

Projet Octopus

Document de travail : La liberté d'expression dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité Considérations pratiques

Strasbourg, 10 décembre 2023 / version provisoire

www.coe.int/cybercrime

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

TABLE DES MATIERES

1	Objectif	3
2	Introduction : La liberté d'expression, un droit fondamental.....	3
3	La liberté d'expression dans le cadre des droits de l'homme.....	4
3.1	Le système des Nations Unies	4
3.2	Système africain des droits de l'homme	6
3.3	Système européen des droits de l'homme	8
3.4	Système interaméricain des droits de l'homme	9
3.5	Ligue des États arabes	10
3.6	L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE).....	11
4	La liberté d'expression dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité, la preuve électronique et le désordre informationnel.....	11
4.1	Infractions de droit matériel	11
4.2	Pouvoirs et garanties procédurales	12
4.3	Désordres de l'information.....	13
5	Défis et solutions en matière de cybercriminalité et de liberté d'expression dans les législations et pratiques nationales.....	15
5.1	Lutte contre la désinformation	15
5.1.1	Enjeux	15
5.1.2	Solutions	15
5.2	Clarté de la loi	15
5.2.1	Enjeux	16
5.2.2	Solutions	16
5.3	Nécessité, proportionnalité, besoin social impérieux.....	17
5.3.1	Enjeux	18
5.3.2	Solutions	18
5.4	Utilisation des pouvoirs de procédure.....	18
5.4.1	Enjeux	18
5.4.2	Solutions	19
5.5	Criminalisation excessive/ proportionnalité	19
5.5.1	Enjeux	19
5.5.2	Solutions	19
6	Considérations	20
6.1	Considérations pour les législateurs	20
6.2	Considérations pour les décideurs politiques	20
6.3	Considérations pour les praticiens de la justice pénale	21

Contact

Division de la cybercriminalité du Conseil de l'Europe

Email : cybercrime@coe.int

Clause de non-responsabilité

Ce rapport technique ne reflète pas nécessairement les positions officielles du Conseil de l'Europe, des donateurs du projet Octopus ou des parties aux traités mentionnés.

1 Objectif

Ces dernières années, la plupart des pays du monde ont entrepris des réformes législatives sur la cybercriminalité et l'électronique. Dans un certain nombre de pays, cette législation sur la cybercriminalité comprend des dispositions qui criminalisent la "diffusion de fausses informations", les « messages offensants », la « nuisance », la « propagation de rumeurs » et d'autres comportements. Dans certains cas, ces dispositions semblent vagues et trop larges, et soulèvent la question de savoir si ces restrictions à la liberté d'expression sont compatibles avec les droits de l'homme et les exigences de l'État de droit.

Le présent document vise donc à aider les décideurs politiques, les législateurs et les praticiens de la justice pénale à élaborer et à mettre en œuvre des politiques et une législation sur la cybercriminalité compatibles avec le droit à la liberté d'expression.

2 Introduction : La liberté d'expression, un droit fondamental

Le droit à la liberté d'expression est un droit humain fondamental inscrit dans un certain nombre d'instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, dont les plus importants sont l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹

Le droit à la liberté d'expression est fondamental à bien des égards, car il permet de jouir d'autres droits et libertés, mais il est aussi la pierre angulaire de la démocratie et de l'État de droit.² Toutefois, la liberté d'expression n'est pas un droit absolu et peut être soumise à certaines restrictions prévues par la loi et nécessaires à la protection des droits et de la réputation d'autrui, de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé et de la moralité publiques.³

La protection de la liberté d'expression dans le contexte de la lutte contre la cybercriminalité relève de la justice pénale, de sorte que de nombreux principes et règles applicables à la protection de la liberté d'expression et d'opinion dans les affaires pénales traditionnelles s'appliquent également aux expressions en ligne. Toutefois, le potentiel et la portée des technologies de l'information et leur impact sur la société suscitent des inquiétudes, à la fois réglementaires et pratiques, qui nécessitent un examen plus approfondi des restrictions de la liberté d'expression en fonction des besoins des autorités de justice pénale en matière de prévention et de lutte contre la cybercriminalité.⁴

¹ Pour une liste définitive de ces normes et instruments, merci de consulter le site suivant : <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-freedom-of-opinion-and-expression/international-standards>

² Pour une discussion plus approfondie sur le contexte du droit à la liberté d'expression avec d'autres droits et libertés, merci de vous référer à l'Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme sur l'article 19 : Libertés d'opinion et d'expression, disponible à l'adresse suivante : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/453/31/PDF/G1145331.pdf>

³ Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, article 19, paragraphe 3, ainsi que de nombreuses dispositions similaires dans d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme.

⁴ Certaines de ces préoccupations et discussions peuvent être trouvées dans HAKMEH, J.: *Cybercrime Legislation in the GCC Countries Fit for Purpose ?*, Chatham House, The Royal Institute of International Affairs, 2018.

3 La liberté d'expression dans le cadre des droits de l'homme

3.1 Le système des Nations Unies

Le cadre global des droits de l'homme développé sous les auspices des Nations Unies, tel que la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), contient certaines des références les plus anciennes et les plus reconnues à la liberté d'expression et d'opinion. Les articles 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques établissent un ensemble de principes suivis et reflétés dans de nombreux autres systèmes régionaux et nationaux par le biais d'une législation de mise en œuvre ou d'une jurisprudence.

L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques constitue, à bien des égards, une référence et une norme mondiale pour la liberté d'expression en tant que droit fondamental.⁵ Dans un ensemble de normes connexes, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ICERD) traite de la question du discours de haine (y compris en ligne).⁶ En ce qui concerne les normes des Nations Unies sur la liberté d'expression applicables à l'environnement en ligne, la résolution 20/8 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies⁷ sur la promotion, la protection et la jouissance des droits de l'homme sur l'internet affirme l'applicabilité du domaine en ligne.⁸

En ce qui concerne les questions liées à la liberté d'expression et à la réglementation relative à la lutte contre la cybercriminalité, le rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion a soumis un rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies en 2011,⁹ qui développe les exceptions et limitations admissibles et inadmissibles au droit garanti par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,¹⁰. Bien que ces

⁵ Observation générale n° 34 du Comité des droits de l'homme sur l'article 19 : Libertés d'opinion et d'expression, section 22. Le paragraphe 1 de l'article 19 exige la protection du droit de ne pas être inquiété pour ses opinions, qui est un droit pour lequel le Pacte n'autorise aucune exception ou restriction. Le paragraphe 2 exige des États parties qu'ils garantissent le droit à la liberté d'expression, y compris le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce sans considération de frontières ; toutefois, contrairement au paragraphe 1, la jouissance de ce droit peut être restreinte, conformément aux conditions spécifiques fixées par le paragraphe 3, et ce n'est que sous réserve de ces conditions que des restrictions peuvent être imposées : les restrictions doivent être « prévues par la loi » ; elles ne peuvent être imposées que pour l'un des motifs énoncés aux alinéas (a) et (b) du paragraphe 3 ; et elles doivent être conformes aux critères stricts de nécessité et de proportionnalité.

⁶ L'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale interdit « toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique ». Source : <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>

⁷ Elle peut être consultée à l'adresse suivante : <https://digitallibrary.un.org/record/731540?ln=en>

⁸ L'article 1 de la résolution 20/8 réaffirme que « les mêmes droits que les personnes ont hors ligne doivent également être protégés en ligne, en particulier la liberté d'expression, qui est applicable sans considération de frontières et par le biais de tout média de son choix, conformément aux articles 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politique ».

