

Colloque

# LA LIBERTÉ DE LA PRESSE AU 21<sup>e</sup> SIÈCLE

SÉNAT DE BELGIQUE - 29 NOVEMBRE 2019



Actes



**La liberté de la presse  
au 21<sup>e</sup> siècle**

*29 novembre 2019*



# La liberté de presse au 21<sup>e</sup> siècle – Table des matières

<b>I. Préface</b>	<b>7</b>
<b>II. Colloque « La liberté de la presse au 21<sup>e</sup> siècle » – 29 novembre 2019</b>	<b>9</b>
<b>Allocution de bienvenue</b>	<b>9</b>
Mme Sabine Laruelle, présidente du Sénat	
<b>Introduction</b>	<b>11</b>
M. Jan Velaers, professeur ordinaire à l' <i>Universiteit Antwerpen</i>	
<b>Champ d'application de l'article 25 de la Constitution</b>	<b>12</b>
M. Quentin Van Enis, chargé de cours à l'Université de Namur	
M. Pol Deltour, secrétaire national de l'Association générale des Journalistes professionnels de Belgique (AGJPB) et de la <i>Vlaamse Vereniging van Journalisten (VVJ)</i>	
<b>La responsabilité en cascade pour les délits de presse</b>	<b>25</b>
M. Dirk Voorhoof, professeur émérite de l' <i>Universiteit Gent</i>	
M. Alain Strowel, professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain	
<b>La poursuite et le jugement des délits de presse</b>	<b>40</b>
M. Tom Bauwens, avocat	
Mme Martine Simonis, secrétaire nationale de l'Association générale des Journalistes professionnels de Belgique et secrétaire générale de l'Association des Journalistes professionnels	

**Conclusions** 51

M. Jan Velaers, professeur ordinaire à l'*Universiteit Antwerpen*

**Débat avec des membres des groupes politiques du Sénat** 59

Débat avec M. Jacques Englebert, professeur à l'Université libre de Bruxelles (modérateur), Mmes Katia Segers (sp.a) et Karin Brouwers (CD&V) et M. Julien Uyttendaele (PS)

**III. ANNEXES - Contributions des experts** 73

Quentin Van Enis, « La liberté de la presse à l'ère numérique. »

Pol Deltour, “Persvrijheid – voor welke ‘informatiemiddelen’ ?”

Alain Strowel, « La responsabilité en cascade. »

Enguerrand Marique en Alain Strowel, “La régulation des fake news et avis factices sur les plateformes. »

Dirk Voorhoof, “De getrapte aansprakelijkheid bij drukpersmisdrijven.”

Tom Bauwens, “Naar een adequaat vervolgingsstelsel voor drukpersmisdrijven – De effectieve vervolging en bestraffing van misbruiken van de vrijheid van meningsuiting vormen de beste bescherming en hoogste erkenning ervan.”

Jacques Englebert, « La liberté d'expression à l'heure de l'Internet. »

## I. Préface

« La presse est libre ». L'article 25 de la Constitution belge est on ne peut plus explicite. Son message est concis et clair : en Belgique, la liberté de la presse est intangible. D'ailleurs, c'est notamment l'aspiration à la liberté de la presse qui a conduit à la fondation de la Belgique en 1830. À toutes fins utiles, le Constituant renchérit dans cet article 25. Il donne à la liberté de la presse trois garanties supplémentaires : la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs ; lorsque l'auteur est connu, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi. Bref, la presse libre ne peut être muselée.

Aujourd'hui, 190 ans plus tard, c'est encore sur l'article 25 que repose la liberté de la presse. Mais cet article est-il encore adapté aux réalités du 21<sup>e</sup> siècle, à l'internet, aux médias sociaux et au monde connecté ? Les éditeurs sont devenus des entreprises multimédias qui ne se bornent plus à éditer des quotidiens et des hebdomadaires imprimés ; les informations et le divertissement passent par de multiples canaux, comme la radio, la télévision, les sites et les *apps*. Ces médias servent en outre de forum à quiconque veut réagir ou prendre part au débat public.

Ce nouveau contexte n'est évidemment pas sans conséquences sur l'activité journalistique. Les frontières entre presse écrite, radio, télévision et nouveaux médias s'estompent. Ce n'est pas seulement la vitesse à laquelle on consomme les informations qui a profondément changé, mais aussi la manière d'y accéder et de s'en servir. La place des médias sociaux ne cesse de croître, avec des dérives d'ordres divers comme les « *infox* » et les discours de haine.

Le régime de protection mis en place par le Constituant au 21<sup>e</sup> est-il encore adéquat aujourd'hui ? Comment sauvegarder la qualité des informations diffusées ? La profession de journaliste ne devrait-elle pas, elle aussi, être mieux protégée ?

Le 29 novembre 2019, le Sénat a organisé un colloque « La liberté de la presse au 21<sup>e</sup> siècle », lors duquel divers experts issus des milieux académiques, de la pratique juridique et du monde des médias ont dégagé des réponses aux innombrables questions liées à la liberté de la presse.

Vous trouverez dans la première partie de la présente publication les exposés des intervenants et le compte rendu du débat qui a ensuite réuni

des sénateurs de différents groupes politiques. La seconde partie est constituée des contributions scientifiques fournies par les experts, à la demande du Sénat.

## II. La liberté de la presse au 21<sup>e</sup> siècle

Vendredi 29 novembre 2019

### 1. Allocution de bienvenue

**Mme Sabine Laruelle**, présidente du Sénat. – Mesdames, Messieurs,

Je vous souhaite de tout cœur la bienvenue au Sénat, à l'occasion de ce colloque consacré à la liberté de la presse au 21<sup>e</sup> siècle.

Ce thème est plus que jamais d'actualité. Certes, la liberté de la presse est garantie par la Constitution belge depuis son entrée en vigueur en 1831, ce qui a valu à celle-ci de servir d'exemple pour les démocraties libérales qui ont vu le jour en Europe au 19<sup>e</sup> siècle. La liberté de la presse prévue par la Constitution est non seulement l'un des fondements de l'État de droit, mais constitue aussi une pierre angulaire du système démocratique belge. Elle bénéficie donc d'une protection constitutionnelle spécifique, consacrée plus particulièrement par les articles 25 et 150 de la Constitution. Ainsi, aucune censure ne peut être établie et un système spécifique de responsabilité « en cascade » s'applique aux auteurs, aux éditeurs, aux imprimeurs et aux distributeurs d'écrits. Les délits de presse relèvent en principe de la cour d'assises.

Mais aujourd'hui, les médias fonctionnent d'une toute autre manière qu'en 1831. Il y a longtemps que la presse traditionnelle n'est plus guère à l'ordre du jour. Chaque jour, la télévision et la radio nous abreuvent d'informations de toutes sortes, mais ces médias, « traditionnels » pourrait-on dire, et qui furent longtemps les seuls à coexister avec la presse écrite, font désormais face, eux aussi, à la concurrence croissante des médias dits « nouveaux » ou « sociaux », comme les applications ou les articles et vidéos en ligne. La distinction entre presse écrite, médias audiovisuels et nouveaux médias, tels que Facebook, Instagram et Twitter, est de surcroît dépassée. Presque tous les journaux et magazines possèdent leur propre site web et sont présents sur les médias sociaux, où leurs informations sont copieusement partagées par des millions d'utilisateurs. Aujourd'hui, n'importe qui peut créer sa propre chaîne YouTube pour y lancer un blog vidéo et se prétendre journaliste, sans que l'on puisse vraiment contrôler quoi que ce soit.

Si la liberté de la presse s'applique aussi à la radio, à la télévision et aux nouveaux médias, qu'en est-il de la protection des auteurs au regard de la responsabilité en cascade ? La profession de journaliste a aussi profondément évolué. Les journalistes bénéficient-ils encore d'une protection suffisante contre les poursuites ? Et la cour d'assises est-elle toujours la juridiction la mieux placée pour juger les délits de presse ? En réalité, il est rare qu'un délit de presse soit porté devant les assises, non seulement parce que la procédure est extrêmement lourde, mais aussi parce qu'en saisissant une cour d'assises pour ce type de délit, on offre en fait un forum à la publication que l'on entend combattre.

Nous devons donc oser nous demander si le régime de protection conçu par le Constituant au 19<sup>e</sup> siècle est encore approprié aujourd'hui et quelle est, en ce 21<sup>e</sup> siècle, la meilleure façon d'encadrer la liberté de la presse.

Ce n'est pas la première fois que le Sénat se penche sur ce thème. Il y a près de 25 ans déjà, en 1995, la commission de la Justice organisait un colloque intitulé « Justice et Médias ». Le ministre de la Justice de l'époque avait mobilisé plusieurs professeurs, dont Monsieur Dirk Voo-rooof, présent parmi nous aujourd'hui, pour mettre en œuvre les idées émises lors de ce colloque. Leurs avis préliminaires avaient débouché sur plusieurs propositions de loi et même sur une proposition de révision de l'article 150 de la Constitution, qui firent l'objet de discussions approfondies au Sénat.

Durant la législature précédente, le Sénat a rédigé un rapport d'information détaillé et formulé de nombreuses recommandations au sujet du droit de réponse sur l'internet, et pas plus tard que la semaine dernière, le Sénat a décidé de rédiger un nouveau rapport d'information sur la lutte contre les *fake news*, ce nouveau poison qui déstabilise notre démocratie et sape la confiance dans l'État de droit. Les campagnes de propagande et de désinformation numériques se multiplient et sont de plus en plus sophistiquées. L'intelligence artificielle joue un rôle croissant à cet égard.

C'est dire s'il y a matière à consacrer un colloque à cette problématique. En tant que lieu de rencontre entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions – et je salue la présence parmi nous du greffier du Parlement de la Fédération Wallonie-Bruxelles –, le Sénat est évidemment le forum idéal pour accueillir un tel débat.

C'est donc bien volontiers que je cède à présent la parole au professeur Jan Velaers, de l'Université d'Anvers, qui va nous présenter les éminents spécialistes que nous accueillons aujourd'hui et qui nous feront un exposé sur les différents thèmes à l'ordre du jour.

Je vous remercie.

## 2. Introduction

**M. Jan Velaers**, professeur ordinaire à l'*Universiteit Antwerpen*. – Madame la présidente, Mesdames, Messieurs, en organisant aujourd'hui un colloque sur la liberté de la presse au 21<sup>e</sup> siècle, le Sénat a eu sans nul doute une excellente idée. Alors qu'au 19<sup>e</sup> siècle, la diffusion des opinions et de l'information reposait essentiellement sur la presse écrite classique et, au 20<sup>e</sup> siècle, sur la presse audiovisuelle, c'est, au 21<sup>e</sup> siècle, la presse numérique, l'internet, qui se taille la part du lion dans ce domaine.

Or ce sont toujours des textes écrits en 1831 qui, dans une large mesure, régissent le statut constitutionnel de notre presse. Les articles 25 et 150 de la Constitution auxquels la présidente a fait référence sont aujourd'hui ouverts à révision. Il s'agit d'ailleurs des articles de la Constitution qui, au cours de l'histoire, ont été le plus souvent déclarés ouverts à révision. L'article 25, qui concerne la liberté de la presse, a été ouvert à révision à pas moins de sept reprises ; chaque fois en vue de son actualisation et de l'insertion d'un alinéa élargissant les garanties de la liberté de la presse à d'autres moyens d'information. L'article 150 de la Constitution a même été déclaré ouvert à révision douze fois déjà. Les premières fois, en 1965 et 1968, en vue de décharger le jury d'assises des délits de presse, plus tard, en 1978, 1981, 1987 et 1991, pour y adjoindre les délits de diffusion. Depuis 1995, l'article 150 de la Constitution est à nouveau déclaré ouvert à révision tous les quatre ans, sans la moindre indication.

Reste à savoir si l'initiative de réfléchir à la liberté de la presse que prend le Sénat aujourd'hui augure de sa volonté d'exercer ses responsabilités d'assemblée constituante. On peut l'espérer.

Ce matin, nous aurons en tout cas le plaisir d'entendre les plus éminents spécialistes du droit des médias. Il n'est guère nécessaire de vous les présenter. Les premiers à prendre la parole seront Messieurs Van Enis et Deltour qui s'intéresseront au champ d'application de l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution, à la liberté de la presse. Ils nous expliqueront

quels médias sont protégés et quelles garanties sont accordées. Les professeurs Voorhoof et Strowel nous parleront de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, soit de la responsabilité en cascade. Ce sera ensuite au tour de maître Bauwens et de madame Simonis d'analyser la compétence de la cour d'assises. Enfin, je suis invité à tirer les conclusions de ce colloque avant de passer la parole à des membres des groupes politiques du Sénat pour un débat modéré par notre collègue, le professeur Englebert.

Mesdames et Messieurs, je vous souhaite à tous un passionnant colloque.

### **3. Champ d'application de l'article 25 de la Constitution**

**M. Quentin Van Enis**, chargé de cours à l'Université de Namur. – Comme cela a déjà été dit, les articles relatifs à la protection de la presse figurent régulièrement dans les déclarations de révision de la Constitution. L'article 25 n'a pas subi la moindre modification depuis 1831.

En tant que juriste, je vais planter le décor en traitant, non seulement du texte de l'article 25 mais également de son interprétation actuelle et des différentes difficultés qu'il soulève à cet égard. Monsieur Deltour abordera ensuite les réformes envisageables et traitera la question d'un point de vue journalistique.

Permettez-moi de formuler une première remarque introductive. S'agissant de liberté de la presse, l'article 25 n'est pas le seul concerné. Il doit se lire en association avec l'article 19, relatif à la liberté de manifester ses opinions, et avec l'article 150, qui prévoit la compétence de la cour d'assises pour connaître des délits de presse. Ces dispositions forment un tout, la liberté de la presse n'étant que le corollaire de la liberté de manifester ses opinions.

J'en viens à ma deuxième remarque introductive. J'aborderai non seulement le champ d'application de l'article 25, mais aussi l'interdiction de la censure, à laquelle est consacré son premier alinéa. À l'interdiction de la censure sont couplées l'interdiction du cautionnement et celle de toute mesure préventive, puisque les articles 25 et 19 forment un tout.

Concernant l'article 25, je commencerai par commenter les critères majoritairement retenus par les textes et par la jurisprudence pour définir le champ d'application de la liberté de la presse.

Le premier critère est celui de l'opinion. Comme la liberté de la presse est le corollaire de la liberté de manifester ses opinions, ces notions sont liées. Du point de vue constitutionnel, la liberté de la presse se limite à la diffusion d'opinions. L'opinion est une pensée qui peut être tout à fait rudimentaire, voire implicite. Pour la Cour de cassation, toute pensée, toute opinion, est valable et est protégée par la liberté de la presse, peu importe son apport au débat d'intérêt général. L'image projetée montre un récent arrêt de la Cour de cassation, datant du 6 mars 2012, qui explicite ce que je viens de dire : toute pensée, toute opinion, suffit. Il ne faut pas nécessairement apporter une contribution particulière au débat d'intérêt général. Cet élément est très important.

Cependant, malgré cette interprétation relativement large, la notion d'opinion restreint considérablement le champ d'application de l'article 25, puisqu'on définit l'opinion de manière négative en excluant les faits bruts, les informations brutes, par exemple la publication *in extenso* d'un dossier d'instruction. Selon la Cour de cassation, il s'agit d'une information qui ne relève pas du champ d'application de la liberté de la presse. Les images sont également exclues car, pour la Cour de cassation, elles ne révèlent jamais aucune opinion. Les messages publicitaires sont également exclus. Ces trois catégories de discours ne forment pas une opinion et ne sont donc pas protégées par la liberté de la presse.

Il est, ici, question de délit d'imprimerie et non de délit de presse. Le maintien de cette exception vise vraisemblablement à exclure les contenus dont on peut penser qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence considérable sur les masses et dont on redoute donc les effets. Au lieu de déterminer, pour chaque cas d'espèce, si une image pourrait ou non véhiculer une opinion, on exclut, de manière générale, cette catégorie de discours de la protection constitutionnelle. Ce choix est bien entendu discutable. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans la suite de ce débat.

Ce qui est en tout cas certain à mes yeux, c'est que ce critère ne peut être utilisé pour exclure de la liberté de la presse des pensées qui ne relèveraient, finalement, que de discussions de café du commerce ou qui n'apporteraient rien au débat démocratique, qui ne présenteraient aucune logique argumentative. C'est pourtant une tendance qu'adoptent certaines juridictions de fond et notamment la cour d'appel de Liège dans un arrêt récent, déféré à la Cour de cassation ; nous y reviendrons certainement.

J'en viens au deuxième critère, qui est retenu par certains auteurs : le critère *ratione personae*. On définit la liberté de la presse suivant le statut de l'auteur qui s'exprime. Du point de vue juridique, la liberté de la presse n'est pas un privilège des journalistes ou des professionnels des médias. On peut affirmer sans crainte que toute notre culture constitutionnelle se veut relativement ouverte dans la définition du champ d'application en ce qui concerne le critère lié à la personne, à l'auteur de l'expression.

Cette ouverture est fondée sur plusieurs éléments, à commencer par les travaux préparatoires de la Constitution. Différents orateurs se réfèrent à la volonté de consacrer la liberté pour tous, sans exclusion, sans catégorisation. Initialement, l'article 25 était l'article 18, dont le projet était ainsi formulé : « Chacun a le droit de se servir de la presse et d'en publier les produits ». La presse était donc la machine qui servait à diffuser les opinions. On ne définissait pas autrement le critère lié à la personne. Dès 1839, la jurisprudence la Cour de cassation a consacré cette idée, estimant que la liberté de la presse était le droit qu'ont tous les Belges de faire usage de la presse pour diffuser librement leurs opinions.

Les autres hautes juridictions belges partagent ce point de vue. Le Conseil d'État a récemment été saisi d'un avant-projet portant, entre autres, sur l'incrimination de la consultation habituelle de sites susceptibles d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence. Dans cet avant-projet, une disposition prévoyait une exclusion des journalistes professionnels. Pour le Conseil d'État, section de législation, la liberté de la presse n'est pas seulement réservée à ceux qui en font un usage professionnel, mais appartient également aux simples citoyens. La Cour constitutionnelle partage ce point de vue. Je me référerai à cet égard au fameux arrêt de 2006, qui est toujours d'une actualité criante. La Cour constitutionnelle était chargée d'analyser la constitutionnalité de la loi relative à la protection des sources journalistiques. Initialement, le législateur avait réservé ce droit aux professionnels du journalisme et aux journalistes exerçant à titre régulier. Cette disposition a été censurée par la Cour constitutionnelle. Non seulement, la Cour a annulé les mots « exerçant à titre professionnel ou indépendant, ou à titre régulier » mais elle a aussi purement et simplement supprimé le terme « journaliste » pour définir le champ des bénéficiaires de la garantie consacrée par le législateur.

En d'autres termes, elle estime que toute personne exerçant des activités journalistiques doit pouvoir bénéficier d'un droit à la protection des sources. Elle juge que la liberté de la presse est un droit qui appartient à tous. Le droit européen ne dit pas autre chose. Nous pouvons tirer divers

enseignements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui étend assez largement le champ d'application *ratione personae* de la liberté de la presse : celle-ci touche tout autant les journalistes professionnels que les universitaires, les militants ou les ONG. Les blogueurs et les utilisateurs des réseaux sociaux ont récemment été ajoutés à cette liste. La Cour de justice de l'Union européenne partage ce point de vue, estimant que peuvent être considérés comme exclus de certaines obligations en matière de protection de la vie privée, de protection des données à caractère personnel, toutes les personnes qui exercent des activités de journalisme. Celles-ci ne peuvent pas être définies exclusivement par un champ d'application professionnel.

À l'échelon international, le Comité des droits de l'homme, l'organe chargé d'interpréter le Pacte de 1966 relatifs aux droits civils et politiques, considère également que le journalisme est une fonction qui peut être exercée par des personnes de tous horizons, et pas uniquement par des journalistes professionnels.

Les points de vue convergent à cet égard. Il me paraît donc assez difficile de remettre en cause cette large ouverture du champ d'application *ratione personae* de la liberté de la presse.

Le troisième critère, celui du support d'expression utilisé, est certainement celui qui nécessite le plus de réflexion et de travail. En effet, à l'heure actuelle, la liberté de la presse se résume à une protection de l'écrit imprimé. Certes, la Cour de cassation a estimé que nous pouvons envisager l'écrit imprimé 2.0 et considère que nous pouvons trouver celui-ci sur l'internet, étant donné, l'existence des hyperliens, la possibilité qui existe de se transmettre les articles et de les consulter à partir du site source. Nous sommes donc face à une interprétation évolutive de l'écrit imprimé mais, pour le reste, à savoir les autres contenus et la presse audiovisuelle, il reste une exclusion de principe de la protection de la liberté de la presse.

La Cour de cassation l'a précisé de manière expresse en 2013 en soulignant le caractère obligatoire de la présence d'un texte sur l'internet, les assertions orales et les propos diffusés sous forme de vidéos ne bénéficiant pas de la protection de la liberté de la presse.

Comment expliquer le maintien de cette distinction ? La lecture des conclusions du premier avocat général précédant un des deux arrêts de la

Cour de cassation du 6 mars 2012 fournit une explication. Selon l'avocat général, les écrits imprimés présentent une certaine permanence dans la publicité. Je me suis souvent interrogé à ce sujet car certains écrits me semblent assez volatils, en ce sens qu'ils peuvent disparaître de l'internet au bout de quelques minutes. Par ailleurs, on y trouve de plus en plus d'émissions de télévision à la demande, en *podcasting*, auxquelles s'attache une certaine permanence. Ce critère ne m'a donc pas vraiment convaincu et me paraît discutable.

Qu'en est-il des contenus mixtes ? Je pense, par exemple, aux films sous-titrés. Est-ce un écrit imprimé 2.0 ou une vidéo, qui échapperait donc à la notion de presse ? Qu'en est-il d'une page web qui reproduit, sous forme de texte, des paroles prononcées dans une vidéo, d'ailleurs parfois publiée sur la même page ? S'agit-il, oui ou non, d'un délit de presse ? La question me semble difficile à trancher.

Est-il encore justifié d'opérer une telle distinction entre les écrits imprimés, les autres vecteurs de communication d'opinions et d'autres types d'information ? Ne serait-il pas utile d'opter pour une approche technologiquement neutre, indifféremment du support d'expression utilisé ? Nous y reviendrons probablement.

Un critère a été proposé par divers auteurs : définir la presse en relation avec la mission d'intérêt général qui lui est souvent assignée. En effet, la presse est censée informer le public sur les questions d'intérêt général, de contribuer au débat public. Comme on l'a vu, un militant, une universitaire, une ONG ou encore un utilisateur de réseaux sociaux peuvent également contribuer au débat d'intérêt général. Ce critère est donc assez attirant : il n'est pas défini selon l'auteur et il ne dépend pas du support d'expression utilisé.

C'est d'ailleurs le premier critère utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme pour mettre en balance les différents intérêts qui peuvent se trouver en présence. Cependant, je n'y suis pas vraiment favorable. En effet, l'application de ce critère aux garanties constitutionnelles ne me semble pas opportune. Concernant l'interdiction de la censure, un système visant à attribuer au juge des référés, qui agit dans l'urgence, et qui est parfois saisi sur requête unilatérale, le rôle de déterminer si le propos, sujet ou non à la censure, participe au débat d'intérêt général me semble assez compliqué à mettre en place.

Il en va de même de la responsabilité en cascade. Si l'on impose à un éditeur et à d'autres intermédiaires de la presse de vérifier si le propos contribue au débat d'intérêt général, cela revient à lui imposer une charge assez importante pour qu'il puisse bénéficier d'une absence de responsabilité, et n'exclut pas la réinstauration d'une forme de censure privée que le constituant originaire avait voulu exclure. Il en va également de même pour les délits de presse. En 1831, le pouvoir constituant a voulu, pour éviter le recours au juge professionnel, réserver à la cour d'assises, donc au jury populaire, le soin de juger des délits de presse. Va-t-on confier à un juge professionnel, qui peut être une juridiction d'instruction ou le tribunal correctionnel, saisi sur citation directe, le soin de déterminer si le propos contribue au débat d'intérêt général ? On anticiperait ainsi sur le débat de fond qui, selon le vœu du constituant, ne peut appartenir qu'au jury populaire.

Telles sont les raisons pour lesquelles je suis plutôt circonspect quant à l'application d'un critère d'intérêt général pour définir le champ d'application des garanties constitutionnelles de la presse.

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, intervient *a posteriori*. Il lui est donc plus facile d'appliquer ce critère, en bout de course, finalement, et non dans l'urgence comme dans le cas d'un juge classique saisi d'un problème de mise en balance.

Je vais à présent aborder la seconde partie de mon exposé, relative à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 25 de la Constitution, qui interdit la censure, le cautionnement et toute autre forme de mesure préventive.

Le cautionnement consiste, je le rappelle, à consigner une somme d'argent pour garantir l'exécution des condamnations éventuelles qui pourraient résulter de la publication de l'écrit.

De manière plus générale, la volonté du constituant, à travers l'article 25 qui, je le rappelle, doit être lu en combinaison avec l'article 19, était d'exclure non seulement la censure et le cautionnement, mais toute forme de mesure préventive. Dans l'arrêt *RTBF contre Belgique*, la Cour européenne des droits de l'homme a pris le contre-pied de la Cour de cassation en indiquant que l'article 19 de la Constitution devait être lu comme interdisant les mesures préventives. L'arrêt rappelle que cette disposition ne réserve que la possibilité d'une sanction *a posteriori* des abus, ce qui signifie que toutes les mesures préventives sont interdites. Cet article 19

est technologiquement neutre. Il ne dépend pas de l'expression par le biais d'un support en particulier. L'article 19 a donc pour effet d'interdire toute forme de censure et toute forme de mesure préventive à l'égard de n'importe quel support d'information. C'est probablement l'enseignement essentiel qui découle de l'arrêt RTBF.

Dans sa thèse de doctorat, qui remonte déjà à 1991, le professeur Velaers avait déterminé trois grands critères pour distinguer une mesure préventive, exclue par la Constitution, d'une mesure répressive qui, elle, est admise.

