



MCM(2013)005

Le Conseil de l'Europe contre le discours de haine: interrogations et défis

RAPPORT

Tarlach McGonagle

Chargé de recherche
Institut du droit de l'information (IViR)
Faculté de droit
Université d'Amsterdam
Pays-Bas

Site Internet : <http://www.ivir.nl/staff/mcgonagle.html>
E-mail : T.McGonagle@uva.nl

Table des matières

Introduction.....	5
<i>Le discours de haine : une notion complexe.....</i>	<i>5</i>
<i>Le discours de haine en droit international.....</i>	<i>7</i>
Section I : le Conseil de l'Europe et le discours de haine.....	9
1. Convention européenne des droits de l'homme	9
1.1 Liberté d'expression.....	9
1.2 Discours de haine.....	11
1.3 Expression d'opinions politiques	18
1.4 Expression d'opinions politiques et discours de haine.....	20
2. Stratégies du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le discours de haine	22
2.1 Stratégies à base conventionnelle.....	22
Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.....	22
Convention européenne sur la télévision transfrontière	22
2.2 Stratégies politiques, d'orientation et de suivi.....	23
Comité des Ministres.....	23
Recommandation 97(21).....	25
Assemblée parlementaire.....	26
Commission européenne contre le racisme et l'intolérance.....	27
Conférences ministérielles sur la politique des communications de masse	27
SECTION II : Le discours de haine en ligne	29
1. Les nouveaux problèmes pressants	29
1.1 Responsabilité juridique et questions de juridiction.....	31
1.2 Le point de vue des victimes	34
1.3 Réponses et solutions	35
1.4 Implications pour l'avenir	38
2. Le Conseil de l'Europe et le discours de haine en ligne	38
Conclusions et recommandations	41

Introduction¹

Le discours de haine est fréquemment évoqué dans les milieux juridiques, politiques et universitaires, mais on s'accorde rarement sur sa portée exacte et sur les façons de le combattre. La présente étude commence par un bref examen de la notion elle-même, puis explique pourquoi il est nécessaire d'adopter des stratégies différenciées pour combattre efficacement ce phénomène. L'introduction situe rapidement aussi le discours de haine dans le droit international public relatif aux droits de l'homme. La section I passe en revue les stratégies du Conseil de l'Europe en la matière : traités, systèmes de surveillance, mesures politiques et d'orientation, actions éducatives, culturelles et d'information, etc. Ce panorama ne prétend pas à l'exhaustivité, mais présente à grands traits, pour information, les stratégies de lutte déployées par le Conseil de l'Europe. La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) fait l'objet d'une analyse plus approfondie que les autres traités en raison de sa place au cœur de l'arsenal juridique du Conseil, et du fait qu'elle sert de référence au reste des traités et instruments du Conseil. Une attention spéciale est accordée aux problèmes rencontrés à l'intersection entre la liberté d'expression politique et l'admissibilité du discours de haine, particulièrement délicats eu égard à la protection de la liberté d'expression garantie par la CEDH. La section II explore les nouvelles dimensions qu'a acquises et que continue d'acquérir le discours de haine sur l'Internet, puis évalue les réponses spécifiques apportées par le Conseil de l'Europe à ce niveau. Les recommandations formulées ensuite pourront servir à définir des orientations et des lignes d'action dans divers organismes du Conseil de l'Europe s'efforçant de lutter contre le discours de haine sur l'Internet.

Le discours de haine : une notion complexe

On ne trouve pas de définition incontestée et communément admise du discours de haine dans le droit international relatif aux droits de l'homme ni dans la doctrine. Le terme sert commodément à désigner un large spectre de discours très dévalorisants, allant de la haine et de l'incitation à la haine jusqu'à l'insulte et à la diffamation, en passant peut-être par des formes exacerbées de préjugés et de prévention². Pour Robert Post, il y a discours de haine à partir d'un certain seuil d'intensité³. Cet auteur rappelle que l'*Oxford English Dictionary* définit la haine comme un sentiment d'antipathie ou

¹ La présente étude reprend et enrichit des travaux antérieurs de l'auteur, dont : *The troubled relationship between free speech and racist hate speech: the ambiguous roles of the media and internet*, Expert Paper, Day of Thematic Discussion « Racist Hate Speech » (28 août 2012), Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale, 81^e session, Genève, 6-31 août 2012; *Minority rights, freedom of expression and of the media: dynamics and dilemmas* (Anvers, Intersentia, 2011); « A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech' », in Michael Herz & Peter Molnar, Eds., *Content and Context: Rethinking Regulation and Remedies for Hate Speech* (New York, Cambridge University Press, 2012), p. 456-498; "Minorities and Online 'Hate Speech': A Parsing of Selected Complexities", 9 *European Yearbook of Minority Issues* (2010), p. 419-440. L'auteur remercie Rade Obradovic, un stagiaire en recherche à l'IVIIR, de l'aide qui lui a apportée en procédant à une première recherche documentaire.

² James B. Jacobs and Kimberly Potter, *Hate Crimes: Criminal Law and Identity Politics* (New York, Oxford University Press, 1998), p. 11.

³ Robert Post, "Hate Speech", in Ivan Hare and James Weinstein, Eds., *Extreme Speech and Democracy* (New York, Oxford University Press, 2009), p. 123-138, 123.

d'aversion extrêmes, de répulsion ou d'horreur⁴ ; pour lui, c'est le seuil d'intensité (« extrême ») qui compte, parce que l'intolérance et l'antipathie sont des sentiments humains nécessaires, qu'aucun ordre juridique ne saurait abolir⁵.

D'un point de vue juridique, le discours de haine va du propos exclu de la protection du droit international relatif aux droits de l'homme (incitations à un certain nombre d'actes, par exemple) jusqu'à des énoncés qui, malgré leur caractère moralement très contestable (stéréotypes péjoratifs appliqués à des minorités⁶), bénéficieraient probablement de cette protection, en passant par d'autres (comme des affirmations extrêmement injurieuses) qui pourraient ou non en bénéficier, selon la présence ou l'absence de « variables contextuelles »⁷ et leur poids relatif. Le droit à la liberté d'expression s'étend par la force des choses à des propos qui peuvent insulter, choquer ou inquiéter certains groupes sociaux (ce qui n'est pas assimilable à un *droit* d'insulter⁸)⁹. La démocratie a ses zones de friction : le débat et le discours publics engendrent nécessairement des façons de parler très directes et vigoureuses.

La difficulté est alors d'identifier le point à partir duquel la contestation, la critique ou le débat francs tournent au discours de haine, ou plus précisément à une forme de discours de haine. Car il est essentiel de bien faire la différence entre les divers types de discours de haine : ils varient en fonction de l'intention de l'auteur¹⁰, de l'intensité de l'expression, de la gravité de l'impact, etc. La prise en compte d'éléments contextuels peut donc utilement contribuer au paramétrage des réactions ou des politiques à prévoir pour chaque type¹¹. On peut affiner cette différenciation en déterminant si le propos est direct (spécifique, dit-on parfois aussi) ou indirect, voilé ou déclaré, isolé ou récurrent, et appuyé ou non par un pouvoir, une autorité ou une menace¹². Cette

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Pour une analyse détaillée de cette question et d'autres points connexes, voir : Alexandra Timmer, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", 11 *Human Rights Law Review* (n° 4, 2011), 707-738.

⁷ Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis", 24 *Cardozo Law Review* (2003), 1523-1567, p. 1565.

⁸ Voir également Onora O'Neill, "A Right to Offend?", *The Guardian*, 13 février 2006; Francesca Klug, "Freedom of Expression Must Include a Licence to Offend", 1(3) *Religion and Human Rights* (2006), 225-227.

⁹ *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 décembre 1976, série A, n° 24, paragraphe 49.

¹⁰ À ce sujet, Jogchum Vrielink opère une triple distinction très utile entre les auteurs de discours de haine raciste : les contrevenants par conviction, les activistes-instrumentalistes et les auteurs fortuits : Jogchum Vrielink, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België* (Antwerp, Maklu, 2011). p. 466 *sqq.*

¹¹ Voir également : Jean-François Gaudreault-DesBiens, "From Sisyphus's Dilemma to Sisyphus's Duty? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide", 46 *McGill Law Journal* (2000), 121-139, at 133. Voir encore à ce sujet: Bhikhu Parekh, "Is There a Case for Banning Hate Speech?", in Michael Herz & Peter Molnar, Eds., *Content and Context: Rethinking Regulation and Remedies for Hate Speech*, *op. cit.*, 37-56, p. 54-55.

¹² Richard Delgado et Jean Stefancic, "Four Observations about Hate Speech", 44 *Wake Forest Law Review* (2009), 353-370, p. 361. Voir également: Richard Delgado et Jean Stefancic, *Understanding Words That Wound* (Boulder, Colorado, Westview Press, 2004), p. 11-12.

différenciation est indispensable à l'appréciation de l'impact du discours de haine sur ses cibles ou ses victimes.

Une fois reconnue et comprise la différenciation qu'appelle la notion de discours de haine et son importance, on pourra véritablement commencer à examiner la logique d'une réglementation en la matière.

Une telle réglementation doit viser à empêcher le discours de haine de porter atteinte à d'autres droits, et à prévenir certains torts. Le discours de haine, tout d'abord, peut rogner sur d'autres droits de l'homme ou valeurs « publiques opérationnelles »¹³ : dignité, non-discrimination et égalité, participation effective à la vie publique (dont le discours public¹⁴), libertés d'expression, d'association et de religion, etc. Et il convient par ailleurs d'envisager la protection des victimes contre certains torts : troubles psychologiques, blessures narcissiques, obstacles à l'épanouissement, peur, etc.¹⁵.

La gamme des torts à prévenir ou à minimiser est ainsi large et complexe. La difficulté sera d'identifier les critères sur lesquels s'appuyer pour distinguer les torts justifiant ou non des restrictions¹⁶. C'est sur ces critères que reposeront ensuite les approches législatives ou autres du discours de haine. Si certains types – les formes extrêmes – peuvent faire l'objet d'une réglementation (jusqu'en droit pénal), il vaudra mieux s'attaquer à d'autres par l'éducation, la culture, l'information et autres mesures non juridiques (et par conséquent non pénales). Si un cadre juridique se révèle nécessaire, il devra être ample, car le discours de haine couvre un large spectre de propos. Mais l'ampleur seule ne suffit pas : l'approche adoptée devra aussi être différenciée, et le cadre juridique complété par un cadre d'action non juridique, de sorte que des solutions sur mesure soient possibles.

Le discours de haine en droit international

Même si le terme de discours de haine ne figure pas lui-même dans le droit international et n'y est pas défini, de nombreux instruments internationaux contiennent des dispositions relatives à des types de propos que l'on assimilerait en général au discours de haine. Ce sont en particulier¹⁷ :

- la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (« Convention sur le génocide », particulièrement son article III, paragraphe c : incitation directe et publique à commettre le génocide) ;

¹³ Les valeurs publiques opérationnelles sont les valeurs auxquelles tient une société, les voyant comme formant son identité collective ; elles lui servent à réguler les rapports entre ses membres, et constituent la structure morale de la vie publique, lui donnent cohérence et stabilité : Bhikhu Parekh, *Rethinking Multiculturalism: Cultural Diversity and Political Theory* (2nd Edition) (New York, Palgrave Macmillan, 2006), p. 363.

¹⁴ Pour une analyse détaillée de la question, voir : Robert C. Post, "Racist Speech, Democracy, and the First Amendment", 32 *William and Mary Law Review* (1991), 267-327.

¹⁵ Voir, pour une analyse générale, Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado and Kimberlè Williams Crenshaw, Eds., *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (Boulder/San Francisco/Oxford, Westview Press, 1993).

¹⁶ David Kretzmer, "Freedom of Speech and Racism", 8 *Cardozo Law Review* (1987), 445-513, p. 478.

¹⁷ Pour une analyse critique et une évaluation de ces traités, voir : Tarlach McGonagle, *Minority Rights, Freedom of Expression and of the Media: Dynamics and Dilemmas*, op. cit., chapitre 6.

- la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) (particulièrement les articles 4 et 5 – diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, incitation à la discrimination raciale, compte dûment tenu du droit à la liberté d'expression) ;
- le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP, particulièrement ses articles 19 et 20 : liberté d'expression, avec les motifs admissibles de restriction de ce droit, incitation à la haine nationale, raciale ou religieuse constituant une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence).

La CIEDR est largement perçue, à juste titre d'ailleurs, comme une exception parmi les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme contenant des dispositions sur les rapports entre la liberté d'expression et le discours de haine, en ce que son article 4 impose des obligations plus complètes aux Etats parties que les dispositions comparables d'autres traités. Son article 4 exige d'eux qu'ils déclarent *délits punissables* certains propos, alors que l'article 20 du PIDCP, par exemple, pose simplement que certains propos sont *interdits par la loi*, avec une palette plus limitée de teneurs. L'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide déclare elle aussi punissable l'incitation directe et publique à commettre le génocide, mais cette disposition est plus étroitement spécifique que la liste des délits figurant à l'article quatre de la CIEDR.

La portée et la teneur de certaines de ces dispositions ont été encore clarifiées dans des observations générales ou des recommandations, comme l'Observation générale (OG) n° 34 du Comité des droits de l'homme sur la liberté d'opinion et la liberté d'expression¹⁸, où la Recommandation générale (RG) n° 35 du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CEDR) sur la lutte contre le discours de haine¹⁹. Dans sa RG n° 34, le CEDR n'aborde que succinctement les rapports entre les articles 19 et 20 du PIDCP, et clarifie sa jurisprudence antérieure sur des questions afférentes. L'OG n° 35 du CEDR, en revanche, semble annoncer une nouvelle approche du Comité en la matière : s'il a surtout misé par le passé sur des mesures pénales pour lutter contre le discours de haine (à caractère raciste), il souligne mieux à présent la pertinence et le potentiel d'autres actions, notamment sur le plan de l'éducation, de l'information et de la culture. Ce changement de cap pourrait se traduire au fil du temps par un alignement plus étroit de la CIEDR sur d'autres traités internationaux relatifs aux droits de l'homme, comme le PIDCP, ce qui pourrait lui faire perdre le statut à part qu'on lui attribue sur les questions de liberté d'expression.

Il importe de replacer les stratégies de lutte contre le discours de haine adoptées par le Conseil de l'Europe (auxquelles est consacrée la section suivante) dans le contexte des

¹⁸ Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Observations générales n° 34 – Article 19 : libertés d'opinion et d'expression, doc. n° CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, paragraphes 50-52. Pour un commentaire et une analyse, voir : Michael O'Flaherty, "Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee's General Comment No 34", 12 *Human Rights Law Review* (n° 4, 2012), p. 627-654.

¹⁹ CERD Recommandation n° 35 - *Combating racist hate speech*, CERD/C/GC35, 9 septembre 2013 (adoptée à la 83^e session du CERD, 12-30 août 2013, en anglais).

instruments internationaux évoqués ci-dessus (ainsi que d'autres), et des nouveaux développements et initiatives politiques²⁰.

