles autres il constituera un exercice légitime d'un droit à exprimer librement une idée ou une critique<sup>47</sup> ». Il a été partiellement répondu à cette objection en insérant explicitement dans le texte de l'article 5 le critère de « l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste », mais le texte n'en demeure pas moins assez ambigu voire confus, mêlant le caractère indirect de la provocation,

<sup>41</sup> Voy. aussi la résolution 1624 (2005) du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui « appelle tous les Etats à adopter toutes mesures nécessaires et appropriées et conformes aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, pour : a) Interdire par la loi l'incitation à commettre des actes de terrorisme (...) ».

<sup>42</sup> Décision-Cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, article 3, *J.O.*, L 330/21, 9 décembre 2008. Voy. HEALY M.A., *op. cit.*, p. 175-179.

<sup>43</sup> Rapport explicatif pour la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, par. 104, <http://www.conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/196.htm>.

<sup>44</sup> *Ibidem*, par. 97.

<sup>45</sup> *Ibidem*, par. 98.

<sup>46</sup> *Ibidem*, par. 98.

<sup>47</sup> Avis du Commissaire aux droits de l'homme, Alvaro GIL-ROBLES, sur le projet de convention pour la prévention du terrorisme, CommDH(2005)1, 2 février 2005, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=979807&Site=COE>, par. 28.

l'existence objective d'un « danger » qu'une infraction terroriste puisse être commise et la preuve d'une intention spécifique d'incitation. Le Rapport explicatif affirme la nécessité de préserver la liberté d'expression, mais sans donner de critères plus précis<sup>48</sup>. Il renvoie en particulier à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme rendue dans l'affaire *Hogefeld c. Allemagne*<sup>49</sup>, par laquelle la Cour aurait « considéré comme conformes à la CEDH certaines restrictions de messages pouvant inciter indirectement à des infractions terroristes violentes<sup>50</sup> ». Cette décision s'avère en réalité assez peu pertinente pour éclairer une définition générale du délit de provocation indirecte au terrorisme. Tout d'abord, l'affaire ne concernait pas une condamnation pour des propos ayant pu inciter à perpétrer des faits de terrorisme mais le refus, par les autorités pénitentiaires, d'autoriser Mme Hogefeld, membre de la Fraction armée rouge (RAF), à être interviewée en prison, au regard du risque que ses propos ne puissent exprimer le soutien ou la promotion d'une organisation terroriste, compte tenu des déclarations faites lors de son procès. Ensuite, seules des circonstances très particulières, liées au profil et à l'histoire de Mme Hogefeld, ont permis de justifier la limitation de sa liberté d'expression :

*« The Court notes that, as claimed by her, the applicant's declarations showed a critical attitude towards the strategy of the RAF in the eighties and also disapproved certain attacks perpetrated by the RAF, notably the murder of the US soldier Pimental. However, her statements remained ambiguous. She continued to identify herself with the aims and the ideology of the RAF in general and apparently considered herself as a representative of the organisation, consistently using the first person of the plural when talking about the organisation. Although she admitted "mistakes" in the strategy of the RAF, she continued to claim "that our beginnings and our fight for a different world were at any time well-founded and justified, and that fight has to be conducted as a confrontation". Moreover, she held that "the reversal of the social developments is still a matter for which one must fight".*

*The Court notes that those statements alone do not necessarily have to be understood as a promotion of terrorist activities. They must, however, be seen in the light of the applicant's personal history, who was most probably one of the main representatives of an organisation, the RAF, which had waged a murderous fight against the public order of the Federal Republic of Germany for more than twenty years. In these circumstances, the words of the applicant could possibly be understood by supporters as an appeal to continue the activities of the RAF. In this regard, it should also be noted that the applicant considers her critical analysis of the RAF's history as a prerequisite for "the determination of future fights". Even considering that, in April 1992, the RAF had declared in writing that they would abandon their strategy of murderous attacks against representatives of the State and the economy, it was by no means certain that it would abide by its declaration, witness the bombing at Weiterstadt prison in 1993. The Court accordingly considers that the restrictions imposed on the applicant's freedom of expression could reasonably be regarded as answering a "pressing social need" and that the reasons adduced by the national courts are "relevant and sufficient". »*

---

<sup>48</sup> Rapport explicatif, précité, par. 89.

<sup>49</sup> CEDH, *Hogefeld c. Allemagne*, 20 janvier 2000 (décision).

<sup>50</sup> Rapport explicatif, précité, par. 91.

En 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a connu d'une affaire (*Leroy c. France*<sup>51</sup>) qu'elle a directement mise en lien avec la mise en œuvre de la Convention pour la prévention du terrorisme. Un dessinateur a été condamné par les tribunaux français pour « apologie du terrorisme », en raison d'une caricature concernant les attentats du 11 septembre, publiée dans un journal basque. La condamnation était fondée sur l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, qui incrimine la provocation directe et l'apologie des actes de terrorisme. La Cour européenne s'est néanmoins également référée à la Convention pour la prévention du terrorisme (non en vigueur au moment des faits), en particulier son article 5 et le Rapport explicatif y afférant<sup>52</sup>. La Cour a rejeté la requête fondée sur une violation de la liberté d'expression, au terme d'un raisonnement assez discutable, qui ne permet pas vraiment d'éclairer la portée qu'il conviendrait à donner au délit de « provocation indirecte au terrorisme » :

« La Cour note que le dessin montrant la destruction des tours accompagné de la légende " nous en avons tous rêvé, le Hamas l'a fait", pastichant un slogan publicitaire d'une grande marque, a été considéré par les juridictions nationales comme constitutif de complicité d'apologie du terrorisme. Selon les autorités, même non suivie d'effet, la publication litigieuse revendique l'efficacité de l'acte terroriste en idéalisant les attentats perpétrés le 11 septembre. Ainsi, la cour d'appel a jugé " qu'en faisant une allusion directe aux attaques massives dont Manhattan a été le théâtre, en attribuant ces événements à une organisation terroriste notoire, et en idéalisant ce funeste projet par l'utilisation du verbe rêver, donnant une valorisation non équivoque à un acte de mort, le dessinateur justifie le recours au terrorisme, adhérant par l'emploi de la première personne du pluriel ("nous" à ce moyen) de destruction, présenté comme l'aboutissement d'un rêve et en encourageant indirectement en définitive le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel". Le requérant reproche à la cour d'appel d'avoir nié sa véritable intention, qui relevait de l'expression politique et militante, celle d'afficher son antiaméricanisme à travers une image satirique et d'illustrer le déclin de l'impérialisme américain. Selon lui, les éléments constitutifs de l'apologie du terrorisme n'étaient pas réunis en l'espèce pour justifier une restriction à la liberté d'expression.

La Cour ne partage pas l'analyse du requérant. Elle estime au contraire que le critère mis en œuvre par la cour d'appel de Pau pour juger du caractère apologétique du message délivré par le requérant est compatible avec l'article 10 de la Convention. Certes, l'image des quatre immeubles de grande hauteur qui s'effondrent dans un nuage de poussière peut en soi démontrer l'intention de l'auteur. Mais vue ensemble avec le texte qui l'accompagne, l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais soutient et glorifie sa destruction par la violence. A cet égard, la Cour se base sur la légende accompagnant le dessin et constate que le requérant exprime son appui et sa solidarité morale avec les auteurs présumés par lui de l'attentat du 11 septembre 2001. De par les termes

<sup>51</sup> CEDH, *Leroy c. France*, arrêt du 2 octobre 2008.

<sup>52</sup> *Ibidem*, par. 19-20.

employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes. *La Cour approuve l'avis de la cour d'appel selon laquelle "les intentions du requérant étaient étrangères à la poursuite"*; celles-ci n'ont d'ailleurs été exprimées que postérieurement et n'étaient pas de nature, au vu du contexte, à effacer l'appréciation positive des effets d'un acte criminel. Elle relève à cet égard que la provocation n'a pas à être nécessairement suivie d'effet pour constituer une infraction (voir, paragraphe 14 ci-dessus ; voir également le paragraphe 19, et particulièrement l'article 8 de la Convention pour la prévention du terrorisme)<sup>53</sup> ».

