

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Bernadette Renauld¹
Référendaire

I. Les sources de la protection de la liberté d'expression en droit belge

L'article 19 de la Constitution belge est ainsi libellé :

« La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que **la liberté de manifester ses opinions en toute matière**, sont garanties, **sauf la répression des délits** commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. »

Cette disposition figure dans la Constitution depuis 1830 et est inchangée depuis lors. En garantissant la liberté de manifester ses opinions en toute matière, le Constituant belge a interdit les limitations préventives de la liberté d'expression : en clair, la censure est interdite. Ceci est confirmé, en matière de presse écrite, par l'article 25 de la Constitution, qui date de la même époque et qui proclame que « la presse est libre » et que « la censure ne pourra jamais être établie ».

Seuls les rassemblements en plein air peuvent être soumis aux lois de police, c'est-à-dire que les lois peuvent exiger que les manifestants aient obtenu une autorisation préalable. Toutes les autres formes d'expression connues du Constituant de 1830, à savoir, les discours tenus lors de rassemblements en lieux fermés et les écrits et dessins manuscrits ou reproduits par la presse (journaux, livres, pamphlets, affiches, ...) sont totalement libres, nulle autorisation préalable n'est requise.

Liberté ne signifie toutefois pas irresponsabilité : les délits commis à l'occasion de l'usage de la liberté d'expression peuvent être réprimés.

Or, qui dit délit et répression dit bien sûr : législation pénale préalable pour fixer les conditions d'existence du délit. En 1830, le législateur était totalement libre de décider en cette matière, puisqu'il n'y avait pas d'autre contrôle que le contrôle démocratique par le corps électoral. La Constitution ne fournissait et ne fournit toujours aucune balise pour aider à placer le curseur au juste point entre expression garantie et protégée d'un côté et expression condamnable de l'autre. Cet équilibre est recherché par le législateur, sous le contrôle, depuis un peu plus de trois décennies maintenant, de la Cour constitutionnelle.

Une précision quant à la compétence de la Cour s'impose ici. La Cour ne connaît du contentieux relatif à la liberté d'expression que de manière limitée : elle ne peut être amenée à contrôler que les dispositions législatives et ne connaît ni des dispositions réglementaires ni des voies de fait. Si elle contrôle donc la constitutionnalité des limitations légales à la liberté d'expression, les atteintes à la liberté d'expression qui pourraient être commises dans l'exercice du pouvoir exécutif ou par des responsables locaux, de même que les atteintes commises par des personnes privées, échappent à sa compétence.

¹ Merci à Emmanuelle Bribosia pour les échanges sur ce texte.

II. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle : l'inspiration strasbourgeoise est évidente

La Cour constitutionnelle considère que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 11, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 19 du pacte international relatif aux droits civils et politiques ont une portée analogue à celle de l'article 19 de la Constitution, de sorte qu'elle utilise ces normes de référence de manière combinée, comme formant ce que nous désignons, dans notre jargon, un « ensemble indissociable »².

Cette approche permet à la Cour d'utiliser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à propos de l'article 10 de la Convention comme source et comme guide. Elle ne s'en prive pas.

En effet, on observe que la Cour constitutionnelle s'appuie constamment, en matière de liberté d'expression, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Tous les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle en cette matière contiennent au moins une référence ou une citation de la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour emprunte à la Cour européenne des droits de l'homme non seulement l'énoncé des principes et le vocabulaire, mais aussi la méthode et les standards de contrôle des ingérences dans la liberté d'expression et de la presse. La Cour est également attentive à ce qui est dit en la matière à Luxembourg, où siège la Cour de justice de l'Union européenne.

Comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle belge répète inlassablement que la liberté d'expression constitue **l'un des fondements essentiels** d'une société démocratique³. Empruntant la célèbre formule de l'arrêt *Handyside*⁴, elle ajoute que la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui choquent, inquiètent ou heurtent l'État ou une fraction de la population, et qu'ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique⁵.

Elle ajoute ensuite immédiatement que « l'exercice de la liberté d'expression, même dans le cadre d'un débat politique ou d'un débat sur des matières d'intérêt général, implique néanmoins **certaines obligations et responsabilités**, [notamment l'obligation de principe de ne pas franchir certaines limites censées protéger la réputation et les droits d'autrui] »⁶. Elle considère que les limitations à la liberté d'expression doivent s'interpréter strictement. Il doit être démontré que les restrictions sont nécessaires dans une société démocratique, qu'elles répondent à un besoin social impérieux et qu'elles demeurent proportionnées aux buts légitimes poursuivis⁷.