Premier critère : la mesure répressive ne va viser que les abus établis et non l'usage potentiellement licite de la liberté d'expression.

Deuxième critère : la mesure répressive sera prononcée par un juge compétent et non par une autorité administrative. Il peut s'agir du juge des référés, qui statuera selon l'urgence, pour autant qu'un troisième critère soit rempli : le critère du début de diffusion suffisant, aussi retenu, ultérieurement, par la Cour de cassation. En 2000, celle-ci a considéré qu'il ne pouvait être question de censure lorsque le propos avait connu un début de diffusion suffisant. L'arrêt concernait un numéro du *Ciné Télé Revue* qui avait déjà été mis en kiosque et qui a donc été disponible pour le public durant quelques heures avant que le juge des référés intervienne pour en suspendre la diffusion. La Cour de cassation définit donc la censure en fonction de ce troisième critère.

Interrogeons-nous à présent sur l'application de ce critère du début de diffusion suffisant à d'autres médias que la presse écrite. Commençons par l'audiovisuel, dont les effets sont assez immédiats. Une approche graduée, comme dans le domaine de l'écrit, est plus difficile. Les principales questions concernent l'internet. Comment déterminer le début de diffusion suffisant sur internet ? Dix minutes de publication, par exemple, peuvent-elles suffire ? Il est très difficile de juger car l'on ne visite pas tous les sites de la même façon. Un grand site de presse en ligne quotidien sera, bien entendu, visité plus fréquemment que celui d'un blogueur. Faut-il tenir compte du nombre de consultations, de partages, de renvois par le biais d'hyperliens ? La question et donc le critère lui-même méritent réflexion.

On peut aussi se demander si l'intervention du juge des référés ne sera pas toujours soit trop hâtive, auquel cas il s'agirait d'une censure, puisqu'il

n'y aurait pas de début de censure suffisant, soit trop tardive, auquel cas il conviendrait de se demander si, du point de vue de la liberté d'expression, il sera toujours nécessaire de restreindre la diffusion de propos déjà disponibles dans l'espace public.

J'en arrive à ma conclusion. Faut-il réformer l'article 25 de la Constitution ? Et pourquoi maintenant, alors que cette révision est envisagée depuis des années ? Faut-il revoir, tout d'abord, l'interdiction des mesures préventives ? Si l'article 25 est ouvert à révision, au moins en vue de l'étendre aux nouveaux moyens de communication, l'article 19, dont l'article 25 est le corollaire et qui interdit également les mesures préventives, n'est, lui, pas ouvert à révision. Cette mesure n'est donc pas à l'ordre du jour et ne me semble d'ailleurs pas souhaitable. Je me fais, à cet égard, l'écho de l'opinion exprimée, il y a quelques années, par le professeur Velaers. Pour ce dernier, il n'était pas non plus souhaitable de remettre en cause le choix du Constituant de préférer les risques liés à la liberté que les risques liés à la censure.

Faut-il réformer l'article 25 en vue de l'étendre à d'autres médias ? L'idée est attirante, étant donné l'interprétation que fait la Cour de cassation de la notion de presse, encore réservée aux seuls écrits imprimés, la notion d'opinion étant assez large, mais excluant les images, les messages publicitaires et les informations brutes. Un travail intéressant peut, me semble-t-il, être réalisé à ce sujet.

Quant au champ d'application *ratione personae*, il n'est, pour ma part, pas souhaitable de le modifier. Cette option n'a d'ailleurs jamais été prise, sauf peut-être par certains juges. Dans notre culture constitutionnelle, il est difficilement concevable de limiter la presse en fonction de ce critère.

Le dernier point concerne la définition de la presse selon un critère d'intérêt général. Je n'y suis pas non plus favorable. C'est, à mon sens, une fausse bonne idée, mais nous y reviendrons certainement dans la suite du débat.

Je pourrais formuler bien d'autres considérations, mais je préfère « m'autocensurer » pour ne pas trop empiéter sur le temps de parole des autres orateurs. Je vous remercie pour votre attention.

**M. Pol Deltour**, secrétaire national de l'Association générale des Journalistes professionnels de Belgique (AGJPB) et de la *Vlaamse Vereniging*

*van Journalisten* (VVJ). – Je voudrais remercier la présidente et les membres du Sénat pour cette initiative. L'invitation adressée à notre association professionnelle va me permettre de souligner les éléments qui nous paraissent importants dans la pratique des médias. L'exposé du professeur Van Enis a balisé le cadre théorique ; le point de vue de l'AGJPB sera plutôt téléologique, *de lege ferenda*.

Je souhaite néanmoins formuler brièvement quelques considérations générales. Les autres orateurs le confirmeront : la liberté de la presse ne concerne pas seulement l'article 25 de la Constitution. Il est indispensable d'élargir la perspective. Les articles 150 et 148 de la Constitution vont entrer dans la danse, ainsi que l'article 19 de la Constitution, sans perdre de vue l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ni l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est dans ce cadre réglementaire étendu qu'il faut voir la liberté de la presse.

La liberté de la presse repose sur huit principes fondamentaux. Convaincu que vous tous ici présents les connaissez aussi bien – voire mieux – que moi, je m'abstiendrai de les énumérer.

Cependant, comme vient de le rappeler le professeur Velaers, le contexte sociétal s'est modifié. Depuis l'essor d'internet, nous sommes à mille lieues de la formulation qui figure dans la Constitution. Sans doute ne sommes-nous pas encore pleinement conscients de l'impact révolutionnaire d'internet sur notre société et notre existence. Le domaine de la communication a incroyablement changé. Nous devons revoir les règles dans ce nouveau cadre, et nous savons bien que la médaille a son revers. Les développements ne sont pas que positifs. Internet a aussi un côté obscur, l'internet profond et l'internet sombre. On trouve sur internet des infox, de la désinformation, de la pornographie et des dérives variées, y compris des manuels de suicide ou d'impression de pistolets en 3D. Nous devons en tenir compte et rester lucides : le message ne peut se réduire à la « liberté maximale pour tous ».

Que veut le constituant ? À quoi pouvons-nous nous attendre, à court et à long terme ? À court terme, le contenu de la déclaration de révision de la Constitution nous semble intéressant. Trois déclarations étaient en présence, et la pratique veut alors que l'on cherche le plus grand dénominateur commun. Finalement, onze dispositions ont été déclarées révisables. L'intention d'insérer dans l'article 25 « un alinéa permettant d'élargir

les garanties de la presse écrite aux autres moyens d'information » nous paraît primordiale. L'article 150 a également été ouvert à révision. Ma collègue Martine Simonis et M<sup>e</sup> Bauwens en parleront plus longuement. Quoique l'article 19 n'ait pas été ouvert à révision, ne devrions-nous pas, à long terme, le réévaluer à l'aune du nouvel environnement de la communication ? L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pourrait servir de base à cette reformulation.

On pourrait par exemple, outre la liberté de donner et de publier des informations, déjà garantie par l'article 19, évoquer plus explicitement la liberté d'en récolter. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme parle clairement d'informations et pas seulement d'opinions. Le concept est plus étendu. Cet article serait donc une bonne base pour réviser l'article 19 de notre Constitution. En même temps, nous devons être conscients des « suppléments » ajoutés par le droit belge, qui renforce, avec l'article 150 de la Constitution et la cour d'assises, les garanties de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Une réévaluation fondée sur cet article ne doit certes pas nous amener à renoncer à ces garanties propres à notre pays.

Je voudrais à cette occasion plaider vigoureusement pour qu'on puisse continuer à avoir des opinions et à transmettre des informations. Cette liberté, qui peut paraître licencieuse, est de plus en plus importante. À l'heure où Google, Facebook et l'intelligence artificielle s'immiscent toujours davantage dans nos pensées, avant même que nous les ayons formulées, il importe de sauvegarder la liberté de se forger une opinion sans qu'on nous observe par écran interposé et qu'on connaisse nos préférences. Il faut y être très attentif.

Une série d'articles de la Constitution a été ouverte à révision ; en fait, le régime de la liberté de la presse est à l'ordre du jour. Je sais que beaucoup s'interrogent sur le maintien d'un régime spécifique pour la presse, à l'ère digitale où n'importe qui peut s'improviser auteur, mais aussi auditeur. Tout un chacun peut créer un blog, lancer un canal sur YouTube ou réaliser un podcast. Éditeur, auteur : les différences s'estompent. Pourquoi donc conserver un régime propre à la presse ? Pourtant, à mes yeux, les motifs ne manquent pas. Mettre une vidéo en ligne ne fait pas d'un citoyen un journaliste ni un diffuseur. Mettre une photo en ligne ne fait pas d'un citoyen un photographe, a fortiori un photographe de presse. On peut appeler influenceur celui qui fait de la publicité sur internet, mais cela ne suffit pas pour se proclamer publicitaire. Compter les papillons

dans la nature ne suffit pas pour se proclamer entomologiste. Se proposer comme médiateur ne suffit pas pour se proclamer juge. La différence demeure importante entre ce que des particuliers font en tant que personnes privées poursuivant leurs objectifs propres, et ce que des personnes et des organisations réalisent dans une perspective plus large. Ainsi, de nombreux arguments continuent à justifier un régime spécifique de liberté de la presse ; nous nous réjouissons donc que tel soit l'esprit de la déclaration de révision de la Constitution.

Dès lors que nous souhaitons reconsidérer le régime de la liberté de la presse, quatre questions principales surgissent. À qui s'applique ce régime ? Comment les responsabilités se répartissent-elles ? Qu'en est-il de l'immunité face à une censure de la part des autorités ? Et quelles sont les garanties spécifiques en cas de sanctions ? Ces quatre thèmes se recoupent. Il est difficile d'aborder le champ d'application de l'article 25 sans parler aussi des garanties.

Qu'entendons-nous en général par « presse » ? La question n'est pas purement technique. Même si la Constitution parle de « presse », il ne s'agit pas seulement d'un outil, mais aussi d'un concept. Aux termes de l'article 25, quatre acteurs interviennent : l'auteur, l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur. Nous pouvons les ranger en deux catégories : d'une part les producteurs d'informations ou fournisseurs de contenu – c'est-à-dire l'auteur et l'éditeur – et, d'autre part, les distributeurs d'informations, classiquement l'imprimeur et le diffuseur – le facteur ou le courrier –, aujourd'hui les fournisseurs d'accès à internet, à la 4G, aux réseaux câblés, au wifi...

Depuis 1830, en matière de liberté de la presse, il a toujours été très clairement question d'informations, mais aussi d'opinions. L'acception du terme « informations » était donc large. Je me délecte toujours de lire les ouvrages historiques décrivant la genèse du régime constitutionnel de liberté de la presse et le rôle joué alors par des avocats. Les récits, y compris celui de l'incarcération de Louis de Potter, sont édifiants ; ils illustrent très bien l'interprétation étendue que l'on voulait donner à la liberté de la presse, y compris pour protéger les opinions. Au fil des ans, la jurisprudence de la Cour de cassation a affiné cette notion. En bref, nous pouvons dire que la Cour de cassation a interprété très largement le contenu protégé, en y incluant la protection des citoyens, mais que, sur le plan technique, elle a restreint cette protection aux imprimés (la presse à l'époque) et aux médias en ligne. Les médias audiovisuels sont exclus.

La Cour de cassation n'a pas encore déclaré que les diffuseurs radiophoniques et télévisuels bénéficient du même degré de protection que les médias imprimés et numériques, à la différence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son fameux arrêt RTBF. Par ailleurs, on peut s'étonner que la Cour de cassation n'ait en vue que les textes, les images, les illustrations, les photos et le son ne jouissent pas du même niveau de protection.

Avant d'esquisser notre vision du futur, je me focaliserai sur le contexte dans lequel nous devons dorénavant nous placer, à savoir internet. Internet a été à la base d'une quadruple révolution. Primo, les médias d'information classiques se sont complètement réinventés. Les journaux d'aujourd'hui ne ressemblent plus à ceux d'il y a vingt ou trente ans. Les radios et télévisions se sont toutes lancées dans le multimédia. Le paysage médiatique est chamboulé.

Secundo, de nouveaux médias ont émergé : des blogueurs, des vlogueurs, des influenceurs, mais aussi de véritables médias numériques d'information, comme *Apache*, *Doorbraak* et *Mediapart*. En outre, les médias liés à des organisations se sont multipliés : des sites d'entreprises ou de partis politiques, sans oublier Google et Facebook.

Tertio, l'information passe maintenant par le wifi, la 4G et bientôt – espérons-le – la 5G.

Quarto, et ce dernier élément est le plus important et peut lever bien des malentendus : internet a créé une réalité tout à fait nouvelle. Internet va bien au-delà de la simple communication. À ses débuts, internet n'était vu que comme un nouvel environnement de communication et les grands opérateurs de la Silicon Valley se sont empressés de souligner qu'il s'agissait de communication, qui devait donc être protégée. Mais ils font bien plus que communiquer. Ils se sont mis à vendre de tout, des aspirateurs au cybersexe. Tout est possible sur internet. C'est une réalité parallèle. Nous devons en être conscients dans notre quête d'un nouveau régime pour la presse.

Que deviendrait alors l'article 25 de la Constitution ? La réponse me semble assez simple. Dans le cadre de la déclaration de révision de la Constitution, on pourrait tout simplement compléter l'article actuel par un nouvel alinéa : « Le présent article s'applique à tous les médias d'information, tant aux producteurs d'informations qu'aux distributeurs d'informations. » Le constituant peut s'en contenter. Le libellé paraît correct,

mais reste la question de savoir qui est le média d'information. Je voudrais développer brièvement cette notion. Je pense que la notion d'information – à la lumière de la signification qu'en donne la Cour de cassation – devrait être un peu restreinte quant à son contenu, mais peut être élargie sur le plan des vecteurs, pour inclure la radio, la télévision et les images. L'essence de la discussion tournera en fin de compte autour de la définition du média d'information et de ce que nous entendons spécifiquement par information. L'information peut être divisée entre information factuelle (ou non-fiction) et la fiction. L'information factuelle se subdivise à son tour entre le journalisme et la science, avec le même objectif : tenter d'exposer le mieux possible la réalité et de fournir des informations aussi conformes que possible à la vérité. Les journalistes y travaillent à court terme, les scientifiques à plus longue échéance. Les scientifiques gravissent une montagne ; arrivés au sommet, ils essaient de contempler le paysage en prenant du recul. Mais, au fond, leur objectif est le même que celui des journalistes. Une des meilleures descriptions est que les journalistes sont la trotteuse de la grande horloge de l'Histoire. Cependant, les journalistes ne doivent pas se borner à relater les faits au jour le jour ; ils doivent les assortir d'explications et de commentaires. Tels sont les deux principaux rôles supplémentaires du journaliste : brosseur le contexte historique et géographique et fournir un commentaire, donner une opinion. À cet égard, il est primordial que le journaliste distingue clairement les faits et les opinions, ce que rappelle explicitement le code de déontologie.

D'ailleurs, cette description du métier de journaliste – la relation des événements d'actualité, assortie d'explications et de commentaires – ne diffère pas tellement de celle du Conseil de l'Europe. La nuance est que nous nous centrons plus explicitement sur l'actualité, sur les « nouvelles ». Mais elle présente l'avantage d'être une définition ouverte qui répond aux critiques émises par la Cour de cassation et le Conseil d'État. La Cour constitutionnelle, à l'époque Cour d'arbitrage, a tenu un langage similaire lors de la discussion de la loi sur le secret des sources. On a répété qu'il fallait protéger la liberté de la presse, au bénéfice notamment des journalistes, mais sans se limiter à une catégorie professionnelle. Je comprends très bien ce point de vue. On dérape vite vers la discrimination, voire le corporatisme. Il ne s'agit pas de protéger une catégorie, mais une activité. À mes yeux, on peut facilement décrire le journalisme, la presse au sens large du terme, comme une « activité ». Nous suggérons la formulation suivante : « Un journaliste est une personne qui relate l'actualité ou les nouvelles pour un public via un média d'information ouvert et accessible lié à des distributeurs d'information, en y ajoutant, le cas

échéant, des explications (contexte historique, géographique ou autre) et des commentaires (des opinions). » Je le répète, il ne revient sans doute pas au constituant d'adopter une définition, mais plutôt au législateur. Quoi qu'il en soit, cette définition doit être interprétée soupagement. Avec cette formulation, lorsqu'un blogueur règle ses comptes personnels sur internet, par exemple parce qu'un permis de construire lui est refusé, et qu'il se met à injurier et à calomnier un politique, ce ne sera pas considéré comme du journalisme. Par contre, quelqu'un peut élever le ton, élargir la perspective et en faire une discussion politique. S'il le fait avec une certaine déontologie, une certaine éthique professionnelle et en respecte les codes, on peut parler de journalisme. Le débat reste donc ouvert et le pouvoir judiciaire devra parfois trancher.

Dans la loi belge portant exécution du Règlement général européen sur la protection des données (RGPD), on donne pour la première fois dans la législation belge une définition du journalisme, liée à la déontologie. La loi relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel comporte aussi un volet déontologique : elle dispose que le journaliste ne peut exercer aucune espèce de commerce, ce qui garantit son indépendance, une exigence éthique de base. La loi belge relative au RGPD prévoit des dérogations en faveur des journalistes, pour autant qu'ils respectent la déontologie de la profession. On se réfère explicitement au Conseil de déontologie journalistique et au *Raad voor de Journalistiek*. Le lien avec la déontologie est une option très intéressante pour mieux délimiter les contours juridiques du journalisme. Les secteurs de la presse, tant francophone que néerlandophone, s'y emploient depuis longtemps.

#### **4. La responsabilité en cascade pour les délits de presse**

**M. Dirk Voorhoof**, professeur émérite de l'*Universiteit Gent*. – Ainsi que la présidente du Sénat vient de le dire, nous avons tenu ici même au Sénat, il y a plus de 25 ans, un débat sur les garanties constitutionnelles en matière de liberté de la presse. Cette discussion s'est étalée sur deux jours. À l'époque, mon sentiment était qu'il fallait éviter de mettre inconsidérément en péril les importantes garanties constitutionnelles. Aujourd'hui, nous nous penchons à nouveau sur la question, même si le contexte a changé. Je ne suis pas sûr que je serai encore suffisamment en forme dans 25 ans pour reprendre la discussion. Et je ne suis pas certain

non plus que le Sénat pourra le faire aussi, à en juger par les derniers projets politiques.

J'entamerai mon exposé en décrivant d'abord le contexte brièvement et en situant ensuite le débat sur la responsabilité en cascade dans un contexte plus large. Je voudrais mettre plus particulièrement en lumière un certain nombre d'évolutions jurisprudentielles qui montrent qu'en dépit du fait que la Constitution date de 1831, la jurisprudence – de la Cour de cassation, de la Cour d'arbitrage, de la Cour constitutionnelle, des cours d'appel et des tribunaux de première instance – a été capable d'interpréter et d'appliquer les articles de la Constitution relatifs à la liberté de la presse d'une manière souple et évolutive. Je poursuivrai en analysant plusieurs options possibles en vue d'une éventuelle révision de la Constitution, toujours à la lumière de la formulation employée par le préconstituant. Je terminerai en exposant quelques conditions indispensables à la création d'un climat propice à la pratique d'un journalisme fiable et de qualité ainsi que pour les médias, dont la mission d'information du public est primordiale dans une démocratie. Il y a d'autres mesures encore plus importantes qu'une révision de la Constitution qui pourraient être prises en l'espèce.

L'article 25 de la Constitution traite, en son alinéa 2, de la responsabilité en cascade. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, il est le seul à assumer la responsabilité ; l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis. La déclaration de révision de la Constitution précise que l'intention est d'ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information.

L'article 25, alinéa 1er, de la Constitution, interdit toute censure par les pouvoirs publics. Cela est formulé en des termes très fermes et vigoureux : « La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; (...) ». On relèvera surtout l'emploi du mot « jamais » : il s'agit d'un appel moral à tous les futurs constituants afin qu'ils n'instaurent jamais la censure. L'alinéa 1er de l'article 25 de la Constitution porte sur la censure directe par les pouvoirs publics. L'alinéa 2 de l'article 25 est en quelque sorte la transposition de la disposition précédente aux relations privées et vise à faire en sorte qu'il n'y ait pas de censure privée : dès lors que l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis si l'auteur est connu et domicilié en Belgique, il n'y a aucune raison de se mêler du contenu ou des opinions de l'auteur. La censure privée, la censure indirecte, est ainsi limitée, réduite au maximum. Cette disposition offre aussi

la garantie que la victime de pratiques journalistiques répréhensibles ou injustes dispose d'un moyen pour identifier la personne responsable et d'engager la responsabilité de celle-ci en justice. Si l'auteur n'est pas connu, c'est la responsabilité de l'éditeur à tout le moins, ou éventuellement celle de l'imprimeur ou du distributeur, qui peut être engagée.

La règle de la responsabilité en cascade est donc, selon la Cour constitutionnelle, « un élément essentiel de la protection constitutionnelle de la liberté de la presse ».

Il faut situer la responsabilité en cascade dans un contexte plus large. Elle doit être appréhendée conjointement avec l'alinéa 1er de l'article 25 de la Constitution, avec l'article 19 de la Constitution, mais certainement aussi avec l'article 150 de la Constitution, lorsqu'il s'agit de délits de presse. C'est une corrélation que la jurisprudence établit aussi fréquemment.

La responsabilité en cascade doit aussi être mise en corrélation avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). La CEDH a, dans une large mesure, complété et repris en partie les garanties constitutionnelles. L'article 10 de cette convention a un champ d'application beaucoup plus large et qui ne se cantonne pas à la presse écrite et à la seule expression d'opinions ou de points de vue ; quant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle garantit un niveau particulièrement élevé de protection de la liberté de la presse et du journalisme en ce qui concerne les aspects d'intérêt sociétal.

Enfin, la responsabilité en cascade doit aussi être située dans le contexte du droit européen, car l'Union européenne a pris également de nombreuses initiatives en la matière. Il y a des directives et des règlements européens qui ont une incidence sur la responsabilité en matière de commerce électronique (e-commerce), de fournisseurs d'accès à Internet, de services de médias audiovisuels, de réglementation d'Internet, etc.

L'ensemble de la discussion peut être situé dans le contexte de ce que certains auteurs appellent la « *deconstitutionalisation of freedom of speech and of the press* » (déconstitutionnalisation de la liberté de parole et de la liberté de la presse), puisque, dans les pays européens et même en dehors de l'Europe, certaines dispositions constitutionnelles datent du 19<sup>e</sup> siècle – elles sont même plus anciennes en France – et ont donc subi une certaine érosion face aux transformations du paysage médiatique. Le débat

actuel est lié à la tentative de revitaliser ces droits fondamentaux que les nouvelles évolutions médiatiques rendent d'autant plus importants.

Pour bien comprendre les évolutions, caractéristiques et difficultés de la responsabilité en cascade en matière de presse, on peut avant tout s'intéresser à cinq évolutions observées dans la jurisprudence. La jurisprudence a en effet connu quelques avancées majeures dans le sens d'une modernisation, voire d'une revitalisation de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution.

L'avancée principale s'est produite voici plus de 25 ans, avec l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1996 par lequel la Cour a mis fin à la tendance jurisprudentielle à n'appliquer la responsabilité en cascade qu'en matière pénale. La Cour de cassation a estimé qu'il fallait avoir égard à la *ratio legis* et que la garantie constitutionnelle de la responsabilité en cascade devait également s'appliquer dans les procédures civiles. Les actions pénales pour calomnie ou injure ne sont en effet plus confiées à une cour d'assises ni, donc, laissées à l'appréciation d'un jury. Toutes les affaires relatives à la presse sont traitées par des juges professionnels dans les tribunaux civils. Pourquoi n'appliquerait-on pas la règle de la responsabilité en cascade dans ces affaires ? La Cour de cassation a précisé très clairement que la garantie constitutionnelle devait aussi s'appliquer dans les procédures civiles relatives à des pratiques journalistiques répréhensibles en application de la responsabilité quasi-délictuelle des publications de presse.

Une deuxième avancée est la modification constitutionnelle de 1999. L'article 150 de la Constitution a été modifié pour que certains délits ne soient plus soumis à la cour d'assises. Les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie peuvent désormais être poursuivis devant les tribunaux correctionnels. Comme il s'agit de délits de presse, la responsabilité en cascade peut bel et bien s'appliquer à de telles procédures.

Une troisième avancée significative est l'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage le 22 mars 2006 établissant que la Constitution prime les dispositions de la loi relative aux contrats de travail (art. 18) ou l'article 1384 du Code civil lorsque l'auteur est un journaliste sous contrat d'emploi. Cela semble évident mais il a fallu un arrêt de la Cour d'arbitrage pour rappeler à certains tribunaux que, même lorsqu'un journaliste était dans les liens d'un contrat de travail, c'est la responsabilité en cascade qui devait s'appliquer et non la disposition légale spécifique de l'article 18 de la loi

relative aux contrats de travail qui attribuait en principe la responsabilité à l'éditeur/employeur. Le journaliste est donc seul responsable d'un texte qu'il a lui-même publié, même s'il est salarié d'un groupe de presse ou d'une société d'édition.

Une quatrième avancée a eu lieu en 2012. Deux arrêts de la Cour de cassation du 6 mars 2012 stipulent explicitement que la diffusion de l'expression punissable d'une opinion par voie numérique peut également constituer un délit de presse. La Cour a encore confirmé sa position ultérieurement dans un arrêt du 29 octobre 2013.

On pourrait affirmer que cette jurisprudence ne porte que sur les délits de presse et sur la question de la compétence de la cour d'assises, visés à l'article 150 de la Constitution. Depuis lors toutefois, la jurisprudence a également appliqué la responsabilité en cascade au journalisme en ligne, notamment dans un jugement rendu par le tribunal de première instance d'Anvers le 22 février 2018 contre le site en ligne *Apache*, dans l'affaire *Land Invest Group* contre des journalistes d'*Apache*. Il s'agissait d'une action contre trois journalistes et le directeur de cette plateforme d'information en ligne. Le tribunal a estimé que la responsabilité en cascade devait s'appliquer et que seuls les auteurs des articles incriminés pouvaient être tenus pour responsables, le directeur n'ayant commis aucune faute concurrente. Il est évident que l'extension du délit de presse à des écrits diffusés sur internet élargit considérablement l'application de la responsabilité en cascade.