⁹ UNGA A/66/290, Rapport du rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 10 août 2011, disponible à l'adresse : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Opinion/A.66.290.pdf>

¹⁰ *Ibid*, section 18 du rapport. Dans ce contexte, le rapporteur spécial a préconisé de distinguer trois types d'expression : l'expression qui constitue une infraction au regard du droit international et peut faire l'objet de poursuites pénales ; l'expression qui n'est pas punissable pénalement mais peut justifier une restriction et une

quatre catégories soient expressément définies,¹¹ , le test à trois niveaux de la légalité, de la proportionnalité et de la nécessité devrait être appliqué et respecté à tout moment.¹² En outre, tout autre type de contenu et d'expression ne devrait pas être restreint, quelques exemples étant directement cités dans le rapport comme étant expressément inadmissibles.¹³

Voici quelques exemples de jurisprudence :

- Dans l'affaire Kouider Kerrouche c. Algérie¹⁴ , le Comité des droits de l'homme a estimé que l'article 19 (3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques permettait d'imposer des restrictions à la liberté d'expression, mais uniquement celles qui sont prévues par la loi et nécessaires au respect des droits ou de la réputation d'autrui. Aucune explication ne pouvant démontrer que le procès pénal de l'auteur et sa condamnation pour diffamation étaient nécessaires pour protéger l'intégrité du système judiciaire, une violation de l'article 19 (2) du Pacte a été constatée.¹⁵
- Dans l'affaire Svetlana Mikhalchenko c. Belarus,¹⁶ en concluant à une violation de l'article 19 dans ce cas particulier, le Comité a constaté que les autorités nationales n'avaient pas expliqué pourquoi il était nécessaire de restreindre la liberté de l'auteur de rechercher, recevoir et communiquer des informations afin d'assurer le respect des droits ou de la réputation d'autrui, ou pour protéger la sécurité nationale ou l'ordre public, ou encore la santé ou la moralité publiques.¹⁷
- Le Groupe de travail sur la détention arbitraire du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies s'est également penché sur la question de la liberté d'expression dans

action civile ; et l'expression qui ne donne pas lieu à des sanctions pénales ou civiles, mais qui soulève néanmoins des préoccupations en termes de tolérance, de civilité et de respect d'autrui.

¹¹ *Ibid*, p. 8 à 13 du rapport. En ce qui concerne l'expression qui peut être poursuivie en vertu du droit pénal, quatre catégories d'expression ont été décrites qui constitueraient des restrictions admissibles au droit à la liberté d'expression : la pornographie enfantine et les documents relatifs aux abus sexuels sur les enfants ; l'incitation directe et publique à commettre un génocide ; l'appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence ; et l'incitation au terrorisme.

¹² *Ibid*, article 37.

¹³ *Ibid*, section 42. Il s'agit notamment de la discussion des politiques gouvernementales et du débat politique, des rapports sur les droits de l'homme, les activités gouvernementales et la corruption au sein du gouvernement, de la participation à des campagnes électorales, à des manifestations pacifiques ou à des activités politiques, y compris pour la paix ou la démocratie, et de l'expression d'opinions et de dissensions, de la religion ou des convictions, y compris par des personnes appartenant à des minorités ou à des groupes vulnérables. Ces types de contenus particuliers sont également mentionnés dans la résolution 12/16 sur la liberté d'opinion et d'expression adoptée par le Conseil des droits de l'homme le 12 octobre 2009 (section 5.p), disponible à l'adresse suivante :

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G09/166/89/PDF/G0916689.pdf>

¹⁴ CCPR/C/118/D/2128/2012, constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 du Protocole facultatif, concernant la communication no 2128/2012, à sa cent dix-huitième session (17 octobre - 4 novembre 2016), extraites à l'adresse :

<https://www.refworld.org/cases,HRC,591ea4824.html>

¹⁵ Sections 8.8 et 8.9 de l'avis du CDH. L'affaire concernait un grief de l'auteur selon lequel les poursuites engagées contre lui pour insulte à un fonctionnaire constituaient une violation de son droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP).

¹⁶ CCPR/C/114/D/1982/2010, constatations adoptées par le Comité des droits de l'homme au titre de l'article 5 4) du Protocole facultatif, concernant la communication n° 1982/2010, à sa 114ème session (29 juin-24 juillet 2015), extraites à l'adresse suivante : <https://www.refworld.org/cases,HRC,59316e0d4.html>. Le Comité devait déterminer si l'arrestation de l'auteur pour avoir distribué des tracts et la saisie des tracts en sa possession constituaient une restriction injustifiée des droits protégés par l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁷ Section 8.5 de l'avis du CDH.

l'avis n° 57/2017 concernant Stella Nyanzi (Ouganda) en 2017.¹⁸ En constatant de multiples violations de l'article 19 du PIDCP en ce qui concerne les poursuites et la privation de liberté pour des publications sur les médias sociaux, le Groupe de travail n'a pas jugé l'enquête et la détention « nécessaires ou proportionnelles aux buts énoncés à l'article 19 (3) du Pacte ».¹⁹

3.2 Système africain des droits de l'homme

L'article 9 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP)²⁰ traite de la liberté d'expression dans le contexte régional de l'Afrique. Il convient de noter que la Charte ne prévoit pas de liste expresse de restrictions au droit à la liberté d'expression, mais fixe plutôt un certain nombre de limitations de nature générale applicables dans des contextes spécifiques.²¹

Compte tenu de l'ampleur des limitations en question, il n'est peut-être pas surprenant que des orientations plus détaillées aient été élaborées en Afrique en ce qui concerne la liberté d'expression. La Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique²², adoptée par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en 2019, énumère un certain nombre de principes importants dans le contexte de la législation et de la pratique des enquêtes sur la cybercriminalité.²³

En outre, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a également appelé les États parties à la Charte africaine à « abroger les lois, comme celles pénalisant la diffamation ou réprimant les outrages, qui sont conçues pour entraver la liberté d'expression » et à « s'abstenir d'imposer des restrictions de portée générale constitutives, en elles-mêmes et par elles-mêmes, de violations de la liberté d'expression ».

Parmi les exemples de jurisprudence, on peut citer :

¹⁸ A/HRC/WGAD/2017/57, Avis adoptés par le Groupe de travail sur la détention arbitraire à sa soixante-dix-neuvième session, 21-25 août 2017, Avis n° 57/2017, disponible à l'adresse suivante : <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/316/71/PDF/G1731671.pdf>. L'auteur a fait l'objet d'une enquête pénale en vertu de la loi ougandaise sur l'utilisation abusive des ordinateurs (« Computer Misuse Act ») pour des messages prétendument offensants sur les médias sociaux à l'égard des dirigeants politiques du pays ; les charges comprenaient des infractions de cyberharcèlement et de communication offensante en vertu de ladite loi.

¹⁹ Ibid, section 57 de l'avis du CDH.

²⁰ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (« charte de Banjul »), Organisation de l'unité africaine (OUA), 27 juin 1981. Disponible à l'adresse suivante : https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011-african-charter-on-human-and-peoples-rights_e.pdf.

²¹ En vertu de l'article 27, paragraphe 2, de la CADHP, « les droits et libertés de chaque personne s'exercent dans le respect des droits d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun ». Selon l'article 28, « chaque individu a le devoir de respecter et de considérer ses semblables sans discrimination aucune, et d'entretenir avec eux des relations qui permettent de promouvoir, de sauvegarder et de renforcer le respect et la tolérance réciproque ». En vertu de l'article 29 du traité, l'individu doit « ne pas compromettre la sécurité de l'État dont il est national ou résident » et « de préserver et de renforcer l'indépendance nationale, notamment lorsque celle-ci est menacée ».