² Arrêts n° 117/2020, B.3.3. et n° 183/2021, B.5.

³ Arrêt n° 158/2021, B.21.1.

⁴ CEDH, plén., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*.

⁵ Arrêt n° 72/2016, B.17.2.

⁶ Arrêt n° 157/2021.

⁷ Arrêt n° 31/2018, B.6.

La liberté d'expression comprend la liberté de ne pas divulguer ses opinions⁸.

La liberté d'expression vaut en toute matière, y compris en matière commerciale⁹. La Cour se réfère explicitement ici aussi à la jurisprudence de la Cour européenne, et notamment aux arrêts *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*¹⁰, *Casado Coca c. Espagne*¹¹, *Mouvement Raelien c. Suisse*¹² et *Sekmadienis Ltd c. Lituanie*¹³.

Enfin, la liberté d'expression comprend un versant « passif », à savoir la liberté de recevoir des informations¹⁴.

Toute ingérence législative dans la liberté d'expression est traitée par la Cour suivant le même schéma de raisonnement que les ingérences dans d'autres droits fondamentaux : contrôle du respect du principe de **légalité (toute restriction doit être prévue par la loi, ce qui suppose, en droit national, par une norme délibérée par une assemblée élue)**, recherche de l'**objectif légitime poursuivi par la disposition constituant une ingérence** dans l'exercice du droit ou de la liberté, examen de la **nécessité de l'ingérence et de sa proportionnalité**.

Le contrôle de la Cour va donc comporter les étapes suivantes :

- le contrôle de légalité : pour être admise, l'ingérence dans la liberté d'expression doit être prévue par une loi, donc avoir été délibérée par une assemblée composée d'élus (**légalité formelle**)¹⁵, ce qui distingue le principe de légalité en droit belge et en droit de la Convention européenne, et suffisamment accessible et précise (**légalité matérielle**)¹⁶.

- le contrôle de **nécessité dans une société démocratique**, qui s'apparente à un contrôle de proportionnalité : il doit être démontré que les restrictions sont justifiées par la poursuite d'un objectif légitime, qu'elles sont nécessaires dans une société démocratique, qu'elles répondent à

⁸ Arrêt n° 34/2015, B.7.2.

⁹ Par exemple, une régulation préventive de la publicité en faveur de l'achat d'animaux, en vue de limiter les achats impulsifs et de contribuer ainsi au bien-être des animaux a été jugée incompatible avec la liberté d'expression parce que l'exercice de la liberté d'expression en matière commerciale par de nombreux détenteurs, vendeurs et éleveurs d'animaux était ainsi subordonné à une mesure préventive dont le contenu, la nature et la portée n'avaient pas été déterminés (arrêt n° 10/2021). En revanche, une interdiction totale de publicité et d'affichage pour les produits du tabac, qui porte atteinte à la liberté d'expression des annonceurs et des producteurs de produits du tabac, est justifiée par l'objectif de santé publique visant à réduire la consommation de ces produits, surtout chez les jeunes (n° 183/2021).

¹⁰ Du 20 novembre 1989

¹¹ Du 24 février 1994

¹² Du 13 juillet 2012

¹³ Du 30 janvier 2018

¹⁴ Arrêt n° 43/2020.

¹⁵ Arrêt n° 195/2009, B.34 : « L'article 19 de la Constitution a pour objet de réserver au législateur la compétence de régir l'usage de la liberté d'opinion et d'interdire, en principe, toute mesure préventive d'une autorité publique. »

¹⁶ Par exemple, arrêts n° 145/2012, B.7, n° 72/2016, B.19, et arrêt n° 113/2023, B.21 : une disposition qui conditionne la reconnaissance d'une communauté religieuse locale au fait qu'elle ne reçoive aucun financement ou soutien étranger qui « affecte l'indépendance de la communauté religieuse » et les explications qu'en a données le législateur ne permettent pas « de déterminer de manière suffisamment prévisible quel financement ou soutien étranger est autorisé » et violent la liberté de religion et d'expression pour ce motif.

un besoin social impérieux et qu'elles demeurent proportionnées aux buts poursuivis, c'est-à-dire que l'ingérence ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces buts¹⁷.