Enfin, la cinquième et dernière avancée est l'évolution progressive de la jurisprudence vers l'application de la responsabilité en cascade dans des procédures civiles où il n'est pas question du délit de presse, autrement dit, dans des procédures où la responsabilité quasi délictuelle n'intervient pas. La responsabilité en cascade est appliquée en vertu de l'article 1382 du Code civil, non pas parce qu'il est question d'un délit de calomnie, diffamation ou injure mais uniquement parce qu'il s'agit d'un acte illécite, d'une pratique journalistique illicite. On opère en l'occurrence une sorte de dissociation entre les articles 150 et 25 de la Constitution de manière à appliquer largement la responsabilité en cascade aux pratiques journalistiques illicites.

En dépit de ces importantes extensions et adaptations découlant de la jurisprudence, l'article 25, alinéa 2, de la Constitution conserve encore une portée limitée. Il ne s'applique pas à ce que nous appelons les délits de publication, d'impression ou de diffusion, ni dans les affaires qui ne

concernent pas l'expression d'une opinion répréhensible ou lorsqu'il s'agit d'émissions radiodiffusées ou télévisées. Il s'applique seulement dans les affaires pénales ou pour les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie. Il s'agit donc d'un champ d'application limité en matière pénale, indépendamment du fait que *de facto*, il n'y a pas de poursuites pénales pour calomnie, diffamation, injure, etc.

En ce qui concerne la responsabilité civile, il y a aussi un certain nombre de restrictions. Selon une certaine jurisprudence, la responsabilité en cascade s'applique uniquement en cas de responsabilité quasi-délictuelle, comme s'il s'agissait d'un délit de presse, mais, comme je l'ai déjà dit, certaines évolutions contribuent à élargir un peu le champ.

La responsabilité civile n'empêche pas non plus la coresponsabilité, par exemple, du rédacteur en chef ou de l'éditeur si une faute distincte peut leur être imputée. La jurisprudence est claire sur ce point.

Troisièmement, il y a aussi d'autres procédures par lesquelles on peut contraindre un éditeur à stopper la diffusion d'une publication, par exemple par voie de référé ou par une action en cessation en application des dispositions du Code de droit économique. Ce n'est donc pas parce que la Constitution offre des garanties en matière de responsabilité qu'il n'y a pas d'autres procédures pour stopper à un moment donné la diffusion de certains contenus indésirables et donc pour faire pression sur l'éditeur ou l'entreprise de médias.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la règle de la responsabilité en cascade ne vaut pas pour les médias audiovisuels. Elle ne s'applique pas non plus aux illustrations ou aux images, ni aux textes parlés via Internet. On ne sait pas très bien comment elle devrait s'appliquer à Internet. Il faut encore un peu de temps pour que la jurisprudence se développe dans ce domaine et il faut certainement aussi tenir compte du droit européen.

Quelles sont à présent les options en vue d'une révision de la Constitution ? Y a-t-il des raisons pertinentes de maintenir la situation en l'état ? Il n'y a, à ma connaissance, aucune étude empirique montrant que la règle de la responsabilité en cascade offre effectivement un rempart majeur contre la censure des éditeurs à l'encontre des journalistes. C'est un concept sur lequel on ne dispose pas de données empiriques. J'ai des

doutes quant à l'importance que l'on prête à cette règle constitutionnelle dans la relation entre les journalistes et les éditeurs.

Faut-il supprimer cette règle ? On ne pourrait en réalité pas le faire puisque cela va à l'encontre de la volonté du préconstituant, qui souhaite une extension. Ou devrait-on ignorer la volonté du préconstituant ? Devrions-nous plutôt maintenir les choses en l'état moyennant un certain nombre d'adaptations ? Peut-être faudrait-il modifier l'ordre de succession ? Faut-il accroître la responsabilité de l'éditeur ou celle du rédacteur en chef ? L'exigence liée au domicile en Belgique me semble problématique dans le cadre du droit communautaire, car on lie la responsabilité au domicile ou au siège. Et pourquoi l'imprimeur est-il toujours mentionné à l'article 25 de la Constitution ? Il n'y a guère de dispositions concernant la responsabilité d'un imprimeur.

Devrions-nous donc étendre la portée de l'article constitutionnel ? Si oui, à quels médias ? Selon la jurisprudence, la radio et la télévision sont désormais exclues de l'application de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, ce qui ne pose d'ailleurs aucun problème dans la pratique. Faudrait-il dès lors étendre la règle de la responsabilité en cascade à la radio et à la télévision ?

Enfin, il y a les problèmes concernant Internet et les médias sociaux. Si nous voulons apporter des changements, nous devons tenir compte du droit communautaire, que nous sommes tenus de respecter (voir à ce sujet l'exposé du professeur Alain Strowel).

Si l'on veut malgré tout changer les choses, alors je suggère quelques adaptations minimales. Je proposerais de formuler l'alinéa 1er de l'article 25 de la Constitution comme suit : « Les médias sont libres » ou encore « Les médias d'information sont libres ». La formule forte « la censure ne pourra jamais être établie » serait évidemment maintenue. C'est un appel lancé à tous les futurs constituants afin qu'ils se gardent d'établir une censure et évitent une immixtion préventive.

En ce qui concerne l'alinéa 2 de l'article 25 de la Constitution, on pourrait remplacer les mots « *de schrijver* » par les mots « *de auteur* » dans le texte néerlandais, ce qui permettrait du reste d'aligner celui-ci sur le texte français où figure le terme « auteur ». Ce terme ne vise pas uniquement l'auteur de textes et devrait pouvoir être interprété de manière plus large. Je propose de formuler l'article 25, alinéa 2, comme suit :

« Lorsque l'auteur est connu, l'éditeur ou le distributeur ne peut être tenu pour responsable ».

En ce qui concerne l'article 150 de la Constitution, ma proposition est la suivante : « Le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de médias, » - par analogie avec l'article 25 - « à l'exception des expressions d'opinions punissables inspirées par le racisme ou la xénophobie, ou qui incitent à la haine, à la violence ou à la discrimination à l'égard de personnes ou de groupes ». Cela donnerait la possibilité d'engager des poursuites pénales devant le tribunal correctionnel ordinaire, y compris dans le cas où des contenus Internet, par exemple, incitent à la haine, à la violence ou à la discrimination (par exemple, en raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou des convictions), et ce indépendamment de l'exception existante relative au racisme et à la xénophobie. En tout état de cause, il serait souhaitable de maintenir l'article 150 de la Constitution et la compétence du jury en matière de délits de presse ou de médias jusqu'à ce qu'il y ait effectivement une décriminalisation de la calomnie, de la diffamation et de l'injure par les médias en Belgique, ce que réclament l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et également la Cour européenne des droits de l'homme.

Il ne fait aucun doute que des garanties supplémentaires peuvent être prévues dans notre pays en matière de liberté de la presse et de liberté d'expression, notamment par le biais de cette décriminalisation. Je plaide pour que les affaires relatives à la liberté de la presse soient traitées dans le cadre de procédures civiles. La Cour européenne considère qu'il est disproportionné de brandir la menace de sanctions pénales pour les communications publiques offensantes ou diffamatoires. Tout cela doit se régler par l'intermédiaire des tribunaux civils.

Il faut réfléchir aussi aux mesures anti-SLAPP. On constate que les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique, les SLAPP (*Strategic Litigation Against Public Participation*), sont utilisées à des fins d'intimidation et dans le cadre d'abus de procédures à l'encontre de journalistes qui diffusent des informations critiques et indépendantes au sujet de certains individus ou groupes. L'Union européenne réfléchit actuellement à l'instauration d'une réglementation qui permettrait de prendre des mesures contre les procédures intimidantes visant à décourager le journalisme indépendant et critique.

Il s'indique par ailleurs de supprimer la possibilité d'imposer une interdiction de publication et de diffusion au moyen d'une requête unilatérale dans le domaine des médias. Ce problème existe depuis trente ans déjà. Il se trouve encore de temps en temps un président de tribunal prêt à interdire sur-le-champ la diffusion ou publication d'un contenu dont il n'a même pas pris connaissance, sur requête unilatérale, sans entendre la partie adverse qu'est le journaliste. Dernièrement encore, le parquet d'Anvers et le ministre de la Justice ont encore intenté une telle procédure, comme le relate l'édition du 27 février 2019 de la revue *De Juristenkrant*. Il faut que le législateur y mette un terme.

Le droit de réponse doit en outre s'appliquer aux services de médias en ligne. Le Sénat a élaboré un excellent rapport d'information à ce sujet : Le droit de réponse sur Internet, 29 mars 2019. Il n'y a aucune raison de ne pas appliquer le droit de réponse à l'environnement numérique. Le droit de réponse est le corollaire de la liberté de la presse. Il constitue une correction et procède de la liberté d'expression de l'individu qui doit avoir la possibilité de réagir lorsqu'il est cité nommément.

Il s'impose en outre d'optimiser le droit constitutionnel à la publicité de l'administration. Ce droit pose encore des problèmes dans la pratique car il est soumis à des restrictions trop étendues. Le secret des sources du journaliste doit être surveillé de près. J'observe un certain étiolement dans la pratique. Selon la jurisprudence de la Cour européenne, il convient également d'apporter des garanties supplémentaires en ce qui concerne, par exemple, les méthodes particulières de recherche et la surveillance à grande échelle sur internet pratiquée dans certains pays, dont peut-être la Belgique.

Les lanceurs d'alerte doivent être protégés. Une nouvelle directive à ce sujet sera publiée dans quelques jours au Journal officiel de l'Union européenne. La Belgique peut, elle aussi, aller résolument de l'avant dans la protection des lanceurs d'alerte qui constituent une source d'information essentielle pour le travail journalistique.

Il est également indiqué de mettre en œuvre la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet, à savoir la recommandation CM/Rec(2018)2 du 7 mars 2018. Il s'agira d'un exercice important.

Il importe par ailleurs d'appliquer avec vigilance la jurisprudence relative à l'article 10 de la CEDH. Nos juges et magistrats du parquet doivent être mieux formés de manière à mieux appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Enfin, d'autres initiatives méritent d'être mentionnées, même si elles ne relèvent pas de la législation fédérale : le soutien de projets et plateformes pratiquant un journalisme d'investigation et novateur, l'encouragement de la vérification des faits, du journalisme responsable et éthique, ainsi que l'éducation aux médias. Ces mesures peuvent certainement contribuer à l'optimisation de la fonction des médias dans une société démocratique.

Depuis un certain temps déjà, la Belgique se situe dans le top 10 du classement mondial de la liberté de la presse, établi par Reporters sans frontières. La responsabilité exclusive de l'auteur n'est pas une condition nécessaire de la liberté de la presse. En effet, les pays scandinaves, qui se situent dans le top 5 du classement, tiennent le rédacteur en chef pour coresponsable ou pour seul responsable.

L'article 25 de la Constitution renferme en outre un paradoxe. La liberté d'expression – article 19 – vaut pour tout un chacun. Que quiconque puisse être tenu pour responsable d'un contenu illégitime, répréhensible, est un bon principe. La responsabilité doit donc être assumée par l'auteur. C'est un principe intangible. Dans l'environnement actuel des médias, les journalistes sont toutefois de plus en plus enclins à dire qu'ils sont soumis à la politique de leurs éditeurs et rédacteurs en chef, ces derniers échappant à toute responsabilité. C'est un premier paradoxe. Nous devons réfléchir à la manière d'y remédier.

Enfin – et c'est peut-être l'évolution la plus alarmante –, on assiste à une intensification de la censure privée sur internet. Nous n'accepterions jamais d'une autorité ou d'un juge ce que font Facebook et Google (YouTube) : élaguer ou modifier, sans en assumer la responsabilité par la suite, le contenu de ce que des citoyens postent sur internet. Il faut mettre fin à la censure pratiquée par les plateformes en ligne sans la moindre garantie, sans débat contradictoire, sans l'intervention d'un juge. Je fais à nouveau référence à la recommandation du Conseil de l'Europe du 7 mars 2018, et insiste pour qu'on ne renforce pas la responsabilité des éditeurs et diffuseurs en ligne car plus la responsabilité qu'ils auront à assumer sera lourde et plus ils s'exposeront à une amende, plus ils se livreront à la censure et au retranchement afin d'éviter des procédures

et des sanctions. La recommandation préconise de contribuer à garantir la liberté d'expression et le droit à l'information sur internet par d'autres mécanismes.

**M. Alain Strowel**, professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain. – Bonjour à toutes et à tous. Mon exposé sera centré sur la question de la responsabilité en cascade dans le cas de l'internet et, plus exactement, des plateformes en ligne.

Il convient préalablement de se poser une question. Comme on l'a rappelé, une conférence a déjà eu lieu en 1995, ici, au Sénat, conférence au cours de laquelle Dirk Voorhoof avait déjà pris la parole. On peut se demander pourquoi un colloque est à nouveau organisé. Un certain nombre de représentants de la presse se trouvent parmi nous, ce qui est une bonne chose et explique qui est à l'origine de la conférence d'aujourd'hui. En guise de conclusion, Monsieur Voorhoof a insisté sur la bonne place de la Belgique en matière de liberté de la presse. Je garde cette réflexion en tête à l'entame de mon intervention. En effet, cela relativise l'importance des problèmes subsistant en Belgique en matière de régulation des médias et des intermédiaires. D'autres développements méritent davantage d'attention.

Mon point de départ est la déclaration de révision relative à l'article 25 de la Constitution, « en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information ». Première question : peut-on modifier les deux premiers alinéas ? Les constitutionnalistes s'accordent à répondre par l'affirmative. Une certaine flexibilité semble s'imposer à cet égard. Deuxième question : peut-on élargir les garanties à certains moyens d'information sans l'élargir à d'autres ? Rien ne l'empêche. Il n'existe, à mon sens, pas d'obligation de l'étendre à tous les autres moyens d'information.

Ma proposition est vraisemblablement similaire à celle d'autres collègues qui n'ont pas pu venir ou n'ont pas été invités ; je pense notamment à François Jongen, à François Tulkens ou encore à Édouard Cruysmans. Je n'en ai pas discuté avec eux avant de venir, mais il me semble que nous partageons l'idée d'étendre les garanties, c'est-à-dire une exonération, à l'audiovisuel, quitte à simplifier la cascade – à cet égard, je rejoins le point de vue de Dirk Voorhoof –, mais pas aux plateformes ni aux réseaux sociaux. Cet élément est essentiel à mes yeux. En effet, ce ne sont pas des distributeurs similaires à ceux visés par le Constituant. Ils

deviennent parfois des éditeurs, mais interviennent dans la communication de manière assez spécifique ; j'y reviendrai.

Revenons-en à la justification de la cascade : un système d'imputabilité successive, introduit par l'article 25, alinéa 2, dont l'objectif est d'éviter que quelqu'un bloque la circulation de l'information par un refus d'édition, d'impression ou de distribution. L'irresponsabilité ainsi créée est tant pénale que civile. Il s'agit de censure privée économique. Toutefois, le contexte actuel est tout à fait différent et les réseaux sociaux présentent des risques : trop de circulation d'informations illicites ou de piètre qualité, propos haineux, *fake news*, etc. Nous sommes confrontés à des machines qui fonctionnent différemment des instruments de communication accessibles au 21<sup>e</sup> siècle. La conception de l'époque est partiellement dépassée. A cette époque de rareté relative de l'information, la censure était représentée par « les ciseaux d'Anastasia ».

Le censeur, c'était celui qui coupe dans l'expression. Aujourd'hui, la censure prend d'autres formes. Les formes les plus efficaces de censure consistent à saper la confiance et à attirer l'attention vers des informations de mauvaise qualité ou des contre-informations, et non à museler la parole elle-même. On trouve, sur les réseaux sociaux, par exemple, des campagnes de harcèlement qui exploitent la dynamique de l'indignation virale et reposent sur des motifs économiques. Il faut bien prendre conscience du problème pour pouvoir le combattre. Il importe donc de revoir notre logiciel relatif à la liberté d'expression. J'ai parfois l'impression que certains raisonnent sur la base d'un logiciel totalement dépassé. Je me réfère ici à un article en ligne du magazine *Wired*. Selon l'approche traditionnelle, en tout cas celle en cours aux États-Unis, le « marché des idées » doit être le plus vibrant possible. Mais cette vision n'est-elle pas démentie par le caractère viral des fausses nouvelles sur les plateformes ? On dit que « le meilleur remède contre les mauvais discours, c'est plus de discours ». Ce dicton perd son sens lorsque le discours est surabondant, ce qui est le cas sur les plateformes, mais aussi non public. En effet, les destinataires des discours en ligne sont ciblés de manière très précise. Il n'est donc pas possible de réagir. On ne peut pas bénéficier de cette marmite d'idées qu'il faut faire bouillir pour atteindre un bon équilibre. Car nous n'avons aucun moyen de cibler le même public que celui qui a reçu le message original. Pour ces raisons, je considère que nous devons revoir notre logiciel sur la liberté d'expression et la censure.

Penchons-nous sur les médias en ligne. D'incroyables masses de contenus circulent en l'espace de 60 secondes. Évidemment, ces informations

sont très vite dépassées. En une minute, 243 000 photos sont téléchargées sur Facebook, 70 000 heures de contenu vidéo sont visionnées, sans parler de YouTube ni de Twitter. Selon le *Pew Research Center*, qui effectue des analyses intéressantes au sujet des médias, 52 % des adultes américains trouvent leurs infos sur Facebook, 28 % sur YouTube et 17 % sur Twitter. La presse classique est donc mise de côté, sauf des niches telles que le *New York Times*. Ces chiffres me paraissent intéressants. Le phénomène ne touche pas uniquement les États-Unis. Une étude de l'Autorité de garantie de la communication révèle que les citoyens italiens accèdent à l'info non seulement en ligne, mais aussi au travers des nouveaux instruments qui opèrent un tri algorithmique : 54 % des Italiens utilisent soit les moteurs de recherche soit les réseaux sociaux. Puisque des algorithmes particuliers de propagation sont à la manœuvre, l'information est canalisée par des intermédiaires qui ne sont absolument pas neutres. Tous ces algorithmes ont pour effet de maximiser l'engagement des usagers, le but étant que ceux-ci restent un maximum de temps devant leur écran et soient exposés à des publicités.

D'autres chiffres sont interpellants. On sait tous que le président Trump, par exemple, clique plus vite que son ombre... Près de douze *tweets* touchent, chaque jour, plus de 62 millions de *followers*. C'est quand même assez impressionnant par rapport au nombre de citoyens américains en mesure de voter. Et il s'agit de la partie officielle, visible, de l'internet. On ne parle pas, ici, de la face cachée. En 2018, une plateforme a purgé les comptes des *bots*, c'est-à-dire des robots, qui, automatiquement, relayaient les *like* et *tweets*. Trump a perdu 300 000 *bots* partisans à la suite de cette purge. Je ne reviendrai pas sur « l'épisode russe » ; nous le connaissons. Je mentionnerai également les *Fake News Awards* créées par Trump. Bien entendu, même la presse la plus sérieuse commet de temps à autre quelques erreurs...

J'ai aussi lu, non sans effarement, une étude réalisée par le *British Council* au sujet de la manipulation intentionnelle exercée par Monsieur Duterte, qui l'a porté vers la présidence des Philippines. Il a mis en place toute une stratégie. Rien n'a été improvisé. Cette campagne a été conçue par des agences de publicité, travaillant avec des influenceurs et des *trolls* chargés de cliquer.

Telle est la réalité d'aujourd'hui. Il faut l'avoir à l'esprit lorsqu'on réfléchit à la liberté de la presse.

Un mot encore au sujet des publicités politiques. Facebook continue à les accepter, alors que Twitter a décidé de les refuser. Elizabeth Warren, candidate à la présidence américaine, a soumis une publicité – acceptée par la plateforme – indiquant que Mark Zuckerberg était favorable à la réélection de Donald Trump et le message, qui était faux, a ainsi été transmis à tous ses *followers*.

Je me suis intéressé aux publicités politiques diffusées sur Facebook en Belgique. Je vais citer quelques chiffres, extraits d'un article de *La Libre Belgique* du 8 novembre dernier. Les partis flamands utilisent beaucoup plus largement cette possibilité que les partis francophones : plus de sept fois plus. Les dépenses du Vlaams Belang sont également beaucoup plus élevées que celles de l'ensemble des cinq partis flamands qui suivent : NVA, Open Vld, s. pa, Groen et PVDA. Ces données me semblent intéressantes. Il faut réfléchir à la manière de réagir à ce phénomène.

Le problème, sur les réseaux sociaux, découle souvent du micro-ciblage, les propos « Bisounours » ou incendiaires étant ceux qui suscitent le plus d' « engagement ». Le micro-ciblage s'est révélé, en Belgique, à travers les récentes publicités politiques diffusées sur Facebook. Le Vlaams Belang ne tient pas le même discours aux citoyens wallons qu'aux citoyens flamands.

Ces publicités, il faut bien évidemment les payer. Il s'agit d'un système d'enchères : plus on a de réactions, plus on a de *like*, plus le prix est avantageux pour l'annonceur. Ceux qui suscitent l'indignation paient moins ! C'est comme si le Vlaams Belang ne devait payer que 2 000 euros pour une pleine page dans *Le Soir* et un parti plus petit comme le cdH, 10 000 euros. Est-ce acceptable ?

Je vais en revenir à l'article 25, alinéa 2, mais vous aurez compris que je ne suis pas favorable à l'extension de l'exonération aux plateformes. En effet, les rôles distingués à l'article 25, alinéa 2, ne correspondent pas à la qualification des intermédiaires techniques sur internet selon le droit européen. Le droit européen prévoit une exonération de responsabilité pour les intermédiaires en ligne, en particulier pour les hébergeurs de contenus. Cette exonération, introduite en 2000, époque à laquelle les réseaux sociaux n'existaient pas encore, est en cours de révision dans le *Digital Services Act*, annoncé par la Commission européenne. De toute façon, cette exonération a déjà été supprimée dans certains domaines, comme le droit d'auteur (Art. 17 de la directive 2019/770). Mon conseil

est donc de ne pas intervenir dans le domaine en Belgique puisque des changements s'annoncent à l'échelon européen.

Permettez-moi d'attirer votre attention sur un autre problème. Les responsables d'une plateforme ont la possibilité d'identifier l'auteur d'un *post*. Il leur suffirait donc d'identifier une personne, qui s'est peut-être manifestée de manière anonyme, pour être exonéré de leur responsabilité. Cette dé-responsabilisation des plateformes n'est pas souhaitable.

La typologie des acteurs en ligne, qu'ils soient fournisseurs d'infrastructure, d'accès internet, de services, d'hébergement ou d'outils de recherche de l'information, a été adoptée à la fin des années nonante. Sur l'internet, il est difficile de discerner les distributeurs et les éditeurs. Des problèmes de compatibilité vont se poser si l'on étend l'article 25, alinéa 2, à l'internet.

Une disposition majeure, déjà citée, exonère les hébergeurs. Il s'agit de l'article 14 de la directive 2000/31 relative à l'e-commerce. L'hébergeur est celui qui stocke des informations fournies par les destinataires du service. Il n'est pas responsable des informations stockées, à condition que le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites. S'il est au courant, par contre, il doit agir promptement. Tout un système de « notifications et retraits d'informations » a ainsi été mis sur pied. En octobre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne a émis un arrêt fort intéressant, dont il découle que l'on peut faire reposer des obligations assez étendues sur les intermédiaires comme Facebook.

Les nouveaux régimes européens vont dans le sens d'une responsabilisation croissante des services de partage de contenus en ligne, que ce soit dans le domaine du droit d'auteur ou dans celui des médias (directive relative aux services de médias audiovisuels).

En pratique, il existe bel et bien un très important filtrage. Facebook, par exemple, recourt à des « nettoyeurs », soumis à des critères en constante évolution, pour la suppression ou le maintien de certains contenus. Il semblerait que ce qui revêt un caractère complottiste soit accepté...

Malgré l'exonération, ce filtrage généralisé pose vraiment problème, qu'il soit effectué par des outils algorithmiques, pas encore très efficaces, ou par des modérateurs humains. Les chiffres sont impressionnants. Fin

2018, Facebook a annoncé avoir recruté 20 000 personnes. Je vous recommande, pour comprendre le travail ingrat de ces nettoyeurs de l'ombre, le documentaire *The Cleaners*, que j'ai trouvé éclairant. Il faut aussi parler des faux comptes. Selon un récent article du *Financial Times*, 5,4 milliards de faux comptes ont été supprimés au cours des huit premiers mois de 2019.

Face à ce phénomène de la haine en ligne et au filtrage généralisé, dont on ignore les paramètres, des obligations de transparence s'imposent pour les plateformes et donc pour les États. Le rapporteur des Nations unies sur la liberté d'expression a remis un récent rapport en ce sens. Selon lui, il faut adopter des lois qui imposent la transparence, notamment en ce qui concerne les critères de filtrage.

J'en viens à ma conclusion. Je suis, a priori, favorable à l'extension de la cascade à l'audiovisuel, mais il faudra probablement supprimer le quatrième niveau, celui du distributeur et, bien entendu, celui de l'imprimeur. Il faudra traiter la question de l'auteur. Quel est le rôle du journaliste, du rédacteur en chef, de l'éditeur de service audiovisuel ? On ne peut pas tout faire peser sur le lampiste... Je ne suis pas favorable à l'extension aux moyens électroniques, sauf, peut-être, lorsque le site est complémentaire à un média papier ou audiovisuel. Les anticorps institutionnels ont bien fonctionné par rapport à un certain type de censure, mais ils ne fonctionnent plus. Il faudra donc modifier notre logiciel. Je terminerai par une citation du poète Scutenaire : « Il est des choses avec lesquelles on ne plaisante pas. Pas assez ! »

Merci pour votre attention.