Section I : le Conseil de l'Europe et le discours de haine

Le Conseil de l'Europe déploie un certain nombre de stratégies parallèles de lutte contre le discours de haine. Elles s'inscrivent dans le droit fil de ses traités et d'autres actions de normalisation et de surveillance. Si elles convergent dans l'ensemble par leurs objectifs et leurs approches, chacune a ses propres priorités, centrages et possibilités procédurales – d'où leur grande diversité. Elles couvrent le déni de protection juridique contre le discours de haine ou la réduction de cette protection, la facilitation et la création de moyens d'expression (particulièrement par accès aux médias) pour les minorités, et la promotion de la compréhension et du dialogue interculturels au sein de la société.

La présente section passe en revue les principales de ces stratégies de lutte contre le discours de haine, ainsi que les textes normatifs, la jurisprudence et les dispositifs de surveillance sur lesquels elles s'appuient ; elle se penche d'abord sur les mécanismes conventionnels avant d'aborder les autres actions de normalisation et de suivi non sous-tendues par un traité. Les principaux traités examinés sont la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, la Convention européenne sur la télévision transfrontière et 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. Les actions non conventionnelles ont été mises en place sous les auspices du Comité des Ministres, de l'Assemblée parlementaire et de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), ainsi qu'à l'occasion des conférences ministérielles périodiques sur la politique des communications de masse et les médias et nouveaux services de communication.

1. Convention européenne des droits de l'homme

1.1 Liberté d'expression

L'article 10 de la CEDH est au cœur de la protection européenne du droit à la liberté d'expression :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale,

²⁰ Voir par exemple le Plan d'action de Rabat relatif à l'interdiction de l'incitation à la haine nationale, raciale et religieuse visant à prévenir toute incitation à la discrimination, à l'hostilité et à la violence, conclusions et recommandations issues des quatre ateliers régionaux d'experts organisés par le CDH en 2011, et adoptées par les experts à Rabat (Maroc) le 5 octobre 2012.

à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Son paragraphe 1 présente la liberté d'expression comme possédant trois volets : la liberté d'opinion, celle de recevoir et celle de communiquer des informations ou des idées. Il prévoit aussi pour les Etats la possibilité de réglementer les médias audiovisuels en les soumettant à un régime d'autorisations (cette disposition avait surtout été insérée en réaction au détournement de la radio, de la télévision et du cinéma à des fins de propagande nazie pendant la Seconde Guerre mondiale).

Le paragraphe 2 restreint ensuite le droit défini dans le paragraphe précédent en énumérant un certain nombre de motifs qui *peuvent* légitimer des restrictions, *pour autant* qu'elles soient *prévues par la loi* et *nécessaires dans une société démocratique* – ce qu'il justifie en liant l'admissibilité des restrictions à l'existence de *devoirs* et de *responsabilités* auxquels donne lieu l'exercice de ce droit. Si ce dernier est présenté ici comme assujetti à des responsabilités et devoirs généraux, la Cour européenne des droits de l'homme évoque parfois les responsabilités et droits particuliers de certaines professions dans des domaines comme le journalisme, l'action politique, l'éducation, l'armée, etc. Le caractère casuiste de la jurisprudence de la Cour sur les devoirs et responsabilités, de même que les efforts qu'elle déploie constamment pour appliquer à l'Internet ses principes en matière de liberté d'expression (voir ci-dessous) conduisent à penser qu'elle va un jour ou l'autre commencer à donner des indications sur la teneur des devoirs et responsabilités des acteurs de l'Internet en ce qui concerne la liberté d'expression.

La Cour européenne des droits de l'homme a mis au point un dispositif de détermination des violations de l'article 10 de la CEDH. En gros, dès qu'il est établi qu'il a été porté atteinte au droit à la liberté d'expression, elle vérifie d'abord que cette restriction est prévue par la loi (c'est-à-dire qu'elle est convenablement accessible et raisonnablement prévisible dans ses effets), puis qu'elle vise un but légitime (l'un des objectifs décrits au paragraphe 2 de l'article 10), et enfin qu'elle est nécessaire dans une société démocratique (c'est-à-dire qu'elle répond à « un besoin social impérieux ») et proportionnée au but légitime poursuivi.

Conformément à la doctrine de la marge d'appréciation, qui module notablement la façon dont la CEDH est interprétée au niveau national, les Etats jouissent d'une certaine discrétion dans la réglementation de l'expression²¹. La largeur de cette marge, que surveille la Cour européenne des droits de l'homme, varie selon la nature de l'expression concernée. Elle est étroite pour ce qui est de l'expression politique, plus large pour ce qui est de la morale publique, de la décence et de la religion. Cela s'explique généralement par l'absence de consensus européen sur la nécessité et les façons de réglementer ces domaines. Dans son rôle de surveillance, la Cour européenne des droits de l'homme ne se substitue pas aux autorités nationales, elle examine leurs décisions à la lumière de la marge d'appréciation que laisse l'article 10 de la CEDH. Elle examine donc la requête dans son contexte large, et détermine si la justification de la restriction de la liberté d'expression donnée par les autorités nationales et ses

²¹ Issue de la jurisprudence de la Cour, cette doctrine sera évoquée dans le préambule de la CEDH dès l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 amendant la Convention.

modalités sont pertinentes et suffisantes sur le plan de l'interprétation de la Convention.

Outre la doctrine de la marge d'appréciation, la Cour a adopté trois autres principes d'interprétation particulièrement importants en ce qui concerne le droit à la liberté d'expression : la doctrine de la protection de tous les droits concrets et effectifs garantis par la Convention, par opposition à des droits théoriques ou illusoire²² ; la doctrine selon laquelle la CEDH est un instrument vivant²³, à interpréter « à la lumière des conditions de vie actuelles »²⁴ ; et la doctrine des obligations positives, qui signifie fondamentalement qu'il ne suffit souvent pas à l'Etat de se conformer à l'obligation négative usuelle de non-ingérence pour garantir de façon concrète et effective à tous l'exercice de tous les droits garantis dans la CEDH (la Cour a ainsi affirmé dans l'affaire *Özgür Gündem c. Turquie* que « l'exercice réel et efficace [de la liberté d'expression] ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux »²⁵).

1.2 Discours de haine

Dans son important arrêt en l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni* (qui portait sur une restriction de la liberté d'expression nécessitée par la protection de la morale), la Cour affirme 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 heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de “société démocratique”. »²⁶ L'arrêt *Handyside* admet qu'une société démocratique doit ouvrir et préserver un espace de réflexion et de débat publics, qu'elle a ses aspérités, et que le débat public suscite inévitablement des désaccords et des collisions entre points de vue contradictoires. Ces désaccords et collisions, même lorsqu'ils s'expriment dans des termes énergiques, sont en général protégés par l'article 10 (qui ne couvre la teneur de l'information et des idées, mais aussi leur forme d'expression).

Les bornes de cette protection sont définies à l'article 17 de la CEDH, une clause classique de prévention de l'utilisation abusive des droits garantis²⁷. On peut y voir un dispositif de sécurité empêchant de se fonder sur la lettre de la CEDH dans des

²² *Airey c. Irlande*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 octobre 1979, paragraphe 24.

²³ Pour une rétrospective de l'émergence de la doctrine de l'instrument vivant (avec son évolution récente) à la Cour européenne des droits de l'homme, voir : Alastair Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 5: 1 (2005), 57-79.

²⁴ *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 avril 1978, série A, n° 26, paragraphe 31; *Matthews c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, paragraphe 39.

²⁵ *Özgür Gündem c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section) du 16 mars 2000, paragraphe 43.

²⁶ *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, paragraphe 49.

²⁷ « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

intentions contraires à son esprit. Bien que la Cour n'en ait pas fait une application tout à fait systématique²⁸, elle tend généralement à l'invoquer pour empêcher que la protection de l'article 10 ne s'étende au racisme²⁹, à la xénophobie ou aux propos antisémites³⁰, aux déclarations niant, contestant, minimisant ou pardonnant la Shoah³¹ ou les idées (néo-)nazies³². Elle a régulièrement estimé que les affaires relatives à des propos de ce type étaient irrecevables, car sans fondement.

Le terme de discours de haine ne figure pas dans la CEDH, et la Cour l'a utilisé pour la première fois en 1999³³ sans expliquer son introduction, son but ou ses liens avec la jurisprudence existante ; elle ne l'a toujours pas défini³⁴. Elle semble plutôt analyser chaque affaire sur le fond, veillant à ne pas enfermer ses raisonnements et sa jurisprudence dans des définitions qui pourraient ensuite restreindre sa marge d'action³⁵.

Trois des quatre aux arrêts où figure le terme de discours de haine sont formulés exactement de la même façon :

La Cour souligne que les « devoirs et responsabilités » qui accompagnent l'exercice du droit à la liberté d'expression de la part des professionnels des médias revêtent une importance spéciale en cas de conflit et de tension. Il convient d'examiner avec une vigilance particulière la publication des opinions de représentants d'organisations qui recourent à la violence contre l'Etat, *faute de quoi les médias risquent de devenir un support de diffusion de discours de haine et d'incitation à la violence*. (Nous soulignons.)

La Cour mettait ainsi en garde contre la diffusion d'un certain type de propos, qu'elle cherchait à prévenir. L'absence de définition du discours de haine dans ce contexte est gênante pour ce qui est de l'interprétation juridique, du développement doctrinal, ainsi

²⁸ Pour une analyse détaillée, voir: Hannes Cannie & Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (n° 1, 2011), p. 54-83; David Keane, "Attacking hate speech under Article 17 of the European Convention on Human Rights", 25 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (n° 4, 2007), p. 641-663.

²⁹ Exemples : *Seurot c. France*, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section) le 18 mai 2004, requête n° 57383/00 ; *Norwood c. United Kingdom*, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme le 16 novembre 2004, requête n° 23131/03, rapports 2004-XI.

³⁰ Voir par exemple *Pavel Ivanov c. Russie*, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme (première section) le 20 février 2007, requête n° 35222/04.

³¹ Exemples : *Garaudy c. France*, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme (quatrième section) le 24 juin 2003, requête n° 65831/01, rapports 2003-IX. Voir également, Tarlach McGonagle, "Wresting (Racial) Equality from Tolerance of Hate Speech" (2001) 23 *Dublin University Law Journal* 21-54.

³² Par exemple : *H., W., P. and K. c. Autriche*, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 12774/87, 62 DR (1989) 216.

³³ Il semble que le terme soit apparu dans quatre arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, tous du 8 juillet 1999: *Sürek c. Turquie* (n° 1), paragraphe 62; *Sürek & Özdemir c. Turquie*, paragraphe 63; *Sürek c. Turquie* (n° 4), paragraphe 60 et *Erdogdu & Ince c. Turquie*, paragraphe 54.

³⁴ Voir également : Tarlach McGonagle, *Minority rights, freedom of expression and of the media: dynamics and dilemmas*, *op. cit.*, sections 6.2.1 et 7.1.

³⁵ Françoise Tulkens, "When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights", in Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle & Anna Austin, Eds., *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza* (Oisterwijk, Pays-Bas, Wolf Legal Publishers, 2012), p. 279-295, 281.

que de la stabilité et de la prévisibilité générales. Mais elle n'a pas d'incidence sur le fond, dans la mesure où l'affaire n'était pas centrée sur des occurrences particulières de discours de haine. On pourra dire qu'il est plus important de définir ce qui est en cause que ce qui ne l'est pas.

Cela se retrouve dans la dernière affaire des quatre dans lesquelles apparaît le terme de discours de haine, *Sürek c. Turquie*, où la Cour l'a utilisé d'une façon qui pourrait empreindre notablement l'interprétation de la notion. Elle « rappelle que le simple fait que des "informations" ou "idées" heurtent, choquent ou inquiètent ne suffit pas à justifier » une ingérence. Mais elle ajoute : « En l'espèce *sont toutefois en jeu* un discours de haine et l'apologie de la violence. »³⁶ Ce qui est important ici, c'est que la Cour évoque un nouveau type de propos qu'elle considère comme sortant de la protection définie dans l'affaire *Handyside* et son sillage³⁷. Dès lors que la notion est utilisée pour distinguer des catégories de propos protégés ou non par l'article 10 de la CEDH, le besoin devient plus pressant de l'expliquer et de la circonscrire. Si une catégorie ou un type particulier de propos ne sont pas couverts par la protection, il est indispensable, ne serait-ce que dans l'intérêt de la certitude et de la prévisibilité du droit, que la Cour indique clairement ce que recouvrent en pratique le terme ou la catégorie.

En l'absence de définition, la lumière se fait peu à peu, à mesure que se complète la jurisprudence (dont quelques aspects sont abordés dans les paragraphes ci-dessous)³⁸. Cependant, eu égard à la diversité des types de propos que l'on pourrait subsumer sous la notion de discours de haine, il importe également de distinguer les types de réponses (juridiques), par exemple en mettant davantage l'accent sur l'incitation plutôt que sur la tendance du discours de haine à produire certains effets³⁹. Il faut aussi se garder de toute inflation ou de toute généralisation abusive⁴⁰. En 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu pour la première fois le discours de haine homophobe⁴¹ ; on ne voit pas très bien pour l'instant si elle reconnaîtra aussi à l'avenir le discours de

³⁶ (Nous soulignons). *Ibid.*, paragraphe 62.

³⁷ *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

³⁸ Voir également à ce propos : Unité de presse, Cour européenne des droits de l'homme, *Fiche thématique – Le discours de haine*, juillet 2013; Tarlach McGonagle, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", *op. cit.*; Mario Oetheimer, "Protecting Freedom of Expression: The Challenge of Hate Speech in the European Court of Human Rights Case Law", 17 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 427 (2009); Mario Oetheimer, "La Cour européenne des Droits de l'Homme face au discours de haine" (2007) 69 (1) *Rev. trim. d h* 63; Anne Weber, *Manuel sur le discours de haine* (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009).

³⁹ Stefan Sottiaux, "'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence", 7 *European Constitutional Law Review* (2011, n° 1), p 40-63, p. 62-63. Voir également, *Ibid.*, p. 57-58.

⁴⁰ Françoise Tulkens, "When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights", *op. cit.*, p. 295.

⁴¹ *Vejdeland et autres c. Suède*, arrêt du 9 février 2012. Le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire ont tous deux adopté en 2010 des textes définissant des mesures de lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, à savoir : Recommandation CM/Rec(2010)5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur des mesures visant à combattre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre, 31 mars 2010; Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1728 (2010)1, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 29 avril 2010 ; et Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1915 (2010)1, Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre, 29 avril 2010.

haine sexiste, misogyne, ou s'attaquant à des personnes handicapées – tous types qui auraient parfaitement leur place dans l'acception actuelle du terme.

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Jersild c. Danemark* a beaucoup contribué à façonner la jurisprudence de la cour en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et le discours de haine⁴². M. Jens Olaf Jersild, un journaliste danois, avait été condamné pour complicité dans la diffusion de propos racistes lors d'une émission de télévision qu'il animait. Les propos litigieux provenaient de membres d'un groupe d'extrême droite, les « blousons verts », et le journaliste a surtout été condamné parce qu'il n'avait pas explicitement contredit les propos racistes et xénophobes des personnes qu'il interrogeait, ou ne s'en était pas distancié. La Cour européenne des droits de l'homme avait estimé que cette condamnation n'était pas « nécessaire dans une société démocratique », et qu'il y avait eu violation de l'article 10 de la CEDH. Cette conclusion s'appuyait largement sur l'examen du contexte (émission d'information) et l'importance de l'autonomie des journalistes dans le fonctionnement de la démocratie. La Cour a estimé qu'il avait été porté atteinte au droit du journaliste à la liberté d'expression, notamment parce qu'il n'appartient pas à la justice « de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter » pour produire « un compte rendu objectif et équilibré ».⁴³

La Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé dans son arrêt en l'affaire *Nachova* que les autorités « doivent user de tous les moyens dont elles disposent pour lutter contre le racisme et renforcer de la sorte une conception de la société démocratique où la diversité n'est pas perçue comme une menace mais comme une source d'enrichissement »⁴⁴.