En ce qui concerne les objectifs poursuivis, la Cour admet notamment que la protection des droits et de la réputation d'autrui est un but légitime¹⁸, de même que la protection de la santé publique¹⁹, la lutte contre l'inégalité sur la base du sexe ou du genre²⁰, ou encore la lutte contre la diffusion du racisme.²¹ Dans chaque affaire, le juge constitutionnel va donc être amené à rechercher si l'ingérence dans la liberté d'expression est pertinente pour atteindre ce but et si elle est proportionnée à l'importance de l'objectif. Ce contrôle de proportionnalité peut inclure, dans certains cas, une recherche de l'existence de mesures aussi efficaces mais entraînant un effet moindre sur la liberté d'expression.

A ce propos, la Cour estime à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, que « lorsqu'il s'agit de prendre des mesures qui peuvent limiter la liberté d'expression, l'Etat doit éviter de recourir à des mesures pénales lorsque d'autres mesures, telles que des sanctions civiles, permettent d'atteindre l'objectif poursuivi »²².

III. Quelques exemples d'applications de ces principes par la Cour constitutionnelle de Belgique

III.1. Les discours de haine

Le premier exemple concerne un cas particulier d'utilisation de la liberté d'expression dans lequel la Cour a, jusqu'ici, toujours admis que le législateur limite la liberté : il s'agit de ce qu'on appelle communément « les **discours de haine** ». Il s'agit du cas typique de la répression des délits commis à l'occasion, je dirais même par le moyen de l'usage de la liberté d'expression, donc le cas typique de l'abus de la liberté d'expression.

La Cour a jusqu'ici toujours admis les limitations de la liberté d'expression – après avoir vérifié qu'elles étaient bien nécessaires et proportionnées à la sauvegarde de la valeur en question – lorsqu'il est question de lutter contre le négationnisme²³, le racisme et la xénophobie²⁴, le sexisme²⁵ ou l'incitation à la discrimination sur la base d'un des critères généralement protégés par les conventions internationales (origine ethnique, état de santé, handicap, orientation sexuelle ...)²⁶.

On peut rapprocher cette jurisprudence de l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme, qui considère soit que la sanction du discours de haine ne viole pas la liberté d'expression car elle est, classiquement, justifiée par un but légitime et proportionnée à ce but, soit que certains types de propos peuvent être purement et simplement exclus de la protection

¹⁷ Par exemple, arrêt n° 13/2000 : la nécessité d'organiser et d'attribuer les fréquences hertziennes justifie que celles-ci soient réservées aux émissions locales et que les radios privées ne puissent émettre au plan national.

¹⁸ Arrêt n° 157/2021.

¹⁹ Arrêts n° 122/2020 et 1/2016.

²⁰ Arrêts n° 72/2016 et 145/2012.

²¹ Arrêts n° 17/2009 et 40/2009.

²² Arrêt n° 157/2004, B.18.

²³ Arrêts n° 45/96 et 4/2021.

²⁴ Arrêt n° 10/2001.

²⁵ Arrêt n° 72/2016.

²⁶ Arrêt n° 157/2004.

de l'article 10 de la Convention par le jeu de l'article 17 de celle-ci²⁷. Dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour européenne, il ne fait guère de doute pour la Cour constitutionnelle belge que l'ingérence dans la liberté d'expression justifiée par l'objectif de lutter contre le racisme, le négationnisme, l'appel à la violence ou à la discrimination ou le sexisme est nécessaire dans une société démocratique.

Il n'en demeure pas moins que lorsque le législateur estime qu'il est nécessaire de recourir à l'outil de **l'incrimination pénale** pour sanctionner un usage de la liberté d'expression, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour est rigoureux, y compris lorsqu'il s'agit de discours incitant à la haine ou à la discrimination. Un exemple de cela est donné par un arrêt de 2016 qui se prononçait sur la loi incriminant les attitudes sexistes. L'objectif de lutter contre les paroles et les comportements sexistes, qui portent atteinte à la valeur fondamentale de l'égalité des hommes et des femmes, justifie que des sanctions pénales soient prévues en cas de comportements attentatoires à la dignité humaine de la personne à cause de sa simple appartenance à un sexe²⁸.