## 5. La poursuite et le jugement des délits de presse

**M. Tom Bauwens**, avocat. – J'ai entendu des exposés très intéressants ce matin. Je ferai usage de mon droit à la liberté d'expression et j'adapterai quelque peu ma propre contribution pour tenir compte de ces exposés. Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur Deltour d'avoir rappelé la qualité du travail fourni par les avocats dans le cadre de l'évolution de cette matière ; ce genre de compliment est assez rare pour être souligné.

Je constate qu'il y a encore des réticences, parmi les différents orateurs entendus aujourd'hui et parmi les journalistes, à confier de tels dossiers à la magistrature. Je remarque par ailleurs qu'il n'y a aucun représentant de

la magistrature ou du ministère public parmi les orateurs. J'essayerai tout à l'heure de les défendre à ce propos, car c'est le rôle naturel de l'avocat que je suis.

Je pense – et je ne suis pas le seul – que la poursuite et la répression effectives des abus de la liberté d'expression constituent la meilleure protection et la plus haute reconnaissance de cette liberté. Nous connaissons le droit à la vie. Lorsque ce droit est méconnu, des sanctions et des peines sont prononcées. Nous connaissons le droit de propriété et le droit à l'inviolabilité du domicile. En cas d'atteinte à ces droits, des poursuites sont engagées et des peines sont infligées. Nous connaissons aussi le droit à la religion et à la liberté de culte. Les violations de ce droit, par exemple par des fanatiques, donnent lieu, là encore, à des poursuites et à des sanctions. Autre exemple : le droit à la vie privée, avec l'omniprésent 'RGPD'. Les infractions dans ce domaine font, elles aussi, l'objet de poursuites et de sanctions pénales. Nous connaissons, enfin, le principe constitutionnel de non-discrimination, qui interdit toute distinction d'ordre, toute discrimination sur la base de la race, de la religion ou de l'origine. Lorsque des discriminations sont commises, leurs auteurs sont poursuivis.

Il est navrant de devoir constater que la méconnaissance malveillante et flagrante ou l'abus d'un droit aussi fondamental que le droit à la liberté d'expression n'entraîne, dans la pratique, aucune poursuite ou sanction pénale.

J'en viens ainsi à l'article 25 de la Constitution, déjà évoqué aujourd'hui. Cet article ne contient en lui-même aucune définition du délit de presse ; celui-ci est défini plus clairement par la jurisprudence. La Cour de cassation, surtout, a interprété cette disposition de la Constitution au fil des années. Il s'agit de l'infraction à la loi pénale au moyen d'une opinion exprimée par la voie de la presse et à laquelle une certaine publicité est donnée, de tout procédé de publication qui permet la reproduction d'un écrit en faisant application de moyens d'exécution offrant de l'analogie avec l'emploi de la presse proprement dite, ou de tout procédé mécanique ou chimique permettant de répandre dans le public de multiples copies d'expressions d'opinions punissables. En outre, le délit de presse n'est pas limité aux propos punissables paraissant dans la presse, mais peut aussi inclure toute forme d'expression d'opinion qui dépasse les limites de l'admissible.

J'utilise souvent, à cet égard, le langage imagé des pratiques typiquement belges en matière d'aménagement du territoire et d'habitat linéaire. Il y a d'abord la maison, c'est-à-dire la Constitution. Mais à l'arrière de la maison a été ajoutée une véranda, puis une extension de la cuisine, jugée trop exigüe. Derrière cette extension a encore été construite une remise pour ranger la tondeuse. Et dans les zones rurales de Flandre, on peut encore trouver un pigeonnier et un abri à bois. Tout cela ne concerne d'ailleurs pas seulement l'article 25 de la Constitution. Il arrive souvent qu'un texte de loi fondamental, qui doit être traité avec le plus grand respect, se voie conférer, par nécessité et via les circonvolutions de la Cour de cassation, une portée la plus large possible ou, comme en l'espèce, la plus restreinte possible.

Il peut sembler logique de vouloir définir le plus largement possible un droit inscrit dans la Constitution. Mais ici, on constate que la Cour de cassation a tout fait, jusqu'à l'extrême, pour restreindre ce droit. Pour reprendre le jargon de l'aménagement du territoire, on ajoute bien quelques remises et annexes qui sont en partie fonctionnelles mais, vu d'en haut, l'ensemble laisse plutôt à désirer. Objectivement parlant, cela ne ressemble donc à rien. C'est indigne de la Constitution et, sous l'angle des principes de base, cela ne tient pas la route.

Il est par exemple problématique d'exclure les formes d'expression qui ne passent pas par un « écrit », si bien que les dessins, images, croquis ou caricatures ne peuvent pas relever de la qualification de délit de presse. Avec l'article 25, le constituant entendait protéger la presse et les journalistes contre l'ingérence de l'autorité et leur garantir le droit d'écrire librement pour informer le public. Du point de vue de l'historique de la loi, cette explication ne tient pas vraiment la route. En 1830, la plupart des gens ne savaient pas lire, et le fait qu'il s'agisse d'un « écrit » était sans pertinence. On communiquait à l'époque au moyen de dessins explicites et satiriques, par la parole ou par des représentations, comme dans le cas bien connu de la Muette de Portici. Aujourd'hui, bien des années plus tard, il est quand même étrange de devoir constater que ce sont précisément ces dessins, images, croquis ou caricatures qui sont exclus du champ d'application du délit de presse. Étonnamment, les émissions de radio et de télévision ne bénéficient pas non plus de cette protection. Les notions d' « écrit » et d' « opinion » sont définies d'une manière qui ne correspond plus à la réalité et l'article 25 de la Constitution n'est plus adapté aux besoins et à l'évolution de la société.

J'entends différents points de vue au sujet de la responsabilité en cascade. Pour les uns, il faut la maintenir et même l'étendre aux fournisseurs d'accès à l'internet ; pour les autres, cette responsabilité en cascade est dénuée de pertinence dans le monde de l'internet. Je partage personnellement cette dernière vision. Dans le nouveau projet du Code pénal, dont le Livre I définit les notions d'auteur, de coauteur et de complice, il n'est plus question de la responsabilité en cascade. On y met tout le monde sur le même pied et on laisse au juge du fond le soin d'apprécier chaque responsabilité individuelle sur la base des faits. Mais cela a parfois des effets pervers, car on opte ainsi délibérément pour l'écrit afin de faire en sorte que les articles 25 et 150 de la Constitution soient applicables. M'inspirant de ce que le professeur Ceuleers et d'autres éminents juristes ont écrit, je voudrais défendre ici la thèse de la non-pertinence de l'article 25 de la Constitution. Pour reprendre les termes de la Cour de cassation, il n'y a pas un autre droit, comme celui de la liberté de la presse, qui soit distinct du droit à la liberté d'expression, tel que formulé à l'article 19. Cet article 19 devrait seulement être un peu modernisé, car la liberté d'expression revêt aujourd'hui des formes diverses.

Ma proposition consiste à adapter l'article 19 comme suit : « § 1er. La liberté d'expression est garantie. Ce droit comprend la liberté d'avoir et d'exprimer une opinion, la liberté de collecter et de diffuser des informations et des idées, sans ingérence, quel que soit le média et sans considération de frontières.

§ 2. Seuls la loi ou le décret peuvent soumettre l'exercice de ce droit à des conditions ou à des restrictions, mais uniquement si celles-ci sont nécessaires à la sécurité du pays, à la protection de l'ordre ou de la morale publique, ou à la protection de la santé, 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. »

J'ai entendu aujourd'hui que nous devons garantir non seulement la liberté d'expression mais aussi la liberté d'information, car nous sommes maintenant dans une société de l'information.

L'article 150 de la Constitution prévoit qu'un jury doit être établi pour la poursuite des délits de presse. Si l'article 25 est abrogé, l'article 150 n'a plus de raison d'être. Dans ce cas, en effet, il n'y a plus de délit de presse, et seuls les délits d'opinion subsistent.

L'article 150 de la Constitution a un effet pervers : le renvoi devant la cour d'assises et le jury populaire entraîne, dans les faits, l'absence de poursuites. Selon le ministère public, certaines décisions de classement sans suite sont basées sur le raisonnement selon lequel, comme il s'agit d'un délit de presse, l'affaire ne sera pas portée devant les assises et il n'y aura donc pas de poursuites. À tort ou à raison, la pratique actuelle est l'absence de poursuites. Selon moi, un système de poursuites distinct pour les délits de presse n'est plus justifiable aujourd'hui. Il ne faut pas revoir ce système, car il existe déjà : le Code d'instruction criminelle et le fonctionnement ordinaire des tribunaux correctionnels constituent déjà un système de poursuites adéquat. Il n'est pas nécessaire de mettre au point une procédure ad hoc. Nous devons avoir suffisamment confiance dans cette procédure, y compris et surtout dans cet hémicycle. Le régime d'exception ne se justifie plus ; le racisme ou la xénophobie, par exemple, ne relèvent déjà plus de l'application de l'article 150 de la Constitution. Pourquoi, dans ce cas, ne pas faire une exception aussi pour le négationnisme ou la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide de la Deuxième Guerre mondiale ? Et l'on pourrait ainsi envisager toute une série d'autres exceptions.

Il a déjà été dit ici que le renvoi d'une affaire devant les assises a notamment pour effet pervers d'offrir, de par la nature de la procédure, une visibilité particulière à l'opinion incriminée et à son auteur. Mais selon moi, la meilleure protection de la liberté du journalisme est la liberté du journalisme elle-même. De la même manière que les avocats réagissent avec virulence lorsqu'un confrère est poursuivi pour telle ou telle action, les journalistes réagiront vivement, eux aussi, lorsqu'un de leurs collègues sera menacé dans l'exercice de sa profession et dans son droit de donner son opinion. Pensons par exemple à l'épisode bien connu des *Pentagon Papers*, qui a fait beaucoup de bruit aux États-Unis peu de temps avant le scandale du *Watergate*. Le *New York Times* et le *Washington Post* voulaient, à l'époque, publier une série d'articles sur l'agenda caché du gouvernement américain concernant la guerre du Vietnam. L'administration avait alors tenté d'interdire, par voie judiciaire, la publication de ces articles. Ce n'était rien d'autre que de la censure. En réaction à cette censure imposée au *New York Times* et au *Washington Post*, tous les journaux américains se sont mis à publier des articles sur cette question. Une des citations les plus marquantes de l'époque à ce sujet est celle-ci : *"the best guarantee against censorship of publication is to publish"*. Ayons donc davantage confiance dans la force du journalisme et dans le fonctionnement des tribunaux de ce pays.

La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) offre évidemment aussi des garanties sur ce plan. La liberté d'expression est une des fonctions essentielles d'une société démocratique. La restriction de cette liberté ne peut jamais être une évidence et doit respecter certaines conditions.

Concernant les défauts que présente la procédure d'assises, nous constatons que les infractions elles-mêmes sont assorties d'un délai de prescription très court. La procédure d'assises requiert aujourd'hui, dans tous les dossiers, la convocation de témoins de moralité. Ceux-ci doivent être entendus au préalable. La procédure est orale, mais une trace écrite doit être conservée, ce qui n'est jamais possible dans un bref délai. À quel sujet ces témoins de moralité seront-ils entendus ?

Quid de la convocation d'experts ? Qui va assumer ce rôle ? Comment va-t-on informer le jury ? Va-t-on proclamer expert un membre du « *Raad voor de Journalistiek* » ou du Conseil de déontologie journalistique ? Des professeurs seront-ils invités à présenter leur vision de concepts tels que le journalisme ou la presse ?

À mon avis, tout cela soulève de nombreuses objections pratiques. Je ne vois pas la valeur ajoutée d'un procès d'assises dans ce contexte.

Au niveau international, notre pays est fort critiqué pour son système basé sur la combinaison des articles 25 et 150 de la Constitution. Nous entendons souvent dire que les journalistes doivent être protégés, que nous ne pouvons pas les abandonner au jugement d'un tribunal et que le peuple doit aussi avoir son mot à dire. Je pense qu'un des orateurs suivants exposera également ce point de vue, et je voudrais d'ores et déjà un peu assurer la défense de la magistrature. D'où vient la crainte en la matière ? Les journalistes ne seraient-ils plus libres de critiquer un tribunal ? En tant qu'avocats, nous ne faisons pratiquement rien d'autre que cela. Interjeter appel d'un jugement du tribunal de première instance revient, ni plus ni moins, à critiquer le travail du juge en question. Nous faisons cela constamment. Cela signifie-t-il pour autant que lorsque je dois à nouveau défendre un client devant ce juge pour une autre affaire, après avoir interjeté appel d'un de ses jugements antérieurs, je ne pourrais plus espérer qu'il se montre ouvert, juste et fidèle à son éthique professionnelle ? Penser cela serait témoigner d'un manque de confiance dans les mécanismes de contrôle de la magistrature, où les parquets

jouent aussi un certain rôle. Il ne faut pas perdre de vue la fonction de filtre que remplit le magistrat du parquet.

Je terminerai mon exposé par une vue générale de la question.

*“The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”*

Nous ne pouvons pas considérer la Constitution et le fonctionnement de la justice comme un axiome mathématique. Le fait qu’on ait opté en 1830 pour une certaine systématique dans la Constitution ne signifie pas que nous ne puissions pas la reconsidérer aujourd’hui dans un esprit d’ouverture et conclure qu’elle n’est plus d’actualité. Nous vivons à l’époque des temps agités. Les juges étaient alors des barons et des chevaliers. Aujourd’hui, ce sont des professionnels qui cherchent à bien faire leur métier. Nous pouvons avoir confiance.

Cela ne veut pas dire qu’on ne puisse pas prévoir des mécanismes correcteurs pour les aspects spécifiques des délits de presse. Comme je l’ai dit, il est parfois difficile de comprendre comment la Cour de cassation déploie des trésors d’ingéniosité pour éluder et mettre hors-jeu une règle de la Constitution, afin de faire en sorte qu’un maximum d’infractions relèvent des poursuites pénales ordinaires et ne soient pas traitées comme un délit de presse. Pour moi, c’est la Constitution qui fixe les règles du jeu. Celles-ci ne sont pas là pour être interprétées, mais bien pour être appliquées.

Je plaide pour la suppression de la protection procédurale prévue par l’article 150. On peut certes instaurer une série de garanties procédurales, comme celle qui existe par exemple en matière de détention préventive. La détention préventive n’est pas possible pour les délits de presse. C’est une bonne règle. La citation directe ne doit pas être possible non plus. Il faut respecter et reconnaître la fonction de filtre et la responsabilité du ministère public. Il ne saurait être question de permettre à tout un chacun de s’adresser directement au juge correctionnel pour dénoncer l’expression d’une opinion donnée. Cette prérogative revient au ministère public et est à rapprocher du principe du privilège de juridiction. Lorsqu’on protège l’indépendance de la magistrature à l’aide du privilège de juridiction, on peut aussi protéger la liberté d’expression à l’aide d’un système

analogue prévoyant que le tribunal ne peut être saisi que sur réquisition du ministère public.

Une des réflexions critiques formulées par les journalistes est que, si un juge est critiqué dans un article de presse, l'affaire ne peut pas être traitée par ce juge-là. Cela ne sera évidemment pas le cas. Un mécanisme de protection est déjà prévu à cet égard, à savoir la suspicion légitime, en vertu de laquelle un juge concerné trop personnellement par un dossier doit se retirer de l'examen de la cause. Par analogie avec la poursuite de magistrats, on pourrait encore aller plus loin et procéder à un déplacement de juridiction. Lorsqu'un article de presse critique la justice bruxelloise, l'affaire serait dans ce cas portée devant un tribunal de Gand ou d'Anvers. D'une manière plus générale, on pourrait également opter, par analogie avec ce qui existe pour les ordres professionnels des avocats, pour un système de protection du secret professionnel. Les bâtonniers sont les gardiens du secret professionnel des avocats et ont le droit d'intervenir dans des affaires pénales à chaque fois que le secret professionnel est mis à mal. Indépendamment du rôle individuel de l'avocat, les bâtonniers ont le devoir de veiller au respect de ce secret. Il devrait aussi être possible de demander l'avis ou de permettre l'intervention de l'organisation professionnelle des journalistes devant les tribunaux correctionnels à propos de poursuites dont un journaliste fait l'objet, à charge pour cette organisation professionnelle de rechercher l'équilibre entre la liberté d'expression et les cas d'abus. La décision finale reviendrait évidemment au tribunal. Il est cependant possible de donner un avis au tribunal sur la base des règles déontologiques internes et autres règles professionnelles.

Je conclus. Ces deux articles de la Constitution ont déjà fait couler beaucoup d'encre. C'est un débat très délicat.

*"To protect is to respect. To respect is to enforce."*

La grande perdante du maintien de l'immunité pénale de fait qui existe aujourd'hui, c'est la liberté d'expression elle-même. Cette liberté d'expression est un bien juridique essentiel qu'il convient, à ce titre, de protéger contre les abus.

**Mme Martine Simonis**, secrétaire nationale de l'Association générale des Journalistes professionnels de Belgique et secrétaire générale de l'Association des Journalistes professionnels. – À la suite de l'orateur

précédent, je vais parler de ces vastes sujets que sont la poursuite et le jugement des délits de presse.

Quant à la poursuite des délits de presse, le législateur a prévu des dispositions spécifiques. Bien qu'importantes, ces dispositions sont mal connues, puisque les poursuites en la matière sont rares. *Primo*, si un juge peut décerner un mandat de comparution ou d'amener, la détention préventive est impossible – et ce depuis 1831. De même, aucune mesure d'internement ne peut être prononcée. *Secundo*, la loi du 7 avril 2005 sur le secret des sources interdit toute mesure d'information et d'instruction relative aux sources, à l'exception de celles qui pourraient prévenir la commission d'infractions portant atteinte à l'intégrité physique. *Tertio*, lorsqu'il s'agit d'atteinte à l'honneur et à la réputation – notions subjectives... – de particuliers, seule une plainte peut déclencher l'action publique ; le ministère public ne peut en prendre l'initiative d'office.

Quant au jugement des délits de presse, rappelons la compétence de la cour d'assises prévue par l'article 150 de la Constitution. Cette disposition peut sembler désuète, mais nous pensons que confier au citoyen et non au juge professionnel le soin de déterminer ce qui constitue un délit dans le domaine de la liberté d'expression est une option éminemment contemporaine.

*A contrario*, en France, les délits de presse sont correctionnalisés. Si la France est certes une démocratie, les unions professionnelles et les syndicats de journalistes ne la considèrent pas comme un modèle sur le plan de la liberté de la presse. En effet, les poursuites contre les journalistes et les médias y sont nombreuses et se multiplient de manière inquiétante. Ces poursuites peuvent être facilement engagées par des (anciens) responsables politiques ainsi que par des entreprises et des lobbys en tout genre qui lancent des « procédures-bâillons » (en anglais, SLAPP, *Strategic Litigations Against Public Participation*).

En Belgique, ces procédures ne sont pas intentées au pénal, puisque la politique du parquet est de ne plus réunir la cour d'assises pour les délits de presse. Néanmoins, les procédures-bâillons se multiplient au civil. Le cas d'*Apache* a déjà été évoqué ; citons, côté francophone, le journaliste indépendant David Leloup. Prônée par d'aucuns, une éventuelle correctionnalisation des délits de presse favoriserait les SLAPP au détriment du journalisme d'enquête. Les procédures-bâillons n'ont pas besoin de cette arme supplémentaire contre les journalistes ; aujourd'hui déjà, certains

d'entre eux n'osent plus couvrir des pans entiers de notre société : a-t-on vu beaucoup d'enquêtes journalistiques sur les maffias ou sur l'extrême-droite ? Il y en a eu sur les fraudes financières, mais elles étaient internationales. Des journalistes qui avaient dénoncé des systèmes de prédation organisée dans certaines intercommunales wallonnes ont fini par se retirer des enquêtes à cause de procédures lancées à leur encontre.

La compétence du jury est actuellement un rempart contre ces procédures-bâillons. Notre union professionnelle n'a pas d'objection à ce que les journalistes répondent de leurs éventuels délits devant un jury et de leur possible responsabilité civile devant les juridictions, mais ne veut pas voir leur responsabilité pénale engagée sur citation directe devant le tribunal correctionnel. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme attire régulièrement l'attention des États sur l'effet dissuasif (*chilling effect*) que représente la simple possibilité d'actions pénales contre des journalistes.

Venons-en à la publicité des audiences, protégée par l'article 148 de la Constitution, selon lequel « en matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité ».

Je voudrais ici faire une incise sur l'importance de la transparence de l'information judiciaire, régulièrement mise à mal. Souvent, les décisions judiciaires sont anonymisées lorsqu'elles sont transmises aux journalistes. Or la transparence de Justice – qui est jugé et pourquoi ? qui n'est pas jugé et pourquoi ? – est fondamentale pour notre société, qui doit savoir ce qui se passe dans les tribunaux.

Évoquons à présent les limites du régime actuel, que beaucoup estiment perfectible voire obsolète. La compétence de la cour d'assises, avec sa lourde procédure, conduit-elle à l'impunité pénale de fait ? Et si on la réunissait, la cour ne serait-elle pas indulgente ? Ne donnerait-elle pas une publicité excessive au délit de presse ? Au demeurant, la cour d'assises en général doit-elle être maintenue ? En 1999, les délits de presse à caractère raciste ou xénophobe ont été correctionnalisés. Depuis lors, l'expression du racisme a-t-elle disparu ? Cette correctionnalisation a-t-elle apporté un quelconque remède à l'expression du racisme qui gangrène notre société ? À mes yeux, les questions de liberté d'expression, même pour les discours de haine, ne sont pas solubles dans des règles de compétence judiciaire.

D'autres critiques portent sur le concept même de délit de presse ; à cet égard, la jurisprudence évolue. Sur les réseaux sociaux, les expressions haineuses, sexistes, homophobes prolifèrent. Le harcèlement y fait de nombreuses victimes, poussant même des adolescents au suicide ; nombre de journalistes, en majorité des femmes, quittent les réseaux sociaux face aux insultes que ceux-ci véhiculent à leur égard.

En 2012, la jurisprudence de la Cour de cassation a étendu le délit de presse à internet. Or internet, c'est un peu comme une décharge publique : quelques perles, beaucoup de déchets ... et souvent très peu d'opinions. Or ce que le constituant de 1830 voulait préserver – et nous devons continuer à le faire aujourd'hui –, c'est l'expression d'opinions. La Cour de cassation le rappelle : pour qu'il y ait délit de presse, il faut qu'une pensée ou une opinion, quelle qu'elle soit, soit manifestée. Toujours selon la Cour, il n'est pas nécessaire que l'opinion en question présente une certaine pertinence ou importance sociale. Nous devrions nous demander ce qu'on souhaite protéger. En 1830, on ne voulait pas protéger l'insulte, l'injure basse, les gros mots ou la bêtise crasse. Qu'en est-il à l'ère numérique ? À Liège, des juges – en première instance puis en appel – ont renversé la jurisprudence de la Cour de cassation, considérant que les insultes sur les réseaux sociaux ne sont pas des délits de presse et relèvent donc du tribunal correctionnel. Peut-être l'affaire ira-t-elle jusqu'en cassation, et nous verrons ce que la Cour décidera.

En tant qu'union professionnelle, nous souhaitons faire la part des choses entre les opinions, à protéger, et les insultes, à réprimer.

Réformer le droit constitutionnel de la liberté d'expression s'impose, d'abord parce que les médias ont évolué : à la presse écrite (*drukpers*) se sont ajoutés internet, images, sons, etc. L'hybridation est totale et la démarcation entre l'écrit et l'audiovisuel n'a plus de sens aujourd'hui. Par ailleurs, comme on l'a déjà rappelé, en 2011, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la Belgique, estimant discriminatoire la distinction entre presse imprimée et audiovisuelle. Ainsi, tant pour la cohérence du cadre légal que par respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il importe d'étendre les garanties constitutionnelles à l'ensemble des médias.

Une autre voie serait la dépenalisation, appliquée dans différents pays. En effet, la réponse pénale est rarement pertinente, efficace ou nécessaire. Bien que ce fût possible, on n'a guère poursuivi les délits de presse

audiovisuelle devant les tribunaux correctionnels. De même, la correctionnalisation des délits d'expressions racistes ou xénophobes n'a nullement permis de les éradiquer. Dépénaliser, c'est-à-dire limiter au contentieux civil les questions de liberté d'expression, est sans doute la solution la plus adéquate pour lutter contre les éventuels abus.

Je suggère aussi de donner aux citoyens des outils plus pratiques, comme le droit de réponse. Il est rapide, souvent adéquat et amiable : la plupart des réponses sont publiées sans recours aux tribunaux. L'an dernier, tous les experts invités à des auditions au Sénat s'accordaient à dire qu'il faut réformer le droit de réponse, dont le cadre légal n'a plus été modifié depuis 1971 : les régimes des presses écrite et audiovisuelle divergent, alors que sur internet, ce droit n'est pas organisé.

Pol Deltour a déjà parlé de l'autorégulation de la profession. Organisés à l'échelon des Communautés, le Conseil de déontologie journalistique et le *Raad voor de Journalistiek* apportent des réponses, rapides et peu coûteuses, aux plaintes relatives au traitement journalistique de personnes et/ou de dossiers.

Citons enfin, comme autres actions utiles, le soutien au journalisme de qualité et d'investigation, évoqué par Dirk Voorhoof, et l'éducation aux médias. Tout cela me semble bien plus utile que de poursuivre pénalement des journalistes.

## 6. Conclusions

**M. Jan Velaers**, professeur ordinaire à l'*Universiteit Antwerpen*. – Après les excellents exposés des six orateurs ce matin, il me revient de tirer à présent les conclusions. Conclure est un grand mot ; je me contenterai de faire un état des lieux des questions auxquelles le Sénat devra répondre s'il souhaite un jour dépoussiérer le régime constitutionnel de la liberté de la presse. Personnellement, je ne prendrai pas position. J'espère simplement pouvoir baliser un tant soit peu le débat politique qui va suivre.