Dans l'affaire *Seurot c. France*, un enseignant avait été sanctionné pour avoir publié dans un bulletin scolaire un article dans lequel il déplorait que l'on n'ait pas prévu que « des hordes musulmanes [d'Afrique du Nord] inassimilables débarqueraient et investiraient les plus reculés de nos cantons. La Cour européenne des droits de l'homme avait jugé que la sanction n'enfreignait pas la liberté d'expression garantie au requérant par l'article 10 de la CEDH en raison du caractère incontestablement raciste de l'article, incompatible avec les devoirs et responsabilités qui incombent au requérant en sa qualité d'enseignant.

Dans l'affaire *Norwood c. Royaume-Uni*, le requérant, un responsable régional du Parti national britannique (*British National Party – BNP*) d'extrême droite, avait arboré à la fenêtre de son appartement une affiche qui était une photographie des Twin Towers en flammes, avec les termes « L'Islam, dehors ! – Protégeons le peuple britannique » inscrits dessus ainsi que le symbole du croissant et de l'étoile reproduit dans un panneau d'interdiction. Il avait été condamné par les tribunaux britanniques pour

⁴² *Jersild c. Danemark*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 septembre 1994, série A, n° 298.

⁴³ *Ibid.*, paragraphe 31.

⁴⁴ *Nachova et autres c. Bulgarie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) du 6 juillet 2005, paragraphe 145. Voir également: *Timishev c. Russie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section) du 13 décembre 2005, paragraphe 56; *D.H. et autres c. République tchèque*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) du 13 novembre 2007, paragraphe 176.

atteinte à l'ordre public, et la Cour européenne des droits de l'homme avait approuvé leur appréciation des faits, concluant que cet acte ne bénéficiait pas de la protection de l'article 10 de la CEDH au motif que :

[...] les termes et les images figurant sur l'affiche constituaient l'expression publique d'une attaque dirigée contre tous les musulmans du Royaume-Uni. Une attaque aussi véhémente, à caractère général, contre un groupe religieux, qui établit un lien entre l'ensemble du groupe et un acte terroriste grave, est contraire aux valeurs proclamées et garanties par la Convention, à savoir la tolérance, la paix sociale et la non-discrimination.

La Cour a repris cette conclusion dans l'affaire *Pavel Ivanov c. Russie*⁴⁵, à la suite d'une condamnation pour incitation publique à la haine contre le peuple juif. Elle s'était rangée à l'avis des tribunaux nationaux en estimant que la série d'articles écrits et publiés par le requérant possédait une « teneur fortement antisémite »⁴⁶.

Des éléments d'idéologies ou des activités d'inspiration nazie reviennent fréquemment dans une grande partie des requêtes évoquées ci-dessus, régulièrement jugées irrecevables par la Cour (et la Commission européenne des droits de l'homme par le passé). Le degré d'incompatibilité du nazisme avec la CEDH apparaît bien dans la décision, souvent citée, de la Commission européenne des droits de l'homme en l'affaire *H., W., P. et K. c. Autriche* : « La Commission observe que le national-socialisme est une doctrine totalitaire incompatible avec la démocratie et les droits de l'homme et que ses partisans visent incontestablement des objectifs du type mentionné à l'article 17. »⁴⁷ La Cour a adopté une position très nette contre le discours de haine dans l'affaire *Garaudy c. France*⁴⁸, relative aux condamnations prononcées à l'encontre des requérants pour contestation de crimes contre l'humanité, diffamation publique raciale et provocation à la haine raciale. La Cour avait estimé que :

[...] il ne fait aucun doute que contester la réalité de faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, comme le fait le requérant dans son ouvrage, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité. L'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents, car il s'agit en fait de réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention.

La Cour considère que la plus grande partie du contenu et la tonalité générale de l'ouvrage du requérant, et donc son but, ont un caractère négationniste marqué et vont donc à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention. [...] ⁴⁹

L'affaire *Lehideux et Isorni c. France*⁵⁰ serait peut-être plus problématique pour ce qui est des bornes de la liberté d'expression. Un encart publicitaire avait été publié dans le

⁴⁵ *Pavel Ivanov c. Russie*, op. cit.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁴⁷ Commission européenne des droits de l'homme, décision sur la recevabilité, requête n° 12774/87, 62 DR (1989) 216, p. 223.

⁴⁸ *Garaudy c. France*, op. cit.

⁴⁹ *Ibid.*, « En droit », 1, i, 4^e paragraphe.

quotidien national *Le Monde* dans le cadre d'une campagne de réhabilitation de la mémoire du maréchal Pétain : il présentait la vie du général sous un jour sélectif et avantageux, sans aucune mention de certains moments plus troubles. La cour avait là encore confirmé que la protection ne saurait s'étendre à tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention⁵¹ ; mais comme l'encart ne remettait pas en question la Shoah et ne disait rien qui l'aurait fait tomber sous le coup de l'article 17, elle avait estimé qu'il entraînait dans la catégorie des publications polémiques protégées par l'article 10⁵².

Ces deux décisions, conjointement et séparément, ont beaucoup contribué à la clarification de ce que serait un énoncé performatif⁵³ insultant, mais non automatiquement assimilable à l'une des diverses formes d'approbation ou d'incitation définies dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme⁵⁴. Cette zone d'ombre s'éclaire à mesure qu'avance la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière. L'affaire *Gündüz c. Turquie*, par exemple, nous fait aussi mieux comprendre où la Cour poserait la ligne de démarcation. Le requérant, dirigeant d'une secte islamiste, avait participé à un débat télévisé abordant des sujets comme la tenue des femmes, l'Islam, la laïcité et la démocratie. Il avait été condamné par les tribunaux turcs pour incitation à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion. Mais la Cour européenne des droits de l'homme avait estimé que :

[...] il ne fait aucun doute qu'à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention, des expressions visant à propager, inciter à ou justifier la haine fondée sur l'intolérance, y compris l'intolérance religieuse, ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la Convention. Toutefois, de l'avis de la Cour, le simple fait de défendre la charia, sans en appeler à la violence pour l'établir, ne saurait passer pour un « discours de haine ». Au demeurant, l'affaire de M. Gündüz se situe dans un contexte bien particulier [...] l'émission télévisée avait pour but de présenter la secte dont le requérant fut le dirigeant ; ensuite, les idées extrémistes de ce dernier étaient déjà connues et avaient été débattues par le public et notamment contrebalancées par l'intervention des autres participants au cours de l'émission en question ; enfin, elles ont été exprimées dans le cadre d'un débat pluraliste auquel l'intéressé participait activement. Dès lors, la Cour estime qu'en l'espèce la nécessité de la restriction litigieuse ne se trouve pas établie de manière convaincante.⁵⁵

⁵⁰ *Lehideux & Isorni c. France*, 23 septembre 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-VII.

⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 53. Voir également *Jersild c. Danemark*, *op. cit.*, paragraphe 35.

⁵² *Ibid.*, paragraphes 52, 55.

⁵³ Pour un aperçu général de la notion d'énoncé performatif, voir : J. L. Austin, *Quand dire c'est faire*, Paris, Ed. du Seuil, 1970 / *How to do things with words* (Oxford/New York/Toronto/Melbourne, Oxford University Press, Repr., 1980); Judith Butler, *Excitable Speech: A Politics of the Performative* (New York, etc., Routledge, 1997).

⁵⁴ Voir en particulier l'art. 20 du PIDCP :

1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.
2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

⁵⁵ *Gündüz c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (première section) du 4 décembre 2003, paragraphe 51.

Dans l'affaire *Féret c. Belgique*⁵⁶, un homme politique belge avait été condamné pour incitation à la haine, à la discrimination et à la violence en raison du contenu raciste et xénophobe d'un tract de propagande politique de son parti distribué à l'occasion d'une campagne électorale. Au moment des faits, le requérant était président du parti politique belge d'extrême droite Front national, et rédacteur en chef de son organe, webmestre de son site Internet (également utilisé pour la diffusion du tract litigieux) et député à la Chambre des représentants de Belgique. Il avait été condamné à une peine de 250 heures de travail à exécuter dans le secteur de l'intégration des personnes de nationalité étrangère, avec « emprisonnement subsidiaire » de 10 mois. Il avait également été interdit d'exercice du droit à l'éligibilité pour 10 ans, et condamné à payer la somme provisionnelle de 1 euro à chacune des parties civiles.

La Cour européenne des droits de l'homme avait estimé qu'il n'y avait pas eu ingérence dans l'exercice par l'intéressé de sa liberté d'expression, notamment en raison de l'impact de propos racistes ou xénophobes en période électorale⁵⁷, et du devoir qu'ont les partis politiques « d'éviter [de prôner des solutions] en préconisant la discrimination raciale et en recourant à des propos ou des attitudes vexatoires ou humiliantes, car un tel comportement risque de susciter parmi le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques »⁵⁸. Eu égard à la nature civile des sanctions et au sursis dont était assortie la peine de prison, la Cour n'avait pas jugé les sanctions excessives⁵⁹. Cette décision a été controversée, et les questions qu'elle soulève restent pendantes, comme en témoigne l'opinion dissidente conjointe, qui examinait notamment le rapport entre la prise à partie politique et l'expression d'un message raciste, ainsi que la nature spéculative du lien établi entre les propos litigieux et les torts qu'ils pourraient causer⁶⁰.

L'analyse précédente a esquissé les grands principes adoptés par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne les propos racistes et haineux (de diverses sortes). A première vue, l'article 17 semble retirer la protection à un certain nombre de propos particulièrement insultants ; mais un examen plus soigneux de la jurisprudence révèle que la Cour examine les faits sur le fond. On s'aperçoit qu'elle ne fait pas un usage absolument cohérent de l'article 17, ce qui suscite certaines inquiétudes en ce qui concerne le développement de la doctrine. L'article 17 ayant des effets très marqués sur la liberté d'expression (ce qui a parfois conduit à le qualifier de « disposition guillotine »⁶¹), des spécialistes réputés ont appelé à l'invoquer avec modération⁶². Certains ont même souhaité que la Cour n'en fasse pas usage et lui préfère les critères de fond appliqués au discours de haine lorsqu'il est examiné à la lumière de

⁵⁶ *Féret c. Belgique*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section) du 16 juillet 2009.

⁵⁷ *Ibid.*, paragraphe 76.

⁵⁸ *Ibid.*, paragraphe 77.

⁵⁹ *Ibid.*, paragraphe 80.

⁶⁰ Opinion dissidente du juge Andràs Sajó, à laquelle se ralliaient les juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria.

⁶¹ Françoise Tulkens, "When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights", *op. cit.*, p. 284.

⁶² *Ibid.*, p. 284-285.

l'article 10⁶³, arguant qu'il convient de tenir compte de tous les éléments de fait et de droit, comme la teneur, le contexte, l'intention, l'impact et la proportionnalité de l'ingérence, avant de pouvoir conclure avec une certitude (relative) que telle ou telle activité a eu ou aura lieu⁶⁴.

1.3 Expression d'opinions politiques

Les arguments en faveur de la protection de la liberté d'expression sont nombreux, riches et variés⁶⁵. Ils touchent à la participation à la vie d'une société démocratique, à l'épanouissement personnel, à la recherche de la vérité, à la méfiance à l'égard des gouvernements, outre d'autres raisons fonctionnalistes. Ceux qui ont trait à la démocratie ont toujours figuré en bonne place dans la jurisprudence de la Cour relative à l'article 10, ce qui s'explique par la « place primordiale de la démocratie »⁶⁶ parmi les objectifs de la CEDH, ainsi que dans les systèmes juridiques des Etats parties à la Convention. La Cour est même allée jusqu'à affirmer que la démocratie « apparaît [...] comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »⁶⁷.

La Cour a également affirmé que « des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique »⁶⁸. Les Etats sont donc tenus d'organiser « à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif »⁶⁹. Selon la Cour, « dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux. »⁷⁰ Mais l'expression d'opinions politiques jouit d'une protection spéciale, au-delà des cadres et des processus institutionnels, parce que « le libre jeu du débat politique se trouve au cœur même de la notion de société démocratique qui domine la Convention tout entière »⁷¹.

⁶³ Hannes Cannie & Dirk Voorhoof, "The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?", *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*, 83.

⁶⁵ Voir pour une analyse générale : Eric Barendt, *Freedom of Speech* (2nd Edition) (Oxford, Oxford University Press, 2005), p. 6-23; Frederick Schauer, *Free speech: a philosophical enquiry* (Cambridge, etc., Cambridge University Press, 1982).

⁶⁶ Luzius Wildhaber, "A constitutional future for the European Court of Human Rights?", in 23 HRLJ 161 (2002), 162.

⁶⁷ *Parti communiste unifié et autres c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 janvier 1998, paragraphe 45.

⁶⁸ *Bowman c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-I, paragraphe 42.

⁶⁹ *Parti communiste unifié et autres c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 44.

⁷⁰ *Jerusalem c. Autriche*, n° 26958/95, paragraphe 40 ; *A. c. Royaume-Uni*, n° 35373/97, ECHR 2002-X, paragraphe 79.

⁷¹ *Lingens c. Autriche*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 1986, série A, n° 103, paragraphe 42.

Dans ce large contexte, la Cour a distingué les rôles d'un certain nombre d'acteurs politiques, comme les représentants élus (d'opposition), les partis politiques et le gouvernement, et a montré comment la liberté d'expression de chacun varie en fonction de sa fonction ou de son statut.

Dans l'affaire *Lingens*, elle a jugé, ce qui est très important, que « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance »⁷².

Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement, car dans un système démocratique, « ses actions ou omissions doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi de l'opinion publique »⁷³. « En outre, la position dominante qu'il occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il y a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires », ajoute la Cour⁷⁴.

Comme le note l'opinion majoritaire dans l'affaire *Féret*, « précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts »⁷⁵. Ce qui vaut *a fortiori* pour les députés d'opposition. Ces deux principes ont été développés dans la jurisprudence antérieure⁷⁶.

La Cour estime que les partis politiques possèdent « un rôle essentiel dans la garantie du pluralisme et dans le bon fonctionnement de la démocratie »⁷⁷. Cette importance exceptionnelle provient du fait que les partis politiques « seules formations à même d'accéder au pouvoir, ont en outre la faculté d'exercer une influence sur l'ensemble du régime de leur pays »⁷⁸. De plus : « Par leurs projets de modèle global de société qu'ils proposent aux électeurs et par leur capacité de réaliser ces projets une fois arrivés au

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Incal c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 9 juin 1998, Recueil 1998-IV, paragraphe 54 ; *Arslan c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) du 8 juillet 1999, paragraphe 46 ; *Öztürk c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) du 28 septembre 1999, ECHR 1999-VI, paragraphe 66 ; *Sener c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 juillet 2000, paragraphe 40.