²² Le texte de la déclaration peut être consulté à l'adresse suivante : <https://achpr.au.int/sites/default/files/files/2022-08/declarationofprinciplesonfreedomofexpressioneng2019.pdf>

²³ Il s'agit notamment des points suivants : Nécessité d'une protection contre les interférences à la fois hors ligne et en ligne en vertu du principe 5 ; contrôle indépendant et garanties efficaces contre les abus pour le système à trois niveaux déjà confirmé de légalité, de proportionnalité et de nécessité (principe 9) ; ce qui constituerait un objectif légitime et ce qui serait considéré comme une limitation proportionnée et nécessaire, y compris le besoin substantiel, le lien direct et l'utilisation des restrictions les moins importantes, ainsi que la mise en balance des intérêts (principe 9) ; Révision et modification de la responsabilité pénale et des sanctions pour divers délits, y compris la diffamation et l'incitation à la haine (principes 22 et 23).

- L'arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire Lohé Issa Konaté c. la République du Burkina Faso (2019) est considéré comme une affaire historique pour la liberté d'expression dans la région.²⁴ En plus de considérer que la condamnation constituait une ingérence disproportionnée dans les droits garantis du requérant à la liberté d'expression et que les personnalités publiques - telles que les procureurs - doivent tolérer davantage de critiques que les personnes privées, la Cour a ordonné au Burkina Faso de modifier sa législation sur la diffamation.²⁵
- Dans l'affaire du Media Council of Tanzania c. le ministre de la justice de Tanzanie (2019)²⁶, la Cour de justice de l'Afrique de l'Est a estimé à l'unanimité que de nombreuses dispositions de la loi tanzanienne sur les services de médias violaient le Traité pour l'établissement de la Communauté de l'Afrique de l'Est, car elles portaient atteinte au droit à la liberté d'expression.
- Dans l'affaire Incorporated Trustees of Laws and Rights Awareness Initiatives c. la république fédérale du Nigeria (2020)²⁷, la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), tout en estimant que les dispositions en question étaient suffisamment établies par la loi et servaient un objectif légitime, a également conclu que « de telles dispositions ne sont pas nécessaires dans une société démocratique et violent de manière disproportionnée le droit à la liberté d'expression, garanti par les articles 9 (2) et ACHPR (Commission africaine des droits de l'homme et des peuples) et 19 de l'PIDCP (Pacte international relatif aux droits civils et politiques). »²⁸
- Dans le jugement de suivi du Registered Trustees of the Socio-Economic and Accountability Project (SERAP) c. la république fédérale du Nigeria (2022)²⁹, la Cour de la CEDEAO a reconfirmé que "la nature vague et arbitraire de la section 24 de la loi sur

²⁴ Peut être consulté à l'adresse suivante :

<https://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Judgment%20Appl.004-2013%20Lohe%20Issa%20Konate%20v%20Burkina%20Faso%20-English.pdf>. L'affaire concernait la responsabilité pénale des médias (délit de diffamation) pour avoir publié plusieurs articles de presse alléguant la corruption d'un procureur d'État.

²⁵ Faire en sorte que cette législation soit conforme aux normes internationales en abrogeant les peines privatives de liberté pour les actes de diffamation et adapter sa législation pour s'assurer que les autres sanctions pour diffamation répondent au critère de nécessité et de proportionnalité, conformément aux obligations internationales du pays. Plus de détails et d'analyses sur : <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lohe-issa-konate-v-the-republic-of-burkina-faso>. Un raisonnement similaire de la Cour, concluant à une violation de l'article 9 de la CADHP, a également été confirmé dans l'affaire Agnes Uwimana-Nkusi c. Rwanda (2021).

²⁶ La décision peut être consultée sur le lien suivant : <https://www.mediadefence.org/resource-hub/wp-content/uploads/sites/3/2021/04/Media-Council-of-Tanzania-v-Attorney-General-of-Tanzania-2019.pdf>. La Cour a particulièrement détaillé sa délibération sur la question de savoir si l'acte juridique contesté en question (la loi sur le service des médias de 2016) était suffisamment clair et prévisible au regard du principe de légalité ; en l'espèce, l'acte en question n'a pas été jugé suffisamment précis pour satisfaire à ce critère.

²⁷ L'arrêt peut être consulté à l'adresse suivante :

http://www.courtecawas.org/wp-content/uploads/2020/09/JUD_ECW_CCJ_JUD_16_20.pdf. Les requérants alléguaient que les dispositions de l'article 24 de la loi de 2015 sur la cybercriminalité (interdiction, prévention, etc.), qui érigeait en infraction la communication de messages offensants ou insultants, violaient le droit à la liberté d'expression consacré à la fois par la CADHP et le PIDCP.

²⁸ *Ibid*, article 164.

²⁹ Décision disponible à l'adresse suivante : <https://serap-nigeria.org/download/download-ctc-of-judgment-by-ecowas-court-of-justice-prohibiting-prosecution-for-cyberstalking/#>

la cybercriminalité de 2015 n'est pas conforme à l'article 9 de la CADHP et à l'article 19 du PIDCP" et a demandé à l'État défendeur d'abroger la législation.³⁰

3.3 Système européen des droits de l'homme

Le système est représenté par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Elle protège les droits de l'homme des personnes dans les pays membres du Conseil de l'Europe.

Un aspect important de certaines infractions liées au contenu³¹ est qu'elles peuvent susciter des préoccupations en matière de liberté d'expression et devraient toujours être considérées comme représentant la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la CEDH.

Toutefois, la protection de la liberté d'expression offerte par l'article 10 de la CEDH n'est pas absolue. L'art. 10.2 autorise certaines restrictions, notamment lorsque ces idées ou expressions violent les droits d'autrui. Une expression particulière doit contribuer directement au préjudice social et il doit exister un "besoin social impérieux" de restreindre cette expression³². Ces restrictions doivent satisfaire au triple test cumulatif de la légalité, de la légitimité de l'objectif et de la proportionnalité.

La Convention est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme dont les arrêts sont contraignants et leur statut juridique est celui de normes juridiques obligatoires. Par conséquent, le texte de la CEDH doit être lu conjointement avec la jurisprudence de la Cour.

Parmi les exemples de jurisprudence, on peut citer :

- Brzeziński c. Pologne (Requête n° 47542/07, 25 juillet 2019)³³ La CEDH a mis en garde contre les dangers des « fake news », mais a souligné l'importance de protéger le discours politique, en particulier celui de l'opposition, pendant les élections. La Cour a en outre souligné que même les déclarations qui peuvent être fausses devraient être protégées s'il s'agit d'une question d'intérêt public « incontestable ».
- Lingens c. Autriche (Requête n° 9815/82) 8 juillet 1986³⁴ - Les limites de la critique acceptable sont donc plus larges à l'égard d'un homme politique en tant que tel qu'à l'égard d'un particulier. L'homme politique s'expose à ce que ses moindres paroles et actes soient examinés de près tant par les journalistes que par le public en général et doit, par conséquent, faire preuve d'une plus grande tolérance.

³⁰ *Ibid*, dispositif de la décision.

³¹ Sans entrer dans une discussion sur la diffamation et les « fake news » en tant que sujet autonome, certains des termes utilisés dans ce document reflètent les tentatives de l'UNESCO de fournir des définitions de certains de ces termes, en distinguant la désinformation, la désinformation et la mal-information ([Journalism, 'Fake News' and Disinformation : A Handbook for Journalism Education and Training](#)).

³² Voir par exemple : Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Turquie, Avis conjoint urgent de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit (DGI) du Conseil de l'Europe sur le projet d'amendements au Code pénal concernant la disposition relative aux « informations fausses ou trompeuses », émis conformément à l'article 14a du Règlement intérieur de la Commission de Venise, 7 octobre 2022, paragraphes 59-61. [ci-après dénommée Commission de Venise, 2022]

³³ CEDH, Brzeziński c. Pologne (Requête n° 47542/07), 25 juillet 2019 (voir notamment les paragraphes 20, 53, 54, 56, 58, 59).

³⁴ Voir Cour européenne des droits de l'homme, Lingens c. Autriche (Requête n° 9815/82) 8 juillet 1986.