La Cour a toutefois précisé à cette occasion : « Il ne peut donc s'agir d'une infraction dont l'existence serait présumée dès lors que les éléments matériels en sont réunis. Il appartient à la partie poursuivante de prouver l'existence du dol spécial requis.(...) L'exigence, d'une part, d'un dol spécial et, d'autre part, que l'infraction ait eu pour conséquence d'avoir gravement porté atteinte à la dignité de personnes déterminées exclut que puissent être incriminés, en l'absence d'un tel élément intentionnel ou d'un tel effet à l'égard d'une personne déterminée, les pamphlets, les plaisanteries, les caricatures, les opinions et, singulièrement, les opinions relatives à la place et au rôle différents des personnes en fonction de leur sexe au sein de la société, les publicités et toute expression qui, faute du dol spécial requis, relève de la liberté d'expression »²⁹. Par la technique de la **réserve d'interprétation**, la Cour cadennasse et limite le champ d'application de la répression pénale, pour sauvegarder au maximum la liberté d'expression.

III.2. La protection des institutions

Le deuxième exemple concerne une disposition qui avait pour objectif la protection des institutions et, singulièrement, la protection de l'institution royale. La Cour a jugé en 2021 qu'une disposition qui punissait les offenses au Roi plus sévèrement que les injures faites à n'importe qui « ne répond pas à un besoin social impérieux et est disproportionnée à l'objectif de protéger la réputation de la personne du Roi »³⁰. Le lien avec l'arrêt *Otegi Mondragon c. Espagne*³¹ est ici évident et d'ailleurs explicite, l'arrêt de la Cour citant cette décision.

La Cour juge :

« Ni l'irresponsabilité du Roi ni la position de symbole qu'Il occupe dans l'État ne sauraient justifier que la réputation du Roi soit davantage protégée que la réputation d'autres personnes. La circonstance que le Roi est dans l'impossibilité d'introduire une plainte sans l'accord d'un ministre, lorsque cette plainte peut avoir une incidence politique directe ou indirecte, pourrait,

²⁷ Sur cette base, la Cour européenne des droits de l'homme exclut de la sphère de la protection de l'article 10 les propos racistes, négationnistes, antisémites ou islamophobes/ A ce sujet, F. Krenc, *Une Convention et une Cour pour les droits fondamentaux, la démocratie et l'état de droit en Europe*, Limal, Anthémis, 2023, p. 107.

²⁸ Arrêt n° 72/2016.

²⁹ Arrêt n° 72/2016, B.24.

³⁰ Arrêt n° 157/2021.

³¹ CEDH, 15 mars 2011, *Otegi Mondragon c. Espagne*, § 56

le cas échéant, justifier l'adoption de règles de procédure particulières, mais elle ne saurait justifier l'ingérence dans la liberté d'expression occasionnée par la disposition en cause, en ce que cette disposition offrirait au Roi une protection plus large que celle qui est offerte à d'autres personnes.

Dès lors que la disposition en cause prévoit que les personnes qui se rendent coupables de l'infraction qu'elle définit peuvent être punies d'une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans, cette disposition prévoit une peine particulièrement lourde qui [...] est en principe incompatible en soi avec la liberté d'expression lorsqu'elle est infligée **en raison d'opinions exprimées dans le cadre d'un débat politique ou d'un débat sur des matières d'intérêt général**. En ce qu'elle prévoit une peine d'emprisonnement de six mois à trois ans, la disposition en cause offre par ailleurs au Roi une protection plus large que celle qui est offerte par les articles 275, 276, 277, 444, 445, 448 et 449 du Code pénal, qui comprennent des peines d'emprisonnement sensiblement moins lourdes, à d'autres personnes contre toute atteinte à leur honneur ou à leur réputation. En ce qui concerne l'amende pénale aussi, la disposition en cause prévoit des peines plus lourdes que celles qui sont prévues aux articles précités du Code pénal. La protection du chef d'État est en outre plus large que la protection qui est offerte à d'autres personnes, dès lors que l'infraction de l'offense envers la personne du Roi a une portée plus large que les infractions définies aux articles précités du Code pénal et qu'elle ne requiert pas qu'il y ait une intention de méchanceté. »

III.3. La balance avec la protection de la vie privée

Le troisième exemple est emprunté aux hypothèses dans lesquelles sont en jeu, et entrent en concurrence, la liberté d'expression de certains et le droit à la protection de la vie privée d'autres. La Cour, s'inspirant notamment des arrêts *von Hannover* contre Allemagne³² et *Perinçek* contre Suisse³³, estime qu'il s'agit de droits méritant une protection équivalente, ce qui en fait un cas-type de balance des intérêts.