Le raisonnement de la chambre de la Cour laisse dubitatif dans la mesure où il entre en opposition directe avec le texte de la Convention pour la prévention du terrorisme, sur lequel il s'appuie pourtant par ailleurs (voir la référence faite à l'article 8 de la Convention). Dans le passage souligné, la Chambre approuve l'opinion du juge français selon laquelle l'intention de l'auteur du dessin est étrangère à l'établissement de l'infraction. Or, comme nous l'avons vu, l'exigence de l'intention a été expressément insérée dans le prescrit de l'article 5, condition qui est soulignée par le Rapport explicatif dans un passage repris dans l'arrêt, au paragraphe 20 : « Toutefois, cet article ne s'applique que si deux conditions sont réunies. En premier lieu, il doit y avoir une intention expresse d'inciter à la commission d'une infraction terroriste<sup>54</sup> ». Cette condition d'intention avait été ajoutée spécialement à la suggestion du Commissaire aux droits de l'homme, afin de rendre la disposition plus précise et réduire le risque d'application incompatible avec la liberté d'expression<sup>55</sup>. On ne peut donc qu'être surpris que la Chambre de la Cour ait choisi d'écarter toute exigence d'intention d'inciter à commettre un fait de terrorisme. En l'espèce, l'auteur de la caricature s'était expliqué sur le sens à donner à son dessin, et si son propos était quelque peu confus, il pouvait difficilement en être déduit une « intention expresse » d'encourager à commettre des actes terroristes :

« Un mauvais dessin nécessite une explication pour sa compréhension et il est évident que j'en dois quelques-unes à propos de celui paru dans *Ekaizta* la semaine passée. Quand j'ai fait ce dessin, dans l'heure qui suivit les attentats contre le World Trade Center et le Pentagone, j'ai voulu illustrer la chute de symboles et je n'ai pas pris en compte la douleur humaine, ni envisagé les répercussions à venir. De plus, le texte a gêné certains lecteurs du journal qui se sont sentis englobés dans le « nous », quand je voulais parodier une publicité : “vous en avez rêvé, Sony l'a fait”<sup>56</sup> ».

Enfin, la Chambre ne prend pas en considération la seconde condition à l'application de l'article 5, à savoir le « risque de commission d'une infraction terroriste », rappelée également par le Rapport explicatif<sup>57</sup>. En l'espèce, si le message véhiculé par la caricature avait de quoi choquer, rien ne permettait de penser qu'il engendrait un risque particulier que des actes terroristes soient perpétrés. Tout au plus, le dessin avait suscité un abondant courrier de lecteurs,

<sup>53</sup> *Ibidem*, par. 42 et 43 (nous soulignons).

<sup>54</sup> Rapport explicatif, précité, par. 99, cité au par. 20 de l'arrêt de la Chambre.

<sup>55</sup> Avis du Commissaire aux droits de l'homme, précité, par. 30.

<sup>56</sup> CEDH, *Leroy c. France*, par. 10.

<sup>57</sup> Rapport explicatif, précité, par. 100.

et on perçoit difficilement ce que vise concrètement la Cour lorsqu'elle relève que ces « réactions » pouvaient « attiser la violence », « démontrant son impact plausible sur l'ordre public dans la région » (le pays basque)<sup>58</sup>. Ces éléments très diffus ne paraissent pas correspondre au « risque de commission d'une infraction terroriste » exigé par l'article 5 de la Convention.

La décision de la Chambre ne fait ainsi qu'encore obscurcir la portée à donner à l'article 5 de la Convention pour la prévention du terrorisme et la manière dont la conciliation avec la liberté d'expression doit s'opérer. Il faut d'ailleurs relever que lors du processus d'approbation de la Convention, le législateur français a considéré que son droit interne était « déjà conforme aux exigences de la Convention » et qu'aucune modification de l'article 24 alinéa 6 de la loi de 1881 sur la presse n'était dès lors nécessaire<sup>59</sup>. Or, comme on a pu le constater, il existe des différences significatives découlant des conditions plus strictes établies par l'article 5 de la Convention (critères d'intention et de risque de commission d'une infraction terroriste), dont l'importance pour l'équilibre avec la liberté d'expression a été soulignée par le Rapport explicatif.

Ce recours à des notions floues pour viser l'incrimination de discours relatifs au terrorisme a été sévèrement critiqué par les Rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de plusieurs organisations internationales, dans une déclaration conjointe publiée en 2008 :

*« The criminalisation of speech relating to terrorism should be restricted to instances of intentional incitement to terrorism, understood as a direct call to engage in terrorism which is directly responsible for increasing the likelihood of a terrorist act occurring, or to actual participation in terrorist acts (for example by directing them). Vague notions such as providing communications support to terrorism or extremism, the 'glorification' or 'promotion' of terrorism or extremism, and the mere repetition of statements by terrorists, which does not itself constitute incitement, should not be criminalised<sup>60</sup> ».*

Au terme de notre analyse, force est de conclure que le délit de provocation indirecte à commettre une infraction terroriste demeure malaisé à définir, et ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ni l'œuvre du législateur français n'ont aidé à en clarifier les critères d'application dans ses rapports avec la liberté d'expression. Cette tendance à faire prévaloir les objectifs de prévention du terrorisme, conçus très largement, sur la liberté d'expression se vérifie encore davantage avec les velléités qui se sont fait jour au sein de certains Etats européens de contrôler l'accès aux contenus « extrémistes ».

<sup>58</sup> CEDH, *Leroy c. France*, par. 45.

<sup>59</sup> Sénat, Rapport n° 125 (2007-2008) de M. André ROUVIERE, fait au nom de la commission des affaires étrangères, déposé le 12 décembre 2007 (annexe I, étude d'impact) ; Assemblée nationale, Rapport de M. Jean-Marc ROUBAUD fait au nom de la commission des Affaires étrangères sur le projet de loi, adopté par le Sénat, autorisant la ratification d'une convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, n° 580, 15 janvier 2008.

<sup>60</sup> Joint declaration on defamation of religions and anti-terrorism and anti-extremism legislation, The UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR (African Commission on Human and Peoples' Rights) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 9 December 2008.

## 2. Les limitations à l'accès et à la consultation des sites incitant au terrorisme ou à la violence

Sous la pression de l'émoi suscité par différents faits de violence ayant marqué l'opinion, des Etats comme la France, ou la Belgique ont conçu des projets visant à étendre les infractions existantes de manière à viser l'accès au contenu de sites prônant la violence ou le terrorisme, présumés avoir influencé les auteurs de ces faits de violence.

En France, suite à l'affaire Mohamed Merah<sup>61</sup>, le gouvernement a déposé un projet de loi « renforçant la prévention et la répression du terrorisme<sup>62</sup> » qui prévoyait d'établir le délit suivant :

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende le fait de consulter de façon habituelle un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, soit provoquant directement à des actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ces messages comportent des images montrant la commission d'actes de terrorisme consistant en des atteintes volontaires à la vie.

Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

Dans un sens analogue, dans le prolongement de l'affaire *Sharia4Belgium*<sup>63</sup>, des propositions de loi ont été déposées au Parlement belge en vue d'incriminer la consultation « de manière habituelle, et sans aucun motif légitime » de sites internet qui incitent soit à la discrimination, à la haine ou à la violence, soit à des faits de terrorisme ou à des manifestations armées dans la rue<sup>64</sup>. Sont considérés comme des motifs légitimes de consultation de tels sites l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, la poursuite de recherches scientifiques ou l'établissement d'une preuve destinée à servir dans le cadre d'une procédure judiciaire ou pénale. Pouvoir est également donné au juge de « décider la fermeture ou le blocage de l'accès des sites Internet » visés.