⁷⁴ *Arslan c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 46 ; *Öztürk c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 66 ; voir également, pour une formulation à peu près identique : *Incal c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 54 et *Sener c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 40.

⁷⁵ *Féret c. Belgique*, *op. cit.*, paragraphe 65.

⁷⁶ *Castells c. Espagne*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 23 avril 1992, série A, n° 236, paragraphe 42 ; *Piermont c. France*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 avril 1995, série A, n° 314, paragraphe 76 ; *Jerusalem c. Autriche*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (troisième section) du 27 février 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-II, paragraphe 36 ; *Ibrahim Aksoy*, 49.

⁷⁷ *Parti communiste unifié et autres c. Turquie*, *op. cit.*, paragraphe 43.

⁷⁸ *Refah Partisi (Partie de la prospérité) et autres c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) du 13 février 2003, paragraphe 87.

pouvoir, les partis politiques se distinguent des autres organisations intervenant dans le domaine politique »⁷⁹.

La Cour n'a cessé, au fil des ans, d'affirmer dans sa jurisprudence la primauté de l'expression politique. Elle en a même accru la portée, qui s'étendrait désormais au débat sur des questions d'intérêt public au sens large⁸⁰. La presse a là encore un rôle à jouer en matière d'information : « il lui incombe [...] de communiquer des informations et des idées sur les questions débattues dans l'arène politique, tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A sa fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. »⁸¹

1.4 Expression d'opinions politiques et discours de haine

L'expression d'opinions politiques et le discours de haine sont indéniablement aux antipodes pour ce qui est de la protection juridique garantie par l'article 10 de la CEDH, ou *a fortiori* son article 17. Même s'ils vont souvent de pair dans la pratique, ils semblent ne jamais devoir se rencontrer devant la justice, ce qui donne un caractère pour le moins conflictuel à leur relation. Il serait extrêmement utile, pour clarifier la situation, d'examiner de très près la jurisprudence de la Cour sur ces questions.

Il est bien étonnant que dans son arrêt en l'affaire *Féret*, la Cour ne se soit pas référée à d'autres affaires, comme *Norwood*, dont avait connu la même section quelques années auparavant⁸². D'autres références auraient été également possibles, mais l'omission est inexplicable pour *Norwood*⁸³ : l'article 17 avait été jugé applicable dans son cas, mais pas dans celui de *Féret*. Il aurait été très utile que la Cour clarifie cet écart apparent, ne serait-ce que pour confirmer que le facteur déterminant était la véhémence de l'attaque.

Toute personne participant au débat politique doit en principe respecter les limites générales de la liberté d'expression ; mais eu égard à l'importance de ce débat, les variables contextuelles spécifiques imposent parfois un examen particulièrement attentif, par exemple du contenu, du contexte ou de la forme du propos, du statut et de l'intention de l'auteur ou du parti politique, de la nature et de la gravité de l'ingérence et de la sanction. On peut par exemple parfois opérer des distinctions entre : a) un débat

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Voir également : *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 juin 1992, série A, n° 239 ; *Bladet Tromsø & Stensaas c. Norvège*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 20 mai 1999, Recueil des arrêts et décisions, 1999-III ; *Nilsen & Johnsen c. Norvège*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 novembre 1999, Recueil des arrêts et décisions, 1999-VIII ; *Fressoz & Roire c. France*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 21 janvier 1999, Recueil des arrêts et décisions, 1999-I ; *Bergens Tidende & Others c. Norvège*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 mai 2000, Recueil des arrêts et décisions, 2000-IV. Pour un commentaire plus fourni, voir Tarlach McGonagle, "Workshop Report: The Changing Hues of Political Expression in the Media" in Susanne Nikoltchev, Ed., *IRIS Special: Political Debate and the Role of the Media - The Fragility of Free Speech* (Strasbourg, European Audiovisual Observatory, 2004), p. 1-30.

⁸¹ *Lingens c. Autriche*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 1986, série A, n° 103, paragraphe 41.

⁸² Le gouvernement belge a invoqué l'arrêt *Norwood* (voir paragraphe 50), mais la Cour ne s'y est pas référée ailleurs dans son arrêt.

⁸³ Voir par exemple *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, requêtes n° 8348/78 et 8406/78, décision d'irrecevabilité prise par la Cour européenne des droits de l'homme le 11 octobre 1979, Décisions et rapports 18, p. 187. L'affaire *Jersild* ne fait qu'une brève apparition dans l'affaire *Féret*.

en direct, ou encore une réunion ou une manifestation électorale, qui donnent fréquemment lieu à des remarques improvisées dans le feu de l'action, avec peu de possibilités pratiques de rectificatif (rédactionnel) ; et b) un manifeste électoral ou politique, ou encore une communication de campagne concertés et calculés, dont on peut penser qu'ils expriment une intention politique plus sérieuse. On pourra aussi se demander si un propos vise à nourrir le débat public, se veut satirique, exploite des questions sociales sensibles dans des buts électoralistes, ou constitue une incitation à la haine ou à la violence. Dans la même veine, on se demandera aussi si un message (un *tweet*, par exemple) est porteur d'un sens particulier ou codé à l'intention de certains groupes. D'autres questions peuvent se révéler pertinentes : si le propos relève de l'immunité parlementaire, si une sanction d'interdiction de candidature à un mandat politique et proportionnée, etc. L'application directe de l'article 17 empêcherait d'explorer ces facteurs contextuels souvent complexes.

Il serait également utile que la jurisprudence future clarifie la question des devoirs et responsabilités des membres de la classe politique. La liberté d'expression politique n'est pas absolue, mais circonscrite par des devoirs et responsabilités. A cet égard, la Cour a souligné que la lutte contre toute forme d'intolérance faisant partie intégrante de la protection des droits de l'homme, « il est d'une importance cruciale que les hommes politiques, dans leurs discours publics, évitent de diffuser des propos susceptibles de nourrir l'intolérance »⁸⁴. Ce qui veut dire que la protection considérable garantie à la liberté d'expression politique dans une société démocratique « n'inclut pas la liberté d'exprimer des opinions racistes ou des opinions qui incitent à la haine, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toute forme d'intolérance »⁸⁵.

La façon la plus viable de réconcilier l'expression d'opinions politiques et racistes serait sans doute d'arbitrer entre la robustesse de la protection de l'expression politique et le respect des devoirs et responsabilités dont elle s'accompagne. Il est donc d'autant plus regrettable que l'arrêt *Féret* n'explicite guère les devoirs et responsabilités du requérant en sa qualité de député.

Ce délicat arbitrage entre l'expression d'opinions politiques et racistes pourrait bien constituer un test de robustesse pour la Cour, car il s'agit de résorber une tension entre la protection des valeurs fondamentales de la CEDH et l'une des menaces les plus graves pesant sur elles – une tension qui va surgir de plus en plus aussi sur l'Internet à mesure que la classe politique, les partis et les gouvernements recourent davantage aux nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Au-delà des limites imposées par la loi au discours de haine politique, il existe un large espace ouvert à des actions non juridiques de promotion de bonnes pratiques au sein de la classe politique et parmi les partis. Ces mesures se fondent sur les devoirs et responsabilités de tous les acteurs politiques, et leur conception a été abordée en détail dans le cadre du travail de surveillance de l'ECRI (voir ci-dessous) et du Comité consultatif de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales. Des

⁸⁴ *Erbakan c. Turquie*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (première section) du 6 juillet 2006, paragraphe 64. Voir également, en ce qui concerne les devoirs et responsabilités du maire, *Willem c. France*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cinquième section) du 16 juillet 2009, paragraphe 37.

⁸⁵ Préambule, Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias du Comité des Ministres, 12 février 2004.

initiatives comme la Déclaration (de l'ECRI) sur l'utilisation d'éléments racistes, antisémites et xénophobes dans le discours politique⁸⁶ et la Charte des partis politiques européens pour une société non raciste⁸⁷ peuvent aussi être plus largement reprises et rendues plus opérationnelles.

2. Stratégies du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le discours de haine

2.1 Stratégies à base conventionnelle

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales

La Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (CCPMN) garantit un certain nombre de droits aux membres de minorités nationales. Ses articles 6 (promotion de l'esprit de tolérance et du dialogue interculturel) et 9 (liberté d'expression et accès aux médias) sont ceux qui affectent le plus directement le lien entre la liberté d'expression et le discours de haine. Au regard de ces deux articles, en particulier, le Comité consultatif de la Convention (son principal organe de surveillance) a mis au point une ample stratégie de lutte contre l'intolérance, la haine et autres causes du discours de haine. Il cherche à contrer le discours de haine avant même son émergence en soulignant le besoin de favoriser, notamment par les médias, la compréhension et la tolérance interethniques et interculturelles par l'instauration du dialogue entre les communautés. Ces stratégies reflètent la prise de conscience que les médias peuvent contribuer à la promotion de la tolérance et de la compréhension interculturelles, et à l'élimination des stéréotypes et des images péjoratives plaqués sur les minorités. Même si l'article 9 de la Convention met l'accent dans sa formulation sur la radio, la télévision, le cinéma et la presse écrite, on observe dans les activités de surveillance une prise de conscience de l'importance de la communication en ligne.

Convention européenne sur la télévision transfrontière⁸⁸

Le but premier de la Convention européenne sur la télévision transfrontière (CETT) est de « faciliter, entre les Parties, la transmission transfrontière et la retransmission de services de programmes de télévision »⁸⁹, et ainsi de faire progresser la réalisation des objectifs généraux du Conseil de l'Europe, à savoir la liberté d'expression et d'information, le pluralisme, le développement culturel, etc.⁹⁰ L'article 7 (« responsabilités du radiodiffuseur ») rappelle que toutes les émissions doivent

⁸⁶ Adoptée le 17 mars 2005.

⁸⁷ Adoptée le 28 février 1998.

⁸⁸ L'avenir politique de ce traité est incertain, sa révision ayant été officiellement abandonnée. Pour plus ample information, voir : communiqué de presse du Conseil de l'Europe, « Abandon de la révision de la Convention sur la Télévision transfrontière », 4 février 2011, consultable à : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/t-tt/default_FR.asp?

⁸⁹ Article 1 de la CETT.

⁹⁰ Préambule de la CETT.

respecter la dignité de la personne humaine et les droits fondamentaux d'autrui, et ne pas inciter à la haine raciale.

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

Il a beaucoup été reproché à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité qu'elle n'abordait pas le racisme et la xénophobie. Un protocole additionnel (PA) a promptement été préparé pour combler cette lacune ; il demande aux Etats parties d'adopter et de faire respecter un dispositif législatif ou d'autres mesures efficaces pour ériger en infractions pénales des actes de racisme « commis intentionnellement et sans droit » par le biais de systèmes informatiques. Les mesures déployées au niveau national doivent porter sur la diffusion par systèmes informatiques de matériel raciste et xénophobe (article 3), de menaces (article 4) et d'insultes (article 5) avec une motivation raciste et xénophobe, ainsi que sur la négation, la minimisation grossière, l'approbation ou la justification du génocide ou des crimes contre l'humanité (article 6), et sur l'aide et la complicité (article 7). Comme l'indique son titre, le Protocole porte d'abord et avant tout sur des mesures pénales de lutte contre le discours de haine en ligne, ce qui ne laisse guère de place à l'exploration de solutions et réponses en droit civil ou d'une autre nature (non juridique).

2.2 Stratégies politiques, d'orientation et de suivi

Comité des Ministres

Le Comité des Ministres a surtout abordé le discours de haine en 1997, lorsqu'il a adopté sa Recommandation sur le discours de haine⁹¹ et sa Recommandation sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance⁹². La première examine le rôle négatif que peuvent jouer les médias dans la diffusion du discours de haine, la seconde la contribution positive qu'ils peuvent apporter à la lutte contre ce phénomène. Ces deux recommandations sont donc à l'évidence complémentaires. La Recommandation 97 (20) définit ainsi le discours de haine :

toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration.⁹³

⁹¹ Recommandation n° (97)20 du Comité des Ministres aux États membres sur le discours de haine, 30 octobre 1997.

⁹² Recommandation n° (97)21 du Comité des Ministres aux États membres sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance, 30 octobre 1997.

⁹³ Recommandation n° (97) 20, *op. cit.* La préparation de cette recommandation remonte au Sommet des chefs d'État et de gouvernement tenu à Vienne en 1993, qui avait notamment adopté une déclaration et un plan d'action sur la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme et l'intolérance. La déclaration définissait le travail à accomplir dans son sillage. Ce qui explique formellement pourquoi la recommandation (97) 20 sur le discours de haine ne couvre pas toutes les formes d'intolérance (par exemple, l'intolérance fondée sur le sexe, l'orientation sexuelle, l'âge, les handicaps, etc.). Exposé des motifs de la Recommandation n° (97) 20 sur le discours de haine, paragraphe 22.

Le préambule rattache clairement la recommandation aux principales normes du droit international traitant de la liberté d'expression et de la lutte contre le racisme. Il reconnaît la nécessité de lutter contre « toutes les formes d'expression qui incitent à la haine raciale, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toutes formes d'intolérance, car elles minent la sécurité démocratique, la cohésion culturelle et le pluralisme ». Il attire également l'attention sur un certain nombre de paradoxes centraux, comme le fait que la diffusion de messages de ce type par les médias peut leur donner « un impact plus grand et plus dommageable », mais qu'il n'en est pas moins nécessaire de « respecter pleinement l'indépendance et l'autonomie éditoriales des médias ». Certaines contradictions sont difficiles à résoudre dans l'abstrait, ce qui veut dire que la Recommandation vise plutôt à fournir des éléments de réflexion pour l'application à des cas spécifiques.

Le dispositif du document recommande aux gouvernements nationaux d'entreprendre des actions appropriées pour mettre en œuvre les principes énoncés dans son annexe : « de s'assurer que de telles actions s'inscrivent dans le cadre d'une approche globale qui s'attaquerait aux causes profondes – sociales, économiques, politiques, culturelles et autres – de ce phénomène ; si cela n'a pas déjà été fait, de procéder à la signature, à la ratification et à la mise en œuvre effective dans le droit interne de la CIERD [...] ; d'examiner leurs législations et pratiques internes, afin de s'assurer de leur conformité aux principes figurant en annexe » à la recommandation⁹⁴.

Les principes en question couvrent un large spectre de questions. Le premier souligne que les fonctionnaires ont la responsabilité particulière de s'abstenir d'effectuer des déclarations, en particulier à travers les médias, pouvant raisonnablement être prises pour un discours de haine ou avoir les mêmes effets ; « ces expressions doivent être prohibées et condamnées publiquement en toute occasion », est-il précisé. Le Principe 2 prévoit que « les gouvernements des Etats membres devraient établir ou maintenir un cadre juridique complet et adéquat, composé de dispositions civiles, pénales et administratives portant sur le discours de haine. Ce cadre devrait permettre aux autorités administratives et judiciaires de concilier dans chaque cas le respect de la liberté d'expression avec le respect de la dignité humaine et la protection de la réputation ou des droits d'autrui. » Plusieurs façons d'y parvenir sont ensuite détaillées. On lit dans le troisième principe que « les gouvernements des Etats membres devraient veiller à ce que, dans le cadre juridique mentionné au principe 2, toute ingérence des autorités publiques dans la liberté d'expression soit étroitement limitée et appliquée de façon non arbitraire conformément au droit, sur la base de critères objectifs ».