Deux questions préalables se posent. La première est la suivante : est-il encore nécessaire à notre époque de prévoir des garanties spécifiques pour la liberté de la presse, en plus de celles qui existent déjà en matière de liberté d'expression ? Les traités généraux en matière de droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme, les Pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques, la Charte des

droits fondamentaux de l'Union européenne, ne contiennent pas ou guère de dispositions spécifiques sur la liberté de la presse. La presse y est soumise au régime de la liberté d'expression en général. En Belgique, des garanties supplémentaires ont été instaurées, à savoir l'interdiction de la censure et des mesures préventives en général, la responsabilité en cascade, la compétence de la cour d'assises. On peut les remettre en question, mais ce que l'on ne peut remettre en cause, c'est le fait qu'elles soient encore en tout état de cause des garanties. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, on ne plaiderait pas non plus pour les abolir. Ce sont des garanties supplémentaires pour la presse, avec peut-être, il est vrai, certains effets secondaires pervers, comme la dépénalisation de fait, mais ce sont bel et bien des garanties. Elles n'ont pas d'équivalent dans le monde. On peut dire que, grâce à elles, la liberté de la presse dans notre pays est sans doute, d'un point de vue purement constitutionnel, la mieux protégée du monde. Autrement dit, si nous devions nous aligner sur les traités généraux en matière de droits de l'homme, nous aurions le sentiment que la liberté de la presse dans notre pays est surprotégée et que nous devrions peut-être rechercher un meilleur équilibre entre, d'une part, la protection de la liberté de la presse et, d'autre part, la protection de la vie privée, de l'honneur et de la réputation ainsi que d'autres biens juridiques dignes d'intérêt, qui sont parfois aussi des droits fondamentaux. C'est une question à laquelle nous ne pourrions pas échapper.

On a légitimement fait remarquer que la liberté de la presse et la liberté d'expression sont des concepts qui n'ont plus de secrets pour les orateurs que nous avons entendus aujourd'hui. Je ne prétendrai pas que cela influence notre jugement, mais il est clair que cela l'oriente quand même dans une large mesure. Aussi serait-il judicieux d'entendre aussi des personnes parfaitement familiarisées avec des matières comme le respect de la vie privée, de l'honneur et de la réputation et qui connaissent bien les conséquences désastreuses que les abus en matière de liberté de la presse peuvent avoir dans ce domaine. Il y a parmi nous des juges des référés qui rendent des jugements en référé dans des affaires de presse et qui sont confrontés à des situations très concrètes. Pour mener un débat à part entière sur la question, il faut avoir une vision équilibrée des choses. J'ai toujours fermement défendu la liberté de la presse, mais je ne prendrai pas position sur le sujet aujourd'hui.

Il y a un deuxième aspect essentiel : si nous voulons maintenir un régime spécifique pour la liberté de la presse, nous devons évidemment pouvoir prendre appui sur un concept adapté en matière de « presse » et

abandonner l'interprétation funeste du concept de « presse et délit de presse » que l'on doit à la Cour de cassation. La Cour de cassation indique que le concept de presse s'entend au sens de la production de textes et qu'il ne concerne pas les photographies, les dessins, les caricatures, les images télévisées ou les vidéos sur Youtube. Il en résulte que la presse écrite traditionnelle bénéficie des garanties, contrairement à ce qui est le cas pour la radio et la télévision, à moins que celles-ci ne se mettent à diffuser des textes sur écran, ou sur Internet, pour autant que celui-ci produise des textes en interne.

Il n'est sans doute pas inutile de rappeler d'où vient cette jurisprudence de la Cour de cassation. La Cour voulait faire en sorte que la prise de photographies pornographiques puisse faire l'objet de poursuites devant le tribunal correctionnel. Cela correspondait à l'esprit du temps. Mais, au lieu d'affirmer que la liberté de la presse suppose toujours une expression d'opinion, au sens très large du terme - par la diffusion d'une opinion ou d'une information - et qu'avec la meilleure volonté du monde, on ne peut trouver aucune opinion dans des photographies pornographiques, la Cour a opté pour le raisonnement selon lequel la liberté de la presse suppose la production de textes. C'est par là évidemment que pêche tout notre système. On pourrait penser, mais peut-être est-ce un espoir vain, qu'aucune révision constitutionnelle n'est nécessaire en ce qui concerne les nouveaux médias. Il suffit pour cela que les juges de la Cour de cassation abordent ce problème d'une autre manière et cessent de se cramponner à l'idée de textes. Il faut en tout cas abandonner la distinction entre les différents types de supports d'opinion ou d'information - textes, photographies, images télévisées, etc. Une autre question est de savoir si nous devons protéger les différents canaux et médias - la presse traditionnelle, la presse audiovisuelle, la presse numérique - de la même manière. Ils relèvent tous évidemment de la liberté de la presse, en vertu du principe général, mais ont-ils tous droit à ces garanties supplémentaires qui sont contenues dans la Constitution ? C'est une autre question.

Pour y répondre, nous devons examiner chacune de ces trois garanties. La première est l'interdiction des mesures préventives et l'interdiction de la censure. Il est peut-être utile de rappeler que l'interdiction de la censure est en fait l'application d'une interdiction générale des mesures préventives, qui figure déjà dans l'article 19 de la Constitution pour ce qui concerne la liberté d'expression en général. Cela n'est donc pas spécifique à la presse. La Cour de cassation appliquera aussi l'interdiction à la radio et à la télévision, par le biais de l'article 19. L'interdiction de

mesures préventives et l'interdiction de la censure ne sont pas remises en cause dans notre pays. La question qui demeure, en revanche, est de savoir ce que recouvre exactement cette interdiction. Est-ce à dire qu'il est impossible pour un juge des référés d'interdire une publication ou une émission, même si celle-ci porte un préjudice grave et parfois irréparable à l'honneur, à la réputation et à la vie privée de citoyens ?

Ne faut-il pas plutôt prévenir, s'il n'est pas toujours possible de guérir ?

C'est un sujet qui divise notre jurisprudence et notre doctrine juridique depuis plus de cinquante ans. Nos juridictions suprêmes, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle, ont rendu des arrêts contradictoires, ce qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à condamner la Belgique dans l'arrêt *RTBF* de 2011 parce qu'il n'existe pas de cadre légal pour les mesures en référé. Selon la Cour, si l'on veut prendre ces mesures, il faut disposer d'un cadre juridique « fixant des règles précises et spécifiques pour l'application de restrictions préventives à la liberté d'expression ». Nous constatons aujourd'hui que la majorité des juges des référés, mais pas tous hélas, l'ont compris. Le professeur Voorhoof me disait il y a encore un instant qu'il y a quelque temps, l'État belge lui-même avait demandé en référé une interdiction de diffusion. La question se pose donc de savoir si le constituant ou le législateur lui-même ne devrait pas se saisir de la question et jouer franc jeu, soit en maintenant expressément l'interdiction des mesures préventives y compris en référé, soit en créant un cadre dans lequel le juge des référés peut agir. Je suis de ceux qui disent que cela n'est pas possible actuellement au vu de la déclaration de révision. La déclaration de révision précise bel et bien qu'un alinéa nouveau peut être ajouté « permettant d'étendre les garanties de la presse aux autres moyens d'information ». Normalement, le constituant n'est pas lié par ce que dit le préconstituant, sauf lorsqu'il s'agit de nouvelles dispositions. La question se pose maintenant de savoir si la déclaration précitée concerne l'extension de la disposition existante ou une nouvelle disposition. Tels sont les débats singuliers et surréalistes auxquels des constitutionnalistes se livrent. Le préconstituant parle explicitement d'un nouvel alinéa qui peut être ajouté. Cela signifie, selon moi, que la révision doit donc se limiter à cela. La question fondamentale qui demeurera si l'on s'en saisit un jour – ce que je souhaite pour le constituant car il lui revient quand même de régler les questions majeures que pose notre système – sera de savoir si nous continuons à nous appuyer aussi sur un régime de liberté en responsabilité pour les « autres moyens d'information » : d'abord la liberté et ensuite seulement

la responsabilité ; en d'autres termes, il s'agit de savoir si nous sommes effectivement toujours prêts, même à l'époque d'Internet, à vivre avec les risques que la liberté implique, plutôt qu'avec les risques d'un contrôle préalable, fût-ce par un juge des référés.

La deuxième garantie est la responsabilité en cascade. Messieurs Voorhoof et Strowel en ont très bien expliqué la portée. Nous avons entendu les doutes du professeur Voorhoof. D'une part, on peut dire que l'objectif poursuivi par la Constitution de 1831, à savoir éviter la censure privée, est toujours actuel, et que la règle de la responsabilité en cascade reste utile aujourd'hui, comme élément de l'autonomie rédactionnelle des journalistes. Elle incite les éditeurs et les distributeurs à ne pas s'immiscer dans le travail du journaliste. Comme la jurisprudence l'a bien précisé, le message est aussi que s'ils s'en mêlent quand même, ils prennent leur part de responsabilité.

Un autre problème se pose si l'article 25 de la Constitution est conservé : les salariés journalistes sont traités différemment des autres salariés. En effet, ceux-ci ne sont responsables qu'en cas de dol, de faute lourde ou de faute légère mais présentant un caractère habituel. Certes, il ne s'agit pas d'une discrimination selon la Cour constitutionnelle, car c'est une option prise par le constituant. On peut néanmoins se demander si les journalistes de 1831 sont comparables aux journalistes d'aujourd'hui, qui doivent de toute manière tenir compte de la ligne suivie par leur rédaction et des facilités qui leur sont octroyées, et par conséquent s'il ne faudrait pas traiter les journalistes comme les autres salariés.

D'autres questions surgiraient si nous voulions étendre la règle de la responsabilité en cascade aux médias audiovisuels et numériques (les plateformes internet). Lors de son exposé, Monsieur Strowel a pris clairement position en la matière : ces garanties pourraient être transposées à la presse audiovisuelle, mais pas aux autres médias qui constituent la presse numérique, car on n'y trouve pas d'équivalents aux auteurs, aux éditeurs, aux imprimeurs et aux distributeurs ; les structures sont beaucoup plus complexes. En outre, les garanties susdites ne peuvent vraisemblablement pas être étendues, car cela pourrait être contraire à des règles de droit supérieures : le droit de l'Union européenne voit d'un mauvais œil le statut de Ponce Pilate que la Constitution accorde aux exploitants de réseaux numériques en leur demandant d'exercer un contrôle. Cependant, ce droit continue à évoluer.

J'ai bien compris l'observation finale du professeur Voorhoof : une responsabilité accrue des exploitants de réseaux numériques implique davantage de contrôles, ce qui nous ramène à la censure privée. C'est le revers de la médaille. Est-ce cela que nous souhaitons ? Ce débat ne sera pas tranché au niveau de la Belgique. Nous devons nous inscrire dans les structures fixées à un autre niveau.

Il y a enfin la compétence de la cour d'assises, qui revient *de facto* à une immunité pénale. Il est intéressant de constater que nous avons entendu différents sons de cloche à ce sujet. Selon M<sup>e</sup> Bauwens, l'article 150 de la Constitution est obsolète et la compétence de la cour d'assises dépassée. En 1831, on a rendu la cour d'assises compétente parce qu'on se méfiait des juges professionnels de l'époque de Guillaume Ier. Les rédacteurs de la Constitution, à l'instar des journalistes et des avocats, en savaient quelque chose : on a compté cinquante procès en quinze années (1815-1830). En 2019, cette méfiance n'a plus lieu d'être. Au demeurant, la procédure des assises présente de nombreux inconvénients : elle est coûteuse, compliquée et chronophage et ne permet pas d'aller en appel. La question fondamentale est celle-ci : un jury composé de douze individus tirés au sort est-il capable de mettre en balance avec la subtilité requise, d'une part, la liberté de la presse, d'autre part, d'autres valeurs juridiques dignes de protection comme la vie privée et la réputation ? *Last but not least*, c'est en 1993 qu'on a poursuivi pour la dernière fois un délit de presse devant les assises et l'avant-dernier exemple remonte à 1941. On en déduit que personne n'est partisan de cette procédure et si d'aucuns la défendent, c'est en sachant bien qu'elle n'est pas appliquée. C'est non seulement paradoxal, mais aussi pervers pour un État de droit.

Le deuxième point de vue en la matière renverse le raisonnement. Si la procédure n'est pas appliquée et qu'on peut parler de dépenalisation de fait, c'est la meilleure preuve que notre société peut se passer de poursuites pénales à l'encontre de la presse. Le droit pénal est un dernier recours, dont il ne faut user qu'en cas de nécessité. Notre pays démontre à la planète entière qu'une société démocratique est possible sans poursuites pénales à l'encontre de la presse. Notre presse est-elle plus effrontée que celle des autres pays ? Je ne le pense pas. En comparant notre presse à celle de la Grande-Bretagne, où existe la responsabilité pénale, on saisira clairement l'enjeu. Une évolution est en cours : au 21<sup>e</sup> siècle, on défendait son honneur et sa réputation en duel, jusqu'à son interdiction en 1841. En cas de calomnie et de diffamation, on a fait intervenir le droit pénal. Nous nous trouvons dans une phase suivante où la réaction des

victimes de délits de presse se situe dans la sphère privée. Elles intentent une action en dommages-intérêts.

À ces deux points de vue opposés s'en ajoute un troisième : le principe de la compétence de la cour d'assises est un bon principe car il protège la liberté de la presse, mais il faut des exceptions car la non-poursuite de certains délits n'est plus acceptable d'un point de vue sociétal. Le constituant l'avait bien compris en 1999 puisqu'il a décidé de correctionnaliser les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie. Aujourd'hui, on réclame de nouvelles exceptions, y compris dans les milieux journalistiques, comme le propose d'ailleurs Monsieur Deltour. On pense qu'il faut maintenir la compétence de la cour d'assises mais pas pour tout. Cela s'explique essentiellement par les arrêts de la Cour de cassation de 2012 et 2013, qui considèrent qu'Internet est aussi une forme de presse écrite, avec pour conséquence que tous les textes qui sont disponibles ou diffusés par le biais des canaux Internet accessibles au grand public sont également couverts par l'immunité pénale de fait. C'est un point de vue qui ne fait pas l'unanimité, loin de là. S'il est un formidable canal d'information dans une démocratie, Internet peut être aussi un déversoir pour les discours haineux et les fausses nouvelles, les propos calomnieux ou diffamatoires et les injures graves ainsi qu'un instrument de manipulation, etc.

Si nous adoptons une position intermédiaire, nous devons déterminer où nous fixons la limite. Qu'est-ce qui relève encore de la cour d'assises et qu'est-ce qui n'en relève plus ?

Il y a plusieurs options possibles. Une première option prévoit que la cour d'assises est compétente pour la presse traditionnelle et la presse audiovisuelle, mais pas pour Internet. C'est un point de vue difficile à défendre. Internet est le canal le plus efficace pour la diffusion d'opinions et d'informations et, d'un point de vue démocratique, il est difficilement justifiable d'accorder à ce média, accessible à tout le monde, une protection moindre que celle des autres médias qui ne présentent pas une accessibilité aussi grande.

Une deuxième option, mais que personne n'a défendue ici, prévoit que la cour d'assises demeure compétente exclusivement pour les acteurs professionnels, tels que les journalistes professionnels, les écrivains et les scientifiques, mais pas pour les vlogueurs, les blogueurs et les twitteurs occasionnels. Cette option aussi est difficilement défendable d'un point

de vue démocratique. Tant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt sur le secret des sources, ont souligné que la liberté de la presse est un droit qui appartient à tous.

Une autre option est de faire en sorte que certaines formes d'expression d'opinions et des contenus bien déterminés relèvent spécifiquement de la cour d'assises. Plusieurs idées intéressantes sont à l'étude. Monsieur Deltour propose de prévoir un régime de protection uniquement pour l'expression d'opinions à caractère journalistique, que l'on définirait alors comme étant des comptes rendus d'actualité commentés et motivés à l'intention d'un large public au moyen d'un canal d'information ouvert et accessible, à l'exclusion de l'expression d'opinions personnelles qui ne servent que des intérêts privés. Une approche analogue est proposée par M<sup>e</sup> Englebert : il s'agit d'appliquer ce régime de protection supplémentaire à la parole publique et à la liberté d'expression sur des matières d'intérêt public, mais pas à la parole privée, où seuls des intérêts privés sont en jeu. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme considère déjà elle aussi que la parole publique doit être davantage protégée que la parole privée lorsqu'elle est mise en balance avec d'autres intérêts. Cela soulève quand même de nombreuses interrogations. Les deux auteurs citent le même cas concret, lequel a fait l'objet d'une procédure devant la cour d'appel de Liège. Si un vlogueur sur Internet attaque un responsable politique et l'insulte lourdement parce qu'il estime que l'intéressé lui a refusé à tort un permis de bâtir, considérera-t-on que ce vlogueur doit être poursuivi non pas devant la cour d'assises, mais devant le tribunal correctionnel parce qu'il s'est exprimé à titre privé pour défendre exclusivement son intérêt personnel, ou fera-t-on plutôt valoir que la dénonciation de l'arbitraire administratif est par excellence l'expression d'une opinion sur une matière d'intérêt public et qu'il revient à la cour d'assises de trancher ? Tout est donc loin d'être blanc ou noir ; on se situe plutôt dans une énorme zone grise.

Le professeur Voorhoof a proposé en des termes clairs et précis que, dans le prolongement de la révision de la Constitution de 1999, on dépenalise encore d'autres délits et ce, pour tous les canaux de diffusion et toutes les expressions d'opinions, comme l'incitation à la haine, à la violence et à la discrimination, tout en gardant à l'esprit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui précise que l'on ne peut être poursuivi pour incitation à la haine, à la violence et à la discrimination que s'il existe un dol spécial manifeste dans le chef de l'auteur.

Je conclus. Ma seule ambition était de soumettre à votre réflexion quelques-unes des questions que m'ont inspirées les exposés particulièrement denses des différents intervenants. Je me suis abstenu de prendre position en l'espèce, mais j'aimerais quand même dire ceci en conclusion : dans un État, la qualité du système démocratique se mesure directement à l'aune de la liberté qu'il laisse à la presse pour jouer son rôle de gardienne de la démocratie. Pendant longtemps, on a considéré qu'il fallait « surprotéger » la presse de peur qu'elle ne soit insuffisamment protégée. Si l'on veut qu'elle puisse jouer son rôle dans une démocratie, il vaut mieux la protéger trop que pas assez. La question qui nous est posée est de savoir si cette conception est toujours valable aujourd'hui à l'ère d'Internet ? J'attends avec impatience le débat politique.

## **7. Débat avec des membres des groupes politiques du Sénat**

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Les différents orateurs que nous venons d'entendre ont donné des sons de cloche différents sur l'interprétation qu'il y aurait lieu de faire des articles 25 et 150 de la Constitution et sur les modifications qui pourraient y être apportées. Je propose donc de soumettre aux sénateurs les questions qu'ils ont soulevées.

Pour ma part et en préambule, je constate qu'en 1995, le Sénat avait consacré deux jours au même thème qui, aujourd'hui, ne nous rassemble plus que pendant une matinée alors que, vu les problèmes nouveaux qui se posent, l'avenir de la liberté d'expression nécessiterait bien un « grand colloque » de plusieurs jours.

Les sénateurs ont aujourd'hui la possibilité de modifier les articles 25 et 150 de la Constitution. Commençons par l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, qui dispose que la presse est libre et que la censure ne pourra jamais être établie. La Cour de cassation considère que seule la presse écrite est concernée. Faut-il donc étendre cette disposition à l'ensemble de la presse – presse écrite, presse audiovisuelle, presse sur internet ? Faut-il l'étendre à tous les médias ? Faut-il plutôt se contenter de rappeler que l'expression – quelle que soit la forme qu'elle adopte – est libre, comme le fait déjà l'article 19 de la Constitution ?

**Mme Katia Segers (sp.a).** – Je pense, moi aussi, que ce sujet mérite bien plus qu'une demi-journée de discussion, mais rien ne nous empêche de faire en sorte que le Sénat, tant qu'il existe, trouve sa place et son sens dans les années à venir. L'initiative de ce jour me semble en tout cas particulièrement utile.

Même si la liberté d'expression et la liberté de la presse sont très bien respectées en Belgique – comme l'a dit le professeur Voorhoof, notre pays figure dans le top 10 dans ce domaine –, il est plus que jamais nécessaire de garantir la liberté d'expression, tout en mettant un frein aux dérives de l'internet et aux discours de haine, qui prennent toujours plus d'ampleur. Cela suscite évidemment des inquiétudes – parfaitement légitimes – face aux risques de censure. Le paysage médiatique devient de plus en plus complexe. Je ne suis pas juriste. Je parle au nom du sp.a, mais mon parti n'a pas encore de position officielle à ce sujet. Je ne prendrai donc aucun engagement. J'ai, par contre, mon opinion personnelle en tant que diplômée en communication.

Nous pouvons constater que, dans certains pays européens, la pression politique exercée sur les journalistes est de plus en plus forte. Il suffit de penser à la Pologne, mais c'est aussi le cas dans d'autres pays, et pas seulement en Europe de l'Est. Des journalistes sont parfois même menacés. À l'heure actuelle, les « infox » se répandent de plus en plus. Certaines formes d'« infox », comme les vidéos truquées, sont très difficiles à détecter. Elles sont non seulement « fabriquées » mais aussi diffusées massivement à l'aide de l'intelligence artificielle. Le Sénat consacrera d'ailleurs son prochain rapport d'information à la lutte contre les « infox ». Il peut aussi se révéler utile dans ce domaine.

En Belgique aussi, des journalistes subissent des pressions. Je pense notamment au cas, déjà évoqué précédemment, d'*Apache* et du *Land Invest Group*. Dans ce contexte, une résolution a été élaborée au Parlement flamand sur la nécessité de soutenir le journalisme indépendant. Un passage de cette résolution concerne le phénomène de SLAPP (*Strategic lawsuit against public participation*, ou « poursuite-baïllon »). En tant que membre du Parlement flamand, je regrette que Monsieur Dalle, le nouveau ministre flamand des médias, ait supprimé le *Vlaams Journalistiek Fonds* car nous avons plus que jamais besoin d'un journalisme de qualité.

Le contenu en ligne prend de plus en plus d'importance. Aujourd'hui, tout le monde est journaliste. Les médias sociaux deviennent la principale source d'informations, en particulier pour les jeunes. Ils se disent,

par exemple, que l'information leur parviendra tôt ou tard et que, si elle est importante, elle apparaîtra sur leur fil d'actualité Facebook. L'époque où les gens regardaient le journal télévisé ou lisaient un journal de A à Z n'est pas encore révolue, mais l'utilisation des médias et la façon de « consommer » les nouvelles évoluent. Nous nous trouvons dès lors à un tournant. Le monde numérique constitue, selon moi, la troisième révolution la plus importante pour tout ce qui concerne les médias et la communication, après l'apparition de l'écriture et l'invention de l'imprimerie.

À la question de savoir s'il faut maintenir l'article 25 de la Constitution, je réponds résolument par l'affirmative. Quant à savoir s'il faut étendre la liberté de la presse à d'autres médias, je pense que c'est nécessaire, mais il ne me paraît pas souhaitable d'énumérer les canaux médiatiques car ils changent constamment, et la législation serait donc toujours à la traîne. Le terme « médias » serait assurément suffisant.

**Mme Karin Brouwers (CD&V).** – Je tiens à remercier tous les orateurs. Les exposés furent très instructifs mais aussi, pour nous, politiques, quelque peu déroutants car, comme souvent chez les scientifiques, et certainement chez les juristes, chacun a sa propre interprétation, accompagnée, il est vrai, de bons arguments. Je ne prendrai pas position aujourd'hui, certainement pas au nom de mon parti, le CD&V, sur la façon dont il faut procéder. Au contraire, notre curiosité est excitée. Je voudrais cependant laisser tout cela reposer avant de continuer. Comme le modérateur l'a dit à juste titre, une demi-journée pour traiter ce sujet, c'est vraiment peu. Le Sénat va effectivement établir un rapport d'information sur les « infox ». Nous pourrions peut-être entendre à nouveau un certain nombre de personnes dans le cadre de ce rapport. Différentes commissions du Sénat sont concernées par le thème de la liberté de la presse. Le rapport d'information précité sera établi en commission des Affaires transversales. À côté de celle-ci, il y a la commission des Affaires institutionnelles, peut-être plus appropriée au sujet traité en l'espèce. Il n'est toutefois pas interdit de parler de la Constitution au sein de la commission des Affaires transversales.

Aucun parti n'est contre la liberté de la presse. Le mien en est en tout cas un ardent défenseur. Elle est fortement garantie par la Constitution. J'ignore si c'est une bonne idée de trop y toucher. Certains articles de la Constitution ont néanmoins été déclarés ouverts à révision, mais ce n'est pas le cas de l'article 19, qui concerne également la liberté de la presse.

L'interprétation par la Cour de cassation du mot « presse » contenu dans l'article 25, selon laquelle ce terme ne viserait que des écrits imprimés, est pour le moins restreinte. Il serait intéressant d'auditionner des juristes de la Cour de cassation. Celle-ci pourrait peut-être élargir quelque peu son interprétation. Une modification de la Constitution serait alors peut-être inutile.

Examinons le mot « médias ». Je voudrais en avoir une bonne définition. J'ai entendu le terme médias d'information. Est-il oui ou non meilleur ? Il ne suffit pas de quelques heures pour trancher la question. Si le Sénat décide de l'aborder, il lui faudra encore développer de nombreuses réflexions.

Il n'y a pas seulement la protection assurée par la Constitution. Aujourd'hui, j'ai aussi appris qu'il y a une protection très adéquate à l'échelle européenne, en particulier à la Cour européenne des droits de l'homme, dont les décisions ont des effets dans notre pays. Est-il dès lors nécessaire de modifier considérablement notre législation si les juges vivent avec leur temps ?

On peut donc encore débattre de l'opportunité de remplacer le mot « presse » par le mot « médias ». Nous devons y réfléchir très sérieusement. Je ne changerais rien à la phrase « la censure ne pourra jamais être établie » ni au reste du texte.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – J'observe qu'à juste titre, vous relevez que si la Cour de cassation n'avait pas adoptée la jurisprudence que nous connaissons, considérant que seule l'expression écrite est concernée, nous ne devrions pas mener le débat d'aujourd'hui.