---

<sup>61</sup> Mohamed Merah a commis plusieurs assassinats au mois de mars 2012 dans les villes de Toulouse et de Montauban, visant des militaires et des enfants fréquentant une école juive. Il a été tué à l'issue de l'assaut de son appartement par le RAID.

<sup>62</sup> Assemblée nationale, Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme, n° 4497, 11 avril 2012.

<sup>63</sup> Sharia4Belgium était une organisation salafiste radicale installée en Belgique, dont plusieurs membres ont été condamnés pour incitation à la violence à l'égard de non-musulmans. Elle a été dissoute en 2012. *Voy.* Centre pour l'égalité des chances, « Affaire Sharia4Belgium: condamnation pour incitation à la haine à la discrimination et à la violence », 2 octobre 2012, <http://www.diversite.be/affaire-sharia4belgium-condamnation-pour-incitation-%C3%A0-la-haine-%C3%A0-la-discrimination-et-%C3%A0-la-violence>. Des références très directes à l'action de cette organisation ont été faites dans l'exposé des motifs des propositions de loi analysée ci-dessous.

<sup>64</sup> Chambre des Représentants, Proposition de loi modifiant la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées en vue d'interdire les groupements non démocratiques, Amendements n° 11 et n° 12 déposés par MM. DUCARME et BACQUELAINE, Doc 53, 0809/005, 3 juillet 2012 ; Proposition de loi visant à punir plus sévèrement les personnes appelant à la haine ou à la violence dans l'intention de porter atteinte aux droits et libertés garantis par l'Etat, déposée par M. BACQUELAINE et consorts, Doc 53, 2832/001, 24 mai 2013, <http://www.lachambre.be>.

Ce type de projets a suscité des critiques assez vives émanant d'instances d'avis, consultées sur la portée juridique des textes déposés<sup>65</sup>. La critique la plus pertinente et la plus péremptoire a été formulée par le Conseil d'Etat de Belgique, dans un avis rendu en février 2013 :

« En l'espèce, il ne s'agit pas d'incriminer la diffusion en tant que telle d'idées discriminatoires ou terroristes, mais bien le simple fait de prendre connaissance d'idées terroristes ou discriminatoires diffusées sur Internet. Le Conseil d'Etat a déjà indiqué qu'il doit exister un dol spécial dans le chef de celui qui diffuse les idées afin d'en justifier l'incrimination. Un tel dol spécial peut difficilement être considéré comme étant toujours présent chez ceux qui consultent ces sites Internet pour prendre connaissance des idées diffusées par autrui. Bien que le législateur puisse être d'avis qu'afin de contrer la diffusion d'idées discriminatoires et terroristes, la consultation de sites Internet doit également être limitée, il doit tenir compte du droit de tout citoyen de s'informer, même au sujet d'évolutions inquiétantes dans notre société. (...)

D'abord, on n'aperçoit pas ce qu'il y a lieu de comprendre par une consultation "de manière habituelle". Cette imprécision a pour conséquence que l'incrimination ne satisfait pas au principe constitutionnel et conventionnel de légalité.

Ensuite, la notion de "motif légitime" est potentiellement très large et ne se concilie pas non plus, en tant que telle, avec le principe de légalité. Les auteurs de l'amendement en donnent d'ailleurs une interprétation restrictive en n'estimant acceptables que les trois motifs explicitement mentionnés. Ce faisant, ils excluent cependant l'existence possible d'autres motifs admissibles pour consulter de tels sites. Ainsi, il est par exemple envisageable que des citoyens actifs sur le plan politique ou social désirent prendre connaissance des sites Internet qui incitent à la discrimination, et ce afin de pouvoir les combattre et de réfuter leurs arguments.

En considérant "l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public" comme un motif légitime pour consulter les sites Internet litigieux, les auteurs de l'amendement indiquent eux-mêmes qu'il est important que la société puisse également être informée de tels phénomènes préoccupants, mais ils excluent que les citoyens puissent s'informer eux-mêmes. Ils perdent ainsi de vue que la liberté de la presse n'est pas seulement réservée à ceux qui en font un usage professionnel, mais aussi aux simples citoyens. (...)

Pour toutes ces raisons, les amendements proposés ne peuvent pas être adoptés<sup>66</sup> ».

Jusqu'à présent, ces propositions de législation n'ont pas abouti. En France, le projet a été abandonné avec le changement de présidence et en Belgique les propositions de loi sont toujours en cours d'examen parlementaire. Mais comme le montre l'existence même de ce genre d'initiative, il existe une tendance à augmenter les possibilités de limitation à l'exercice de la liberté d'expression au nom de la lutte contre le terrorisme<sup>67</sup>, dans le cadre d'appareils législatifs laissant une large marge d'appréciation dans le chef des autorités de poursuites et des

<sup>65</sup> Conseil national du numérique (France), « Avis n° 11 relatif au projet de délit de consultation habituelle de sites terroristes », 4 avril 2012, <http://www.cnnumerique.fr>.

<sup>66</sup> Voy. not. Avis du Conseil d'Etat n° 52.522 du 19 février 2013, Proposition de loi modifiant la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées en vue d'interdire les groupements non démocratiques, Doc 53, 0809/008, p. 37-38.

<sup>67</sup> De manière plus générale, voy. DESCHUTTER O., « La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme », in BRIBOSIA E. et WEYEMBERGH A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 85 et s.

juges, voire d'organismes extra judiciaires. Cette volonté de limitation plus large, qui s'inscrit généralement dans le cadre du contrôle d'Internet, entend se fonder sur l'effet « démultiplicateur » du réseau pour justifier un contrôle accru.

### III. LES LIMITATIONS D'ACCÈS AU CONTENU D'INTERNET FONDÉES SUR LE RESPECT DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Un second motif de restriction d'accès au contenu concerne le respect des droits de propriété intellectuelle sur Internet. Ces dernières années, le domaine de la propriété intellectuelle a donné lieu à d'importants débats concernant la compatibilité de certaines mesures de mise en œuvre avec le droit à la liberté d'expression et d'information. Ces débats se sont notamment cristallisés lors de l'adoption de la loi dite « HADOPI » en France ou de la discussion du projet d'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA), qui devait lier l'Union européenne à divers autres Etats<sup>68</sup>. Pour l'analyse détaillée de ces questions, nous renvoyons le lecteur à d'autres publications<sup>69</sup>. Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à examiner les jurisprudences de la Cour de Justice de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'homme ayant examiné la compatibilité avec la liberté d'expression des mesures de restriction prises dans le cadre d'Internet. Il découle de ces jurisprudences que seules les mesures ciblées visant un contenu contrefaisant précis sont compatibles avec la liberté d'expression (2), les mesures préventives filtrant de nombreux flux sur les réseaux ne pouvant normalement pas constituer des limitations suffisamment proportionnées (1).

#### 1. L'interdiction des mesures générales de filtrage des échanges de fichiers sur Internet

Face au phénomène du téléchargement d'œuvres sur Internet, les titulaires de droit d'auteur ont eu notamment pour stratégie de se tourner vers les intermédiaires de l'internet afin qu'ils prennent les mesures techniques destinées à empêcher l'utilisation contrefaisante de leurs réseaux, principalement

---

<sup>68</sup> Projet d'Accord commercial anti contrefaçon entre l'Union européenne et ses Etats membres, l'Australie, le Canada, la République de Corée, les Etats Unis d'Amérique, le Japon, le Royaume du Maroc, les Etats-Unis mexicains, la Nouvelle Zélande, la République de Singapour et la Confédération suisse, Conseil de l'Union européenne, 23 août 2011, 12196/11, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/11/st12/st12196.fr11.pdf>.