Le Principe 4 affirme que certaines formes particulièrement virulentes de discours de haine ne bénéficient pas de la protection de l'article 10 de la CEDH. Il s'agit ici d'une référence à l'importance de l'article 17 de la CEDH et de la jurisprudence sur les liens entre l'article 10 et l'article 17. Et le Principe 5 demande de respecter strictement le principe de proportionnalité dans les sanctions prises à l'égard des personnes condamnées pour des délits relatifs au discours de haine.

⁹⁴ Recommandation n° R (97) 20, *op. cit.*, paragraphes 1-4.

Si l'ensemble de la recommandation évoque d'une façon générale l'affaire *Jersild*⁹⁵, le Principe 6 revient très nettement sur l'une des conclusions de la Cour en demandant au droit et à la pratique d'établir « une claire distinction entre, d'une part, la responsabilité de l'auteur des expressions de discours de haine et, d'autre part, la responsabilité éventuelle des médias et des professionnels des médias qui contribuent à leur diffusion dans le cadre de leur mission de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public ». L'argument est que l'« on ferait indûment obstruction au rôle des médias si le simple fait de collaborer à la diffusion de ces déclarations engageait la responsabilité juridique du média ou du professionnel du média concerné »⁹⁶. Et le Principe 7 demande, dans ce prolongement, que le droit et la pratique internes tiennent compte du fait que :

- les informations relatives au racisme, à la xénophobie, à l'antisémitisme et aux autres formes d'intolérance sont pleinement protégées par l'article 10, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et ne peuvent faire l'objet d'ingérence que dans le respect des conditions établies au paragraphe 2 du même article ;
- les règles et les critères utilisés par les autorités nationales pour évaluer la nécessité de limiter la liberté d'expression doivent être conformes aux principes contenus à l'article 10, tel qu'interprété par la jurisprudence des organes de la Convention. Elles doivent tenir compte en particulier de la forme, du contenu, du contexte et du but des informations ;
- le respect des libertés journalistiques implique que les tribunaux et les autorités publiques s'abstiennent d'imposer leurs points de vue aux médias quant aux types de techniques d'information que les journalistes doivent adopter.⁹⁷

Recommandation 97(21)

Si la lutte contre le discours de haine relève d'une démarche défensive ou réactive, la promotion de la tolérance, qui lui est intimement liée, est plus proactive. La Recommandation n° (97) 21 sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance avait été conçue comme un complément logique à la recommandation sur le discours de haine. La raison première de la préparation d'une recommandation distincte sur la contribution positive que peuvent apporter les médias à la lutte contre le discours de haine était la suivante :

S'agissant de la propagation du racisme et de l'intolérance, la possibilité existe en principe d'imposer des normes juridiquement contraignantes sans violer la liberté d'expression et le principe de l'indépendance éditoriale. En revanche, s'agissant de la promotion d'une contribution positive des media, il faut prendre les plus grandes précautions pour éviter de s'ingérer dans ces principes. Ce domaine appelle des mesures d'encouragement plutôt que des mesures juridiques.⁹⁸

⁹⁵ Voir Exposé des motifs de la Recommandation n° (97) 20, *op. cit.*, paragraphes 19, 30, 38, 46 *sqq.*

⁹⁶ *Ibid.*, paragraphe 38.

⁹⁷ Recommandation n° (97) 20, *op. cit.*, Annexe, principe 7.

⁹⁸ Exposé des motifs de la Recommandation n° (97) 20, *op. cit.*, paragraphe 12.

La Recommandation exhorte les Etats membres à sensibiliser tous les médias aux pratiques médiatiques qu'elle promeut, et à envisager de soutenir les initiatives visant à atteindre les objectifs qu'elle définit. La formation initiale et la formation continue, est-il suggéré, pourraient faire davantage pour sensibiliser les (futurs) professionnels des médias aux questions de multiculturalisme, de tolérance et d'intolérance. Une réflexion à ce sujet est nécessaire dans le grand public, mais elle est essentielle aussi dans les entreprises du secteur des médias. La recommandation souligne en outre qu'il serait souhaitable que des instances représentatives des professionnels des médias entreprennent « des programmes d'action ou des initiatives pratiques en faveur de la promotion d'une culture de tolérance » ; ces initiatives et actions pourraient aller de pair avec des codes de conduite.

Les services de radiodiffusion, particulièrement lorsqu'ils ont une mission de service public, sont invités à réserver « une place appropriée à des services de programmes, y compris aux heures de grande écoute, susceptibles de promouvoir l'intégration de tous les individus, groupes et communauté, ainsi que des espaces d'antenne proportionnés à l'expression des diverses communautés ethniques, religieux et autres ». Il leur est également demandé de promouvoir les valeurs du multiculturalisme dans leurs programmes, notamment ceux qui s'adressent à des enfants. Et enfin, la Recommandation évoque les avantages de codes de conduite interdisant la discrimination et les stéréotypes négatifs dans le secteur de la publicité. Elle évoque également l'utilité de campagnes publicitaires de promotion de la tolérance.

Ces deux recommandations « jumelles » sur le discours de haine et sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance constituent des documents de référence très suivis parmi les textes normatifs adoptés par le Comité des Ministres. Elles sont fréquemment citées dans d'autres recommandations des déclarations. On les retrouve par exemple – elles ou les principes qui les sous-tendent, comme la protection de la dignité humaine – dans l'approche adoptée par le Comité des Ministres en matière de liberté du débat politique, de lutte contre le terrorisme, de promotion du dialogue interculturel, de sauvegarde des droits de l'homme dans un environnement numérique et de protection des mineurs, particulièrement en ligne⁹⁹.

Assemblée parlementaire

L'Assemblée parlementaire s'est concentrée ces dernières années, en matière de discours de haine, sur les zones de friction entre la liberté d'expression, la liberté de religion et le discours de haine. Son approche générale de ces questions, comme celle d'autres organes du Conseil de l'Europe, mêle des mesures restrictives et des actions de promotion, pour des raisons d'ordre stratégique et de principe. Dans certains contextes, elle est favorable à la criminalisation de certaines formes d'expression ; dans d'autres, elle demande plutôt que l'on mise sur des codes de conduite et leur respect pour lutter contre les stéréotypes et l'intolérance dans les médias, sur l'ouverture de canaux de communication à divers groupes sociaux, ainsi que sur des mesures de renforcement des capacités.

⁹⁹ Pour une analyse détaillée, voir: Tarlach McGonagle, "A Survey and Critical Analysis of Council of Europe Strategies for Countering 'Hate Speech'", *op. cit.*, 478-483.

Commission européenne contre le racisme et l'intolérance

Le travail de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) présente trois grands axes : le suivi du racisme et des problèmes afférents dans chaque pays ; les travaux sur des thèmes généraux, notamment la préparation de recommandations de politique générale et la promotion de bonnes pratiques de lutte contre le racisme ; et l'action auprès de la société civile¹⁰⁰. De manière générale, la Commission adopte une approche assez complète de la lutte contre le discours de haine, prônant des mesures de répression et de préventions, et passant donc, selon la situation, de stratégies de restrictions de certains types d'expression à des stratégies visant à promouvoir d'autres types ou possibilités d'expression. Ses recommandations de politique générale (RPG) abordent des questions comme la législation et les organes nationaux de lutte contre le racisme, le racisme dans l'éducation, l'action policière et la lutte contre le terrorisme, le racisme à l'encontre de certains groupes et le racisme en ligne. Dans son monitoring par pays, en particulier, elle accorde toujours une attention spéciale à l'expression d'opinions racistes dans le discours public et à leur impact – et cela au sein de la classe politique, dans les médias et sur l'Internet. Elle appelle fréquemment, par exemple, à une plus grande vigilance dans la surveillance des formes de discours raciste passant par le canal de l'Internet, et à l'intensification des poursuites contre leurs auteurs. Elle cite régulièrement dans ce contexte sa RPG 6 (la lutte contre la diffusion de matériels racistes, xénophobes et antisémites par l'Internet)¹⁰¹. Si elle n'a pas (encore) publié de RPG spécifique sur la lutte contre le racisme et le respect concomitant de la liberté d'expression, le séminaire d'experts qu'elle a organisé à ce sujet¹⁰² pourrait avoir des prolongements à l'avenir.

Conférences ministérielles sur la politique des communications de masse

Les Conférences ministérielles sur la politique des communications de masse se réunissent périodiquement depuis le milieu des années 80. Elles rassemblent les ministres nationaux concernés (ou leurs délégués). Elles ne se confondent donc pas avec les activités quotidiennes du Conseil de l'Europe. Leur importance provient du fait qu'elles visent à esquisser la future politique européenne en matière de médias, avec des plans d'action en vue de sa mise en œuvre. La dernière conférence était paramétrée différemment, en réponse aux nouvelles conceptions des médias : elle a été la première « Conférence des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication » du Conseil de l'Europe¹⁰³.

¹⁰⁰ Voir également : Lanna Hollo, *The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI): Its first 15 years* (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009).

¹⁰¹ Adoptée le 15 décembre 2000.

¹⁰² 16-17 novembre 2006. Voir le compte rendu de la conférence (2007, consultable sur le site de l'ECRI).

¹⁰³ *A new notion of media?*, 28-29 mai 2009, Reykjavik, Islande.

Sur les sept conférences, ce sont la 4^e, la 5^e et la 7^e qui ont le plus directement abordé les questions de discours de haine, de tolérance et d'intolérance dans les médias¹⁰⁴, et c'est là 5^e¹⁰⁵, tenue en 1997, qui s'est le plus consacrée au discours de haine. Les paragraphes 11 et 12 de la Déclaration politique adoptée à cette occasion évoquent en termes généraux le potentiel et les risques que recèlent les nouveaux services de communication et d'information en ce qui concerne la liberté d'expression et d'autres droits et valeurs. Dans la même veine, la Résolution 1 (l'impact des nouvelles technologies de la communication sur les droits de l'homme et les valeurs démocratiques) souligne que les ministres condamnent « l'utilisation de ces technologies et services en faveur de toute idéologie ou activité qui est contraire aux droits de l'homme, à la dignité de la personne humaine et aux valeurs démocratiques » et qu'ils sont « résolus à combattre ce type d'utilisation »¹⁰⁶.

La Résolution 2 (repenser le cadre de régulation des médias) appelle les Etats participants à mettre notamment en œuvre dans leur droit et leurs pratiques internes les principes contenus dans les recommandations du Comité des Ministres sur le discours de haine et sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance¹⁰⁷, ainsi qu'à « veiller à ce que les mesures prises pour combattre la diffusion d'opinions ou d'idées incitant à la haine raciale, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toutes formes d'intolérance à travers les nouveaux services de communication et d'information respectent dûment la liberté d'expression et, là où cela s'applique, le secret de la correspondance »¹⁰⁸. Elle prône également le renforcement de la coopération au sein du Conseil de l'Europe en collaboration étroite avec les organisations internationales et « organismes professionnels compétents »¹⁰⁹ ; cette coopération doit être une première étape en direction de mesures normatives, d'abord pour l'Europe, puis au-delà, et porter sur la « délimitation des formes publiques et privées de communication, de responsabilités, de juridiction et de conflit entre lois posés par la diffusion du discours de haine à travers les nouveaux services de communication et d'information »¹¹⁰.

Le Plan d'action de la conférence engage à « étudier les problèmes pratiques et juridiques que pose la lutte contre la diffusion du discours de haine, de la violence et de la pornographie via les nouveaux services de communication et d'information, en vue de prendre des initiatives appropriées dans un cadre paneuropéen commun ». Comme indiqué ci-dessus, il demande aussi que soient régulièrement évaluées les suites données par les Etats membres aux Recommandations du Comité des Ministres – notamment celle sur le discours de haine et celle sur les médias et la promotion d'une culture de tolérance – ainsi que la mise en œuvre par les Etats parties de l'article 7 de la Convention européenne sur la télévision transfrontière, en particulier en ce qui concerne « les responsabilités qui incombent aux radiodiffuseurs à l'égard du contenu

¹⁰⁴ Les textes politiques adoptés à la première Conférence des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication du Conseil de l'Europe (« Une nouvelle conception des médias ? ») ne s'attardent guère sur le discours de haine.

¹⁰⁵ Thessalonique, 11-12 décembre 1997: La société de l'information : un défi pour l'Europe.

¹⁰⁶ Paragraphe 9. Voir également, paragraphe 19(i), où ces points sont formulés de façon très semblable.

¹⁰⁷ Paragraphe 8(i).

¹⁰⁸ Paragraphe 8(ii).

¹⁰⁹ Paragraphe 8(iii).

¹¹⁰ Paragraphe 8(iii).

et de la présentation de leurs services de programmes ». Et enfin, le Plan voudrait que soit examinée, « le cas échéant, l'opportunité d'élaborer en complément d'autres instruments juridiques contraignants ou non »¹¹¹.

Synthèse

Le tableau que nous venons de brosser des principales composantes de l'approche générale adoptée par le Conseil de l'Europe en matière de discours de haine esquisse un certain nombre d'actions normatives et de surveillance à base conventionnelle ou institutionnelle. Les traités concernés ont valeur juridiquement contraignante pour les Etats parties, mais il ne faut pas pour autant sous-estimer le rôle des instruments et pratiques à caractère non contraignant, qui peuvent se révéler politiquement convaincants et marquer les approches juridiques. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, évoque souvent le travail normatif du Comité des Ministres et de l'ECRI¹¹². Les textes de cette nature présentent des avantages : a) ils abordent une question thématique de façon plus détaillée et plus ample qu'une autorité juridictionnelle ne peut d'habitude le faire lorsqu'elle examine un cas d'espèce ; b) ils intègrent et reflètent les pratiques des Etats, et anticipent leur évolution. Quant aux mécanismes de suivi, ils complètent utilement les mesures juridiques en rassemblant et en évaluant toute une palette de mesures (souvent créatives) couvrant les multiples formes que peut prendre le discours de haine.

Ce tableau révèle aussi la grande diversité des approches adoptées au sein du Conseil de l'Europe en matière de discours de haine – avec leurs éclairages respectifs sur certains aspects du discours de haine sur l'Internet et de sa réglementation qui vont gagner en importance et en urgence ces prochaines années. Ces questions sont reprises dans la section suivante.

SECTION II : Le discours de haine en ligne

1. Les nouveaux problèmes pressants

Les médias ont subi une profonde mutation ces dernières années, principalement avec l'avènement de l'Internet et son continuel essor ; ils se font, d'une façon générale, de plus en plus instantanés, internationaux et interactifs¹¹³. Les idées, les informations et les contenus de toutes sortes s'enrichissent en parallèle, gagnent en accessibilité et se diffusent parmi des pans plus larges de la société. L'offre actuelle de médias est ainsi plus abondante et variée que jamais encore. Tout cela a pu conduire à affirmer que les

¹¹¹ Toutes les citations de ce paragraphe sont tirées de : Plan d'action pour promouvoir la liberté d'expression et d'information à l'échelon paneuropéen dans le cadre de la Société de l'Information, 5^e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse, section F. Voir également, sur des questions connexes, la section E.