Peut-être devrait-on envisager une loi obligeant la Cour de cassation à mieux interpréter la Constitution...

**M. Julien Uyttendaele (PS)**. – L'expression publique est dans une phase de déconcentration. Il y a trente, cinquante ou cent ans, seul un petit groupe de personnes avait la capacité de s'exprimer publiquement. Aujourd'hui, avec les réseaux sociaux, tout le monde peut devenir, du jour au lendemain, un blogueur, un pseudo-journaliste. Il me semble donc qu'il faut à la fois étendre et restreindre l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>. Il faut l'étendre d'un point de vue *ratione materiae* car il est insensé de

défendre la liberté de la presse pour la seule presse écrite. Aujourd'hui, on s'exprime de diverses manières et cette liberté doit donc être étendue à l'ensemble des médias, sachant que la définition de ceux-ci est importante. Par ailleurs, il faut à nouveau faire la distinction qui, si je ne m'abuse, existait en 1831 entre l'expression journalistique et l'expression non journalistique. En effet, l'article 19 protège déjà la liberté d'expression de n'importe quel citoyen, tandis que l'article 25 défend une certaine forme d'expression, à savoir celle des journalistes et pamphlétaires. La distinction me paraît importante. L'article 19 prévoit également que les délits commis lors de cette expression peuvent être poursuivis. Il s'agit d'injures, de cyberharcèlement et d'autres infractions qui risqueraient de ne pas être poursuivies si toute forme d'expression était protégée. Il convient donc de restreindre la portée de l'article 25, alinéa 1<sup>er</sup>, *ratione personae*.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Les interventions des trois sénateurs confirment l'opinion des différents orateurs : limiter la liberté de la presse et partant la notion de « délit de presse » à la seule presse écrite n'est plus tenable. Cela satisfait l'avocat que je suis qui, depuis vingt-cinq ans, plaide souvent en vain devant les cours et tribunaux que la notion de « presse » ne recouvre à l'évidence pas seulement la presse écrite. Seule la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée ouverte à cette évolution.

**M. Julien Uyttendaele (PS)**. – C'est aussi le cas à Liège.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Pas toujours. Cela dépend du siècle.

Il me semble en tout cas que cette évolution aurait dû être évidente depuis longtemps, à tout le moins à l'égard de la presse audiovisuelle.

Aujourd'hui, une nouvelle problématique vient s'insérer dans le débat : faut-il garantir la protection constitutionnelle à l'expression sur internet, qui ne concerne pas uniquement la presse et les journalistes, mais aussi les citoyens et qui relève parfois du discours de haine ?

Il importe de rappeler que l'article 25 consacre l'interdiction de la censure mais il n'empêche nullement la répression des délits. C'est aussi le cas de l'article 19 : chacun est libre d'exprimer son opinion sous réserve de répondre des délits et quasi-délits commis à l'occasion de l'usage de

cette liberté. En substance, ces deux articles garantissent donc que la répression se fasse *a posteriori* et non *a priori*.

Passons maintenant à l'article 25, alinéa 2, qui pose le principe de la responsabilité en cascade. Vu sa formulation – on parle des écrivains, de l'imprimeur –, cet alinéa n'est pas transposable tel quel à d'autres médias que la presse écrite. Alain Strowel s'est prononcé très explicitement en faveur d'une extension à la presse audiovisuelle, ce qui nécessite une réécriture de l'alinéa. Mais pourrait-on aussi viser, peut-être pas Internet dans son ensemble, mais bien les expressions diffusées via les réseaux sociaux ?

Que pensez-vous de cette option ?

**Mme Katia Segers (sp.a).** – N'étant pas juriste, je n'avais pas encore réfléchi à la question de la responsabilité en cascade sous cet angle. Si ce mécanisme constitue la meilleure garantie de préservation de l'indépendance journalistique, maintenons-le.

Concernant la question de l'extension à d'autres médias, nous ne sommes nulle part. Ce débat ne doit pas être mené en Belgique mais à l'échelon européen. Nous ne sommes nulle part non plus quant à la responsabilité des plateformes internet ou des réseaux sociaux au travers desquels les informations sont diffusées. Il y a à présent le journaliste, l'éditeur et l'imprimeur, et je pense qu'on pourrait y ajouter les plateformes.

J'estime qu'il faut d'abord, à l'échelon européen, tenter de responsabiliser les GAFA (Google, Amazon, Facebook et Apple) quant à tout ce qu'ils publient, qu'il s'agisse de communications diffusées par les organes de presse officiels ou d'informations diffusées par les citoyens sur ces plateformes. Nous devons vraiment réfléchir à la meilleure façon de responsabiliser ces entreprises. Facebook, par exemple, opère un filtrage, mais celui-ci est insuffisant. Cela s'explique par le fait que les plateformes internet ne peuvent pas suivre, face à la masse d'informations et d'opinions générées par des algorithmes utilisant l'intelligence artificielle. De plus, les filtrages sont souvent opérés de façon arbitraire et sans cohérence. Sur Facebook, par exemple, une poitrine dénudée ou une œuvre d'art sera plus facilement censurée qu'un discours haineux. Je suis plusieurs groupes Facebook dans le contexte de la politique locale, et je vois parfois passer des phrases du genre 'ces bronzés, il fallait tous les

abattre'. De tels propos ne sont jamais filtrés. Je signale ces cas, mais il n'y a pour ainsi dire jamais de réaction.

Je pense donc qu'il faut vraiment responsabiliser ces GAFAs, mais il faut le faire correctement. La question concerne aussi les infos. Les vidéos truquées, dont le trucage est indiscernable, sont un vrai poison. Le professeur Voorhoof nous a parlé de l'éducation aux médias. En Flandre, nous y travaillons d'arrache-pied. C'est essentiel. À mon sens, cependant, les plateformes devraient aussi prendre leurs responsabilités dans la lutte contre ce genre d'infos. C'est possible, grâce aux algorithmes.

Bref, c'est une discussion difficile, mais vraiment indispensable.

**Mme Karin Brouwers (CD&V).** – Il ne me semble pas souhaitable de modifier le système de la responsabilité en cascade prévu par l'alinéa 2 de l'article 25. Ce régime a prouvé son utilité, notamment pour garantir l'indépendance journalistique : le travail du journaliste ne dépend pas de l'opinion de l'éditeur. Cela ne réussit pas toujours. J'espère qu'en Belgique, nous échapperons, par exemple, aux situations « à la Berlusconi ». De telles dérives, je le crains, se produisent dans d'autres pays. Peut-être ont-elles aussi lieu chez nous, à notre insu. L'année dernière, par exemple, j'ai entendu dire que des éditeurs de magazines consacrés à l'art de vivre obligeaient leurs journalistes à écrire des articles sur des produits de beauté dont les fabricants sponsorisent le magazine en question. Si de tels faits se multiplient, ne supprimons pas l'article 25 de la Constitution.

J'ignore si quelqu'un d'autre s'est exprimé en ce sens, mais j'estime que si nous modifions le premier alinéa, il faut également modifier l'alinéa 2. Dans l'article 25, il est question de « l'écrivain », terme qui fait référence à des textes. Le terme « auteur » me paraît préférable. Comme le professeur Voorhoof l'a indiqué, l'obligation d'être domicilié en Belgique n'est peut-être pas conforme à la législation européenne. Il semble en outre quelque peu ridicule, dans notre monde globalisé, de laisser cette phrase dans le texte, même s'il n'est peut-être pas approprié que notre Constitution fasse référence au monde entier. Je me pose donc encore beaucoup de questions.

Je ne sais pas non plus s'il convient d'adapter ou de compléter le texte au cas où « l'imprimeur ou le distributeur » est Facebook. Je dois poursuivre ma réflexion à cet égard.

Je suis cependant d'avis que les propos racistes sur Facebook sont punissables, que Facebook intervienne ou non. Quiconque voit ou lit des propos racistes sur une page Facebook peut saisir la justice. Je ne dis pas que c'est fréquent, mais en tant que citoyens et politiques, peut-être devrions-nous davantage avoir ce réflexe. Ce phénomène augmente de jour en jour. Aux États-Unis, il a pris de telles proportions que les publicités politiques sur Twitter ne sont plus autorisées. Ici, ce serait toujours permis, mais personne n'utilise vraiment cette possibilité. On recourt surtout à Facebook. Lors de la dernière campagne électorale, un parti en particulier a largement utilisé la possibilité de publier des annonces politiques. La réglementation a déjà été renforcée à la suite des dernières élections européennes : quand un message émane d'une organisation politique, cela doit être précisé. Facebook peut, demain, décider d'exclure certains annonceurs, mais est-ce la meilleure solution ? Personnellement, je n'y suis pas très favorable. Mon parti, par exemple, compte 50 000 membres. Ils peuvent également publier toutes sortes de choses sur Facebook, et l'effet sera exactement le même.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Il est difficile de limiter notre réflexion à la responsabilité en cascade sans aborder les nombreux autres problèmes que posent internet et les réseaux sociaux, en particulier.

**M. Julien Uyttendaele (PS)**. – Quant à l'alinéa 2, je dirais qu'il faut l'adapter aux expressions journalistiques audiovisuelles tout en faisant bien la part des choses avec une expression non journalistique où le système de la responsabilité en chaîne n'a pas lieu d'être.

En ce qui concerne la responsabilité des plateformes, comme Facebook, Twitter, etc., il importe de les responsabiliser, tant au niveau civil qu'au niveau pénal. L'exemple allemand pourrait être intéressant, de même que la directive sur l'e-commerce : on notifie à la plateforme qu'une expression particulière pose problème et la plateforme est obligée de réagir adéquatement sous peine d'être tenue elle aussi pour responsable. Les réseaux sociaux ne doivent pas bénéficier d'une telle protection lorsqu'il s'agit d'expressions non journalistiques.

S'agissant des plateformes, il faudrait aussi s'intéresser à la transparence et de la régulation des algorithmes. Aujourd'hui, ces algorithmes sont tout à fait incompréhensibles. Les plateformes se sont globalisées et

sont devenues les agoras du 21<sup>e</sup> siècle. D'un point de vue démocratique, il est essentiel d'en comprendre les règles. De même, il faudrait mieux connaître les critères de sponsoring. Par exemple, si je veux communiquer sur la légalisation du cannabis, j'utilise le sponsoring Facebook et des critères bien précis pour toucher le public que je souhaite. Les personnes qui reçoivent ce message sont-elles cependant conscientes du critère que j'ai utilisé pour les atteindre ?

Quant aux infox et aux campagnes plus structurées de désinformation, il faudrait peut-être créer une infraction autonome qui viserait l'utilisation structurée des réseaux sociaux en vue de désinformer. Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ! À partir du moment où on utilise les réseaux sociaux et sa liberté d'expression pour dénaturer et déconstruire à dessein le débat démocratique, on n'a plus, selon moi, à se prévaloir de cette liberté fondamentale. C'est d'autant plus le cas lorsqu'il s'agit de *bots*, car la liberté d'expression n'existe pas encore pour les robots.

Ce débat n'a toutefois aucun sens si on ne dote pas la Justice des moyens nécessaires. Nous voyons aujourd'hui que dans les dossiers de (cyber) harcèlement, les classements sans suite sont légion. Ce n'est pas normal. Nous devons veiller à ce que la Justice soit indépendante et correctement financée, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Enfin, j'insiste sur l'éducation aux médias. Je suis assez effaré de constater qu'aujourd'hui, personne n'a été éduqué à l'utilisation critique d'internet. Cet instrument crée autant d'abrutis que de génies. Il me paraît essentiel de donner des cours pour apprendre à utiliser de manière raisonnée et conscientisée cet outil dont on se sert quotidiennement, du matin au soir. Cette éducation doit bien sûr concerner les jeunes qui sont à l'école mais aussi les autres générations.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Ne croyez pas que la question de l'extension de la responsabilité en cascade à l'audiovisuel soit mineure et purement théorique. Pas plus tard qu'hier, je plaçais devant la cour d'appel de Liège dans une affaire civile impliquant une journaliste d'une chaîne de télévision, assignée par une personne qui s'estimait avoir été « maltraitée » dans plusieurs reportages. Un tel dossier pose clairement la question de l'étendue de la responsabilité en cascade. Si elle ne s'applique effectivement qu'à la presse écrite, il aurait alors fallu, dans ce dossier, assigner la chaîne de télévision plutôt que la journaliste, en vertu du droit commun de la

responsabilité. La cour d'appel de Liège semblait en tout cas manifestement surprise et intéressée par ce débat et par les conséquences qu'il implique en terme de responsabilité. Il est donc urgent de trancher la question.

J'en viens maintenant à la troisième question qui est sans doute la plus délicate : faut-il encore faire appel à un jury d'assises pour juger des délits de presse ? Certains estiment que ce système est dépassé et qu'il faudrait correctionnaliser ces affaires. D'autres considèrent qu'il faudrait, plus radicalement, dépénaliser l'expression. Les options sont les suivantes : soit on maintient le système actuel de la cour d'assises, sachant que si l'on ne modifie pas l'article 25, il ne s'appliquera qu'aux délits commis par le biais d'une expression écrite, soit on dépénalise totalement l'expression, soit on modifie l'article 150 de la Constitution pour ajouter des exceptions à celle déjà prévue en cas d'expression raciste, soit encore on correctionnalise toutes les expressions délictueuses.

La question annexe mais néanmoins essentielle, est celle des bénéficiaires de ces éventuelles modifications : presse écrite, presse audiovisuelle, expression citoyenne sur internet, ... ?

Je voudrais encore apporter une précision. Depuis vingt-cinq ans, je pratique le droit de la presse et j'ai l'honneur de défendre la RTBF. Celle-ci ne bénéficie pas actuellement de la protection que constitue la compétence du jury d'assise pour juger les délits de presse. Depuis vingt-cinq ans, il n'y a jamais eu de procédure correctionnelle contre la RTBF pour le contenu d'une de ses émissions. Or j'ai peine à croire que les journalistes de télévision ne commettraient, à l'inverse de leurs collègues de la presse écrite, jamais le moindre délit de presse. Cette réalité conforte l'opinion exprimée par Martine Simonis : la poursuite pénale de la presse ne répond plus à un besoin social, sinon la presse audiovisuelle serait tous les jours devant les tribunaux correctionnels, qui peuvent être saisis très facilement.

**Mme Katia Segers (sp.a).** – Je partage votre opinion : il faut dépénaliser. J'ai toujours tendance à prendre le parti des journalistes car je suis intimement convaincue que sans journalistes qui soient en mesure de faire leur travail en toute liberté, en disposant du temps et des moyens nécessaires, notre démocratie est en danger. Nous voyons cela partout aujourd'hui.

Je partage également le point de vue des journalistes en faveur du maintien de la cour d'assises pour les délits de presse. Comme cela a été suggéré, nous pourrions par exemple étendre au négationnisme la liste des exceptions existantes, qui contient déjà les délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie. Mais cette liste ne risque-t-elle pas de s'allonger à l'infini ? L'on pourrait aussi y ajouter la désinformation, ou la diffusion délibérée d'infox, mais dans ce cas la liste va s'allonger sérieusement. Il faut bien réfléchir, sachant que de nouveaux phénomènes apparaissent constamment. En ces temps de forte polarisation, les médias sociaux ont un impact incroyable. D'aucuns ont rappelé à juste titre l'importance du recours aux algorithmes et à l'intelligence artificielle (IA). Ce thème a aussi fait l'objet d'un rapport d'information du Sénat, basé sur une série de principes fondamentaux et centré sur une approche humaine de l'IA. La transparence des algorithmes est, à cet égard, un point important. Le concept de délit médiatique est une bonne idée.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Si j'ai bien compris votre propos, vous suggérez de dépenaliser mais pas tout à fait puisque vous évoquez encore les exceptions prévues à l'article 150 qui deviendraient en quelque sorte des exceptions à la dépenalisation. On dépenaliserait l'expression en général mais on correctionnaliserait certaines expressions...

**Mme Katia Segers (sp.a)**. – L'objectif final est la dépenalisation, mais si nous n'y parvenons pas à ce stade, nous pourrions étendre la liste des exceptions.

**M. Jacques Englebert**, professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – On étend donc les exceptions.

On pourrait même aller plus loin en dépenalisant tout en réintroduisant des exceptions. Cela aurait une certaine logique puisqu'aujourd'hui, le délit d'expression considéré comme le plus grave, c'est-à-dire le délit raciste ou xénophobe, est traité comme un délit moins grave puisqu'il relève du tribunal correctionnel et non de la cour d'assises. Certains ont dénoncé ce paradoxe. Pour pouvoir poursuivre le délit raciste, ce qui répond manifestement à un besoin social, on a dû le considérer comme « moins grave » et le confier à la compétence des tribunaux correctionnels.

On pourrait imaginer de dépenaliser l'expression en général mais de considérer certaines expressions fautives comme particulièrement graves et méritant une répression pénale, qui serait la seule à répondre à un

besoin social impérieux. Il appartiendrait alors au législateur de déterminer les exceptions à cette dépenalisation. Outre l'expression raciste, on pourrait pénaliser le discours de haine.

Il faut toutefois veiller à ne pas prévoir trop d'exceptions et garder à l'esprit que les magistrats ont une imagination sans limite et interpréteront comme ils l'entendent toutes les exceptions introduites par le législateur. Le danger bien connu est celui de « la pente glissante »...

**Mme Karin Brouwers (CD&V).** – L'image de la construction de dépendances et d'annexes dans le jardin d'une belle maison est très parlante. Il faut éviter d'ajouter sans fin, surtout dans la Constitution, des éléments tels que ceux cités à titre d'exemples : désinformation, négationnisme, incitation à la haine, violence et discrimination, etc. Que voulons-nous, en fin de compte ? Nous voulons aussi pouvoir sanctionner le citoyen qui n'est pas journaliste et qui fait n'importe quoi ou des choses répréhensibles sur les réseaux sociaux. Mais faut-il prévoir cela dans un article de la Constitution qui était destiné au départ aux journalistes ? Selon moi, il faut faire une distinction plus nette entre la liberté de la presse journalistique et la liberté d'expression du citoyen. Ce n'est pas parce que la Cour européenne a dit qu'il fallait respecter la liberté d'expression que nous devenons automatiquement un petit journaliste, bénéficiant de la même protection que les journalistes professionnels, dès l'instant où nous écrivons et publions quelque part un texte en tant que citoyens. J'estime qu'il faut faire la différence avec des propos professionnels à caractère journalistique. J'hésiterais beaucoup à ajouter toutes sortes d'éléments dans cet article de la Constitution, même si cela peut sembler nécessaire pour pouvoir lutter contre certaines pratiques. Ne devrions-nous pas plutôt clarifier les choses dans le Code pénal ? Faut-il modifier la Constitution pour faire en sorte que le citoyen qui s'improvise journaliste puisse être sanctionné s'il diffuse massivement certains discours ? Un nombre incroyable de gens lisent les propos publiés sur Facebook. Il s'agit vraiment d'une diffusion massive. Même s'ils ne réagissent pas aux propos, ils les lisent. Je suis toujours étonnée du nombre de personnes qui, même sans faire partie de mes « amis », ont lu ce que j'ai publié sur Facebook. Cela va très loin. Il n'y a pas de problème s'il s'agit de propos bienveillants émanant de politiques bienveillants comme nous, mais il y a aussi des robots, ou encore des personnes malintentionnées. Faut-il encore tolérer tout cela ? À la longue, ce genre de phénomène sape notre démocratie. C'est pourquoi j'attire à nouveau l'attention sur le rapport

d'information que nous allons consacrer, ici même, aux « infox ». J'ai hâte d'y contribuer.

**M. Julien Uyttendaele (PS).** – Je n'ai pas d'avis tranché sur cette question, peut-être parce qu'elle est théorique, aucune cour d'assises n'ayant eu récemment à traiter de tels délits. On pourrait faire un parallèle avec la liberté de tribune des parlementaires. Quand il est à la tribune, un parlementaire peut dire ce qu'il veut ; lorsqu'il sort de l'hémicycle et accorde par exemple une interview à la presse, il n'a plus cette liberté de tribune. Tant les journalistes que les politiques sont indispensables à la démocratie. Reste à savoir quel espace d'expression il convient de protéger. Il est essentiel de continuer à pénaliser des comportements inadmissibles, comme le racisme, la xénophobie, mais multiplier les exceptions rendrait la législation impraticable.

**M. Jacques Englebert,** professeur à l'Université libre de Bruxelles, modérateur. – Pour clarifier encore un peu plus le débat, j'ajouterai deux observations.

Premièrement, on entend souvent dire que puisqu'il n'y a plus de procès de presse en assises, c'est que les journalistes bénéficient d'une impunité. C'est évidemment faux. Les journalistes répondent quotidiennement de leurs fautes éventuelles en justice. Il s'agit de procédures civiles lourdes, auxquelles s'ajoutent les procédures devant les organes d'autorégulation (le CDJ et le RVdJ). Croire qu'il y a impunité parce qu'il n'y a pas de poursuites pénales, c'est une vision déformée de la réalité.

Deuxièmement, la politique criminelle en Belgique est déterminée par le gouvernement, plus spécialement par le ministre de la Justice, en concertation avec les procureurs généraux. Que le ministre de la Justice invite les procureurs généraux à poursuivre à nouveau les délits de presse devant la cour d'assises ! On verra si cela répond à un besoin social impérieux.

Depuis vingt-cinq ans, je rêve de plaider une affaire de presse devant la cour d'assises. Donnez-moi l'occasion de le faire. Je crains que très vite, on décidera de mettre fin aux procédures en assises contre la presse.

Voilà, Mesdames et Messieurs les parlementaires, vous avez du pain sur la planche. Bon travail !



### **III. ANNEXES**



Q. VAN ENIS, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 33-116 (reproduit avec l'aimable autorisation des éditions Larcier).

## CHAPITRE 1.

# De la liberté d'expression et de la liberté de la presse en droit belge

« Faites vos lois (...) pour que les esprits osent être imprudents ; si vous les forcez à être astucieux, vous êtes perdus. Nous ne sommes qu'à l'enfance de la liberté inaugurée par l'article 18 [actuel 25] de notre Constitution ; un jour viendra où la presse et le journalisme, qui en est l'expression la plus vivante, seront considérés comme un sacerdoce exigeant des conditions de haute moralité et des capacités hors ligne »<sup>22</sup>.

## Introduction

14. Le présent chapitre a pour objectif de cerner les contours de la « liberté de la presse » en droit belge.

Fondement de l'État belge, la Constitution forme le point de départ de l'étude (section I). Notre attention se portera sur l'ensemble des indices qui permettent de donner sens à la charte fondamentale. Le texte et l'intention des membres du Congrès national constituent une première piste de choix pour saisir la signification qui s'attache à la liberté de la presse. L'interprétation des libertés fondamentales répond cependant à l'image d'une création en chaîne, une œuvre à plusieurs auteurs, où chacun veille à la cohérence de l'ensemble<sup>23</sup>. L'examen ne pourra donc faire l'impasse sur les importants développements jurisprudentiels qui dérivent des dispositions abstraites de la Constitution et qui contribuent à en déterminer la signification. À dessein, le propos se bornera à la définition du « périmètre » de la liberté de la presse en se gardant, autant que possible, d'entrer dans les considérations tenant aux mécanismes de régulation de la presse, lesquels seront traités dans la seconde partie de l'étude.

<sup>22</sup> H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1881, p. 18.

<sup>23</sup> R. DWORKIN, *L'Empire du droit* (trad. de l'américain par E. SOUBRENIE), Paris, PUF, 1994, pp. 250-254.

## LA LIBERTÉ DE LA PRESSE À L'ÈRE NUMÉRIQUE

Notre exposé s'intéressera ensuite au statut que le droit belge réserve au journalisme et à son principal acteur, le journaliste (section II). La manifestation la plus évidente de la « saisie » du journalisme par le droit gît dans la reconnaissance et dans la protection accordée par la loi au titre de « journaliste professionnel ». Nous mesurerons la portée juridique de cette législation ainsi que les conditions posées à sa constitutionnalité. La question de l'éventuelle mise en place d'un ordre des journalistes sera également envisagée.

## Section I. La protection constitutionnelle de la « liberté de la presse »

15. Avant toute chose, et quoique l'exercice soit trop souvent négligé, il convient de se remémorer les termes des dispositions pertinentes de la Constitution.

L'article 19 de la charte fondamentale dispose : « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

La liberté de la presse, quant à elle, s'y trouve consacrée à l'article 25 en ces termes : « La presse est libre ; la censure ne pourra jamais être établie ; il ne peut être exigé de cautionnement des écrivains, éditeurs ou imprimeurs. Lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ».

Enfin, des garanties procédurales sont prévues par la Constitution pour le jugement des « délits de presse ». L'article 150 précise ainsi que « le jury est établi en toutes matières criminelles et pour les délits politiques et de presse, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme ou la xénophobie » et l'article 148, alinéa 2, renforce la publicité des débats, en prévoyant qu'« en matière de délits politiques et de presse, le huis clos ne peut être prononcé qu'à l'unanimité ».

À ce stade, l'on aperçoit qu'outre l'affirmation très générale et solennelle de la liberté de la presse, la protection de ladite liberté se décline en un tryptique composé de l'interdiction de la censure, de la responsabilité en cascade et de la compétence exclusive de la cour d'assises pour connaître des délits de presse<sup>24</sup>. Quoique complémentaires, les garanties

---

<sup>24</sup> J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007, p. 267 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, t. I, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1991, pp. 67-68, n° 45.

qui protègent la liberté de la presse et celles qui encadrent le jugement des « délits de presse » méritent d'être distinguées, car elles nous semblent répondre à des ambitions différentes. Nous nous en expliquerons dans la suite du propos<sup>25</sup>.