<sup>69</sup> Voy. not. STROWEL A., « Les réponses au téléchargement illicite en France et au Royaume-Uni, proportionnées ou attentatoires aux libertés ? », in DOUTRELEPONT C., DUBUISSON F. et STROWEL A., *op. cit.*, p. 363 et s. ; DERIEUX E. et GRANCHET A., *Lutte contre le téléchargement illégal. Lois DADVISI et HADOPI*, Rueil-Malmaison, Lamy, 2010, p. 196 ; BENABOU V.-L., « La riposte graduée contre la contrefaçon de masse : de l'alibi pédagogique à la tentation sécuritaire », *A. & M.*, 2010, p. 438 et s. ; KORFF D. and BROWN I., « Opinion on the Compatibility of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) with the European Convention on Human Rights & the EU Charter of Fundamental Rights, prepared at the request of the Greens/European Free Alliance group in the European Parliament », 8 October 2011, [http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/Studies/ACTAfundamental\\_rights\\_assessment.pdf](http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/Studies/ACTAfundamental_rights_assessment.pdf) ; F. DUBUISSON, « Chronique... », *op. cit.*, p. 472-475.

concernant les échanges *peer to peer*<sup>70</sup>. Cette problématique a été soumise par question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne, dans l'affaire *SABAM c. Netlog*. La société de droits d'auteur belge SABAM avait saisi le juge belge pour qu'il enjoigne à Netlog, exploitant une plateforme en ligne de réseau social, de cesser immédiatement toute mise à disposition des œuvres musicales ou audiovisuelles du répertoire de SABAM sur son réseau. Une telle action revenait « à lui enjoindre de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, à ses frais et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de la plus grande partie des informations stockées sur ses serveurs, en vue d'y repérer des fichiers électroniques contenant des œuvres<sup>71</sup> ». La Cour a constaté que « l'injonction faite au prestataire de services d'hébergement de mettre en place le système de filtrage litigieux l'obligerait à procéder à une surveillance active de la quasi-totalité des données concernant l'ensemble des utilisateurs de ses services, afin de prévenir toute atteinte future à des droits de propriété intellectuelle<sup>72</sup> ». La Cour en conclut dès lors que « ladite injonction imposerait au prestataire de services d'hébergement une surveillance générale qui est interdite par l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31<sup>73</sup> ». La Cour ajoute qu'il convient également « de tenir compte des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables », dont la liberté d'expression. Elle tire à cet égard les conclusions suivantes :

« [L]adite injonction risquerait de porter atteinte à la liberté d'information, puisque ce système risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite. En effet, il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépende également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un Etat membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains Etats membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés<sup>74</sup> ».

Par cette décision, la Cour confirmait en tout point une décision rendue en 2011 dans un cas analogue, concernant *Scarlet*, un fournisseur d'accès à Internet<sup>75</sup>. Il découle de ces deux décisions que l'établissement d'un régime général de filtrage des contenus illicites est incompatible avec le droit à la liberté d'expression et d'information<sup>76</sup>.

En l'espèce, les caractéristiques d'Internet – un ensemble dense de flux d'informations de natures diverses – ont pour conséquence d'empêcher la mise en place de systèmes généraux de surveillance, dans la mesure où leur portée non

<sup>70</sup> Voy. DUBUISSON F., « Les implications juridiques et économiques du téléchargement d'œuvres sur Internet : les clés du débat », in DOUTRELEPONT C., DUBUISSON F. et STROWEL A., *op. cit.*, p. 29-30.

<sup>71</sup> C.J.U.E., 16 février 2012, *Netlog*, C-360/10, par. 23.

<sup>72</sup> *Ibidem*, par. 38.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*, par. 50.

<sup>75</sup> CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet*, C-70/10.

<sup>76</sup> Voy. VAN ENIS Q., « Les mesures de filtrage et de blocage de contenus sur l'internet : un mal (vraiment) nécessaire dans une société démocratique ? Quelques réflexions autour de la liberté d'expression », *RTDH*, 2013, p. 872 et s.

ciblée impliquerait une interférence nécessairement disproportionnée à la liberté d'information et de communication des internautes.

## 2. Les mesures visant un contenu particulier reconnu comme contrevenant aux droits de propriété intellectuelle

Si des mesures de surveillance générale ne peuvent être imposées, il n'en demeure pas moins que les Etats ont une obligation de prendre les mesures adéquates pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, établie par divers textes internationaux<sup>77</sup> et européens<sup>78</sup>. La nature et les modalités de ces mesures de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle peuvent soulever des questions de compatibilité avec la liberté d'expression, en particulier dans l'environnement numérique. En 2013, la Cour européenne des droits de l'homme a traité ses deux premières affaires soulevant la question de la confrontation entre mesures visant au respect de droits de propriété intellectuelle et liberté d'expression<sup>79</sup>.

Dans une première affaire, la requête pour violation de l'article 10 de la CEDH était déposée par trois photographes qui avaient été condamnés pour violation des droits d'auteur, suite à la publication sur leur site internet de photos de mode prises lors d'un défilé, sans l'autorisation des maisons de couture et en contravention aux conditions générales d'utilisation établies par la Fédération française de couture. Les requérants soutenaient que « des photographies de défilés de mode constituent une "information", et que leur diffusion sur un site Internet relève de l'exercice de la liberté d'expression même si l'objectif poursuivi est commercial ». Ils en déduisaient que « que le public a le droit d'être informé sur l'actualité de la mode et qu'interdire à des médias sous prétexte de contrefaçon de diffuser des photographies de défilés porte une atteinte disproportionnée à ce droit ». La Cour commence par rappeler que la liberté d'expression s'applique bien à la diffusion de photographies par Internet et que la condamnation constitue dès lors une ingérence dans l'exercice de ce droit<sup>80</sup>. Etant acquis que la condamnation vise la préservation d'un « objectif légitime », le respect des droits d'auteur, la Cour examine sa conformité avec l'exigence de « nécessité » posée par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention. Elle souligne tout d'abord que la publication des photographies s'inscrit dans une démarche commerciale et ne relève pas d'un débat d'intérêt général :

« En l'espèce, les photographies litigieuses ont été publiées sur un site Internet appartenant à une société gérée par les deux premiers requérants, dans le but

<sup>77</sup> Accord sur les ADPIC de 1994 : Partie III, Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle.

<sup>78</sup> Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, *JOCE*, L 157 du 30 avril 2004, p. 45.

<sup>79</sup> La problématique n'avait jusque-là été traitée que par la défunte Commission européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Société nationale des programmes France 2 c. France*, 15 janvier 1997, n° 30262/96.

<sup>80</sup> CEDH, *Ashby Donald et autres c. France*, 10 janvier 2013, par. 34 (références jurisprudentielles omises).

notamment de les vendre ou d'y donner accès contre rémunération. La démarche des requérants était donc avant tout commerciale. De plus, si l'on ne peut nier l'attrait du public pour la mode en général et les défilés de haute couture en particulier, on ne saurait dire que les requérants ont pris part à un débat d'intérêt général alors qu'ils se sont bornés à rendre des photographies de défilés de mode accessibles au public ».

Il s'ensuit que « les autorités internes disposaient en l'espèce d'une marge d'appréciation particulièrement importante<sup>81</sup> ». La Cour constate que « la cour d'appel de Paris a jugé que les requérants avaient, en connaissance de cause, diffusé les photographies litigieuses sans l'autorisation des titulaires des droits d'auteurs, qu'ils ne pouvaient se dégager de leur responsabilité en se prévalant du fait que le système de l'engagement de presse était inadapté ou mal respecté, et qu'ils s'étaient donc rendus coupables du délit de contrefaçon<sup>82</sup> ». Dès lors « elle ne voit pas de raison de considérer que le juge interne a excédé sa marge d'appréciation en faisant par ces motifs prévaloir le droit au respect des biens des créateurs de mode sur le droit à la liberté d'expression des requérants<sup>83</sup> ».