¹¹² La Recommandation n° (97)20 du Comité des Ministres sur le discours de haine est par exemple citée dans les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Gündüz c. Turquie* du 4 décembre 2003 (paragraphe 22) et *Féret c. Belgique* du 16 juillet 2009 (paragraphe 44 et 72).

¹¹³ Voir, pour une analyse générale, Karol Jakubowicz, *A New Notion of Media? Media and Media-Like Content and Activities on New Communications Services* (Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2009).

contenus diffusés sur l'Internet sont aussi divers que la pensée humaine¹¹⁴. Nous disposons aujourd'hui d'une palette de médias d'une largeur inédite, nous proposant des fonctionnalités et des possibilités plus nombreuses et diverses, avec une plus grande différenciation des modes d'accès, de participation et d'exploitation.

Ces progrès des techniques de l'information et de la communication peuvent évidemment avoir des conséquences d'une grande portée en ce qui concerne la diffusion et le traitement du discours de haine. L'Internet recèle un potentiel inédit de communication multidirectionnelle : contrairement aux médias traditionnels, il n'oppose guère de barrières à l'entrée. Il n'est plus nécessaire, comme par le passé, de se frayer un chemin dans les médias institutionnalisés pour faire passer son message aux masses. Les points traditionnels de médiation perdent leur rôle, tout un chacun peut en principe créer un site Web ou communiquer par les médias sociaux. Un message peut ainsi – comme cela se produit d'ailleurs – se répandre comme une traînée de poudre autour du globe – il suffit d'une bonne stratégie et d'un peu de chance. Même s'il n'est nullement garanti que tel ou tel message remportera une énorme audience internationale, de plus en plus de gens ont à présent la capacité de communiquer à une telle échelle. Cette possibilité favorise évidemment la démocratisation de la société et le discours public, mais facilite en même temps l'émergence d'un « discours numérique de bas niveau »¹¹⁵.

L'accessibilité et l'efficacité de l'Internet comme moyen de communication s'expliquent largement par la facilité, la vitesse et la souplesse avec laquelle il permet de diffuser un message en ligne. Il est donc de plus en plus mis à profit¹¹⁶ pour répandre des discours de haine dans des contextes et avec des moyens divers :

- propagande, autres types d'information (ou de désinformation), théories conspirationnistes, spams haineux ;
- échange d'informations et d'idées, par exemple par les réseaux sociaux, les groupes de discussions, les gestionnaires de listes de diffusion (listserv) et les groupes d'intérêt ;
- techniques d'optimisation des moteurs de recherche, comme les stratégies de création de liens hypertexte visant à une meilleure présence dans les résultats de recherches ;

¹¹⁴ *ACLU c. Reno*, 929 F. supp. 824 (11 juin 1996), 842, paragraphe 74.

¹¹⁵ Pour une exploration de cette notion et du niveau de protection juridique qu'elle pourrait justifier, voir : Jacob Rowbottom, "To rant, vent and converse: protecting low level digital speech", *Cambridge Law Journal* 2012, 71(2), 355-383.

¹¹⁶ Pour un panorama des études empiriques de la présence croissante en ligne du discours de haine, voir notamment : Barbara Perry and Patrik Olsson, "Cyberhate: The Globalization of Hate", 18(2) *Information & Communications Technology Law* (2009), 185-199 ; James Banks, "Regulating Hate Speech Online", 24(3) *International Review of Law, Computers & Technology* (2010), 233-239 ; Yaman Akdeniz, *Racism on the Internet* (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009). Parmi les organisations de surveillance du discours de haine en ligne figurent le centre Simon Wiesenthal (<www.wiesenthal.com>) et l'association Anti-Defamation League (<www.adl.org>).

- détournement d'un nom de domaine ou méta-tags trompeurs visant à attirer des utilisateurs à leur insu¹¹⁷ ;
- tâches d'organisation (coordination d'activités, préparation de rencontres, formation, campagnes de recrutement) ;
- fonctions commerciales (collecte de fonds, vente de publications, de vidéos, de souvenirs et d'accessoires, etc.) ;
- trollage et autres comportements perturbateurs ;
- infractions diverses à l'encontre de personnes et autres comportements illicites ou envahissants, comme le ciblage de victimes (potentielles), la cyberintimidation et le cyberharcèlement.

Sur le plan de la réglementation, les nouvelles possibilités techniques et leurs modes d'exploitation pratique font apparaître un certain nombre de complications, que l'on peut regrouper autour de la responsabilité et des problèmes de juridiction, et autour de l'impact du discours de haine sur ses victimes. Après nous être penchés sur chacun de ces groupes, nous examinerons les réponses et solutions possibles, ainsi que leurs implications pour le futur.

1.1 Responsabilité juridique et questions de juridiction

Par son architecture virtuelle, mondialisée et décentralisée, l'Internet offre un haut degré de mobilité aux personnes désireuses de diffuser des messages de haine ; elles parviennent ainsi à offrir des contenus par un fournisseur d'accès Internet (FAI) relevant de la juridiction de leur choix. Ce qui a un impact sur la lutte contre le discours de haine en ligne, la tolérance à son égard variant énormément d'une législation à l'autre. Aux États-Unis, par exemple, la formulation très carrée du premier amendement entretient une tradition de liberté d'expression qui se traduit par une très forte présomption en faveur de la protection constitutionnelle du discours de haine¹¹⁸.

Les sites de haine sont fréquemment hébergés dans des juridictions considérées comme acceptant ou tolérant le discours de haine. Cette recherche stratégique de la juridiction la plus favorable est parfois qualifiée de *forum shopping*. Elle permet de contourner la législation et de ne pas encourir de poursuites pour des contenus haineux. Des sites de haine bloqués ou interdits dans une juridiction se réinstallent fréquemment dans une autre plus indulgente¹¹⁹. Les sites de haine pouvant aisément se délocaliser de cette

¹¹⁷ Elizabeth Phillips Marsh, "Purveyors of Hate on the Internet: Are We Ready for Hate Spam?", 17 *Georgia State University Law Review* (2000), 379-407, p. 391.

¹¹⁸ Le Premier amendement de la Constitution des États-Unis prévoit que le Congrès n'adoptera aucune loi restreignant la liberté d'expression ou de la presse (*Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press*). Pour un panorama et une analyse de la jurisprudence relative au Premier amendement, voir : Anthony Lewis, *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment* (New York, Basic Books, 2007) ; James Weinstein, "An Overview of American Free Speech Doctrine and its Application to Extreme Speech", in Ivan Hare and James Weinstein, Eds., *Extreme Speech and Democracy*, op. cit., p. 81-91; et Steven J. Heyman, "Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment", in *Ibid.*, p. 158-181.

¹¹⁹ Le site Internet d'Ernst Zündel (qui nie l'existence de la shoah) en donne un exemple. Pour une information contextuelle et une analyse de fond, voir : Yaman Akdeniz, "Stocktaking on Efforts to Combat Racism on the Internet", Background Paper for the High Level Seminar of the Intergovernmental Working Group on the Effective Implementation of the Durban Declaration and Programme of Action, Fourth

manière, les bloquer ou les interdire n'est pas une mesure de lutte ni une solution efficaces.

De même que chaque juridiction peut avoir sa législation sur le discours de haine, chaque FAI a également sa politique en la matière ; les conditions de service ou les licences d'utilisation, les règlements de communauté et les politiques de notification et de retrait peuvent ainsi être plus ou moins détaillés et/ou stricts dans ce domaine.

Mais la mise en œuvre de ces politiques n'est pas toujours transparente. Il s'agit d'habitude d'acteurs privés, et leur implication dans la réglementation des contenus pourrait passer pour une censure privée. Dans son rapport de transparence, Google s'efforce d'apaiser cette inquiétude¹²⁰ en expliquant que « comme d'autres entreprises spécialisées dans les technologies et les communications, Google reçoit régulièrement des demandes d'autorités administratives et de tribunaux du monde entier exigeant la suppression de contenus de nos services ou l'examen de ces contenus pour déterminer s'ils respectent bien le règlement de la communauté d'un produit donné. Dans ce rapport, nous divulguons le nombre de demandes que nous recevons de la part de chacune de ces autorités administratives sur une base semestrielle avec certaines limitations. »

Le rapport rend compte des perturbations de circulation de documents Internet sur les produits et services Google partout dans le monde, par exemple à la suite d'une demande de l'Etat de fermer l'accès à un site. Il fournit également un matériel statistique sur les demandes gouvernementales de suppression de contenus, en distinguant les demandes fondées sur une ordonnance de tribunal et celles qui émanent d'un pouvoir exécutif, de la police, etc. Il donne en outre la ventilation en fonction du contenu des demandes ; on note dans ce contexte que depuis juillet 2010, le discours de haine a représenté 0 % du nombre total de demandes soumises en vertu d'une ordonnance de tribunal, et 2 % seulement des demandes émanant d'un pouvoir exécutif ou de la police. Les chiffres sont exactement les mêmes pour le blasphème. Le rapport crée une certaine transparence, mais en reste au niveau de la macrostatistique : il ne révèle pas vraiment comment Google examine sur le fond les demandes de suppression de propos dénoncés comme haineux.

La détermination de la responsabilité juridique du discours de haine en ligne est donc compliquée sur le plan juridique, mais aussi pratique, pour des raisons d'ordre technique. De nombreux acteurs peuvent être associés à la production et à la diffusion de messages de haine : création ou obtention ; publication ; développement ; hébergement ou autre forme de facilitation de sa diffusion, de son accessibilité ou de sa consultation. Chacun devrait avoir sa responsabilité distincte, selon la nature des communications, l'étendue et le détail de la législation nationale concernée, et d'autres « variables contextuelles »¹²¹. L'influence de chaque acteur sur les contenus étant variable, la détermination de l'étendue de sa responsabilité pénale au titre des contenus générés par les utilisateurs (CGU) pourrait par exemple se fonder sur le degré de

Session (16-27 janvier 2006), Commission des Nations Unies pour les droits de l'homme, doc. n° E/CN.4/2006/WG.21/BP.1, 9 janvier 2006, 16-18.

¹²⁰ Google, Rapport de transparence:

<http://www.google.com/transparencyreport/removals/government/?hl=fr>.

¹²¹ Michel Rosenfeld, "Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis", *op. cit.*, 1565.

maîtrise rédactionnelle dont il dispose. Dans quelle mesure un journal peut-il être poursuivi pour des observations racistes publiées sur son forum de discussion en ligne¹²² ? Les tweets racistes engagent-ils la responsabilité de Twitter, les vidéos racistes celle de YouTube, et les pages racistes celle de Facebook, voire (ce qui est encore plus délicat) les résultats racistes de recherches celle de Google¹²³ ? Ces questions sont si amples et présentent une telle complexité que le présent rapport ne saurait y répondre plus en détail. Il n'en reste pas moins possible de dire, d'une façon générale, que la loi pourrait distinguer diverses catégories de CGU sur la base de la participation et du contrôle exercé par la rédaction, ainsi que de sa responsabilité dans les faits et devant la loi :

- a. contenus préparés par des utilisateurs puis insérés dans des contenus préparés professionnellement, sous contrôle rédactionnel ;
- b. contenus isolés, c'est-à-dire existant en parallèle à des contenus préparés professionnellement sous contrôle rédactionnel ;
- c. contenus créés conjointement par des utilisateurs et des professionnels des médias ;
- d. contenus créés et tenus à jour sur des forums et des réseaux spécifiques, et non intégrés dans les contenus de médias professionnels¹²⁴.

Les problèmes de poursuites constituent un autre aspect délicat de la responsabilité pénale et de la juridiction. Des poursuites ponctuelles ou sans résultat n'ont guère d'effet dissuasif, car elles donnent à penser que la législation en la matière est inapplicable ; trop zélées, elles risquent en revanche d'entraver sérieusement la liberté d'expression et le débat public. La tendance des législations sur le discours de haine à être formulées en termes très larges suscite depuis longtemps des inquiétudes parmi les organisations de défense des droits civils et les universitaires. Un texte vague et trop général peut, par exemple, servir à museler une critique politique très vigoureuse. Les poursuites pour discours de haine peuvent aussi contribuer à donner aux auteurs poursuivant des buts idéologiques ou activistes une image de victime ou de martyr de la libre expression¹²⁵.

¹²² Voir d'une façon générale à ce sujet : Karmen Erjavec & Melita Poler Kovacic (2012) "You Don't Understand, This is a New War!" Analysis of Hate Speech in News Web Sites' Comments, *Mass Communication and Society*, 15: 6, 899-920 ; Matthew W. Hughey & Jessie Daniels, "Racist comments at online news sites: a methodological dilemma for discourse analysis" (2013) *Media, Culture and Society* 35(3) 332-347.

¹²³ Voir également à ce sujet : Arwa Mahdawi, "Can Googling be racist?", *The Guardian*, 5 février 2013 : <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/feb/05/can-googling-be-racist?INTCMP=SRCH>.

¹²⁴ Tarlach McGonagle, "User-generated Content and Audiovisual News: The Ups and Downs of an Uncertain Relationship", in Susanne Nikoltchev, Ed., *Open Journalism, IRIS plus 2013-2* (Strasbourg, European Audiovisual Observatory), p. 7-25, p. 10.

¹²⁵ Jogchum Vrielink, *Van haat gesproken?, op. cit., 'Deel' (Section) IV (generally)*. Voir également, d'une façon plus générale: Joost van Spanje & Claes de Vreese, "The good, the bad and the voter: The impact of hate speech prosecution on electoral support for his party" 2013 *Party Politics* 1-16.

1.2 Le point de vue des victimes

Comme il a été dit en introduction, il importe de bien comprendre la nature variable du discours de haine pour apprécier les torts qu'il peut causer et paramétrer les mesures juridiques ou autres qu'il appelle. Ces torts et la souffrance qu'ils infligent aux victimes peuvent être aggravés par certaines particularités issues des possibilités ou caractéristiques techniques de l'Internet. L'anonymat est très facile à conserver en ligne¹²⁶, ce qui peut amplifier l'impact affectif et psychologique du discours de haine sur sa victime. Lorsque les auteurs de cyberharcèlement ou de messages de haine envoyés par SMS ou sur les réseaux sociaux dissimulent leur identité ou la masquent derrière un pseudonyme, le désarroi de la personne qui en est victime pourra être accru par l'idée qu'il pourrait s'agir d'un proche, ou d'une personne fréquentant le même entourage social, éducatif ou professionnel qu'elle. De même, lorsque des messages de haine circulent sur des réseaux sociaux, la détresse qu'ils engendrent est augmentée par l'effet d'amplification et l'impression que rien ne peut arrêter leur diffusion générale, ainsi que par la validation sociale ou l'autorité que semble leur conférer le simple nombre de *likes*, de mentions, de favoris, d'abonnés, etc. qu'ils attirent.