La Cour juge :

« Lorsque le droit au respect de la vie privée risque d'entrer en conflit avec la liberté d'expression, il convient de ménager un juste équilibre entre ces droits et libertés, **qui méritent une protection équivalente**. Le législateur dispose d'une marge d'appréciation lorsqu'il élabore un régime légal qui assure le respect de la vie privée dans la sphère des relations entre les individus. Il existe en effet plusieurs manières différentes d'assurer le respect de la vie privée et la nature de l'obligation dépend de l'aspect spécifique de la vie privée qui se trouve en cause. Dans le même sens, le législateur dispose d'une marge d'appréciation pour juger de la nécessité et de l'ampleur d'une ingérence dans la liberté d'expression. Cette marge d'appréciation du législateur n'est toutefois **pas illimitée** : pour apprécier si une règle législative est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a ménagé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause. Pour cela, il ne suffit pas que le législateur ménage un équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; il doit également ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des personnes concernées »³⁴.

³² CEDH, grande chambre, 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne*, §§ 104-107

³³ CEDH, grande chambre, 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, § 198.

³⁴ Arrêt n° 4/2021, B.15.1.

III.4. La lutte contre le terrorisme

Le quatrième exemple est pris dans le domaine particulièrement sensible de la lutte contre le terrorisme. En ce qui concerne les objectifs qui permettent de justifier une limitation de la liberté d'expression, il est clair que la **sauvegarde de l'ordre public** est régulièrement invoquée par le législateur. Il s'agit d'ailleurs d'un des motifs qui est expressément prévu par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour rappelle toutefois³⁵ que le motif de sauvegarder l'ordre public ne saurait annihiler le contrôle qu'elle exerce sur l'atteinte à la liberté. Dès lors, il en va de la sauvegarde de l'ordre public comme de tous les autres motifs justifiant une ingérence ou une limitation de la liberté d'expression : l'ampleur de l'ingérence doit se trouver dans un juste rapport de proportionnalité par rapport à l'importance de l'objectif.

La Cour a jugé que l'objectif de simplifier la preuve de l'incitation au terrorisme ne pouvait justifier la suppression de la référence, dans la définition de l'infraction, au risque que les propos aient mené à **la commission** d'infractions terroristes. Elle a donc jugé que la répression de propos incitant au terrorisme, lorsqu'il n'existe pas d'indices sérieux qu'il existe un risque qu'une infraction terroriste puisse être commise, portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression³⁶.

III.5. L'accès à l'information

Enfin, un arrêt en matière de droit d'accès aux documents administratifs³⁷, qui est une déclinaison du droit plus large à l'information, lequel fait partie de la protection de la liberté d'expression est encore évoqué. La Cour a jugé qu'« aucun motif d'exception ne peut justifier qu'un administré se voie systématiquement refuser la publicité de l'administration » et qu'il y a lieu de vérifier au cas par cas, « concrètement si, au moment où elle est demandée, la publicité porte effectivement atteinte à la protection de la vie privée ». Elle déduit de ces principes que des motifs d'exclusion d'accès aux documents administratifs qui auraient été présentés par le législateur comme absolus doivent, pour être compatibles avec le droit d'accès aux documents administratifs, être interprétés comme étant relatifs. Le problème est ici dans l'utilisation d'un motif de refus « systématique » : des refus d'accès sont possibles, mais ils doivent être pris après examen au cas par cas de l'atteinte au droit à la vie privée occasionnée par la publicité du document qui est sollicitée.

IV. Quelques défis : l'occasion de revenir aux fondamentaux, tout en accompagnant un monde qui évolue

IV.1. Les lanceurs d'alerte

Un phénomène qui n'est pas nouveau mais qui a pris, à l'ère du numérique, une ampleur inégalée est celui des lanceurs d'alerte. La liberté d'expression, dans ses habits hérités du 19ème siècle, est-elle encore adaptée à l'usage qui en est fait par ces personnes qui, animées des meilleures intentions (ou pas), dénoncent tous azimuts des pratiques qu'elles pensent illégales ou contraires à l'éthique ?