Dans la seconde instance, les gestionnaires du site The Pirate Bay (TPB) se plaignaient de ce que les tribunaux suédois les avaient condamnés pour complicité de contrefaçon de droits d'auteur, en raison des activités liées à leur site Internet, ce qui portait atteinte selon eux à leur liberté d'expression. Le service de Pirate Bay consistait à rendre disponible aux utilisateurs des liens « torrent » permettant le téléchargement de fichiers, incluant de la musique, des films et des jeux vidéo, par le système « peer to peer ». Pour rejeter la requête, la Cour tient un raisonnement similaire à celui développé dans l'affaire *Ashby*, fondé sur la large marge d'appréciation des autorités nationales :

*« Since the Swedish authorities were under an obligation to protect the plaintiffs' property rights in accordance with the Copyright Act and the Convention, the Court finds that there were weighty reasons for the restriction of the applicants' freedom of expression. Moreover, the Swedish courts advanced relevant and sufficient reasons to consider that the applicants' activities within the commercially run TPB amounted to criminal conduct requiring appropriate punishment. In this respect, the Court reiterates that the applicants were only convicted for materials which were copyright-protected<sup>84</sup> ».*

Si dans ces deux affaires, les mesures de restriction des échanges sur Internet ont été jugées conformes à la liberté d'expression, c'est qu'elles apparaissaient suffisamment ciblées, limitées à un contenu particulier dûment identifié comme portant atteinte aux droits portant sur des œuvres précises. On peut ainsi constater que dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, Internet n'échappe en rien aux mesures de mise en œuvre de ces droits, mais ces mesures doivent conserver un caractère ciblé au regard d'un contenu identifiable et ne pas entraîner une surveillance générale et *a priori* d'échanges sur tout ou partie du réseau.

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, par. 41.

<sup>82</sup> *Ibidem*, par. 42.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> CEDH, *Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi c. Suède*, 19 février 2013 (décision), p. 11.

#### IV. LES LIMITATIONS FONDÉES SUR LA LUTTE CONTRE LA « CYBERHAINE »

L'accessibilité des moyens de communication de masse offerte par Internet a entraîné de nouvelles possibilités pour la diffusion de messages incitant à la haine ou à la violence<sup>85</sup>.

Plusieurs textes de droit international et européen ont été adoptés en vue de répondre à cette situation. Tout d'abord, un Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité a été conclu au sein du Conseil de l'Europe, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (28 janvier 2003). Ensuite, l'Union européenne a approuvé en 2008 une décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. Enfin, des textes plus généraux et plus anciens demeurent pertinents et sont d'application dans le contexte d'Internet, au premier rang desquels la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965 et le Pacte relatif aux droits civils et politiques (article 20 § 2).

La mise en œuvre de ces textes soulève toutefois de nombreuses difficultés concernant l'équilibre entre lutte contre le discours de haine et le respect de la liberté d'expression, en particulier dans le contexte d'Internet. Ces difficultés sont de deux ordres. De manière générale, elles tiennent aux conceptions divergentes qu'ont les Etats de la liberté d'expression et de leurs limites (1). Ensuite, elles découlent de la difficulté de définir de manière précise les discours qui seront interdits en tant qu'actes incitant à la haine. Pour illustrer notre propos, nous examinerons le cas de l'incrimination du négationnisme (2).

##### 1. Les conceptions divergentes de la liberté d'expression

La mise en œuvre de la lutte contre le discours de haine sur Internet se heurte rapidement à l'obstacle des conceptions divergentes entre Etats de la liberté d'expression et des limites légitimes à lui assigner. Il ne saurait être question ici de faire une analyse approfondie de cette problématique complexe. Il suffit de relever que, dans le cadre d'un réseau mondialisé comme Internet, un même contenu pourra se trouver confronté à de nombreuses législations reflétant des visions très diverses des limitations à apporter à la liberté d'expression, des plus libérales aux plus restrictives<sup>86</sup>. Ainsi, les Etats-Unis et certains Etats européens ont refusé de voir intégrer la lutte contre le racisme et la xénophobie dans le champ de la Convention sur la cybercriminalité, au nom de leur conception de la liberté d'expression<sup>87</sup>, ce qui a amené à régir la matière dans un

---

<sup>85</sup> Voy. le Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, A/67/357, 7 septembre 2012, p. 9, par. 30.

<sup>86</sup> Voy. DOCQUIR P.-F., *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 295 p.

<sup>87</sup> Voy. DUBUISSON F. et RORIVE I., *op. cit.*, p. 366-367.

protocole séparé<sup>88</sup>, qui a fait l'objet d'un nombre beaucoup plus réduit de ratifications<sup>89</sup>.

Dans d'autres domaines, les différences d'approche sont également importantes. Elles se sont notamment concrétisées autour de la notion de « diffamation des religions », que les Etats membres de l'Organisation de la coopération islamique (OCI) entendaient voir consacrer en droit international et être le fondement de l'adoption de mesures de restriction par les Etats. Le combat s'est notamment mené au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>90</sup> et du Conseil des droits de l'homme<sup>91</sup>. Ce concept de « diffamation des religions »<sup>92</sup> a été dénoncé comme présentant un danger pour le respect de la liberté d'expression par les Rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression de plusieurs organisations internationales, dans une déclaration conjointe publiée en 2008 :

*« The concept of 'defamation of religions' does not accord with international standards regarding defamation, which refer to the protection of reputation of individuals, while religions, like all beliefs, cannot be said to have a reputation of their own.*

*Restrictions on freedom of expression should be limited in scope to the protection of overriding individual rights and social interests, and should never be used to protect particular institutions, or abstract notions, concepts or beliefs, including religious ones. (...)*

*International organisations, including the United Nations General Assembly and Human Rights Council, should desist from the further adoption of statements supporting the idea of 'defamation of religions' »<sup>93</sup>.*

La notion de « diffamation des religions » semble aujourd'hui avoir été finalement écartée. C'est ainsi que les résolutions adoptées au sein de l'Assemblée générale<sup>94</sup> ou du Conseil des droits de l'homme<sup>95</sup> se centrent désormais sur la lutte contre « toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction ». A la suite de cette évolution, le Rapporteur spécial Frank LaRue s'est félicité du fait que « la notion

<sup>88</sup> Rapport explicatif concernant le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, <http://conventions.coe.int>, par. 4.

<sup>89</sup> La Convention sur la cybercriminalité a, au 1<sup>er</sup> janvier 2014, été ratifiée par 41 Etats, dont 5 ne sont pas membres du Conseil de l'Europe. Le Protocole, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques a, au 1<sup>er</sup> janvier 2014, été ratifié par 20 Etats, dont aucun n'est extérieur au Conseil de l'Europe.

<sup>90</sup> Résolution 60/150 de l'Assemblée générale des Nations Unies, « La lutte contre la diffamation des religions », 16 décembre 2005, adoptée par 101 voix pour, 53 voix contre, et 20 abstentions.

<sup>91</sup> Voy. Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, Résolution 7/19, « La lutte contre la diffamation des religions », 27 mars 2008, adoptée par 21 voix contre 10 et 14 abstentions.

<sup>92</sup> Sur ce concept, voy. G. HAARSCHER, « Diffamation collective : une notion irrémédiablement confuse ? », *Revue de droit de l'ULB*, 2007/1, p. 51 et s.

<sup>93</sup> Joint declaration on defamation of religions and anti-terrorism and anti-extremism legislation, The UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media, the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression and the ACHPR (African Commission on Human and Peoples' Rights) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, 9 December 2008.

<sup>94</sup> Résolution 66/168 du 19 décembre 2011.

<sup>95</sup> Résolution 22/31 du 22 mars 2013.

de “diffamation des religions” ait été abandonnée et qu’on insiste à présent sur la protection des personnes contre l’incitation à la haine religieuse<sup>96</sup> ».

A travers ces exemples, on comprend qu’Internet se situe au carrefour de conceptions très différentes de l’étendue de la liberté d’expression, ce qui rendra souvent délicate la régulation de l’accès à son contenu. Un cas plus spécifique peut être analysé à cet égard, celui de l’incrimination du négationnisme.