- Salov c. Ukraine (Requête n° 65518/01, 6 septembre 2005)³⁵ - La Cour européenne des droits de l'homme a souligné que « l'article 10 de la Convention en tant que tel n'interdit pas la discussion ou la diffusion d'informations reçues même si l'on soupçonne fortement que ces informations pourraient ne pas être véridiques ».

3.4 Système interaméricain des droits de l'homme

Le droit à la liberté d'expression dans le système interaméricain est régi par l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (CADH). Comme d'autres instruments, la CADH précise les restrictions à la liberté d'expression. Le droit d'expression peut être appliqué par des individus contre leur État devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH).

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) a été créée pour interpréter les dispositions de la CADH. Elle entend et statue sur les violations des droits de l'homme commises par la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou par un État partie.

De même, comme c'est le cas pour d'autres mécanismes, les États doivent veiller à ce que toute restriction à la liberté d'expression soit conforme aux trois critères du droit international que sont la légalité, la légitimité de l'objectif et la proportionnalité.

La déclaration de principes sur la liberté d'expression a été adoptée par la Commission interaméricaine des droits de l'homme en 2000. Elle souligne que lorsque des informations d'intérêt public sont diffusées et que ces informations peuvent nuire à la réputation d'un fonctionnaire, seules des sanctions civiles peuvent être prises.³⁶

Elle stipule également que les lois qui pénalisent les expressions offensantes à l'égard des fonctionnaires, généralement connues sous le nom de lois de « desacato », restreignent la liberté d'expression et le droit à l'information.³⁷ En outre, elle affirme que dans les sociétés démocratiques, les personnalités publiques doivent être plus, et non moins, ouvertes au contrôle et à la critique du public et que ces lois doivent être abrogées lorsqu'elles existent encore.³⁸

Parmi les exemples de jurisprudence, on peut citer :

- Herrera-Ulloa c. Costa Rica (ser. C n° 107, 2 juillet 2004)³⁹ - La CIADH a estimé que la loi pénale du Costa Rica sur la diffamation violait l'article 13 de la CADH. La CIADH a également souligné qu'en exigeant de M. Herrera-Ulloa qu'il prouve les déclarations citées dans ses articles, les autorités ont limité de manière excessive sa liberté d'expression. Une telle exigence pourrait restreindre le journalisme et avoir ainsi un impact négatif sur le débat public.
- Kimel c. Argentine (ser. C n° 177, 2 mai 2008)⁴⁰ - La CIADH a souligné que les expressions concernant les actes accomplis par des fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions jouissent d'un degré de protection plus élevé. La CIADH a établi l'existence d'un intérêt public évident à savoir comment un fonctionnaire (un juge en

³⁵ Cour européenne des droits de l'homme, Salov c. Ukraine (requête n° 65518/01), 6 septembre 2005.

³⁶ Commission interaméricaine des droits de l'homme, Déclaration de principes sur la liberté d'expression, Commission interaméricaine des droits de l'homme, 2000, principe 10.

³⁷ *Ibid*, principe 11.

³⁸ *Ibid*, paragraphes 50 et 52.

³⁹ Voir CIADH, Herrera-Ulloa c. Costa Rica, ser. C n° 107, 2 juillet 2004.

⁴⁰ Voir CIADH, Kimel c. Argentine, ser. C n° 177, 2 mai 2008.

l'occurrence) s'est acquitté de ses fonctions et a enquêté sur un massacre perpétré pendant la dictature militaire. En outre, étant donné que les expressions ne concernaient pas la vie privée de l'agent public et faisaient plutôt partie des jugements de valeur du pouvoir judiciaire, elles devaient être protégées en vertu de la CARDH.

3.5 Ligue des États arabes

La Charte arabe des droits de l'homme est le principal instrument régional de la Ligue des États arabes en matière de droits de l'homme.⁴¹ Elle consacre le droit à la liberté d'expression dans son article 32. Son paragraphe 2 précise dans quels cas ce droit peut être restreint.

En 2014, la Cour arabe des droits de l'homme a été créée par un statut, mais elle n'est pas opérationnelle et n'a pas encore entendu d'affaires.

La plupart des États de cette région n'étant pas encore parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la seule disposition applicable en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits (bien que de nature non contraignante) serait l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui défend le droit à la liberté d'expression. Avec la Charte arabe des droits de l'homme, cet article fournit les droits minimums auxquels les personnes de cette région peuvent prétendre.⁴² Toutefois, les pays de cette région ont été critiqués pour avoir adopté des lois sur la cybercriminalité contenant des dispositions qui criminalisent un large éventail de contenus, en utilisant un langage vague qui pourrait créer un risque d'abus et soulever des inquiétudes quant à la limitation disproportionnée de la liberté d'expression.⁴³

⁴¹ Charte arabe des droits de l'homme, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Ligue des États arabes, <https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=en>

⁴² HAKMEH, J. : La législation sur la cybercriminalité dans les pays du CCG est-elle adaptée ? *Chatham House. The Royal Institute of International Affairs*, 2018, p. 17.

⁴³ *Ibid*, p. 2.

3.6 L'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN)

La déclaration des droits de l'homme de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), qui prévoit la liberté d'expression avec des restrictions plus larges⁴⁴, n'est pas un instrument juridiquement contraignant.

Il n'existe pas non plus de mécanisme de contrôle qui aurait le pouvoir de prendre des décisions contraignantes. Néanmoins, les États membres de l'ASEAN qui sont parties à des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, devraient respecter les obligations qui leur incombent en vertu de ces instruments.

Pendant la pandémie de Covid-19, de nombreux pays de la région ont adopté de nouvelles lois ou élargi leur législation sur les fausses nouvelles pour faire face à la crise et lutter contre la diffusion de la désinformation. Certaines de leurs dispositions ont suscité l'intérêt de la communauté internationale et plusieurs examens et recommandations ont été publiés par des organismes internationaux. Plus précisément, ces recommandations ont appelé à des dispositions clairement formulées, à des sanctions non pénales ou à la non-utilisation des lois à des fins politiques contre les opposants⁴⁵, y compris les journalistes.⁴⁶

4 La liberté d'expression dans le cadre de la lutte contre la cybercriminalité, la preuve électronique et le désordre informationnel

4.1 Infractions de droit matériel

La Convention de Budapest sur la cybercriminalité reste, à l'heure où nous écrivons ces lignes, la principale source internationale de normes juridiques en matière de cybercriminalité et de preuves électroniques dans les affaires pénales. La Convention de Budapest vise principalement à répondre aux menaces de la cybercriminalité et à résoudre les problèmes liés aux preuves électroniques dans les affaires pénales en fournissant des orientations et des réglementations sur le droit matériel, les pouvoirs procéduraux et la coopération internationale. Elle est également utilisée comme un outil pratique par les autorités de justice pénale pour appliquer la justice pénale dans le cyberspace.

Bien que la Convention ne soit pas un instrument des droits de l'homme *en elle-même*, en tant qu'instrument de justice pénale, elle repose fortement sur les exigences de l'État de droit et de la protection des droits et libertés fondamentaux dans tous les aspects de sa mise en œuvre. Par extension, la protection et le respect de la liberté d'expression et des droits connexes entrent dans le champ d'application de la Convention et de ses normes connexes.⁴⁷

⁴⁴ « (...) afin d'assurer la reconnaissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales d'autrui et de satisfaire aux justes exigences de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé publique, de la sûreté publique, de la moralité publique, ainsi que du bien-être général des peuples dans une société démocratique ». Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), Déclaration des droits humains de l'ASEAN, 18 novembre 2012.

⁴⁵Voir par exemple : Asia Centre, *Defending Freedom of Expression: Fake News Legislation in East and Southeast Asia*, 2021, 63 p.