La Cour va devoir se pencher très rapidement sur plusieurs recours en annulation de deux lois adoptées fin 2022, par lesquelles le législateur a entendu créer une protection pour certaines

³⁵ Arrêt n° 112/2019, B.44.1.

³⁶ Arrêt n° 31/2018, B.7.6.

³⁷ 43/2020.

catégories de personnes qui constatent des violations du droit national ou du droit de l'Union au sein, soit de structures privées, soit de l'administration ou de la police, lois qui constituent la transposition de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union mais qui étendent cette protection à d'autres domaines.

Les travaux préparatoires de la loi conçoivent le lancement d'alerte, présenté comme de la dénonciation « démocratique », comme une « extension de la liberté d'expression » exercée en vue de défendre, exclusivement ou principalement, l'intérêt général. En ce sens, la protection accordée aux lanceurs d'alerte contribue à garantir leur droit à la liberté d'expression, alors qu'en cette matière, celle-ci est évidemment mise en balance avec le droit à la protection de la réputation et, plus largement à la protection de la vie privée et de l'honneur des personnes mises en cause. La Cour constitutionnelle trouvera dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière et, notamment, dans les arrêts *Guja c. Moldavie*³⁸ et *Halet c. Luxembourg*³⁹, des sources documentaires de premier plan.

IV.2. La liberté d'expression dans le monde virtuel

Enfin, il n'est pas possible de conclure sans évoquer cette formidable caisse de résonance que constitue le numérique et tous ses possibles. Le développement des réseaux dits sociaux et, plus généralement, du web, ne va pas sans présenter de formidables défis⁴⁰.

Sauf erreur, la Cour constitutionnelle n'a été confrontée qu'une fois à une disposition touchant l'usage des réseaux sociaux⁴¹. La disposition attaquée contenait une réglementation de l'utilisation des groupes fermés sur les réseaux sociaux et un régime d'enregistrement préalable à l'utilisation de ces groupes avant que la publicité pour la vente d'animaux ne puisse être diffusée sur ces groupes. La Cour a considéré que cette réglementation était constitutive d'une restriction préventive à la liberté d'expression et elle l'a jugée inconstitutionnelle pour ce motif.

Elle a donc mené un contrôle assez classique de l'ingérence dans la liberté d'expression, en l'occurrence en matière commerciale, et a sauvégarde en ce domaine l'interdiction constitutionnelle des mesures préventives.

Au-delà de cette espèce particulière, il demeure sans aucun doute de nombreux défis à relever.

Sans aucune prétention à l'exhaustivité⁴² et sans non plus aucune ambition à apporter des réponses, je pointerai deux problématiques.

³⁸ 12 février 2008.

³⁹ 14 février 2023.

⁴⁰ La CEDH a déjà eu l'occasion à plusieurs reprises de constater qu'« Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice de la liberté d'expression », et que « les sites web ont permis 'l'émergence d'un journalisme citoyen' », tout en relevant que « les avantages de cet outil d'information, réseau électronique desservant des milliards d'utilisateurs partout dans le monde (...), s'accompagnent d'un certain nombre de risques : les sites Internet sont des outils d'information et de communication qui se distinguent particulièrement de la presse écrite, notamment quant à leur capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, et les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse écrite de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux » (CEDH, gde ch., 15 mai 2023, *Sanchez c. France*, §§ 158 à 162).

⁴¹ Arrêt n° 10/2021.

⁴² Il faudrait, notamment, aussi s'interroger quant au « droit à l'oubli » et au déréférencement : voy. nott. CEDH, gde ch., 4 juillet 2023, *Hurbain c. Belgique* : « les droits d'une personne ayant fait l'objet d'une publication