## 2. La difficulté de définition précise des contenus incitant à la haine : le cas de l’incrimination du négationnisme

L’interdiction pénale du discours négationniste constitue un exemple frappant de limitation à l’exercice de la liberté d’expression suscitant à la fois des oppositions de principe entre les Etats et soulevant de nombreuses difficultés dans la définition même de ses contours et dans son application concrète.

En premier lieu, force est de constater que l’incrimination du négationnisme est loin de réunir un consensus international en tant que restriction nécessaire à la liberté d’expression. Seul un nombre assez limité d’Etats, principalement européens, ont intégré dans leur législation pénale l’interdiction du négationnisme, visant généralement la contestation de la réalité du génocide des Juifs pendant la seconde guerre mondiale, incrimination étendue parfois à d’autres événements ou catégories de crimes internationaux<sup>97</sup>. La compatibilité de ce type de législation avec la liberté d’expression est mise en doute par plusieurs instances internationales, au premier rang desquels le Comité des droits de l’homme des Nations Unies, dans son observation générale n° 34 :

« Les lois qui criminalisent l’expression d’opinions concernant des faits historiques sont incompatibles avec les obligations que le Pacte impose aux Etats parties en ce qui concerne le respect de la liberté d’opinion et de la liberté d’expression. Le Pacte ne permet pas les interdictions générales de l’expression d’une opinion erronée ou d’une interprétation incorrecte d’événements du passé. Des restrictions ne devraient jamais être imposées à la liberté d’opinion et, en ce qui concerne la liberté d’expression, les restrictions ne devraient pas aller au-delà de ce qui est permis par le paragraphe 3 ou exigé par l’article 20<sup>98</sup> ».

Cette analyse ne signifie pas que l’auteur d’un discours négationniste ne pourra jamais voir sa liberté d’expression restreinte, mais qu’une telle restriction devra se fonder sur les règles générales relatives à l’incitation à la discrimination raciale, ethnique ou religieuse<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Rapport précité, 7 septembre 2012, p. 17, par. 54.

<sup>97</sup> Voy. IMBLEAU M., *La négation du génocide nazi, liberté d’expression ou crime raciste ? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, Paris, L’Harmattan, 2003, p. 42 et s. ; HOCHMANN T., *Le négationnisme face aux limites de la liberté d’expression*, Paris, Pedone, 2013, 753 p.

<sup>98</sup> Comité des droits de l’homme, Observation générale n° 34, 12 septembre 2011, CCPR/C.GC.34, par. 49. Dans le même sens, Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d’opinion et d’expression, A/67/357, 7 septembre 2012, p. 17, par. 55.

<sup>99</sup> Voy. Comité des droits de l’homme, 16 décembre 1996, *Robert Faurisson c. France*, Communication n° 550/1993, CCPR/C.58/D/550/1993.

En Europe, le négationnisme est désormais visé par deux textes de droit international : le Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité, adopté en 2003, et la décision-cadre de l'UE sur la lutte contre le racisme et la xénophobie, adoptée en 2008. Ces textes ont la particularité de prévoir une extension de l'incrimination du négationnisme visant à inclure d'autres événements/crimes que la Shoah. Les modalités d'une telle extension suscite de nombreuses questions concernant le respect de la liberté d'expression, et ce d'autant plus que les deux textes européens diffèrent, voire s'opposent, à différents égards sur les critères d'incrimination<sup>100</sup>. Le Protocole prévoit la possibilité (mais non l'obligation<sup>101</sup>) pour les Etats parties d'incriminer la négation ou la minimisation grossière des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité « reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 août 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie<sup>102</sup> ». La Décision-cadre de l'UE prévoit que les Etats doivent punir « l'apologie publique, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre », en ayant la faculté de restreindre cette incrimination aux crimes « établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet Etat membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement<sup>103</sup> ». Les deux textes diffèrent ainsi quant aux crimes couverts (la Décision-cadre ajoute les crimes de guerre aux génocides et crimes contre l'humanité) et à l'instance habilitée à établir de manière « incontestable » leur réalité (nécessairement un tribunal international dans le cadre du Protocole, une simple possibilité de restreindre l'incrimination aux crimes établis par une décision judiciaire interne ou internationale dans le cadre de la décision-cadre, aucun critère spécifique d'établissement n'étant prévu au cas où cette possibilité n'était pas retenue par l'Etat concerné). Les deux textes divergent encore concernant les critères d'intention. Le Protocole n'exige la preuve d'aucune intention particulière dans le chef de l'auteur du discours négationniste et se limite à donner la *possibilité* aux Etats de « prévoir que la négation ou la minimisation grossière (...) soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion<sup>104</sup> ». Cela implique que les Etats peuvent

<sup>100</sup> Voy. DUBUISSON F., « L'incrimination générique du négationnisme est-elle conciliable avec le droit à la liberté d'expression ? », *Revue de Droit de l'ULB*, vol. 35, 2007, p. 165-175 et 185-191 ; PECH L., « The Law of Holocaust Denial in Europe: Towards a (qualified) EU-wide Criminal Prohibition », in HENNEBEL L. and HOCHMANN T. (ed.), *Genocide Denials and the Law*, Oxford University Press, 2011, p. 226 et s.

<sup>101</sup> Article 6 § 2 b du Protocole.

<sup>102</sup> Article 6 § 1<sup>er</sup> du Protocole.

<sup>103</sup> Article 1 § 1<sup>er</sup> et § 4 de la décision-cadre.

<sup>104</sup> Article 6 § 2 a) du protocole. A ce jour (1<sup>er</sup> décembre 2013) cinq Etats ayant ratifié le Protocole se sont prononcés de cette manière lors de la ratification du traité (Liste des déclarations formulées au titre du traité n° 189, <http://conventions.coe.int>). La France n'a pas fait de déclaration en ce sens.

incriminer la négation d'actes qualifiés de génocide ou de crimes contre l'humanité même si elle n'est caractérisée par aucune volonté d'incitation à la haine raciale ou à la violence. La décision-cadre n'incrimine le fait matériel énoncé que « lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ». Il s'agit là moins de l'exigence d'une intention subjective dans le chef de l'auteur de l'acte que celle d'une évaluation des effets objectifs du comportement, quelle que soit en définitive l'intention ayant pu animer son auteur. En outre, le texte ne requiert que l'existence d'un *risque* d'incitation à la violence ou à la haine, et non une incitation avérée. Par ailleurs, l'article 1<sup>er</sup> § 2 permet aux Etats membres de « choisir de ne punir que le comportement qui est soit exercé d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit menaçant, injurieux ou insultant ». *A contrario*, il en découle qu'à défaut d'un tel choix, il faut considérer que le comportement est incriminé même sans risque de trouble à l'ordre public et en l'absence de tout caractère menaçant, injurieux ou insultant.

Comme on peut le constater, il existe de nombreuses divergences entre les deux textes, concernant les crimes visés, leurs modalités d'établissement et la prise en considération de l'intention de l'auteur du discours et des effets de celui-ci. Ces différences sont d'autant plus exacerbées que plusieurs options sont à chaque fois laissées à la discrétion des Etats. Le produit de la superposition de ces deux textes, qui lieront dans une large mesure les mêmes Parties, est de générer un régime particulièrement confus, imprécis et incertain pour viser un domaine particulièrement sensible de la liberté d'expression. En ce domaine, des normes aux contours évasifs risquent de produire un effet dissuasif, dommageable pour la libre production de débats et de recherches portant sur les événements ayant donné lieu à des crimes de masse.

Le cas de la France montre d'ailleurs toute la difficulté qu'il y a de légiférer en la matière d'une manière qui ne pose pas problème avec la liberté d'expression. Le 23 janvier 2012, le Parlement français adoptait une loi visant à réprimer la négation du génocide arménien<sup>105</sup>. Une version antérieure de la proposition de loi avait un contenu plus large, incluant les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, et visait à transposer en droit français la Décision-cadre européenne de 2008<sup>106</sup>. Dans cette première version, diverses instances étaient investies du droit d'établir les événements dont la contestation serait réprimée : le Parlement, le gouvernement français par la ratification d'une convention internationale, les institutions communautaires ou internationales<sup>107</sup>, ou encore les juridictions françaises. Cette option maximaliste avait été

---

<sup>105</sup> Proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, adoptée sans modification en 1<sup>ère</sup> lecture par le Sénat le 23 janvier 2012, TA n° 52, <http://www.senat.fr/leg/tas11-052.html>.