⁴⁶ Voir par exemple : Asia Centre, *Media freedom in South East Asia: Repeal Restrictive Laws, Strengthen Quality Journalism*, 2022, 41 p.

⁴⁷ Convention de Budapest sur la cybercriminalité (2001), préambule de la convention. Le préambule de la Convention de Budapest fait déjà expressément référence à la liberté d'expression et à la nécessité de trouver un juste équilibre entre l'action répressive et la protection des droits fondamentaux. Le préambule va

Si chaque État partie doit incriminer un ensemble d'infractions contenues dans le texte de la Convention, celle-ci ne prévoit pas de liste exhaustive d'infractions liées au contenu. Le premier protocole additionnel⁴⁸ relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (STE N° 189) traite principalement du contenu numérique ou en ligne de nature raciste et xénophobe, en exigeant des États parties au protocole qu'ils érigent ces infractions en infractions pénales.

Au-delà des dispositions du premier protocole additionnel, une exception notable à l'approche neutre de la Convention de Budapest à l'égard des contenus illicites se trouve à l'article 9 sur les infractions liées à la pornographie infantile, où, selon le rapport explicatif de la Convention, « l'expression "sans droit" permet à une Partie de prendre en compte les droits fondamentaux, tels que la liberté de pensée, d'expression et de vie privée ». ⁴⁹

4.2 Pouvoirs et garanties procédurales

Les pouvoirs procéduraux⁵⁰ conférés aux parties à la Convention de Budapest sont des outils puissants qui peuvent potentiellement interférer avec divers droits et libertés des personnes concernées. Par conséquent, l'utilisation abusive des pouvoirs procéduraux au-delà des motifs légitimes des enquêtes criminelles pourrait constituer un risque pour la liberté d'expression, en particulier lorsque des mesures particulièrement intrusives, telles que la saisie de systèmes informatiques et d'équipements de communication (principalement des médias, mais aussi de toute personne physique ou morale) ou la surveillance/l'interception, pourraient également être utilisées comme prétexte pour supprimer des opinions, des discours ou des expressions légitimes.

L'article 15 de la convention impose aux parties de veiller à ce que les pouvoirs et les procédures établis en vertu de la convention soient soumis à un niveau approprié de protection des droits de l'homme et des libertés en vertu de leur droit interne. Il s'agit notamment de normes ou de garanties minimales découlant des obligations d'une Partie en vertu des instruments internationaux applicables en matière de droits de l'homme. Les pouvoirs et les procédures doivent également être raisonnables et « prendre en considération l'impact sur les droits, les responsabilités et les intérêts légitimes des tiers, y compris les fournisseurs de services, résultant des mesures d'exécution, et si des moyens appropriés peuvent être pris pour atténuer cet impact.

51

également plus loin en se référant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, ainsi qu'à d'autres traités, et réaffirme « le droit à ne pas être inquiété pour ses opinions, le droit à la liberté d'expression, y compris la liberté de rechercher, d'obtenir et de communiquer des informations et des idées de toute nature, sans considération de frontière, ainsi que le droit au respect de la vie privée ».

⁴⁸ Disponible à l'adresse suivante :

<https://www.coe.int/fr/web/cybercrime/first-additional-protocol>. Le protocole établit les types de contenus qui sont, pour les États parties au protocole, expressément exclus du champ de protection accordé par les principes applicables à la liberté d'expression.

⁴⁹ [Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité](#), section 103. Il convient toutefois de noter que ce moyen de défense potentiel doit, en toutes circonstances, être interprété et appliqué dans le cadre du triple test de légalité, de proportionnalité et de nécessité.

⁵⁰ Section 2 de la [Convention sur la cybercriminalité](#). Les pouvoirs procéduraux auxquels les États parties peuvent recourir comprennent la conservation accélérée, la divulgation accélérée, les ordonnances de production, la perquisition et la saisie, la surveillance en temps réel et l'interception. Alors que différents pouvoirs pourraient être appliqués pour sécuriser les preuves électroniques dans le cadre d'une affaire pénale, l'article 15 de la Convention de Budapest prévoit un ensemble de sauvegardes et de garanties limitant leur application.

⁵¹ [Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité](#), section 148. On pourrait donc également soutenir que le concept de « droits, responsabilités et intérêts légitimes des tiers » au titre du paragraphe 3 de l'article

L'article 19, paragraphe 3 de l'article 19 de la Convention sur la perquisition et la saisie de données informatiques stockées habilite les autorités compétentes à saisir ou à sécuriser de la même manière les données informatiques qui ont fait l'objet d'une perquisition ou d'un accès similaire, y compris le pouvoir de saisir le matériel informatique et les supports de stockage de données informatiques. L'interprétation officielle de la disposition est spécifiquement ouverte à la possibilité d'appliquer ces pouvoirs au-delà des objectifs de collecte de preuves pour « être utilement appliquée dans des situations de danger ou de préjudice pour la société, causé par exemple par des virus ou par la présentation du mode de fabrication des virus ou des bombes, ou dans celles dans lesquelles les données ou leur contenu sont illégales, comme en cas de pornographie enfantine ».⁵²

4.3 Désordres de l'information

Ces dernières années, la désinformation s'est considérablement développée dans le monde entier. Tout en permettant une pluralité de voix, une démocratisation de l'accès à l'information et un puissant outil de militantisme, l'internet a également créé de nouvelles vulnérabilités technologiques. Les faux contenus peuvent avoir un impact négatif sur les droits de l'homme fondamentaux et même sur le fonctionnement de la démocratie. La désinformation peut servir à confondre ou à manipuler les citoyens, à susciter la méfiance à l'égard des normes internationales, des institutions ou des stratégies adoptées démocratiquement, à perturber les élections ou à alimenter l'incrédulité à l'égard de défis majeurs tels que le changement climatique.⁵³

Dans un nouveau document⁵⁴, le Conseil de l'Europe définit la « désinformation » comme faisant « référence aux informations qu'on peut vérifier si elles sont fausses, inexactes ou de nature à induire en erreur, créées et diffusées dans l'intention délibérée de causer un préjudice ou d'obtenir un avantage politique ou économique en trompant le public », tandis que la « mésinformation » fait « référence aux informations qu'on peut vérifier si qu'elles sont fausses, inexactes ou de nature à induire en erreur, diffusées sans intention de tromper, de causer un préjudice ou d'obtenir un avantage politique ou économique ». L'UNESCO ajoute également⁵⁵ que la "mal-information" est une information fondée sur la réalité, utilisée pour nuire à une personne, un groupe social, une organisation ou un pays.

Les États ont tenté de lutter contre la désinformation à l'aide de différents outils, notamment en introduisant une nouvelle législation et en criminalisant certains comportements en ligne. Dans certains cas, cela se fait au détriment du droit à la liberté d'expression.

15 se réfère directement à d'autres droits fondamentaux, y compris la liberté d'expression. Cette interprétation repose également sur l'hypothèse que l'application pratique des pouvoirs procéduraux, allant de la conservation des données à l'interception du contenu, limite souvent directement la capacité des personnes à recevoir, diffuser ou partager des informations et des données sans restrictions.

⁵² *Ibid*, article 198. Un ensemble de conditions et de garanties spécifiques pourrait être nécessaire à cet égard, afin d'empêcher l'application de ce pouvoir pour permettre le retrait ou l'inaccessibilité d'informations qui pourraient être considérées comme « illégales » en vertu du droit national mais qui sont par ailleurs protégées par la liberté d'expression ; ces garanties devraient inclure, au minimum, le test en trois parties de la légalité, de la proportionnalité et de la nécessité.

⁵³ L'impact de la désinformation sur les processus démocratiques et les droits de l'homme dans le monde, étude du Parlement européen, 2021.