Il convient aussi de prendre en compte la durée de vie des contenus disponibles en ligne dans l'appréciation de la nature et de l'intensité des torts causés par le discours de haine raciste. Les manifestations de haine en ligne sont en général plus durables que les formes traditionnelles. C'est ainsi que l'on a pu parler de « cyber-fosses d'aisance » (*cyber-cesspools*)¹²⁷, par analogie à des lieux de putréfaction présentant un danger sanitaire. Cette longévité des contenus en ligne, soutenue par des capacités de stockage illimitées, est entretenue par les liens hypertextes et les possibilités de recherche : le contenu peut être retrouvé, largement consulté après sa publication initiale à un degré sans précédent, même lorsque l'original a été mis en cache. Ce qui veut dire que les victimes de discours de haine risquent fort de retrouver constamment, ou du moins plusieurs fois, les mêmes propos de haine une fois qu'ils ont été publiés. Des spécialistes de la discrimination raciale ont bien montré que le caractère incessant et cumulatif du discours de haine accroît considérablement son impact¹²⁸. Si le message a été envoyé à plusieurs listes ou à des destinataires multiples, sa suppression d'une source particulière ne garantit nullement qu'il ne resurgisse pas ailleurs, ce qui renforce cet effet incessant et cumulatif.

Non seulement les hyperliens rendent la suppression plus difficile, mais ils influent aussi sur les résultats de recherche, en raison de la conception technique d'algorithmes comme *Page Rank*, qui en tiennent compte¹²⁹. Les stratégies d'optimisation des moteurs de recherche peuvent gonfler les résultats obtenus pour certains contenus, notamment

¹²⁶ Pour une vue générale de cette question, voir : Margot Kaminski, "Real Masks and Real Name Policies: Applying Anti-Mask Case Law to Anonymous Online Speech", 23 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 815-896.

¹²⁷ Brian Leiter, "Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech", in Saul Levmore and Martha C. Nussbaum, Eds., *The Offensive Internet: Speech, Privacy, and Reputation* (Cambridge, Massachusetts and London, Harvard University Press, 2010), p. 155-173.

¹²⁸ Richard Delgado and Jean Stefancic, "Four Observations about Hate Speech", *op. cit.*, at 367-368.

¹²⁹ Juliette De Maeyer, "Towards a hyperlinked society: A critical review of link studies", *New Media & Society*, 2012, 1-15, p. 4.

des occurrences particulières de discours de haine. Les hyperliens peuvent aussi acquérir ou révéler une « importance sociale » dans la mesure où ils créent des liens ou une distance avec d'autres sites ou contenus¹³⁰. Ils peuvent en outre être interprétés comme une marque d'autorité¹³¹ ou de popularité. Le lien est créé dans un ou plusieurs buts¹³², mais il n'est nullement dit que le lien lui-même ou la ressource liée révéleront l'intention de son créateur¹³³. L'incertitude sur l'intention de ce dernier peut susciter des problèmes moraux ou de responsabilité juridique. Dans le domaine de la presse, par exemple, le recours à l'hypertexte est [souvent¹³⁴] considéré comme une bonne pratique promouvant l'interactivité, la transparence, la crédibilité ou la diversité¹³⁵ ; mais si le lien renvoie à des occurrences de discours de haine interdit et facilite ainsi leur consultation ou leur récupération, il peut exposer son auteur à des poursuites¹³⁶.

1.3 Réponses et solutions

Répétons-le, la diversité intrinsèque du discours de haine a pour effet que la lutte contre ses manifestations en ligne passe d'habitude par plusieurs dispositifs de régulation, notamment de droit pénal. D'autres approches sont toutefois possibles pour des types particuliers de discours de haine en ligne : ne rien faire, des normes sociales, l'autorégulation, la régulation conjointe, des moyens techniques, voire des campagnes d'information, d'éducation et de sensibilisation, par exemple¹³⁷. Ces formules ont leurs avantages : elles peuvent par exemple être moins coûteuses, plus souples, d'adoption plus rapide qu'une législation prescriptive¹³⁸ ; mais certaines ont aussi leurs inconvénients.

Eu égard au scepticisme que suscite l'efficacité des mesures de lutte contre le discours de haine en ligne ne recourant pas à la réglementation, il est utile de citer quelques exemples de bonnes pratiques. On a pu observer plusieurs collaborations fécondes en la matière entre des groupes d'intérêts de la société civile et des FAI ou des fournisseurs de contenus¹³⁹ ; les premiers cherchent souvent ainsi à renforcer la responsabilité

¹³⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² David Weinberger, "The Morality of Links", in Joseph Turow and Lokman Tsui, Eds., *The Hyperlinked Society: Questioning Connections in the Digital Age* (Ann Arbor, MI, Michigan University Press), p. 181-190, 184.

¹³³ Juliette De Maeyer, "Towards a hyperlinked society: A critical review of link studies", *op. cit.*, p. 9.

¹³⁴ Mot ajouté par l'auteur.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 7.

¹³⁶ *UEJF, LICRA c. Yahoo!, Inc.*, Tribunal de Grande Instance, Paris, 20 novembre 2000.

¹³⁷ Yaman Akdeniz, "Introduction", in *Legal Instruments for Combating Racism on the Internet*, Report prepared and updated by the Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009), p. 7-37, at 28 ; Yaman Akdeniz, "Governance of Hate Speech on the Internet in Europe", in Christian Möller and Arnaud Amouroux, Eds., *Governing the Internet: Freedom and Regulation in the OSCE Region* (Vienna, OSCE Representative on Freedom of the Media, 2007), p. 91-117, p. 108. Pour un examen plus détaillé de ces actions, voir : Yaman Akdeniz, "Governing Racist Content on the Internet: National and International Responses", 56 *University of New Brunswick Law Journal* (2007), 103-161, 140-158 ; Yaman Akdeniz, *Racism on the Internet*, *op. cit.*, p. 111-134.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Pour une analyse et des exemples, voir : Jessica S. Henry, "Beyond Free Speech: Novel Approaches to Hate on the Internet in the United States", 18(2) *Information and Communications Technology Law* (2009),

sociale chez les seconds en leur faisant mieux connaître les mécanismes de dénonciation de documents illicites que publieraient des tiers par le canal de leurs services. L'association INHOPE (*International Association of Internet Hotlines*)¹⁴⁰ offre un autre exemple de bonnes pratiques : elle fournit un précieux service permettant au public de signaler anonymement des contenus en ligne soupçonnés d'être illicites (pédopornographie en particulier, mais aussi certains types de discours de haine). Elle veille à ce qu'il y ait une enquête, et l'information est transmise aux autorités compétentes en cas de résultat positif, et souvent aussi au fournisseur d'accès Internet qui héberge le site¹⁴¹. Au-delà de ces exemples de bonnes pratiques, les mécanismes d'autorégulation et de corégulation, ainsi que les procédures applicables aux FAI posent des problèmes généraux de transparence, d'homogénéité et d'application.

On insiste souvent sur l'utilité des stratégies de contre-discours, ou plus particulièrement de communication entre les groupes, dans la lutte contre le discours de haine¹⁴². L'efficacité du contre-discours est peut-être moins manifeste en ligne que contre le discours de haine survenant dans le monde réel. Il est probable que l'on verra apparaître entre les individus, au sein des groupes et entre groupes, des différences entre les modes de communication en ligne et dans le monde réel, dans le sillage de l'amélioration considérable des possibilités de communication permettant aux individus de toucher une multitude d'autres personnes. Cette éventualité invite à se demander s'il est véritablement efficace de continuer à voir sur le plan normatif la liberté d'expression en ligne comme une aide à l'autonomisation et un soutien identitaire.

Il semblerait à première vue paradoxal de suggérer que le contre-discours pourrait être moins efficace dans un environnement où foisonne l'information. Pourtant, ce foisonnement s'assortit d'un foisonnement de discours de haine, dont la diffusion et la permanence sont garanties par les capacités d'archivage, de liaisons hypertextuelles et de recherche de l'Internet¹⁴³. La question de savoir si cette abondance générale d'information noiera l'abondance du discours de haine et diluera ses effets est bien trop large pour qu'il soit possible d'y répondre dans l'abstrait.

Une autre caractéristique à prendre en compte est que les possibilités individuelles accrues de tri et de filtrage permettent à chacun de sélectionner ses contenus (technologie « pull »), plutôt que de recevoir les contenus que leur distribuent des intermédiaires généraux, comme c'est traditionnellement le cas avec les médias institutionnalisés (technologie « push »). Ces possibilités accroissent la capacité de chacun à écarter certains contenus, ce qui a aussi pour conséquence plus large de

235-251. Pour une exploration de ce qu'il serait possible de faire à ce niveau, voir : Brian Leiter, "Cleaning Cyber-Cesspools: Google and Free Speech", *op. cit.*, at 169-172.

¹⁴⁰ Site Internet officiel : <www.inhope.org>.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Pour un exposé théorique fourni du contre-discours et une analyse de sa capacité à résoudre le problème du discours de haine, voir : Katharine Gelber, *Speaking Back: The Free Speech Versus Hate Speech Debate* (Amsterdam/Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 2002), et Katharine Gelber, "Reconceptualizing Counterspeech in Hate Speech Policy (with a Focus on Australia)", in Michael Herz & Peter Molnar, Eds., *Content and Context: Rethinking Regulation and Remedies for Hate Speech*, *op. cit.*, p. 198-216.

¹⁴³ Elizabeth Phillips Marsh, "Purveyors of Hate on the Internet: Are We Ready for Hate Spam?", *op. cit.*, 391.

réduire les chances de collision entre opinions contradictoires dans un environnement en ligne¹⁴⁴. Ces modes de tri et de filtrage individuels peuvent modéliser diversement les pratiques de communication au sein de la société, et faire apparaître une multitude de « sphéricules publiques » au lieu d'une sphère publique unique¹⁴⁵, et conduire à la prolifération d'îlots de communautés d'intérêts favorisant un processus d'intensification. On a ainsi pu qualifier de « chambres d'écho en ligne » les forums sur lesquels se renforcent par amplification certains types d'informations, et surtout d'opinions¹⁴⁶.

Cette évolution prévisible des modes d'information et de communication n'autorise pas à penser que les contacts et les interactions entre groupes iront de soi dans le cyberspace, car les possibilités y sont beaucoup plus réduites que dans le monde réel hors ligne. Bien sûr, la multiplicité des (mini)sphères de substitution¹⁴⁷ peut jouer un rôle essentiel dans la communication au sein des groupes, qu'il s'agisse de propagateurs de haine ou de minorités. Des recherches empiriques montreraient même que la délibération dans les « chambres d'écho en ligne » ne durcit pas nécessairement les positions, et que la délibération au sein d'un groupe peut aussi favoriser la délibération avec d'autres groupes¹⁴⁸. Quoi qu'il en soit, une volonté minimale de communication et le contact réel sont indispensables au succès de tout renforcement des stratégies de discours ou de contre-discours visant à promouvoir la tolérance.

L'incapacité de l'expression fondée sur l'Internet à créer des liens avec le « domaine général public »¹⁴⁹ pourrait donner à la communication un caractère surtout spatial et insuffisamment social. Le discours de haine en ligne a véritablement des répercussions dans la vie réelle, on l'a vu ci-dessus¹⁵⁰, et il est donc primordial que le contre-discours en ligne exploite aussi son potentiel d'effets hors-ligne. Promouvoir la compétence médiatique (comprise en général comme la capacité à consulter, analyser, évaluer et créer des messages sous diverses formes¹⁵¹) par l'éducation ciblée pourrait tout à fait, en conjonction avec des actions de formation de journalistes, contribuer à la création de tels liens dans la pratique¹⁵².

¹⁴⁴ Pour un examen général de du tri et du filtrage sur l'Internet, voir : Jonathan Zittrain, "A History of Online Gatekeeping", 19(2) *Harvard Journal of Law and Technology* (2006), 253-298.

¹⁴⁵ Voir également : Todd Gitlin, "Public Sphere or Public Sphericules?", in Tamar Liebes et James Curran, Eds., *Media, Ritual, Identity* (London, Routledge, 1998), p. 168-175.

¹⁴⁶ Voir également, Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0* (Princeton NJ, Princeton University Press, 2007).

¹⁴⁷ Donald R. Browne, *Ethnic Minorities, Electronic Media and the Public Sphere: A Comparative Approach* (Cresskill, New Jersey, Hampton Press, Inc., 2005), p. 11. Pour un ample examen de ces questions, voir : John Downing and Charles Husband, *Representing 'Race': Racisms, Ethnicities and Media* (London, SAGE Publications, 2005), esp. Chapter 9, "The Multi-Ethnic Public Sphere and Differentiated Citizenship".

¹⁴⁸ Voir par exemple : Cass R. Sunstein, "Ideological Amplification", 14(2) *Constellations* (2007), 273-279 ; Cass R. Sunstein, *Why Groups Go to Extremes* (Washington, D.C., The AEI Press, 2008).

¹⁴⁹ Myria Georgiou and Eugenia Siapera, "Introduction: Revising multiculturalism", 2(3) *International Journal of Media and Cultural Politics* (2006), 243-247, p. 246.

¹⁵⁰ Voir également, Alexander Tsesis, "Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet", 38 *San Diego Law Review* (2001), 817-874, p. 836 sqq.

¹⁵¹ Sonia Livingstone, "Media Literacy and the Challenge of New Information and Communication Technologies", 7 *The Communication Review* (n° 1, 2004), p. 3-14, p. 5.

¹⁵² Le Représentant de l'OSCE pour la liberté des médias a récemment émis une recommandation à ce sujet : *Media literacy programs, including technical and content Internet literacy, shall be supported and promoted and educational programs and training materials for young people about countering hate speech*

Comme le montre bien David Heyd, l'éducation à la tolérance appelle le développement de l'ouverture d'esprit, du scepticisme critique, de la capacité de délibération et de la disposition personnelle à changer d'attitude¹⁵³. Ce qui fait écho à l'idée selon laquelle la société démocratique ne peut exister que sur un fond de pluralisme, de tolérance et d'esprit d'ouverture¹⁵⁴. En diffusant l'information et les idées dans l'ensemble de la société et en ouvrant des forums d'interactions dialoguées, les médias peuvent certainement contribuer à la réalisation de ces objectifs, jusque dans un environnement en ligne. Mais les politiques et stratégies en la matière devront être soigneusement adaptées aux caractéristiques de l'univers en ligne¹⁵⁵.

1.4 Implications pour l'avenir

On l'a vu, les vagues successives de progrès technique, et particulièrement le récent essor de l'Internet, ont profondément transformé la réalité de l'information et de la communication dans le monde. Ces changements n'étaient *pas prévus* au moment de la préparation des grands traités internationaux et européens sur les droits de l'homme, ils étaient même probablement *imprévisibles*. Ce qui veut dire qu'il est urgent de se revenir sur l'appréciation antérieure de la portée du droit à la liberté d'expression, de l'adapter et de l'étendre pour lui faire englober et refléter fidèlement la complexité de la communication d'aujourd'hui, avec son impact pratique sur la liberté d'expression et d'autres droits. Pour cela, il faudra que les garants institutionnels de la liberté d'expression apprécient au plus juste la nature et la portée de ce droit, ainsi que son potentiel d'évolution.