L'un des objectifs de la présente étude est de démontrer que, bien que l'ensemble des garanties constitutionnelles aient été pensées dans le cadre de la seule presse écrite imprimée, seul média connu du constituant originare, les raisons qui ont présidé à leur adoption sont toujours d'actualité à l'heure de la société de l'information et de la convergence technologique. Indéniablement, la traditionnelle presse imprimée a eu une influence sur la formulation des dispositions qui avaient *au départ* pour seule vocation de régir ce vecteur particulier d'expression. À notre estime pourtant, *l'esprit* dans lequel les garanties constitutionnelles de la presse ont été conçues doit pouvoir survivre à la *lettre* du texte fondamental que d'aucuns jugent trop étroite. Loin donc de nous apparaître totalement impérieuse, une modification du texte constitutionnel pourrait toutefois s'avérer souhaitable pour *confirmer* l'application de la protection constitutionnelle de la presse aux nouveaux médias.

Il s'agit à présent de bien mesurer la portée de la liberté de la presse telle qu'elle se dessine dans le droit constitutionnel belge. À ce stade, l'examen sera limité à la détermination des *contours* de ladite liberté. L'objectif est d'identifier les différents critères qui se sont développés dans la jurisprudence des cours et tribunaux pour délimiter le domaine d'application des dispositions constitutionnelles pertinentes. L'analyse critique des différents régimes juridiques propres à la presse est réservée à la seconde partie de l'étude.

---

<sup>25</sup> Voy. *infra*, § 5, n° 67.

## **§ 1. La liberté de la presse comme corollaire de la liberté de manifestation des opinions**

16. Dans l'esprit des membres de l'assemblée constituante originaire, la liberté de la presse apparaît comme le « complément naturel » de la liberté de manifester ses opinions<sup>26</sup>. L'intervention d'un des membres du Congrès national est très éloquente à cet égard : aux yeux de M. de Gerlache, « la liberté des cultes, la liberté de l'enseignement et celle de la presse ont justement été rapprochées dans les articles du projet de Constitution : elles sont en quelque sorte identiques. *C'est toujours la manifestation de la*

---

<sup>26</sup> F. TULKENS et M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Ann. Dr. Louvain*, 1987, p. 55.

*pensée, sous des formes diverses* »<sup>27</sup>. M. Nothomb ne disait pas autre chose : « Vous avez déclaré en général que la manifestation des opinions en toute matière est garantie, qu'elle ne peut être sujette à des mesures préventives, que notre système pénal ne peut être que répressif. Vous avez pensé que cette déclaration, un peu abstraite, ne suffisait point et qu'il était nécessaire d'organiser le principe dans ses rapports avec les différents modes d'après lesquels les opinions peuvent se manifester. Vous avez donc consacré des articles particuliers au culte, à la presse, à l'enseignement, au droit d'association »<sup>28</sup>. Il est d'ailleurs symptomatique qu'à chaque fois qu'ils plaident pour la liberté de la presse la plus large possible, les membres de l'assemblée constituante se sont en réalité employés à faire l'apologie de la liberté de la presse<sup>29</sup>. Si l'article 19 de la Constitution protège une forme particulière d'expression, à savoir l'opinion, l'article 25 protège quant à lui son principal instrument de diffusion, la presse.

Telle qu'elle se trouve consacrée dans la Constitution, la liberté de la presse a donc pu être définie classiquement comme « la liberté que chacun a d'exposer, dans des papiers imprimés, sa pensée, ses idées, ses sentiments, son opinion sur n'importe quel sujet, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de cette liberté »<sup>30</sup>. Selon une autre formule qui laisse admirablement la porte ouverte aux évolutions techniques futures, la liberté de la presse s'entend ainsi du « droit de recourir à l'instrument *le plus rapide et le plus efficace* de diffusion des idées et des doctrines »<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> Intervention consignée dans E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique, 1830-1831*, t. I, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, pp. 574-575 (nous soulignons).

<sup>28</sup> *Ibid.*, t. I, p. 651.

<sup>29</sup> Voy. C. LAURENT, *Études sur les délits de presse*, Bruxelles, Bruylant, 1871, p. 17. Voy. égal. en ce sens les interventions du vicomte VILAIN XIII et de l'abbé VERDUYN, in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, pp. 642-643 et p. 653.

<sup>30</sup> *Pandectes belges*, v° « Liberté de la presse », t. LIX, Bruxelles, Larcier, 1898, col. 34, n° 1.

<sup>31</sup> H. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 6 (nous soulignons). Voy. égal., présentant une évolution future, G. DUCHAINE, *Du délit de presse*, Bruxelles, Bruylant, 1866, p. 8, où l'auteur définit la presse comme « l'instrument qui sert à reproduire l'idée, quel que soit le procédé employé, pourvu toutefois qu'il y ait *impression*, ce dernier mot pris dans son sens naturel et primitif » mais précise dans une note de bas de page que : « Si, dans un procédé nouveau, il n'y avait pas impression, c'est-à-dire application d'une planche quelconque, les lois n'étant plus *littéralement* applicables, on ne pourrait invoquer la législation sur la presse en faveur de ceux qui exploiteraient un tel procédé ; mais le législateur remplirait bientôt la lacune ». ... On verra que le pari de Duchaine sur l'avenir de la régulation des médias s'est révélé quelque peu optimiste !

## § 2. Le champ d'application *ratione materiae* de la liberté de la presse : la diffusion des « opinions »

17. Corollaire de la liberté de manifestation des opinions, la liberté de la presse protégée par la Constitution se limite historiquement à la seule diffusion des *opinions*. On verra dans la suite du propos que cette limitation surannée sert aujourd'hui à fonder l'exclusion de certaines formes d'expression du champ de la protection constitutionnelle de la presse.

Dans l'esprit du constituant, la liberté d'opinion et la liberté de la presse sont toutes deux considérées comme des libertés de l'esprit<sup>32</sup>. La presse qui avait cours à l'époque de l'adoption de la Constitution était principalement une presse d'opinion<sup>33</sup>. De nombreux membres du Congrès national et les hommes d'État de l'après-révolution étaient d'ailleurs d'anciens « publicistes » dont la plume aiguisée s'était, plus d'une fois, heurtée au pouvoir royal, sous le régime hollandais<sup>34</sup>. On peut penser que la mention spécifique de la liberté d'imprimer constitue une réaction aux entraves que cette liberté avait subies sous le régime hollandais<sup>35</sup> et qu'elle contribue à explicitement reconnaître l'applicabilité à la presse de la règle énoncée de manière générale à l'article 19 [alors 14] de la Constitution<sup>36</sup>.

Comme il a été souligné, « le moment (...) où se fixèrent les traits essentiels des constitutions libérales coïncida forcément avec l'apogée du journalisme d'opinion, marqué par le pullulement de feuilles polémiques à faible tirage, qui n'avaient d'autre préoccupation que de disputer des idées nouvelles, toujours avec passion, souvent avec violence et quelquefois avec talent. Dans l'échauffement général, les faits, par comparaison, suscitaient peu d'intérêt, et l'on conçoit que ces mœurs n'aient pas mené les constituants à imaginer autrement la liberté de la presse que comme un simple corollaire des libertés de conscience et d'opinion... »<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., t. I, p. 178, n° 162.

<sup>33</sup> R. VANTHOOR, *De ontwikkeling van de pers in België*, De Natie, 1950, pp. 32-33.

<sup>34</sup> Voy. V. DUJARDIN, « Les droits constitutionnels originaires », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 60. L'auteur cite DE BROUCKÈRE, LEBEAU, NOTHOMB et DEVAUX. On peut rajouter également ROGIER et VAN DE WEYER à cette liste. Voy. *Pandectes belges*, v° « Liberté de la presse », op. cit., col. 45, n°s 58-59. Voy. encore R. VANTHOOR, op. cit., pp. 29-30.

<sup>35</sup> J. CEULLEERS, « Voor een modernisering van het persrecht », *TBP*, 1998, p. 166 ; *idem*, « Hoogst wenselijk : een herkeuring van het Belgische persrecht », [A&M, 2006, p. 409](#).

<sup>36</sup> En ce sens, P. LEMMENS, *Vrijheid van meningsuiting. Een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, p. 8, n° 6.

<sup>37</sup> P. TAPIE, « Équivoques d'une liberté », *J.T.*, 1956, p. 625.

Le constituant belge ne fut pas le seul à concentrer son attention sur la protection de l'expression des opinions. Pour ne citer qu'un seul exemple, quelques décennies auparavant, les révolutionnaires français avaient également mis l'accent sur la garantie de la libre manifestation des opinions dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose en son article 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ».

L'on ne s'étonnera donc pas que les membres de l'assemblée constituante aient essentiellement voulu protéger la manifestation des opinions.

L'arrêté pris par le Gouvernement provisoire était déjà annonciateur de cet objectif en proclamant « la liberté de la presse, de la parole, et de l'enseignement » et en souhaitant libérer « le domaine de l'intelligence », faire disparaître les entraves qui ont enchaîné « la pensée, dans son expression, sa marche et ses développements », consacrer la liberté pour tous les citoyens de « professer leurs opinions comme ils l'entendent, et de les répandre par tous les moyens possibles de persuasion et de conviction » et abolir toute loi ou disposition gênant « la libre manifestation des opinions »<sup>38</sup>.

Quoique ne s'étant préoccupé du sort que de la seule expression des opinions, le constituant a cependant voulu faire preuve de générosité à l'intérieur de cette catégorie particulière de discours. Ainsi, près d'un siècle et demi avant la Cour européenne des droits de l'homme, les membres du Congrès national avaient admis que la liberté de la presse devait également s'appliquer aux propos qui heurtent, choquent ou inquiètent la société ou l'un ou l'autre de ses membres<sup>39</sup>. En effet, une première formulation de ce qui allait devenir l'article 18, puis l'article 25, de la Constitution, réservait « la responsabilité pour les écrits publiés qui blesseraient les droits soit d'un individu, soit de la société ». Cette double exclusion<sup>40</sup> a

---

<sup>38</sup> Arrêté du gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 sur la liberté de la presse, de la parole et de l'enseignement.

<sup>39</sup> Nous reprenons ici anachroniquement la célèbre formule dégagée par la Cour européenne dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (Cour eur. D.H., plén., 7 décembre 1976, § 49).

<sup>40</sup> En réalité, la lecture des travaux de l'assemblée constituante ne révèle que les raisons de l'abandon de la seule réserve exprimée à l'égard des droits de la société et ne dit mot de celle qui concerne les droits de l'individu. D'après les mots du VICOMTE C. VILAIN XIII : « Avec ce membre de phrase vous réprimeriez la voix de tous les extrêmes, de toutes les sommités, vous imposeriez silence au génie qui toujours devance son siècle et n'est par conséquent pas d'accord avec la société de son siècle. Dans l'état actuel de la société, il faut laisser toutes les opinions, toutes les doctrines librement se produire ; il faut les laisser

été jugée exorbitante et partant abandonnée au profit de la formule plus limpide que l'on connaît aujourd'hui : « la presse est libre ». Le principe de la liberté de la presse est donc d'application large, à tout le moins à l'intérieur du domaine des opinions.

18. En dépit d'une certaine ouverture dans la gamme des opinions pouvant prétendre au bénéfice de la liberté de la presse, et comme d'aucuns l'ont rapidement redouté<sup>41</sup>, l'exigence de la manifestation d'une opinion a constitué un moyen commode pour le pouvoir judiciaire d'exclure certaines formes d'expressions des garanties mises en place dans la Constitution<sup>42</sup>.

se débattre et s'entre-choquer entre elles : celles qui sont de verre se briseront, celles qui sont de fer persisteront, et la vérité finira par l'emporter par sa propre force. Sa victoire alors sera glorieuse ; elle sera légitime, car elle aura été acquise sur le champ de bataille, à armes égales (...) ». Et le membre du Congrès de poursuivre : « Voulez-vous donner faveur à une opinion fautive, mauvaise, dangereuse ? Mettez-la en prison. La prison est la fontaine de Jouvence des opinions ; il n'en est point de si vieille, de si usée qui ne s'y retrempe et n'en sorte avec un vernis de persécution qui lui redonne un air de jeunesse » (E. HUYTENS, *op. cit.*, t. I, pp. 642-643).

<sup>41</sup> Voy. G. DUCHAINE, *op. cit.*, pp. 25-40 et spéc. p. 36 : « (...) admettre une distinction entre les écrits contenant la manifestation d'opinion et les écrits qui n'en contiennent pas (si tant est qu'il soit possible de concevoir qu'un livre, une brochure ou tout autre écrit, émanant du domaine de l'intelligence, puisse ne pas contenir la manifestation d'une pensée ou d'un sentiment quelconque), c'est s'exposer aux dangers d'ouvrir de nouveau la porte à l'arbitraire, de remettre le sort de la presse, des écrivains et des imprimeurs aux mains du pouvoir, et d'abandonner, comme avant 1830, aux appréciations des officiers de police judiciaire, les produits de l'intelligence et de la pensée, manifestés par la voie de la presse, pour les poursuivre selon leur manière de voir, tantôt devant la cour d'assises quand ils jugeront que l'écrit imprimé contient des opinions, tantôt devant les tribunaux correctionnels, avec emprisonnement préalable de l'auteur et de l'imprimeur, quand, d'après eux, l'écrit incriminé ne contiendra pas d'opinions ». Le propos a été repris par H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentives de ce décret*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 297.

<sup>42</sup> Dans la rigueur des principes, l'article 19 protégeant la « liberté de manifestation des opinions » ne peut se confondre avec la « liberté d'expression », telle qu'elle se trouve protégée par des instruments internationaux tels la Convention européenne des droits de l'homme ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Voy. D. VOORHOOF, « Artikel 10. Vrijheid van meningsuiting », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (eds), *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar*, vol. 1, Anvers-Oxford, Intersentia, 2004, pp. 48-49, n° 6. Comp. F. TULKENS, « La liberté d'expression en général », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 821 : « Dans sa simplicité, l'article 19 de la Constitution a entendu garantir, en son principe, une liberté fondamentale, celle de la *liberté d'expression* (...) » (nous soulignons).

La condition de l'opinion a permis de fonder une véritable distinction entre les « délits de presse » et les « délits d'imprimerie ». Ces derniers comprendraient l'ensemble des délits pour lesquels la presse n'a constitué que l'outil d'un délit consistant en un fait matériel tenu pour étranger à la manifestation d'une opinion<sup>43</sup>. Ce faisant, l'exigence de l'opinion a également permis de justifier l'exclusion générique des images (dessins, gravures et photographies) et plus tard, des faits bruts et des messages publicitaires de la catégorie des « délits de presse », et, de manière plus générale, de la protection constitutionnelle octroyée à la liberté de la presse.

19. Même si le texte constitutionnel réserve la responsabilité qui résulte des abus de la liberté d'expression et encadre leur sanction (régime de responsabilité en cascade, compétence de la cour d'assises pour connaître des « délits de presse » avec la garantie d'une large publicité), le principe libéral qui se dégage de la charte fondamentale est apparu d'une puissance inédite. D'aucuns ont donc rapidement pu craindre les dérives de la liberté de la presse qui verserait dans la licence. On comprend donc aisément que, dans la foulée de l'adoption de la Constitution, la portée de la liberté de la presse a rapidement pu faire l'objet de profondes discussions au sein de la doctrine et de la jurisprudence.

Deux courants doctrinaux et jurisprudentiels ont émergé à l'égard de l'étendue de la liberté de la presse. Le premier, relativement minoritaire, concevait la liberté de la presse comme une liberté formelle, totalement indépendante du contenu qui sortait de presse. Le second voyait dans la liberté de la presse un corollaire de la liberté d'opinion et tendait d'une manière ou d'une autre à limiter la première à l'expression des seules opinions, entendues de manière plus ou moins large<sup>44</sup>. Voyons cela de plus près.

---

<sup>43</sup> Voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, op. cit.*, t. I, pp. 174-190, n<sup>os</sup> 156-174 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 2<sup>e</sup> éd., Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2005, pp. 709-710, n<sup>os</sup> 1017-1019 ; *idem*, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 734-736, n<sup>o</sup> 1012 ; R.P.D.B., v<sup>o</sup> « Liberté de la presse et droit de réponse », t. VII, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1930-1967, pp. 581-582, n<sup>os</sup> 68-75. Au sein des délits d'imprimerie, l'on distingue généralement l'infraction à la police de la presse, l'utilisation de la presse pour commettre un délit de droit commun (et ne touchant pas à la liberté de manifester ses opinions) et la publication d'annonces ou de renseignements interdits.

<sup>44</sup> Voy. J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *Ann. Dr. Louvain*, 1980, pp. 217-248, ici p. 218 : « Dans le texte constitutionnel (...), ce n'est pas le support matériel imprimé (...) qui est visé, mais bien l'opinion qui s'exprime par l'intermédiaire de ce support ».

Dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>45</sup>, certains auteurs tenaient la liberté de la presse pour une liberté formelle, une liberté de l'instrument, indépendante du contenu de ce qui était imprimé. Ainsi, recourant déjà à l'argument de l'effet utile d'une disposition qui, à ses yeux, ne pouvait être lue comme simple décalque d'une autre, G. Duchaine était d'avis que la liberté de la presse ne pouvait se résumer à l'expression par l'imprimé des seules opinions : « L'article 14 [actuel 19] de la Constitution consacre la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de cette liberté. Plus loin, un autre article, complément indépendant de celui-ci, l'article 18 [actuel 25], proclame la liberté de la presse : à moins que cette dernière disposition ne soit un article sans valeur, il est impossible de méconnaître que nous sommes en présence de deux libertés distinctes qui ont chacune un titre et des effets différents »<sup>46</sup>.

D'autres auteurs semblent avoir opté pour une définition plus restrictive de la liberté de la presse. Ainsi, aux yeux de H. Schuermans, ladite liberté ne serait autre qu'une conséquence de la liberté de manifester ses opinions<sup>47</sup>. Pour répondre à ses détracteurs qui jugeaient dangereuse la restriction de la liberté de la presse aux seules opinions<sup>48</sup>, le même auteur devait cependant admettre, peu de temps plus tard, que la notion d'opinion devait être entendue dans un sens large<sup>49</sup> : « (...) la communication de la pensée et du sentiment, par la voie de la presse, peut revêtir une forme quelconque, selon la fantaisie de l'écrivain, soit celle d'un livre scientifique, d'un roman, d'un récit, *d'une simple relation de faits*, soit toute autre forme. L'article 18 [actuel 25], qui n'est que le corollaire de l'article 14 [19 aujourd'hui], a eu pour but de garantir la liberté de la presse considérée comme moyen de communication »<sup>50</sup>. L'évolution de la pensée de Schuermans laissait augurer un régime assez large de liberté de la presse au vu de la définition généreuse de l'opinion retenue par l'auteur. On

<sup>45</sup> Voy., bien plus tard, les considérations de K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 76-77, n<sup>os</sup> 67-71 (« 'Presse' versus 'expression' »).

<sup>46</sup> G. DUCHAINE, *op. cit.*, p. 48.

<sup>47</sup> H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, 1<sup>re</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1861, p. 230 et p. 394.

<sup>48</sup> Voy. C. LAURENT, *op. cit.*, p. 15 ; G. DUCHAINE, *op. cit.*, pp. 25-40.

<sup>49</sup> L'auteur a d'ailleurs modifié la première édition de son ouvrage en substituant le terme « pensée » à celui d'« opinion » pour faire taire ses détracteurs qui avaient perçu dans ce terme une réduction de la portée de la liberté de la presse. Voy. H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, *op. cit.*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., p. 293, note n<sup>o</sup> 2.

<sup>50</sup> H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 295 (nous soulignons).

fera remarquer que, d'après ce dernier, l'exigence d'une opinion semble pouvoir être rencontrée en présence de la simple relation d'un fait brut, ce que la Cour de cassation refusera plus tard d'admettre, privant de toute protection constitutionnelle le simple relais d'informations<sup>51</sup>.

20. Après quelques hésitations, les cours et tribunaux, et singulièrement la Cour de cassation, ont fini par définir la liberté de la presse et le champ des garanties y afférentes comme un complément de la liberté de manifestation des opinions<sup>52</sup>. À l'instar de l'évolution qui s'est dessinée en doctrine, la discussion s'est déplacée de l'exigence d'une opinion à la définition de ce qu'il fallait entendre par le concept d'opinion.

Et la Cour de cassation de définir l'opinion de manière relativement large, en tout cas s'agissant du contenu, qui peut même confiner à l'obsécinité, pour autant qu'il soit véhiculé par le biais d'écrits imprimés : « Attendu qu'en admettant que ces dispositions [les actuels articles 19, 25 et 150 de la Constitution] aient été provoquées par les nombreuses poursuites dont les écrivains politiques avaient été l'objet sous le gouvernement précédent, et qu'elles aient dès lors pour but principal de garantir la libre discussion des actes du pouvoir, elles s'appliquent pourtant, par la généralité de leurs termes, à tous les écrits publiés par la voie de la presse ; quelle que soit la matière dont ils traitent, aussi bien aux pamphlets ou chansons qui peuvent contenir des atteintes aux bonnes mœurs, qu'aux

<sup>51</sup> Voy. *infra*, nos 22 à 29.

<sup>52</sup> Corr. Bruxelles, 30 juin 1863, *Pas.*, 1864, II, p. 53 : « (...) ce serait arbitrairement restreindre la portée de l'article 98 (actuel 150) de la Constitution, que d'en limiter les effets aux seuls délits de presse qui impliquent l'énonciation d'une opinion ; que cet article s'étend à tous les cas où l'auteur s'est borné à affirmer ou à nier un fait ou à faire une description quelconque, exempte de tout raisonnement » ; Bruxelles, 19 septembre 1863, *Pas.*, 1864, II, p. 53 : « Attendu que ces brochures ne contiennent pas la manifestation d'une opinion (...) » et sur opposition, Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 26 décembre 1863, *Pas.*, 1864, II, p. 52 : « Attendu que la liberté garantie par l'article 14 précité est générale, absolue, illimitée et s'applique, par suite, à tous les produits de la pensée et de l'intelligence manifestés par le moyen de la presse ; que les termes mêmes dudit article 14 ne laissent aucun doute à cet égard, puisque la liberté de manifester ses opinions en toute matière est évidemment le droit de manifester sa pensée ou son sentiment sur une chose ou une matière quelconque, soit que l'on prenne le terme opinion dans la signification que l'Académie lui donne, soit qu'on le prenne dans le sens logique et juridique que la constitution y a attaché ; Attendu que la conséquence de ce droit absolu, c'est que la communication par la voie de la presse peut revêtir une forme quelconque, selon la fantaisie de l'écrivain, soit celle d'un livre scientifique, d'un roman, d'un récit, d'une simple relation de faits, soit toute autre forme ; Attendu que l'art. 18 de la Constitution qui n'est que le corollaire de l'art. 14, a eu pour but de garantir la liberté de la presse considérée comme moyen de publication » ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 22 février 1864, *Pas.*, 1864, I, p. 102.

journaux ou écrits politiques qui peuvent renfermer des provocations séditieuses »<sup>53</sup>.

Dans le même arrêt, la Cour de cassation se garde de censurer l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait jugé que « l'article 18 [25] de la Constitution qui n'est autre que le corollaire de l'article 14 [19], a eu pour but de garantir la liberté de la presse considérée comme moyen de publication »<sup>54</sup>. Suivant cet enseignement, la Cour de cassation n'a eu de cesse de réaffirmer que la liberté de la presse devait être tenue pour le *corollaire* de la liberté de manifester ses opinions<sup>55</sup>.

21. Faut-il aujourd'hui encore réserver la garantie constitutionnelle de la presse aux seules opinions ? Une telle position a été réaffirmée par la Cour de cassation dans un arrêt récent à propos de la compétence de la cour d'assises pour connaître des « délits de presse »<sup>56</sup>. À notre estime, l'exclusion pure et simple de la protection constitutionnelle des faits bruts, des images et de la publicité ne paraît plus défendable de nos jours. Attardons-nous un instant sur chacune de ces restrictions, toutes fondées sur l'exigence de la manifestation d'une opinion.

### A. L'exclusion des faits bruts

22. Aux yeux de la Cour de cassation, la simple révélation d'un fait ne constituerait pas une manifestation de la pensée et partant, serait étrangère à la protection constitutionnelle de la presse<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Voy. not. Cass. (3<sup>e</sup> ch.) 28 juin 2004, [Pas., 2004, I, p. 1179](#), [A&M, 2005, p. 73](#); Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 juin 2000, [Pas., 2000, I, p. 1222](#) n° 420; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110. Voy. égal. les conclusions de l'av. gén. délégué P. DE KOSTER préc. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, §§ 27, 39 et 41.

<sup>56</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, [Pas., 2013, I, p. 254](#) (la Cour censure le jugement du tribunal correctionnel de Termonde qui n'avait pas constaté l'existence d'une opinion punissable avant de se déclarer incompétent pour connaître de faits qui paraissaient constituer un délit de presse, du ressort exclusif de la cour d'assises).

<sup>57</sup> Voy. récemment, Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 1265, note G. ROSOUX. Voy. égal. F. TULKENS et M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *op. cit.*, pp. 62-64; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 8<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2007, pp. 326-327. Comp. *Pandectes belges* v° « Délit de presse », t. XXIX, Bruxelles, Larcier, 1889, col. 233-234, n° 42 : « (...) dès que la pensée est imprimée, il importe peu de rechercher soit son objet, soit sa forme littéraire : que ce soit une œuvre de polémique, d'imagination ou de science ; qu'elle apparaisse comme récit, exposé ou *simple information* : par cela même qu'elle est imprimée, elle est œuvre de presse » (nous soulignons).