<sup>106</sup> Proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3842.asp>.

<sup>107</sup> Le sens précis à donner aux termes « institutions » n'a pas été explicité dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de loi.

abandonnée pour répondre de manière plus limitée à la problématique de la contestation du génocide des Arméniens en 1915, seul visé en pratique par les critères retenus dans la version finale du texte<sup>108</sup>. En effet, au moment de l'adoption de la loi, le seul génocide à avoir été « reconnu comme tel par la loi française » était celui visant les Arméniens<sup>109</sup>.

Le système finalement retenu engendrait un effet juridique assez singulier. Le Parlement avait le loisir de procéder par la loi à la reconnaissance d'un événement comme « génocide » au sens de l'article 211-1 du Code pénal, ce qui avait pour conséquence automatique de le rendre « incontestable » et d'en incriminer la négation. Par ce mécanisme, le Parlement s'était donc arrogé la prérogative de transformer en vérité judiciaire ce qui n'est au départ qu'une qualification opérée par un organe politique. Sur recours d'un ensemble de parlementaires, le Conseil constitutionnel a annulé la disposition litigieuse :

« Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de 'reconnaître' un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1er de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide 'reconnus comme tels par la loi française' ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1er de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution<sup>110</sup> ».

La motivation énoncée est assez laconique, mais on peut relever que le Conseil souligne l'aspect problématique dû au fait que le Parlement qualifie lui-même de « génocide » les faits dont la contestation ou la minimisation serait incriminée<sup>111</sup>. Par cette décision, le Conseil constitutionnel signifie au Parlement qu'il ne peut s'ériger en juge pénal et décréter à la suite d'un processus strictement politique une « vérité officielle » qui ne pourra plus souffrir aucune contestation.

Dans un arrêt du 19 décembre 2013 longuement motivé et se référant notamment à la décision du Conseil constitutionnel, la Cour européenne a jugé que la condamnation d'un individu par les tribunaux suisses pour avoir publiquement déclaré que le génocide arménien était un « mensonge international » constitue une violation de la liberté d'expression : « Les instances

<sup>108</sup> Voy. Rapport de Mme Valérie BOYER sur la proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, n° 4035, 7 décembre 2011.

<sup>109</sup> Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 : « La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915 » (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Le génocide des juifs est visé par la loi « Gayssot » en tant que « crime contre l'humanité » tel qu'établi par le Tribunal de Nuremberg.

<sup>110</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

<sup>111</sup> Sur cette décision, voy. MASTOR W. et SORBARA J.-G., « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », Note sous Conseil constitutionnel, 28 février 2012, *RFDA*, 2012, p. 507 ; ROUX J., « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 987.

internes n'ont pas démontré en particulier que la condamnation du requérant répondait à un « besoin social impérieux » ni qu'elle était nécessaire, dans une société démocratique, pour la protection de l'honneur et les sentiments des descendants des victimes des atrocités qui remontent aux années 1915 et suivantes<sup>112</sup> ».

Ces éléments montrent ainsi que la mise en œuvre des dispositions prévues par le Protocole à la Convention sur la cybercriminalité et la Décision-cadre de l'UE se heurtent à de nombreux écueils, le Parlement français s'étant abstenu pour le moment de transposer de manière globale le régime de la Décision-cadre relatif au négationnisme<sup>113</sup> et ayant échoué à instaurer une incrimination du négationnisme du génocide des Arméniens qui soit compatible avec la liberté d'expression. Les quelques décisions rendues par les tribunaux concernant des plaintes pour discours « négationnistes », notamment diffusés sur Internet, révèlent aussi des difficultés et des disparités de qualification, qu'il s'agisse de la Shoah ou du génocide arménien<sup>114</sup>.

## CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Le contrôle des communications par internet et la définition des motifs de restriction relatifs à l'accès à ses contenus posent de nombreuses difficultés concernant le respect de l'exercice de la liberté d'expression. Ces difficultés sont rendues particulièrement aiguës dans le contexte d'Internet, compte tenu de ses caractéristiques spécifiques et de la masse de messages qu'il véhicule dans le monde entier, de manière ubiquitaire.

Si l'on tente de systématiser la façon dont les particularités d'Internet influencent l'application des motifs de restriction à la liberté d'expression, on peut constater que les effets peuvent se manifester de deux manières inverses.

Tout d'abord, Internet peut favoriser la prise en compte de la liberté d'expression et d'information, en particulier dans l'appréciation du critère de nécessité et proportionnalité de la mesure de restriction. Comme on l'a vu, cet effet joue chaque fois que la mesure envisagée ne permet pas de suffisamment

<sup>112</sup> CEDH, *Perinçek c. Suisse*, 17 décembre 2013, par. 129.

<sup>113</sup> Voy. toutefois la Proposition de loi de Mme Valérie BOYER portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien, n° 559, déposée le 19 décembre 2012, <http://www.assemblee-nationale.fr/>.

<sup>114</sup> Voy. notamment TGI Paris, *Comité Défense Cause Arménienne c. Consul Turquie et Sté FTélécom*, 15 novembre 2004, [www.legalis.net](http://www.legalis.net) ; TGI Paris, *Comité Défense Cause Arménienne c. Editions Robert Laffont, Encyclopédies Quid*, 6 juillet 2005, [www.legalis.net](http://www.legalis.net) ; Corr. Bruxelles, *M.P. et Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et autres / A. et G.*, 21 juin 2006, *JLMB*, 2007, p. 591 ; Cour d'appel de Bruxelles, *M.P. et Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et autres / A. et G.*, 23 janvier 2009, *RDTI*, 2009, p. 105 ; Cass., chambre criminelle, 23 juin 2009, <http://legifrance.gouv.fr>. Sur les difficultés de qualification du discours négationniste par le juge, voy. notre étude « Les ambivalences du rôle du juge pénal belge et français dans la répression du négationnisme : réflexions à partir de l'affaire Assabyle », in ALLARD J. et CORTEN O. (dir.), *La vérité en procès : le juge et la vérité politique*, Actes du colloque de l'ULB/ARC, 8-9 décembre 2011, à paraître.

distinguer *a priori* contenu licite et contenu illicite. Des mesures visant la seconde catégorie ne peuvent justifier que la première se voit également touchée (not. CEDH, affaire *Yildirim* ou CJUE, affaires *Scarlet* et *Netlog*). Dans le même sens, on trouve les décisions de la Cour européenne insistant sur l'importance de l'accès à Internet pour favoriser l'exercice de la liberté d'expression et d'information<sup>115</sup>. Cela signifie que seuls des cas très limités pourraient justifier de priver un individu du droit à sa connexion au réseau ou restreindre l'utilisation d'informations issues d'Internet. Ainsi, dans l'affaire *Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel C. Ukraine*, la Chambre de la Cour énonce que « compte tenu du rôle joué par l'Internet dans le cadre des activités professionnelles des médias et de son importance dans l'exercice du droit à la liberté d'expression en général, la Cour considère que l'absence d'un cadre légal suffisant au niveau interne permettant aux journalistes d'utiliser des informations tirées de l'Internet sans crainte de s'exposer à des sanctions entrave gravement l'exercice par la presse de sa fonction vitale de "chien de garde"<sup>116</sup> ».