2. Le Conseil de l'Europe et le discours de haine en ligne

La Cour européenne des droits de l'homme a réaffirmé à de nombreuses reprises le rôle particulièrement important des médias dans une société démocratique. Jusqu'à présent, elle ne s'est véritablement penchée sur l'Internet en général¹⁵⁶, et sur les caractéristiques de la communication en ligne en particulier, que dans un nombre

should be developed (Des programmes d'éducation aux médias, couvrant la familiarisation avec les techniques et les contenus de l'Internet, seront soutenus et promus, et du matériel pédagogique de lutte contre le discours de haine sera préparé à l'intention des jeunes), Recommandation n° 7, *Shaping policies to advance media freedom* : recommandation du Représentant de l'OSCE pour les médias, Conférence Internet 2013, consultable à : <http://www.osce.org/fom/100112>.

¹⁵³ David Heyd, "Education to Tolerance: Some Philosophical Obstacles and their Resolution", in Catriona McKinnon and Dario Castiglione, Eds., *The Culture of Toleration in Diverse Societies: Reasonable Tolerance* (Manchester and New York, Manchester University Press, 2003), p. 196-207, p. 204.

¹⁵⁴ *Handyside c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, paragraphe 49.

¹⁵⁵ Voir également à ce sujet : Ulla Carlsson & Sherri Hope Culver, Eds., *Media and Information Literacy and Intercultural Dialogue*, MILID Yearbook 2013 (Göteborg, Nordicom, 2013), consultable à : http://www.nordicom.gu.se/clearinghouse.php?portal=publ&main=info_publ2.php&ex=379&me=3.

¹⁵⁶ Therese Murphy and Gearoid Ó Cuinn, "Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights", 10(4) *Human Rights Law Review* (2010), p. 601-638, 636 ; European Court of Human Rights (Research Division), *Internet: case-law of the European Court of Human Rights* (Strasbourg, Council of Europe, 2011) ; Cour européenne des droits de l'homme (Press Unit), *Fiche thématique – Nouvelles technologies* (Strasbourg, Conseil de l'Europe, juillet 2013).

étonnamment restreint de cas¹⁵⁷. Dans son arrêt du 18 décembre 2012 en l'affaire *Ahmet Yildirim c. Turquie*, elle a finalement reconnu très directement l'importance de l'Internet dans la communication à notre époque :

[...] 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.¹⁵⁸

Cette affirmation ménage clairement une large place à la dimension participative de la liberté d'expression. Elle reconnaît également les fonctions particulières de l'Internet, un média capable de favoriser le débat public dans une société démocratique. Ce faisant, elle prolonge sa jurisprudence antérieure, qui reconnaît aux médias écrits et audiovisuels des caractéristiques propres à faciliter la délibération démocratique et à nourrir le débat public.

Dans sa jurisprudence émergente touchant à l'Internet, la Cour a notamment abordé le devoir de vigilance des FAI¹⁵⁹, l'apport des archives de journaux en ligne à l'information¹⁶⁰ et – point notable – les difficultés que pose la consultation de la masse d'informations disponible sur l'Internet¹⁶¹.

Ces nouveautés ont valeur expérimentale dans la jurisprudence de la Cour, mais davantage de chemin a été parcouru ailleurs en matière normative. Les documents ainsi préparés, notamment ceux du Comité des Ministres¹⁶² et de l'Assemblée parlementaire¹⁶³, ont une certaine force incitative sur le plan politique, même s'ils n'ont pas caractère juridiquement contraignant¹⁶⁴. Cela dit, ceux qui sont consacrés à la liberté d'expression en ligne ne s'attardent guère sur le discours de haine. On l'a dit, les documents politiques adoptés à la première Conférence des Ministres du Conseil de l'Europe responsables des médias et des nouveaux services de communication (« Une

¹⁵⁷ Dirk Voorhoof, "Het Europese 'First Amendment' - De Straatsburgse jurisprudentie over artikel 10 EVRM: 2004-2009 (deel 2)", *Mediaforum* 2010-6, p. 186-201, p. 195-196 ; Tarlach McGonagle & Kim de Beer, "A brave new media world revisited. Een nog kritischer blik op het nieuwe mediabeleid van de Raad van Europa", 24 *Mediaforum* 2012-11/12, p. 338-345 ; Tarlach McGonagle, 'User-generated Content and Audiovisual News: The Ups and Downs of an Uncertain Relationship', *op. cit.*, p. 7-25 ; Nina Vajic & Panayotis Voyatzis, "The internet and freedom of expression: a 'brave new world' and the ECtHR's evolving case-law", in Josep Casadevall, Egbert Myjer, Michael O'Boyle & Anna Austin, Eds., *Freedom of Expression: Essays in honour of Nicolas Bratza*, *op. cit.*, p. 391-407.

¹⁵⁸ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 décembre 2012, paragraphe 54.

¹⁵⁹ *K.U. c. Finland*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 décembre 2008, paragraphe 49.

¹⁶⁰ *Times Newspapers Ltd. (nos. 1 & 2) c. Royaume-Uni*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 March 2009, paragraphe 45.

¹⁶¹ *Editorial Board of Pravoye Delo & Shtekel c. Ukraine*, arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 5 mai 2011, paragraphe 63.

¹⁶² Susanne Nikoltchev & Tarlach McGonagle, Eds., *Freedom of Expression and the Media: Standard-setting by the Council of Europe*, (I) Committee of Ministers - IRIS Themes (Strasbourg, European Audiovisual Observatory, 2011).

¹⁶³ Susanne Nikoltchev & Tarlach McGonagle, Eds., *Freedom of Expression and the Media: Standard-setting by the Council of Europe*, (II) Parliamentary Assembly - IRIS Themes (Strasbourg, European Audiovisual Observatory, 2011).

¹⁶⁴ Tarlach McGonagle & Kim de Beer, "A brave new media world? Een kritische blik op het nieuwe mediabeleid van de Raad van Europa", 22 *Mediaforum* 2010-5, p. 146-156.

nouvelle conception des médias »)¹⁶⁵ n'évoquaient guère le discours de haine. Cela s'explique d'autant moins que : a) on assiste à une réelle percée du discours de haine dans les nouveaux médias, ce qui pose de très délicats problèmes de réglementation ; et b) la Conférence devait circonscrire les questions prioritaires sur lesquelles se pencherait le Conseil de l'Europe les années suivantes en matière de politique européenne des médias. Parmi les textes à caractère normatif issus de la Conférence ministérielle, quelques-uns des plus importants adoptés par le Comité des Ministres ne contenaient guère de dispositions spécifiques ou significatives sur le discours de haine en ligne, voire aucune :

- Recommandation sur une nouvelle conception des médias (une disposition ou paragraphe)¹⁶⁶ ;
- Recommandation sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche (aucune mention)¹⁶⁷ ;
- Recommandation sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux (aucune mention)¹⁶⁸.

Sachant que les grands principes et l'expérience du Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le discours de haine figurent si peu dans ses récents travaux sur la protection de la liberté d'expression en ligne, il est indispensable de veiller systématiquement désormais aux liens et synergies logiques. Un premier pas dans cette direction serait d'identifier rétrospectivement les points de raccordement et les synergies existantes, et d'explorer les possibilités d'application par analogie des principes de la liberté des médias à d'autres acteurs de la communication en ligne.

¹⁶⁵ 1^{ère} Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, Reykjavik, 28-29 mai 2009.

¹⁶⁶ Recommandation CM/Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux États membres sur une nouvelle conception des médias, 21 septembre 2011. La seule disposition spécifique se trouve au paragraphe 91 : « Les médias devraient s'abstenir de diffuser des propos haineux et d'autres contenus incitant à la violence ou à la discrimination pour quelque motif que ce soit. Les acteurs qui gèrent des espaces collectifs partagés en ligne conçus pour faciliter la communication de masse interactive (ou de groupe) devraient porter une attention particulière à l'utilisation d'expressions à caractère raciste, xénophobe, antisémite, misogyne, sexiste (y compris à l'égard des personnes LGBT) ou autre, ainsi qu'à leur réaction à de tels propos d'un point de vue éditorial. Il peut être demandé (par la loi) aux acteurs du nouvel écosystème des médias de signaler aux autorités compétentes toute menace criminelle de violence fondée sur la race, l'origine ethnique, la religion, le genre ou d'autres motifs, dont ils auraient connaissance. »

¹⁶⁷ Recommandation CM/Rec(2012)3 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche, 4 avril 2012. Le discours de haine n'est même pas mentionné à la section intitulée « L'activité des moteurs de recherche peut menacer les droits de l'homme et les libertés fondamentales ».

¹⁶⁸ Recommandation CM/Rec(2012)4 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des droits de l'homme dans le cadre des services de réseaux sociaux, 4 avril 2012. Le discours de haine n'est même pas mentionné à la section intitulée « Les droits de l'homme peuvent être menacés sur les réseaux sociaux ».

Conclusions et recommandations

- 1) *Adapter les recommandations (97) 20 et 21 du Comité des Ministres de façon à optimiser leur applicabilité à l'environnement en ligne.*
 - 2) *Faire remonter au premier plan le discours de haine dans le travail normatif du Conseil de l'Europe.*
 - 3) *Donner des orientations sur le paramétrage des droits, des devoirs et des responsabilités à l'ère du numérique, en particulier pour ce qui est du discours de haine en ligne.*
 - 4) *Intensifier le renforcement des capacités et la sensibilisation.*
 - 5) *Rechercher des solutions par le biais du « crowd-sourcing » et de la collaboration.*
 - 6) *Préparer et promouvoir efficacement un engagement de non-recours au discours de haine pour les membres de la classe politique et les partis.*
- 1) *Adapter les recommandations (97) 20 et 21 du Comité des Ministres de façon à optimiser leur applicabilité à l'environnement en ligne.***

Nous avons déjà souligné l'importance de la Recommandation du Comité des Ministres sur le discours de haine. Elle ne conservera sa pertinence universelle dans l'approche globale adoptée par le Conseil de l'Europe en la matière que si elle répond effectivement au nombre croissant de questions portant spécifiquement sur le discours de haine en ligne. Il y a quelques années, le Comité des Ministres n'avait pas voulu revoir sa recommandation (97) 20 sur le discours de haine, comme le lui demandait l'Assemblée parlementaire, ni préparer des directives intégrant les nouveautés apparues dans ce domaine, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶⁹.

La 5^e Conférence ministérielle sur la politique des communications de masse invitait les Etats à mettre en œuvre les principes définis dans les deux Recommandations, et à veiller à ce que les mesures prises pour combattre la diffusion de discours de haine à travers les nouveaux services de communication et d'information respectent dûment la liberté d'expression. Cela va dans le sens du Principe 2 de la Recommandation (97) 20, qui demande notamment aux Etats « de réexaminer le cadre juridique existant afin d'assurer son adéquation aux divers nouveaux médias, services et réseaux de communications ».

La CEDH est un instrument vivant, visant à ce que les droits ne soient pas juste théoriques et illusoires, mais puissent s'exercer en pratique. Elle s'attache aussi à offrir un recours efficace en cas d'atteinte aux droits de l'homme. D'autres instruments du Conseil de l'Europe, quel que soit leur statut politique ou juridique, partagent les mêmes buts et préoccupations. Il est donc indispensable d'adapter les textes normatifs afférents, en particulier les Recommandations (97) 20 et 21, de façon à optimiser leur applicabilité à la nouvelle configuration de la communication.

¹⁶⁹ Voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Recommandation 1814 (2007), Vers une dépénalisation de la diffamation, 4 octobre 2007, paragraphe 3, et réponse du Comité des Ministres, doc. 11640, 11 juin 2008, paragraphe 5.

2) *Faire remonter au premier plan le discours de haine dans le travail normatif du Conseil de l'Europe*

Il serait possible de commencer par une étude des grandes questions en suspens et des difficultés spécifiquement soulevées par le discours de haine en ligne, puis d'évaluer soigneusement les problèmes relevés dans le travail normatif et de suivi du Conseil de l'Europe, et enfin d'explorer de façon approfondie la possibilité de résoudre véritablement ces problèmes sur la base des initiatives et textes existants. Tout cela pourrait servir à faire remonter au premier plan, dans le travail normatif correspondant des organes du Conseil de l'Europe, les grands points ainsi dégagés.

3) *Publier des orientations sur le paramétrage des droits, des devoirs et des responsabilités à l'ère du numérique, en particulier pour ce qui est du discours de haine en ligne*

Les Recommandations (97) 20 et 21 s'enracinent solidement dans les grands principes adoptés par la Cour européenne des droits de l'homme pour préserver la liberté d'expression, tout en s'attaquant résolument au discours de haine. Ces principes sont nuancés et prônent des actions différenciées. Il est primordial à cet égard de ne pas amalgamer les droits, devoirs et responsabilités de tous les acteurs concernés, et d'arbitrer judicieusement entre les droits d'un côté, et les devoirs et responsabilités qui accompagnent leur exercice de l'autre. La promotion parvient souvent mieux que la restriction à sensibiliser les acteurs à leurs devoirs et responsabilités.

4) *Intensifier le renforcement des capacités et la sensibilisation*

Le Conseil de l'Europe pourrait amplifier encore l'élan déjà pris dans la lutte contre le discours de haine. Au fil des années, ses traités et organes ont joué un rôle précieux dans la promotion de la compréhension et du dialogue interculturels. De nouveaux efforts sont nécessaires pour consolider l'acquis et mieux centrer les activités sur l'environnement en ligne, par exemple par le développement du Mouvement contre le discours de h@ine, de *Living Together Online*, etc. Il conviendra par conséquent d'investir davantage dans le renforcement des capacités d'un certain nombre d'acteurs et dans des actions de sensibilisation de tous les groupes sociaux.

5) *Rechercher des solutions par le biais du « crowd-sourcing » et de la collaboration*

Les actions proposées doivent bien sûr être menées de concert avec de nombreuses parties prenantes de tous bords. Les autorités publiques devront participer à un bilan et à une évaluation visant à déterminer si les systèmes juridiques nationaux reprennent et mettent bien en œuvre les principes définis dans la Recommandation (97) 20, notamment en ce qui concerne l'environnement en ligne. Ce travail pourrait fournir un apport pragmatique précieux à la préparation de lignes directrices ou de bonnes pratiques à prendre en compte dans l'adaptation des deux Recommandations en vue de leur applicabilité optimale à l'environnement en ligne.

6) *Préparer et promouvoir efficacement un engagement de non-recours au discours de haine pour les membres de la classe politique et les partis*

Il est bien sûr primordial de clarifier certaines divergences doctrinales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais le Conseil de l'Europe est très bien placé pour préparer une panoplie d'actions de lutte contre le discours de haine et de bonnes pratiques à l'intention des partis politiques de toute l'Europe. Ces mesures pourront provenir de l'énorme corpus d'expérience et d'expertise combinées des organes du Conseil de l'Europe. L'ensemble ainsi formé pourrait être présenté comme un « Engagement » : un parti s'engagerait à respecter un minimum de règles, en contrepartie de quoi il pourrait apposer le logo de l'Engagement sur toute sa documentation officielle. Le sérieux des intentions et de la participation pourrait être obtenu en imposant aux chefs de partis d'assister à des réunions annuelles où ils exposeraient et évalueraient les actions entreprises par leurs partis respectifs pour lutter contre le discours de haine. Une clause de non-retour en arrière garantirait la continuité des progrès d'une année sur l'autre¹⁷⁰.

* * *

¹⁷⁰ Cette suggestion s'inspire du mode de fonctionnement du réseau *Creative Diversity* : <http://creativediversity.com>.