Premièrement, sur le plan des garanties procédurales, tout notre système de droit constitutionnel belge de la liberté d'expression repose sur l'interdiction des mesures préventives et sur la confiance faite aux juridictions pénales pour poursuivre les auteurs d'infractions commises par l'usage de la liberté d'expression. On peut toutefois se demander si ce contrôle *a posteriori*, sur le schéma classique du contrôle de proportionnalité, est encore adapté et efficace lorsque l'on sait la vitesse à laquelle se propagent les horreurs que l'on peut trouver sur internet. Une régulation par les plateformes, sur la base de mécanismes d'alertes internes et externes et elle-même encadrée par un régulateur extérieur paraît inévitable et aussi souhaitable⁴³. C'est d'ailleurs dans cette voie que s'engagent, notamment, l'ONU⁴⁴ et l'Union européenne⁴⁵. A ce sujet, on peut relever que la Belgique est à la traîne : le 25 juillet 2024, la Commission européenne a fait savoir qu'elle avait décidé d'ouvrir une procédure d'infraction à l'encontre de notre pays pour défaut de se conformer à la législation de l'UE⁴⁶ sur les services numériques : comme à 5 autres États membres⁴⁷, il est reproché à la Belgique, de n'avoir pas désigné les autorités compétentes, les «coordinateurs pour les services numériques», pour mettre en œuvre la législation sur les services numériques, ou de ne pas avoir habilité ces autorités à accomplir les tâches requises par la législation, ou les deux.

Quoi qu'il en soit, la censure, qui a des relents d'ancien régime et que l'on pensait, en Belgique du moins, définitivement condamnée, pourrait bien reprendre du service à l'heure des communications numériques et des réseaux sociaux. Censure mais par qui ? Comment ? Sur quelles bases ? Pour quels types de contenus⁴⁸ ? Sous le contrôle de qui ? La « Cour suprême »

disponible sur l'internet doivent donc être mis en balance avec le droit du public à s'informer sur des événements du passé et de l'histoire contemporaine, notamment à l'aide des archives numériques de la presse » (§ 101) et « Cela étant dit, le droit de maintenir des archives en ligne à la disposition du public n'est pas un droit absolu. Il doit être mis en balance avec les autres droits en présence. Dans ce cadre, de l'avis de la Cour, les critères qui doivent être pris en compte quand est concernée la mise en ligne ou le maintien à disposition d'une publication archivée sont en principe les mêmes que ceux utilisés par la Cour dans le cadre d'une publication initiale. Certains d'entre eux peuvent toutefois revêtir plus ou moins de pertinence eu égard aux circonstances de l'espèce et au passage du temps » (§ 104).

⁴³ Ainsi, Q. Pironnet émet-il l'hypothèse intéressante qu'une « plus grande régulation pourrait donc, paradoxalement, faire croître la liberté d'expression et non la réduire », dès lors que l'impunité régnant sur les réseaux sociaux aurait pour effet de provoquer une certaine autocensure chez les auteurs de contenus, « en prévention et par peur d'un déferlement de haine » : « La liberté d'expression sur les réseaux sociaux : théorie et pratiques d'une réalité multiple et ambivalente », in F. Krenc, F. Bouhon, et C. Deprez, (dir.), *Actualités choisies des droits fondamentaux*, CUP 210, Limal, Anthemis, 2021, p. 65.

⁴⁴ Voir les principes de l'UNESCO pour la gouvernance des plateformes numériques : [Principes pour la gouvernance des plateformes numériques : préserver la liberté d'expression et l'accès à l'information - une approche multipartite - UNESCO Digital Library](#)

⁴⁵ G.B. Abbamonte et P. Gori, "Freedom of Speech and the Regulation of Fake News in the European Union. The EU Policy to Tackle Disinformation", in O. Pollicino, (ed.), *Freedom of Speech and the Regulation of Fake News*, Cambridge, Intersentia, 2023, pp. 129-166.

⁴⁶ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065#d1e1594-1-1> ; voir aussi : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/faqs/digital-services-act-questions-and-answers>

⁴⁷ Belgique, Espagne, Croatie, Luxembourg, Pays-Bas et Suède.

⁴⁸ « Ces dernières années, les initiatives législatives se sont en effet multipliées en réponse à la convergence numérique et à la prolifération des contenus illégaux en ligne [les auteurs renvoient notamment au Règlement 2022/2065 précité]. Lorsqu'en raison d'une 'approche dite indifférenciée', elles ne tiennent pas compte des spécificités de l'information et du journalisme, ces initiatives menacent la liberté de la presse et l'indépendance des médias, en ce qu'elles touchent, même involontairement, aux contenus journalistiques. Dans la régulation des contenus, l'adoption d'une 'approche différenciée' est pourtant primordiale au regard de la liberté

de Facebook⁴⁹ ? Comment garantir l'exercice de la libre expression en ce qu'il suppose, au XXIème siècle, l'accès⁵⁰ aux plates formes et autres sites de discussion aussi bien de manière active que passive⁵¹ ? A nouveau, avec quel contrôle ?