⁵⁴ Comité d'experts sur l'intégrité de l'information en ligne (MSI-INF), dans « Guidance Note on countering the spread of online mis- and disinformation through fact-checking and platform design solutions in a human rights compliant manner » (projet adopté et préparé pour publication en décembre 2023).

⁵⁵ Journalism, 'Fake News' and Disinformation: A Handbook for Journalism Education and Training (unesco.org).

La Commission de Venise, dans son avis n° 1102 / 2022⁵⁶ concernant la disposition sur les « informations fausses ou trompeuses », a reconnu que le désordre de l'information (désinformation, mauvaise information et « malinformation ») est en effet l'une des questions importantes de nos jours, depuis que les plateformes Internet en ligne sont devenues des canaux largement ouverts pour le débat privé et public. La haine et d'autres discours nuisibles se répandent par leur intermédiaire grâce à l'amplification fabriquée et il est globalement nécessaire de s'attaquer aux graves problèmes des campagnes de désinformation, qui ont un impact présumé sur les résultats des élections et, par la suite, sur les gouvernements et l'ordre constitutionnel des États.

Toutefois, l'introduction de mesures visant à lutter contre la désinformation comporte de sérieux risques d'interférence avec la liberté d'expression et une réflexion approfondie est nécessaire lors de l'identification de solutions à ce problème mondial, car elles peuvent conduire à la censure et limiter les contenus légitimes. En outre, la criminalisation de la désinformation peut être utilisée par les gouvernements contre la critique et l'opposition, entraînant l'autocensure et réduisant la liberté d'expression.⁵⁷

Dans la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la lutte contre le discours de haine⁵⁸, la criminalisation devrait également être utilisée en dernier recours et uniquement pour les expressions les plus graves de discours de haine, clairement définies. Les États membres devraient utiliser une terminologie et des définitions claires et précises, et s'abstenir d'utiliser des termes vagues⁵⁹ et ambiguës⁶⁰ dans leur législation relative au discours de haine.

Le rapport 2018 de l'UE intitulé « Lutte contre la désinformation en ligne : une approche européenne »⁶¹ a souligné que la principale menace est la désinformation, et non les « fake news » ou la mésinformation et que, même face à la menace la plus grave, la réponse ne devrait pas uniquement inclure la criminalisation de certains comportements mais également une approche multipartite.

⁵⁶ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2022\)032-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-f)

⁵⁷ Les interdictions générales de « diffusion d'informations fondées sur des notions vagues et ambiguës comme les « fausses nouvelles » ou le « manque d'objectivité » sont incompatibles avec les normes internationales en matière de restrictions à la liberté d'expression, telles qu'énoncées au paragraphe 1 a), et devraient être supprimées. » Rapport conjoint de la Commission de Venise et de la Direction de la société de l'information et de l'action contre la criminalité de la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit (DGI), sur les technologies numériques et les élections, [CDL-AD\(2019\)016-f](#)

⁵⁸ [Recommandation CM/Rec\(2022\)16 du Comité des Ministres aux États membres sur la lutte contre le discours de haine - Liberté d'expression \(coe.int\)](#)

⁵⁹ « Informations trompeuses » (le cas échéant), « fausses informations pour induire en erreur », « diffuser publiquement » (ou « diffuser ouvertement »), « trouble de la paix publique », « bien-être général » (ou « santé publique » ou « santé générale »), « d'une manière propice » (ou « d'une manière favorable »), « dans le cadre des activités d'une organisation ». Exemples tirés de : Commission de Venise, [Avis conjoint urgent de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et de l'Etat de droit \(DGI\) du Conseil de l'Europe](#), 7 octobre 2022, paragraphe 39.

⁶⁰ Comme les « fausses nouvelles » ou le « manque d'objectivité ». Voir par exemple Commission de Venise, Rapport conjoint de la Commission de Venise et de la Direction de la société de l'information et de la lutte contre la criminalité, Direction générale Droits de l'homme et État de droit (DGI) sur les technologies numériques et les élections, [CDL-AD\(2019\)016-f](#), paragraphe 90.

⁶¹ Avec des mises à jour à partir de 2023, à l'adresse <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/node/3060/printable/pdf>

5 Défis et solutions en matière de cybercriminalité et de liberté d'expression dans les législations et pratiques nationales

L'objectif de cette partie est de démontrer l'application des principes identifiés ci-dessus à des circonstances spécifiques dans la législation et la pratique.

5.1 Lutte contre la désinformation

Dans différentes régions du monde, de nouvelles lois, adoptées ou modifiées pour lutter contre la cybercriminalité, ont été utilisées par les gouvernements pour introduire des infractions pénales qui ne se réfèrent pas à la cybercriminalité mais tentent de lutter contre la désinformation. Dans certains cas, ces lois auraient été utilisées à mauvais escient pour réprimer la dissidence politique et supprimer la liberté d'expression et les médias, ce qui a encore affaibli des structures et des institutions démocratiques déjà compromises. Dans d'autres cas, les tribunaux interprètent les lois de manière libérale et qualifient de désinformation les conclusions des journalistes qui remettent en cause, par exemple, la corruption dans le secteur public.

5.1.1 Enjeux

- Criminalisation des comportements qui se réfèrent de manière générique à la diffusion d'informations en ligne
- L'utilisation d'une terminologie vague, large et confuse pour décrire à la fois le comportement criminel et la valeur/l'intérêt protégé(e) ; cela inclut également l'interprétation par les tribunaux de dispositions formulées de manière générale.
- Criminalisation de la diffamation, avec des sanctions sévères et l'absence de prise en compte de sanctions civiles et/ou administratives alternatives.
- Manque de clarté sur les pouvoirs procéduraux en matière d'enquête et de poursuite des infractions introduites
- Introduction d'infractions qui sont déjà réglementées dans d'autres législations nationales hors ligne (par exemple, extorsion, atteinte à l'ordre public, etc.)
- Absence de prise en compte de la législation nationale existante, qui protège déjà les citoyens ou les intérêts de l'État en jeu.

5.1.2 Solutions

- La criminalisation n'est utilisée qu'en dernier recours.
- Des termes clairs et précis de l'acte criminel et de la valeur ou de l'intérêt protégé.
- Envisager la dépénalisation de la diffamation ou le recours à des peines non privatives de liberté proportionnelles au préjudice causé à la société ou à l'individu.
- Utilisation de pouvoirs procéduraux proportionnés à la conduite en question, avec des sauvegardes et des garanties applicables.
- Minimiser la réglementation lorsque celle-ci est déjà couverte par la loi.

5.2 Clarté de la loi

La sécurité juridique et la qualité de la loi sont cruciales pour fixer des limites à la liberté d'expression. Les exigences qualitatives d'accessibilité et de prévisibilité doivent s'appliquer⁶². La loi est prévisible si elle est formulée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de réguler sa conduite, c'est-à-dire de prévoir les conséquences d'une action donnée.⁶³ En d'autres termes, la formulation de la loi doit être suffisamment claire.⁶⁴

5.2.1 Enjeux

- La formulation vague des propos interdits : pas de définition exacte des termes prévus par la loi ou pas de critères dans la loi permettant de procéder à une évaluation objective et cohérente. Par exemple, des termes tels que « fausses déclarations », « fausses informations pour induire en erreur », « diffuser ouvertement », « perturbation de la paix publique », « bien-être général », « d'une manière propice », « dans le cadre des activités d'une organisation », « insultes⁶⁵ à l'encontre de personnes », « harcèlement ».
- Un langage trop large : Même si les termes sont définis, ils offrent une interprétation très large. Parmi les exemples, citons les « rumeurs susceptibles de faire perdre sa crédibilité à une personne » ou les « propositions, suggestions ou demandes obscènes, lubriques, lascives ou indécentes ».
- On s'interroge sur la mesure dans laquelle les systèmes juridiques nationaux ont une compréhension claire de ce qui constitue un contenu « indécent », « répété », suscitant une « crainte raisonnable » et sur la manière de le déterminer, étant donné que ces concepts ne sont pas définis par la loi ou la jurisprudence.
- Conséquence : Des dispositions très larges peuvent s'appliquer à toute une série de circonstances, à la fois en ligne et hors ligne.⁶⁶
- Risque de criminalisation des reportages réalisés par des journalistes sur la base d'interviews ou de déclarations d'autres personnes.