Mais à l'inverse, l'effet permanent, viral et démultiplicateur d'Internet est fréquemment perçu comme un facteur rendant la diffusion de certains contenus plus dangereux, appelant des mesures plus énergiques. On a vu que dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, la propriété intellectuelle (loi HADOPI, projet de traité ACTA, mesures de filtrage...) ou le discours de haine, cela pouvait entraîner une tendance à adopter des lois dont la portée très large ou le caractère flou était susceptible de générer des risques pour le respect de la liberté d'expression. Dans l'affaire déjà citée *Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel C. Ukraine*, la Chambre souligne que « assurément, les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux », ce qui autorise qu'ils puissent être soumis à un régime spécifique, « en fonction des caractéristiques particulières de la technologie<sup>117</sup> ». Dans l'affaire *Times Newspapers*, la Cour a estimé que le caractère permanent des archives d'un site internet de presse justifie qu'on lui applique des règles propres impliquant l'insertion obligatoire d'un avertissement indiquant que certains articles sont l'objet d'une procédure en diffamation<sup>118</sup>. Et enfin, dans l'affaire *Delfi c. Estonie*, la Cour a considéré que la nature particulière des sites d'information sur Internet, qui comporte un forum de discussion autorisant les internautes à réagir aux articles publiés, implique que l'éditeur du site prennent des mesures étendues de contrôle afin d'éviter que des propos diffamants ne soient exprimés et rendus disponibles, pour une certaine durée, à une large audience<sup>119</sup>. La nécessité de ces mesures de contrôle – allant au-delà de la simple procédure « *notice & take down* » - était selon la Cour justifiée par les caractéristiques d'Internet :

<sup>115</sup> Voy. TURGIS S., « La coexistence d'internet et des médias traditionnels sous l'angle de la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2013, p. 17 et s.

<sup>116</sup> CEDH, *Comité de Rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, par. 64.

<sup>117</sup> *Ibidem*, par. 63.

<sup>118</sup> CEDH, *Times Newspapers Limited (Nos 1 et 2) c. Royaume-Uni*, 10 mars 2009, par. 47.

<sup>119</sup> CEDH, *Delfi AS c. Estonie*, 10 octobre 2013, par. 89.

« [T]he spread of the Internet and the possibility – or for some purposes the danger – that information once made public will remain public and circulate forever, calls for caution. The ease of disclosure of information on the Internet and the substantial amount of information there means that it is a difficult task to detect defamatory statements and remove them<sup>120</sup> ».

De manière analogue, la Cour a considéré que l'interdiction d'une campagne d'affichage promouvant les activités de clonage du mouvement raëlien pouvait se justifier précisément en raison du renvoi opéré sur les affiches au site internet de l'association, qui en aurait « multiplié » l'impact :

« En revanche, la Cour ne saurait ignorer le fait que figure également sur l'affiche, en caractères plus gras, l'adresse du site internet de l'association, ainsi qu'un numéro de téléphone. Le site de l'association renvoie à celui de Clonaid, où cette société offre des services précis au public en matière de clonage. A la lumière du principe selon lequel la Convention et ses Protocoles doivent s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, la Cour estime qu'il convient d'examiner la mesure litigieuse en tenant compte des moyens modernes de diffusion d'informations. Partant, il s'agit notamment d'évaluer, dans l'appréciation de la conformité de la mesure litigieuse avec l'article 10, non seulement l'affiche, mais aussi le cadre plus global dans lequel elle se situe, notamment les idées propagées dans les ouvrages et le contenu du site internet de l'association requérante ainsi que de celui de Clonaid. Or, ces sites étant *per se* accessibles à tous, y compris aux mineurs, l'impact des affiches sur le public se serait vu multiplié et l'intérêt de l'Etat à interdire la campagne d'affichage était d'autant plus grand<sup>121</sup> ».

Ici donc, la seule référence à une adresse internet par voie d'affichage est supposée avoir un effet multiplicateur tel qu'il constitue la justification essentielle de la mesure d'interdiction.

Toutefois, sur l'impact d'Internet, la jurisprudence de la Cour n'est pas sans contradiction. Dans l'affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, la Grande Chambre de la Cour a justifié le fait qu'une restriction des publicités politiques s'applique uniquement à la radio et à la télévision sans concerner Internet, en se fondant sur la moindre influence supposée de ce dernier média :

« La Cour estime pour sa part cohérente la distinction fondée sur l'influence particulière de la radio et de la télévision. En particulier, elle reconnaît l'immédiateté et la puissance de ces médias, dont l'impact est renforcé par le fait qu'ils restent des sources familières de divertissement nichées au cœur de l'intimité du foyer. De plus, les choix inhérents à l'utilisation d'Internet et des médias sociaux impliquent que les informations qui en sont issues n'ont pas la même simultanéité ni le même impact que celles qui sont diffusées à la télévision ou à la radio. Dès lors, malgré leur développement important au cours des dernières années, rien ne montre qu'Internet et les réseaux sociaux aient bénéficié dans l'Etat défendeur d'un transfert de l'influence des médias de télédiffusion suffisamment important pour qu'il devienne moins nécessaire d'appliquer à ces derniers des mesures spéciales<sup>122</sup> ».

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, par. 92.

<sup>121</sup> CEDH, *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, par. 54 (références omises). Cette motivation a été approuvée par la Grande Chambre de la Cour, *Mouvement Raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, par. 72.

<sup>122</sup> CEDH, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, par. 119 (références omises).

## INTERNET ET LE DROIT INTERNATIONAL

Dans un sens opposé, la Cour a souligné dans l'affaire *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne* qu'Internet présentait des risques pour le respect des droits d'autrui bien plus importants que ceux générés par la presse, ce qui justifie des mesures de limitation plus étendues :

*« The Court has held that the Internet is an information and communication tool particularly distinct from the printed media, especially as regards the capacity to store and transmit information. The electronic network, serving billions of users worldwide, is not and potentially will never be subject to the same regulations and control. The risk of harm posed by content and communications on the Internet to the exercise and enjoyment of human rights and freedoms, particularly the right to respect for private life, is certainly higher than that posed by the press. Therefore, the policies governing reproduction of material from the printed media and the Internet may differ. The latter undeniably have to be adjusted according to technology's specific features in order to secure the protection and promotion of the rights and freedoms concerned<sup>123</sup> ».*

Comme le montre ces dernières décisions de la Cour, Internet demeure un objet protéiforme et un peu mystérieux, en perpétuelle mutation, difficilement cernable par le droit dans une approche globalisante, ce qui explique certains errements casuistiques dans la jurisprudence européenne et l'appréhension souvent paradoxale de ce média par les Etats, le saluant comme un outil exceptionnel de promotion de la liberté d'expression et d'information tout en le percevant comme un mode de communication devant faire l'objet de mesures de restrictions souvent plus sévères.

### RÉSUMÉ

Le contrôle des communications par Internet et la définition des motifs de restriction concernant l'accès à ses contenus soulèvent de nombreuses difficultés pour le respect de l'exercice de la liberté d'expression. Ces difficultés sont rendues particulièrement aiguës en raison du contexte propre d'Internet, compte tenu de ses caractéristiques techniques spécifiques et du volume de messages qu'il achemine dans le monde entier. Ce constat est fait à travers l'analyse de plusieurs problématiques spécifiques, compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de l'Union européenne et de décisions de tribunaux nationaux : le régime de responsabilité des intermédiaires de l'Internet, la définition et la mise en œuvre des mesures de restrictions fondées sur la lutte contre le terrorisme, la protection de la propriété intellectuelle et la lutte contre les discours de haine.

---

<sup>123</sup> CEDH, *Węgrzynowski et Smolczewski c. Pologne*, 16 juillet 2013, par. 58.

**ABSTRACT**

Control of Internet communications and the definition of grounds for restricting access to its content poses numerous difficulties for the respect of the exercise of freedom of expression. These difficulties are particularly important because of the specific context of the Internet, given its technical characteristics and the volume of messages it spread worldwide. This conclusion is drawn through the analysis of several specific problems, taking into account the jurisprudence of the European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and national court decisions: the regime of liability for Internet intermediaries, the definition and implementation of restrictive measures based on the fight against terrorism, the protection of intellectual property and the fight against hate speech.