Deuxième série d'interrogations, qui se situent plus sur le plan du fond, du contenu de l'expression. La régulation européenne, à ce stade, ne se mêle pas de déterminer quels sont les contenus illégaux, mais renvoie à ce sujet aux législations nationales. S'il paraît acquis que l'interdiction légale des discours de haine, de l'appel à la violence, de la pédopornographie, et d'autres expressions criminelles est justifiée et légitime, qu'en est-il des expressions qui, jusqu'ici, échappent à toute appréhension légale mais n'en sont pas moins susceptibles de produire des effets délétères pour la cohésion sociale ou pour certains groupes de récepteurs ?

La lutte contre la désinformation et contre la més-information est, à raison, un enjeu crucial du XXIème siècle. Bien sûr, chaque époque a connu des menteurs et des crédules. Le phénomène n'est donc peut-être pas si nouveau que cela. Il n'aura toutefois échappé à personne qu'à l'heure actuelle, n'importe qui a la capacité de publier n'importe quoi sur la toile, ni que celle-ci offre une formidable capacité à toucher le monde entier en un clic, sans que les récepteurs, auditeurs et lecteurs aient à faire le moindre effort pour se procurer le contenu éventuellement mensonger ou nauséabond. Si les menteurs ont toujours existé, les moyens dont ils disposent sont aujourd'hui tout à fait inédits. Il paraît dès lors légitime de protéger la société et, particulièrement, les plus vulnérables de ses membres, contre ces phénomènes.

Mais qui va définir de quoi il s'agit exactement ? Qu'est-ce qui est vrai ? Qu'est-ce qui est faux ? A part la lutte contre le négationnisme⁵², qui s'apparente à une criminalisation par la loi du mensonge et de la désinformation, pour le reste, il paraît qu'on est loin d'être au clair sur ces questions.

Ce qui est particulier ici, en outre, c'est que la liberté d'expression est au cœur de cette problématique à deux titres : d'une part, parce que le droit à l'information, et à une information fiable, est une composante du droit à la liberté d'expression et d'autre part, parce que la liberté d'expression protège aussi le droit de diffuser des informations qui heurtent, choquent ou

d'expression. » M. Hanot, A. Michel et H. Peten de Pina Prata, « Régulation et autorégulation des médias d'information à l'ère du numérique : le modèle belge de coopération pour protéger l'information », *A.M.*, 2023, pp. 469-470.

⁴⁹ www.oversightboard.com

⁵⁰ « [L]’Internet est aujourd’hui devenu l’un des principaux moyens d’exercice par les individus de leur droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d’intérêt public. (...) Par ailleurs, en ce qui concerne l’importance des sites internet dans l’exercice de la liberté d’expression, (...) “grâce à leur accessibilité ainsi qu’à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, les sites internet contribuent grandement à améliorer l’accès du public à l’actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l’information” (...) La possibilité pour les individus de s’exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d’exercice de la liberté d’expression. » (*Cengiz et autres c. Turquie*, arrêt du 1er décembre 2015, §§ 49 and 52).

Voy. aussi Conseil Constitutionnel français, 18 juin 2020, décision 2020-801 DC « AVIA » : « En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit [à la libre expression] implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer. »

⁵¹ Voy. notamment les 4 arrêts rendus par la CEDH concernant la Russie, le 23 juin 2020 : *Flavius and others, Engels, Bugakov et Vladimir Kharitonov*.

⁵² Cfr CEDH, décision *Roger Garaudy c. France*, 24 juin 2003.

inquiètent, des caricatures, de l'humour, de la fiction, et même des erreurs, voire probablement du mensonge. La ligne de démarcation entre ce qui est permis et protégé par la liberté d'expression et ce qui peut et devrait être réprimé parce que portant atteinte au droit à l'information fiable, semble dès lors extrêmement difficile à tracer, et même difficile à penser, car ce sont deux facettes d'une même liberté qui deviennent antagonistes, la liberté d'expression devenant la limite à la liberté d'expression ?

En deux mots, comment faire en sorte que la liberté d'expression ne tue pas la liberté d'expression ? Comment faire évoluer celle-ci pour l'adapter au monde d'aujourd'hui, sans perdre les acquis fondamentaux d'hier, qui sont essentiels et qui doivent le rester ?