5.2.2 Solutions

- Le champ d'application des dispositions respectives devrait être clarifié par l'utilisation de termes clairement définis.
- Les critères d'évaluation de l'authenticité du contenu doivent être inclus dans la loi.
- Limiter le champ d'application de l'incrimination : restreindre l'applicabilité de la disposition, en exigeant une intention spécifique de la part de l'auteur.

⁶² Voir, par exemple, CEDH, Delfi AS c. Estonie, [GC], 16 juin 2015, n° 64569/09, paragraphe 120, et VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, 28 juin 2001, no 24699/94, paragraphe 52.

⁶³ Delfi AS, ibidem, paragraphe. 121. Le droit pertinent est prévisible, lorsque « l'acte du requérant, au moment où il a été commis, constituait une infraction définie avec suffisamment de précision par le droit interne et/ou international pour pouvoir guider le comportement du requérant et prévenir l'arbitraire » ([Žaja c. Croatie, 4 octobre 2016, no. 37462/09](#), paragraphe 93, avec d'autres références).

⁶⁴ Voir l'analyse détaillée dans le guide de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression (article 10 de la CEDH). En outre, si la loi sanctionne pénalement un certain comportement, l'absence de spécificité pourrait entraîner une violation du principe de légalité (*nullum crimen sine lege*) tel que prévu par l'article 7 de la CEDH.

⁶⁵ Le droit international protège les idées ou les croyances contre le ridicule, l'abus, la critique ou d'autres « attaques » considérées comme offensantes. Voir Assemblée générale des Nations Unies, rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression », paragraphe 21, Doc. ONU A/74/486 (9 octobre 2019).

⁶⁶ Ces circonstances peuvent aller d'une déclaration publique dans le cadre d'une conférence à un « like » ou un « retweet » dans le monde virtuel. Dans l'environnement en ligne, la frontière entre sphère publique et sphère privée est floue. Un message posté sur Facebook et accessible uniquement aux amis Facebook constitue-t-il une « diffusion publique » ? Voir par exemple Commission de Venise, Avis conjoint urgent de la Commission de Venise et de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit (DGI) du Conseil de l'Europe, 7 octobre 2022, paragraphe 47.

- Les provisions doivent se limiter à des déclarations de faits et non à des jugements de valeur (en tant qu'expressions d'une opinion). Ces derniers ne peuvent être testés comme vrais ou faux.
- Si les intermédiaires peuvent être tenus pénalement responsables pour avoir aidé à la diffusion (Prestataires de service international (PSI), y compris les plateformes de réseaux sociaux) de contenus illégaux en ligne et dans quelles circonstances, ces questions devraient trouver une réponse directement dans la loi.⁶⁷
- La sanction d'un journaliste pour avoir aidé à la diffusion de déclarations faites par une autre personne ne devrait pas être envisagée car elle entraverait sérieusement la contribution de la presse à la discussion de questions d'intérêt public.⁶⁸ L'imposition d'une peine de prison pour un délit de presse n'est admissible que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, par exemple dans le cas d'un discours de haine ou d'une incitation à la violence.⁶⁹

5.3 Nécessité, proportionnalité, besoin social impérieux

Le désordre de l'information (mésinformation, désinformation et mal-information) est en effet l'une des questions les plus importantes, car dans l'environnement en ligne, l'information et la haine se propagent plus facilement. Il est nécessaire de s'attaquer à ces problèmes dans le cyberspace, en particulier lorsqu'il s'agit de campagnes de désinformation, avec un impact présumé sur les résultats des élections, sur les gouvernements et sur l'ordre constitutionnel des États.⁷⁰

Cela dit, il convient de déterminer s'il existe un besoin social impérieux et si l'ingérence est « proportionnée à l'objectif légitime poursuivi ». En principe, il peut exister un besoin social impérieux de réglementer certains aspects de la diffusion de contenus illicites en ligne : par exemple, la diffusion de désinformation peut mettre en péril des intérêts publics importants (par exemple, la sécurité nationale, la sûreté publique, l'ordre public ou la santé publique), ou la diffusion délibérée de désinformation peut être considérée comme un abus de la liberté d'expression et du droit de communiquer des informations.

Il convient d'examiner comment le cadre juridique national régit les questions en jeu (certains aspects du comportement illégal peuvent déjà être réglementés par d'autres lois nationales) et si l'introduction de nouvelles dispositions pénales est nécessaire : évaluer s'il existe des moyens et des mesures moins restrictifs pour poursuivre les objectifs légitimes stipulés, et reconnaître l'importance d'utiliser la mesure la moins restrictive lorsqu'il s'agit de répondre à un besoin social urgent.

⁶⁷ Il convient toutefois de noter que le rapport explicatif du premier protocole additionnel à la Convention de Budapest stipule que les personnes ne peuvent être tenues pénalement responsables de l'une des infractions visées par ce protocole si elles n'ont pas l'intention requise. Voir les paragraphes 25 et 45 du [rapport explicatif du premier protocole additionnel à la Convention de Budapest](#).

⁶⁸ Voir par exemple CEDH, *Kuliš c. Pologne*, 18 mars 2008, n° 15601/02, paragraphe 38, *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001 n° 38432/97, paragraphe 64, ou *Saygili et Falakaoğlu c. Turquie*, 21 octobre 2008, no. 39457/03, paragraphe 23.

⁶⁹ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2016)4, sur la protection du journalisme et la sécurité des journalistes et autres acteurs des médias, paragraphe 6.

⁷⁰ Voir par exemple, Commission de Venise, CDL-AD(2019)016, Rapport conjoint de la Commission de Venise et de la Direction de la société de l'information et de l'action contre la criminalité de la Direction générale des droits de l'homme et de l'État de droit (DGI), sur les technologies numériques et les élections, paragraphe 99.

Pour qu'une mesure soit considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, il ne doit pas exister d'autre moyen d'atteindre le même but qui porterait une atteinte moins grave au droit fondamental concerné.⁷¹

5.3.1 Enjeux

- La non-limitation du champ d'application et le fait que les dispositions peuvent s'appliquer à tout individu (journalistes, activistes, politiciens, critiques du gouvernement, fournisseurs de services, tout individu).
- L'effet dissuasif, le risque d'autocensure et le droit à l'anonymat sur Internet (en particulier en période électorale)
- Les sanctions pénales peuvent ne pas être proportionnées, car elles risquent de constituer une forme d'(auto)censure destinée à décourager la presse d'exprimer des critiques.⁷²
- Augmentation de la peine maximale si l'infraction est commise de manière anonyme.⁷³

5.3.2 Solutions

- Utiliser d'autres moyens moins intrusifs que la criminalisation. Par exemple, exiger des fournisseurs de services qu'ils suppriment rapidement les contenus illégaux en cas de plainte. Autres mesures à envisager : les systèmes de signalement, la transparence des algorithmes, les partenariats ou initiatives existants en matière de vérification des faits, la définition de la manière de traiter les contenus sponsorisés, etc.
- Mise en place d'unités spécialisées pour lutter contre la diffusion de contenus illégaux en ligne.
- Réfutation rapide et efficace des fausses allégations par divers moyens (y compris les médias sociaux).

5.4 Utilisation des pouvoirs de procédure

Les pouvoirs de procédure permettant d'obtenir des preuves électroniques et d'y accéder sont des outils hautement spécialisés qui déterminent souvent le succès des enquêtes dans les cas de cybercriminalité, mais aussi d'autres infractions pénales où les preuves électroniques jouent un rôle clé.

Cependant, l'application de mesures spécifiques peut être très intrusive en termes de vie privée, créant ainsi des risques supplémentaires pour la liberté d'expression. Cela est encore plus vrai dans les cas où le droit substantiel établit de vagues exceptions à la liberté de parole et d'expression en tant qu'infractions pénales, ce qui permet à ces pouvoirs d'être appliqués dans le cadre d'enquêtes pénales. L'absence de sauvegardes et de garanties appropriées multiplie encore ces risques.

5.4.1 Enjeux

⁷¹ CEDH, Glor c. Suisse, 30 avril 2009, n° 13444/04, paragraphe 94.

⁷² CEDH, Bédat c. Suisse, [GC], 29 mars 2016, no. 56925/08, paragraphe 79.

⁷³ « L'anonymat est depuis longtemps un moyen d'éviter des représailles ou une attention non désirée. En tant que tel, il est susceptible de promouvoir la libre circulation des idées et des informations d'une manière importante, y compris, notamment, sur internet », CEDH, Delfi AS c. Estonie, [GC], 16 juin 2015, no 64569/09, paragraphe 147.

- Criminalisation de la diffusion d'informations fausses, trompeuses, mensongères ou inexactes, sans contexte ni clarté.
- Absence de contrôle judiciaire pour les perquisitions et les saisies de systèmes et de données informatiques.
- Le pouvoir discrétionnaire de la police de demander ou non une autorisation judiciaire de contrôle lors de la surveillance et de l'utilisation d'outils médico-légaux dans le cadre d'enquêtes criminelles.
- Pratique déjà établie de pouvoirs procéduraux discrétionnaires utilisés contre l'opposition politique et la société civile dans le contexte des élections en cours.

5.4.2 Solutions

- La législation doit être claire et précise.
- La criminalisation de la liberté d'expression devrait être le dernier recours.
- Le contrôle judiciaire devrait s'appliquer à tous les pouvoirs procéduraux intrusifs, tels que la perquisition, la saisie et l'interception/surveillance.
- Ce contrôle ne devrait pas être discrétionnaire mais obligatoire, entraînant non seulement l'irrecevabilité des preuves recueillies, mais aussi la possibilité d'exercer des recours en cas d'abus des pouvoirs de procédure.
- L'utilisation de pouvoirs procéduraux intrusifs à l'égard de groupes sensibles et vulnérables devrait être strictement réglementée.

5.5 Criminalisation excessive/ proportionnalité

Dans le cadre d'un ensemble spécifique de discussions juridiques en cours depuis plusieurs années, le système judiciaire a affirmé le principe de proportionnalité en ce qui concerne le délit de diffamation en ligne. Cet exemple positif renforce encore la nécessité d'un contrôle judiciaire adéquat et d'un accès à la justice, éléments cruciaux pour protéger la liberté d'expression.

5.5.1 Enjeux

- La responsabilité pénale pour les messages Facebook alléguant la corruption d'agents publics peut constituer une exception admissible à la liberté d'expression.
- Les sanctions pénales pour la diffamation en ligne ont été fixées à un niveau plus élevé que pour les infractions « traditionnelles ».
- En théorie, l'emprisonnement pour diffamation en ligne a été considéré comme une peine obligatoire. Pour la diffamation traditionnelle, une amende peut être imposée à la place de l'emprisonnement.

5.5.2 Solutions

- Les différences entre les délits en ligne et les délits traditionnels ne sont pas justifiées, en particulier lorsque des peines plus légères sont appliquées dans ce dernier cas.
- Même lorsque seules des sanctions pécuniaires sont utilisées, le montant doit être proportionnel à l'infraction en question.
- Les circonstances particulières de chaque cas devraient dicter le degré de condamnation, plutôt que l'application rigide des seuils obligatoires en question.

6 Considérations

6.1 Considérations pour les législateurs

- Le **triple test de légalité, de proportionnalité et de nécessité** est la principale garantie contre les limitations excessives de la liberté d'expression. De telles restrictions doivent toujours :
 - être prescrites par la loi ;
 - répondre à un objectif légitime ; et
 - constituer des moyens nécessaires et proportionnés pour atteindre l'objectif fixé dans une société démocratique.

Un contrôle indépendant (judiciaire ou similaire) pour vérifier l'application du test des trois niveaux est nécessaire, car la majorité de la jurisprudence en la matière concerne une ou plusieurs parties de ce test qui ne sont pas respectées.

- Il convient de veiller à ce que la **législation et l'utilisation des termes soient claires et précises** afin d'éviter toute interprétation ambiguë. Les lois doivent être :
 - claires, précises, accessibles et prévisibles ;
 - supervisées par un organisme indépendant de manière non arbitraire ou discriminatoire ; et
 - se prémunir efficacement contre les abus, y compris par le biais des tribunaux.

Les lois limitant la liberté d'expression ne doivent pas être utilisées par l'État pour cibler spécifiquement l'opposition, les journalistes et les minorités/groupes vulnérables. Toute personne dont le droit est entravé doit avoir le droit de recourir à la justice.

6.2 Considérations pour les décideurs politiques

- **Suivre les meilleures pratiques consistant à établir des exceptions admissibles et inadmissibles** à la liberté d'expression, conformément aux principes convenus au niveau mondial. En ce qui concerne la criminalisation des comportements, prendre en considération la norme établie par le rapporteur spécial des Nations Unies sur les exceptions *admissibles* (matériel de maltraitance des enfants, incitation au génocide, discours discriminatoire et incitation au terrorisme) et *inadmissibles* (politiques gouvernementales/débat politique ; rapports sur les droits de l'homme, les activités gouvernementales et la corruption au sein du gouvernement ; campagnes électorales, manifestations pacifiques ou activités politiques ; expression d'opinions et de dissensions, religion ou croyance, y compris par des personnes appartenant à des minorités ou à des groupes vulnérables) à la liberté d'expression.
- **Les personnalités publiques doivent être tenues de tolérer un plus grand degré de critique.** Le droit et la pratique doivent garantir que les responsables publics aient un degré de tolérance plus élevé à l'égard des critiques, qu'elles soient justifiées ou non, et que la justice pénale soit utilisée par défaut pour s'attaquer à ces critiques.
- **Envisager une approche multipartite pour lutter contre la désinformation.** Des rapports appropriés, des initiatives d'autorégulation, des partenariats de vérification des

faits, la transparence des algorithmes et de la prise de décision et, en général, l'implication de l'industrie et de la société civile peuvent donner des résultats plus efficaces que l'adoption de mesures pénales dans tous les cas.

6.3 Considérations pour les praticiens de la justice pénale

- **Le droit pénal doit être utilisé en dernier recours pour lutter contre la désinformation et la diffamation, ainsi que contre tout autre type de discours et d'expression qui ne nécessite pas de responsabilité ou de sanctions pénales.** Les instruments universels et régionaux, la jurisprudence applicable et d'autres documents juridiques (tels que la Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique) pourraient fournir de bonnes orientations à cet égard. Les dispositions pénales relatives à la diffamation et à l'injure devraient, si elles sont appliquées dans la pratique, être punies par des sanctions pécuniaires ou similaires n'impliquant pas de privation de liberté.
- **Les pouvoirs de procédure applicables aux preuves électroniques devraient toujours être utilisés sous réserve des sauvegardes et garanties appropriées, et surtout sous un contrôle judiciaire indépendant.** Il convient de prévenir les abus de pouvoir en légiférant et en appliquant des garanties solides et en prévoyant des possibilités de recours en cas d'abus. Les discussions sur le retrait et le blocage des contenus illicites devraient être expressément séparées des questions relatives à la législation mettant en œuvre la Convention de Budapest.