23. De nos jours, la dichotomie entre l'information et l'opinion paraît complètement surannée<sup>58</sup>. Il est un truisme d'affirmer qu'aujourd'hui, la presse dite d'opinion a cédé le flambeau à une presse davantage tournée vers l'information<sup>59</sup>. La professionnalisation du journalisme a coïncidé avec la sacralisation d'un idéal d'objectivité et d'impartialité qui tend précisément à ôter toute connotation subjective du compte rendu journalistique<sup>60</sup>. Le journalisme professionnel et l'idéal d'objectivité qui l'accompagne sont relativement récents dans l'histoire de la liberté de la presse. Ils doivent leur apparition à l'émergence des médias de masse dans le courant du XIX<sup>e</sup> siècle. On sait que le prix des journaux a longtemps constitué un obstacle au développement de la presse<sup>61</sup>. Or, à cette période, parmi d'autres facteurs, des progrès dans les techniques d'impression, principalement l'apparition de la rotative<sup>62</sup>, couplés à la suppression du droit de timbre<sup>63</sup> ont permis une plus grande attractivité des produits de la presse. Plus tard, l'obligation scolaire et la baisse corrélative du taux d'analphabétisme ont encore étendu le lectorat potentiel de la presse<sup>64</sup>. Intéressés par la possibilité d'atteindre une large audience, les annonceurs ont alors contribué à financer une presse davantage tournée vers l'information, indépendante des idéologies politiques et animée par un souci d'objectivité<sup>65</sup>.

Plus récemment encore, l'internet a vu émerger une forme de journalisme de données (« *datajournalism* » en anglais) qui consiste à traiter,

<sup>58</sup> Voy. en ce sens, à la fin des années 1990 déjà, D. VOORHOOF, « Interdiction de diffusion d'un livre sur l'affaire Dutroux : censure illicite ou mesure nécessaire ? », note sous Anvers (réf.), 8 février 1999, *A&M*, 1999, p. 253.

<sup>59</sup> Voy. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Le droit de la presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, 3<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2012, pp. 18-19, n° 28 : « Il est vrai (...) qu'historiquement, la presse quotidienne était principalement porteuse d'opinions et que les quotidiens du dix-neuvième siècle étaient généralement la propriété de partis politiques ou de groupes de pression. De nos jours les choses ont changé ».

<sup>60</sup> Sur cette évolution et ses causes, voy. G. THOVERON, « La valeur commerciale de l'objectivité », in G. THOVERON et C. DOUTRELEPONT (eds), *La presse, pouvoir en devenir, Revue de l'U.L.B.*, 1996, vol. 3-4, pp. 19-27.

<sup>61</sup> R. VANTHOOR, *op. cit.*, p. 33.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 33 ; T. LUYKX, *Evolutie van de communicatie media*, Bruxelles, Elsevier Sequoia, 1978, p. 267 ; W. UGEUX, *1830-1980. 150 ans d'information*, Bruxelles, Legrain, 1980, p. 22 ; E. DE BENS et K. RAEYMAECKERS, *De pers in België. Het verhaal van de Belgische dagblad-pers. Gisteren, vandaag en morgen*, Louvain, Lannoo Campus, 2007, p. 34.

<sup>63</sup> R. VANTHOOR, *op. cit.*, p. 34 ; T. LUYKX, *op. cit.*, pp. 268-269 ; E. DE BENS et K. RAEYMAECKERS, *op. cit.*, pp. 32-33.

<sup>64</sup> R. VANTHOOR, *op. cit.*, p. 34 ; T. LUYKX, *op. cit.*, pp. 269-270 ; W. UGEUX, *op. cit.*, p. 22 ; E. DE BENS et K. RAEYMAECKERS, *op. cit.*, p. 35. Voy. égal. G. THOVERON, « La valeur commerciale de l'objectivité », *op. cit.*, pp. 19-27.

<sup>65</sup> T. LUYKX, *op. cit.*, pp. 267-268 ; E. DE BENS et K. RAEYMAECKERS, *op. cit.*, pp. 33-34.

analyser et décortiquer des données techniques et à les présenter au public sous une forme intelligible, en le laissant libre de se former une opinion par lui-même.

Au plan juridique, l'on relèvera que les textes internationaux, postérieurs à la Constitution, mettent sur le même pied les idées et les informations<sup>66</sup>. Fonder une différence de traitement sur un critère de distinction non pertinent, comme celui qui oppose arbitrairement les faits et les opinions, emporterait un risque de violation des instruments supranationaux comportant une exigence de non-discrimination<sup>67</sup>. L'histoire ne peut à elle seule justifier le maintien d'une différence de traitement qui n'a plus lieu d'être dans le contexte contemporain<sup>68</sup>.

24. Dans son ouvrage consacré à la lecture morale de la Constitution américaine<sup>69</sup>, le philosophe du droit américain R. Dworkin a réfuté les arguments prônant une lecture passéiste de la garantie de la liberté de la presse. Le penseur américain dirige ses critiques à l'égard d'un auteur qui avait soutenu que la presse actuelle serait fort différente de celle qui existait au temps de l'adoption du Premier Amendement à la Constitution américaine. En ce temps, « la presse (...) consistait en un nombre de petits journaux représentant une large gamme d'opinions politiques radicalement différentes dont l'audience attendue déformait le compte rendu ». Et l'auteur d'en déduire que « la Constitution peut difficilement avoir prévu, de la part de la presse, un pouvoir, une échelle, et surtout une unité, qui est, en partie, mais pas entièrement, un résultat d'une avancée technologique »<sup>70</sup>. Pour Dworkin, à suivre pareil raisonnement, « la garantie que le Premier Amendement confère à la liberté de la presse ne s'étendrait *pas du tout* à la presse contemporaine »<sup>71</sup> ! Et le philosophe américain de s'interroger : « Pourquoi importerait-il que la presse actuelle

<sup>66</sup> L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme vise aussi bien « la liberté d'opinion » que « la liberté de recevoir ou communiquer des informations ou des idées » (nous soulignons). L'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait, quant à lui, référence à « la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce » (nous soulignons).

<sup>67</sup> Art. 14 de la Convention européenne ; art. 26 du Pacte.

<sup>68</sup> La Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a déjà eu l'occasion de souligner qu'une différence de traitement qui peut être justifiée à un moment donné peut cesser de l'être avec l'évolution des circonstances factuelles entourant l'application de la norme litigieuse. Voy. C.A., 21 mars 2007, n° 44/2007.

<sup>69</sup> R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 187-188.

<sup>70</sup> Nous traduisons.

<sup>71</sup> R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, op. cit., p. 187 (nous traduisons et soulignons).

soit très différente, en pouvoir, en influence, et en style, des petites publications et pamphlets familiers aux hommes d'États du XVIII<sup>e</sup> siècle ? [Une telle thèse] semble se fonder sur l'argument trompeur selon lequel le fait que 'les Framers n'aient jamais pu envisager' la presse moderne serait décisif pour guider la compréhension du Premier Amendement. Cet argument repose sur la thèse discréditée (...) voulant que les dispositions abstraites de la Constitution, comme le Premier Amendement, devraient être interprétées de façon à ce que ne soient protégés que les individus et les institutions dans les seules circonstances concrètes que les rédacteurs des dispositions avaient en tête. [Cet argument] prend appui sur cette thèse discréditée, en outre, sans fournir la moindre preuve de ce que les Framers ont entendu limiter la liberté d'expression et de presse aux journaux de grand format et aux pamphlets qui leur étaient familiers »<sup>72</sup>.

L'interrogation de R. Dworkin semble transposable *mutatis mutandis* à l'interprétation de la Constitution belge. Si l'on a de bonnes raisons de penser que seule la presse d'opinion existait à l'époque des rédacteurs de notre charte fondamentale, doit-on pour autant exclure la presse d'information de la couverture constitutionnelle ? Poser la question, c'est y répondre...

25. Quand bien même on entendrait les distinguer, l'opinion et l'information apparaissent bien souvent inextricables. Vouloir faire le départ entre l'une et l'autre se révèle une tâche bien délicate. C'est que la sélection des faits est elle-même empreinte de subjectivité. La manière de les présenter au public trahit souvent les intentions de celui qui les diffuse<sup>73</sup>. À l'inverse, l'opinion ne peut se construire que sur des faits<sup>74</sup>. En ce sens et comme il a été souligné à bon escient, la liberté de communiquer et de recevoir des *informations* peut être perçue comme un moyen de parve-

<sup>72</sup> *Ibid.*, pp. 187-188 (nous traduisons). Par un arrêt récent, la Cour suprême des États-Unis semble donner raison au philosophe américain en affirmant que « la circonstance que les Framers aient ignoré certains types de locuteurs ou certains moyens de communication ne signifie pas que ces derniers tirent du Premier Amendement une protection moindre que les catégories de locuteurs et de médias qui permettaient de communiquer des idées politiques lorsque le *Bill of Rights* a été adopté » (*Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S. Ct. 876 (2010), p. 906.

<sup>73</sup> En ce sens, voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., t. I, pp. 178-179, n° 162. Voy. égal. M. OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe. Contribution à l'étude de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris, Pedone, 2001, p. 64. Voy. encore G. THOVERON, « La valeur commerciale de l'objectivité », in G. THOVERON et C. DOUTREPELONT, *La presse pouvoir en devenir*, *Revue de l'U.L.B.*, 1996, vol. 3-4, p. 21.

<sup>74</sup> Voy. à propos de la distinction entre la presse dite d'information et la presse dite d'opinion, S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., 3<sup>e</sup> éd., pp. 18-19, n° 28.

nir à la réalisation de la liberté d'*opinion* et de la liberté d'expression des *opinions*<sup>75</sup>. La frontière entre les faits et les opinions se brouille encore davantage si l'on veut bien considérer que le relais des idées et opinions formulées par certaines personnes peut constituer une information. En d'autres termes, le fait d'attribuer certaines paroles à un tiers ne serait autre qu'un renseignement... La qualification en opinion ou en information dépendrait donc toujours du point de vue que l'on adopte. En ce sens, à chaque fois que la presse remplit son rôle de courroie de transmission entre le monde politique et l'opinion publique, et se fait l'écho des propos d'hommes publics, ne doit-on pas considérer qu'elle-même ne fait que diffuser des informations ?

26. Aux prises avec cette distinction filandreuse entre les faits et les opinions, M. le procureur général Hayoit de Termicourt avait jadis proposé de faire le départ entre « l'information-fait » et « l'information-pensée ». L'éminent magistrat suggérait de distinguer entre « la communication brutale et impersonnelle d'un fait » et « l'exposé personnel de recherches auxquelles on a procédé ou la relation de leur résultat »<sup>76</sup>. Aux yeux de l'homme de robe, dans le second cas, le fait communiqué servirait nécessairement « de base ou d'argument à l'exposé d'une doctrine ou d'une opinion, à une critique, à un jugement »<sup>77</sup>. Et le haut magistrat de poursuivre : « Le fait communiqué s'intègre ainsi dans un travail intellectuel ; il devient le fondement d'une opinion ou un argument à l'appui d'une opinion et, partant, le juge ne peut déclarer illicite sa diffusion, sans apprécier du même coup la pensée ou l'opinion d'autrui »<sup>78</sup>.

Que penser de cette proposition ? Il faut saluer la volonté du magistrat d'ouvrir la voie à la protection constitutionnelle de l'information, fût-ce comme accessoire de la liberté d'expression des opinions. Pour le reste, la suggestion n'emporte pas la conviction. En effet, ce que le magistrat reste en défaut d'indiquer, c'est *l'étendue* du travail d'investigation qui serait attendue du journaliste en amont ou *le degré* d'appropriation des faits en aval pour conclure à l'exposé d'une thèse personnelle constitutive d'un délit de presse. La proposition ne fait donc que substituer une distinction d'application malaisée à une autre. Pour reprendre la formule, déjà ancienne, de G. Duchaine, « la limite entre une pensée qui est une

<sup>75</sup> Voy. D. VOORHOOF, « Van pers- en uitingsvrijheid naar communicatievrijheid », in E. BREWAEYS, S. DESMET, J. OPDEBEECK, F. VOETS en D. VOORHOOF, *Persvrijheid, omroeprecht en de nieuwe media*, Tegenspraak cahiers, n° 3, Anvers, Kluwer, 1987, p. 148.

<sup>76</sup> R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le délit de presse », *Pand. pér.*, 1938, pp. 398-399.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 398.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 398.

opinion et une pensée qui ne l'est pas est insaisissable ; elle se dérobe à chaque instant sous mille nuances de forme ou de fond »<sup>79</sup>.

27. Quoique de manière assez implicite, la distinction entre les faits et les opinions est également battue en brèche dans la pratique judiciaire. En effet, comment expliquer autrement que, parmi les délits qualifiés de « délits de presse », qui exigent la manifestation d'une opinion, l'on retrouve des infractions de calomnie ou de diffamation, qui supposent précisément l'articulation *d'un fait précis* d'après le texte qui les érige en infractions<sup>80</sup> ? La Cour de cassation a d'ailleurs elle-même admis que l'exigence de la manifestation d'une opinion peut être rencontrée lorsque le journaliste impute *un fait* à autrui en jugeant que « [les infractions qui portent atteinte à l'honneur et à la considération des personnes] comportent *par essence* la manifestation d'une opinion ou d'un sentiment et sont, par là même, appelées à bénéficier des immunités garanties par l'article 98 de la Constitution [désormais 150], lorsqu'elles empruntent la voie de la presse »<sup>81</sup>.

D'après M. Hanotiau, « une pensée tout à fait rudimentaire, voire implicite » peut suffire à constituer une opinion et le même auteur d'affirmer qu'« un examen attentif de la jurisprudence donne au lecteur le sentiment que, sauf exceptions assez rares, nos cours et tribunaux présument que tout texte, même fort court, comporte normalement l'expression d'une opinion »<sup>82</sup>.

28. En fondant un régime spécifique pour les « délits de presse », l'intention du constituant était de soumettre à la juridiction populaire le soin de départager l'acceptable de l'inacceptable et d'empêcher les juges, dont l'impartialité était mise en doute, de s'engager sur ce terrain. L'on conviendra aisément que certains délits commis par la voie de la presse, mais non qualifiés de délits de presse, ne requièrent pas cette appréciation. La presse, comme tout outil conçu par l'homme d'ailleurs, peut servir d'instrument pour commettre un délit totalement indépendant de l'exercice de la liberté d'expression. Toutefois, l'idée que la relation d'un fait ne s'apprécie pas mais se constate semble largement révolue dans la pratique. Pour s'en convaincre, il suffit de relever que la jurisprudence sur

<sup>79</sup> G. DUCHAINE, *op. cit.*, p. 27.

<sup>80</sup> C. pén., art. 443.

<sup>81</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 21 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I, p. 85 (nous soulignons).

<sup>82</sup> M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 17 janvier 1990, *Journ. proc.*, n° 169, 23 mars 1990, pp. 35-36. Voy. aussi F. JONGEN, « Le délit de presse, concept élargi », note sous Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 106, n° 10.

la responsabilité relative à la diffusion d'*informations* se caractérise par la prise en compte d'un grand nombre de circonstances, en vue d'assurer un juste équilibre entre les différents intérêts en présence. Comme il a été souligné, cette pesée des intérêts laisse une grande part à l'*appréciation* du juge<sup>83</sup>.

Il est logique que les infractions résultant de la « police de la presse » n'entraînent pas l'application des garanties constitutionnelles dès lors qu'elles consistent souvent en une abstention, par exemple, un refus d'insertion d'un droit de réponse<sup>84</sup> ou un oubli de la mention du nom de l'éditeur responsable<sup>85</sup>. Plus contestable est selon nous l'exclusion de la couverture constitutionnelle de certaines formes d'*expressions* au motif qu'elles ne constitueraient pas des opinions.

29. De nos jours, il faut bien l'avouer, l'exigence de l'opinion ne semble plus qu'un prétexte permettant d'exclure *a priori* et de manière catégorielle certaines formes d'expression, telle l'information pure, des garanties pensées par le constituant.

Deux réponses peuvent être formulées à l'encontre de ce rejet. D'une part, comme on l'a vu, l'exigence même de l'opinion, en ce qu'elle permettrait d'exclure les faits bruts, peut être remise en cause à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle et à l'heure de la société de l'*information*. D'autre part, l'exclusion de modes d'expression particuliers en raison du fait qu'ils ne seraient *jamais* capables d'être porteurs d'une opinion digne de protection semble résulter, au mieux, d'un jugement hâtif et, au pire, d'une hypocrisie qui ne dit pas son nom. C'est le postulat qu'il nous faut à présent vérifier à l'égard de l'image et du message publicitaire, lesquels sont également exclus de la protection constitutionnelle de la presse, au motif qu'ils ne constitueraient pas l'expression d'opinions.

<sup>83</sup> Pour une critique du recours à la méthode de la pondération des intérêts, voy. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, « Le contrôle judiciaire de la presse », *A&M*, 2002, pp. 485-503, spéc., §§ 10-13.

<sup>84</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 10 juillet 1871, *Pas.*, 1872, I, p. 17 : « (...) il est évident que le refus ou le retard de cette insertion ne présente sous aucun rapport le caractère d'un délit de presse, lequel n'existe que par la publicité (...) ».

<sup>85</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 7 juillet 1924, *Bull.*, 1924 p. 452 : « Attendu que le demandeur, qui s'est déclaré auteur des écrits incriminés, objecte à tort la règle énoncée dans l'article 18 de la Constitution prescrivant que quand l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis ; car ce principe ne s'applique qu'aux manifestations de la pensée par voie de la presse, et non aux faits constituant simplement des infractions matérielles à la police de l'imprimerie ».

## B. L'exclusion des images

30. En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, une opinion ne peut être exprimée qu'à travers un texte et non par le biais de dessins ou d'images<sup>86</sup>.

Dès l'adoption de la Constitution, l'application des garanties constitutionnelles aux messages picturaux a fait l'objet de vives discussions au sein de la doctrine et de la jurisprudence.

Le plaidoyer des auteurs favorables à l'intégration de la presse à images dans le giron de la protection constitutionnelle mérite d'être évoqué car il se révèle assez similaire à celui des défenseurs d'une conception de la presse suffisamment large pour inclure les médias audiovisuels et numériques<sup>87</sup>. L'enjeu était - et demeure plus d'un siècle plus tard ! - de faire bénéficier la presse à images du régime mis en place par l'article 25, jugé plus protecteur que celui instauré par l'article 19 de la Constitution<sup>88</sup>.

Le silence gardé par le constituant à l'endroit de la presse à images, qui avait pourtant subi dans le passé les mêmes déboires que son homologue écrite, ne paraît pas décisif pour exclure cette dernière de la large protection de l'article 25. Aux yeux de C. Laurent, « (...) conclure du silence du législateur constituant qu'il a voulu exclure des bénéficiaires de la liberté un des moyens de manifester ses opinions, serait l'accuser gratuitement d'un manque de logique ». Et le même auteur de poursuivre : « Il est bien plus probable (...) que le Congrès a employé un texte général, sans spécifier aucun mode de manifester sa pensée, de crainte qu'une énumération, toujours dangereuse, ne devienne incomplète, si un moyen nouveau venait à

<sup>86</sup> Voy. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 455 : « (...) il ne peut être question de délit de presse que lorsqu'il s'agit d'écrits imprimés, non de simples figures ou images, fussent-elles imprimées » ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 18 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 46 (dans des termes identiques) et, récemment encore, Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 1179, *A&M*, 2005, p. 73 : « (...) une photographie, même parue dans la presse, n'est que la représentation d'un objet matériel et n'est pas directement la manifestation d'une opinion, au sens que la Constitution attache à cette expression ». À notre estime, l'arrêt rendu le 29 janvier 2013 et concluant à l'absence de compétence du tribunal correctionnel pour connaître de la diffusion sur l'internet d'images et de textes ne change rien à la jurisprudence constante de la Cour de cassation (Cass. (2<sup>e</sup> ch.), *Pas.*, 2013, I, p. 255 ; *A&M*, 2014, p. 133, note E. CRUYSMANS), dans la mesure où la solution retenue semble découler de la connexité entre les deux formes d'expression. Voy. égal. E. CRUYSMANS, « L'image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? », note sous l'arrêt précité, *A&M*, 2014, pp. 134-137. Comp. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 203-205, n° 246.

<sup>87</sup> Voy. *infra*, § 4, n°s 50 à 66, à propos de l'exigence de l'écrit imprimé.

<sup>88</sup> G. DUCHAINE, *op. cit.*, p. 160.

être mis au jour. L'interprétation que nous donnons à l'article 18 [désormais 25] de la Constitution est incontestablement conforme à son esprit : de plus, le texte n'y est pas contraire, car si le mot *presse* dans le langage usuel signifie impression de la lettre moulée, on doit aussi comprendre sous ce terme les gravures, images, etc. »<sup>89</sup>.

On le voit, il n'a pas fallu attendre l'émergence des médias audiovisuels pour que la notion de « presse » visée par la Constitution ne devienne sujette à controverse...

L'exclusion des images de la compétence du jury populaire a rapidement été prononcée par la Cour de cassation qui, moins d'une décennie après l'adoption de la Charte fondamentale affirmait déjà : « (...) c'est en faveur des écrivains, et surtout des écrivains politiques, qu'ont été établies les garanties protectrices de la loi ; que les mots 'liberté de la presse' doivent s'entendre, non dans le sens le plus étendu que puissent comporter ces expressions, mais dans le sens légal que lui assignent les dispositions combinées des articles 14 et 18 de la Constitution, c'est-à-dire dans le sens que les Belges ont le droit d'exprimer librement leurs opinions par le moyen de la presse (...) ; Attendu que les images imprimées, gravées ou lithographiées, bien qu'elles soient les produits de la presse dans l'acception la plus illimitée, ne sont que la représentation d'objets matériels, et ne sont pas directement l'expression de la pensée ou la manifestation d'une opinion, dans le sens que la Constitution a attaché à cette expression ; Qu'on ne peut donc admettre que les délits commis par la publication d'images doivent être considérés comme des délits de presse »<sup>90</sup>.

Quand bien même la liberté de la presse devrait être réservée à l'expression imprimée des opinions, à notre sens, rien ne permettrait d'exclure catégoriquement qu'une image puisse être le véhicule d'une opinion<sup>91</sup>. « N'arrive-t-il pas qu'un trait, un dessin, un emblème ait la puissance d'une violente satire ? », a-t-on pu justement s'interroger en doctrine<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> C. LAURENT, *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>90</sup> Cass. (ch. crim.), 28 mars 1839, *Pas*, 1839-1840, I, p. 55.

<sup>91</sup> G. DUCHAINE, *op. cit.*, p. 170. Plus récemment, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, t. I, p. 193, n° 176 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, pp. 349-350, n° 482 et pp. 351-352, n°s 484-485.

<sup>92</sup> *Pandectes belges*, v° « Délit de presse », *op. cit.*, col. 245, n° 98. En 1861 déjà, H. Schuermans avait reconnu qu'« il n'est pas (...) impossible de se figurer des cas où une image gravée ou lithographiée constituera un délit de presse, sans une phrase, sans même un mot imprimé ; cela aura lieu chaque fois que l'on pourra y voir soit une calomnie, soit une injure, soit une provocation, soit tout autre délit d'opinion ; dans ces cas, le fait devra être soumis au jury » (*Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentives de ce décret*, *op. cit.*, 1<sup>re</sup> éd., p. 398).

31. En réalité, la question de l'inclusion ou de l'exclusion de la presse à images de la garantie constitutionnelle de la presse semble surdéterminée par le sort à réserver aux images contraires aux bonnes mœurs. Ces dernières doivent-elles être considérées comme porteuses d'opinions et l'appréciation de leur lubricité doit-elle être abandonnée à la sagesse du jury et soustraite au jugement des magistrats professionnels et des éditeurs, imprimeurs et autres distributeurs ?

D'aucuns ont considéré que dès lors qu'elle était qualifiée d'outrage aux mœurs, l'image ne pouvait nullement être tenue pour porteuse d'une opinion. Il ne s'agirait alors que d'un fait matériel dont l'évidence sauterait aux yeux de n'importe quel juge, sans qu'il soit nécessaire de recourir aux lumières du jury populaire<sup>93</sup>. À notre sens, rien ne permet d'opérer un tel tri sélectif à l'aveugle. Une nouvelle fois, tout est affaire d'interprétation et d'appréciation des circonstances propres à chaque espèce.

L'on voit donc que c'est vraisemblablement pour éviter des jugements de valeur difficilement justifiables et une appréciation au cas par cas toujours délicate que la Cour de cassation a préféré limiter les garanties constitutionnelles de la presse aux imprimés jugés les moins subversifs, à savoir les écrits. Il est d'ailleurs remarquable que les écrits licencieux, au contraire des images du même acabit, bénéficient, quant à eux, du qualificatif de « délit de presse »<sup>94</sup>. C'est que de tout temps, il est toujours apparu moins suspect de distinguer les contenants que les contenus. La démarcation paraît plus neutre, plus objective. Certains auteurs ont été jusqu'à considérer que le texte, à la différence de l'image, serait *par nature* porteur d'opinion. D'après eux, l'écrit solliciterait toujours la raison. Ainsi, aux yeux de J. Velaers, qui déplore l'exclusion générique des images de la couverture constitutionnelle, l'image, au contraire de l'écrit, devrait toujours démontrer qu'elle ne fait pas que s'adresser aux sens, pour entrer dans le cénacle des opinions protégées<sup>95</sup>.

Pour notre part, nous considérons que les images comme les textes *peuvent* être porteurs d'opinions même si aucun d'eux n'en comporte nécessairement<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> En ce sens, C. LAURENT, *op. cit.*, p. 219 : « Il suffirait de jeter un regard sur la lithographie pour être convaincu de l'innocence ou de la culpabilité du prévenu ».

<sup>94</sup> Voy. à ce sujet, M. DE SMEDT, « Publications obscènes et liberté de la presse », *Rev. dr. pén.*, 1958-1959, pp. 465-475 et les nombreuses réf. citées.

<sup>95</sup> J. VELAERS, *op. cit.*, p. 193, n° 176.

<sup>96</sup> Dans le même sens, K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 352, n° 485 ; J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 220 ; *contra*, C. Laurent, qui propose de faire une distinction entre les écrits qui parlent à l'intelligence et les dessins qui ne parleraient qu'aux sens (*op. cit.*, p. 218).

Ce sont vraisemblablement les *effets* redoutés de l'image qui ont motivé l'exclusion générique de cette forme d'expression de la protection offerte par la charte fondamentale. Si l'écrit a suscité moins de craintes que l'image, c'est sans doute que lorsque la Cour de cassation a dû se prononcer sur la portée de la liberté de la presse et fixer sa jurisprudence en la matière, l'alphabétisation apparaissait encore comme un luxe qui ne concernait qu'une minorité privilégiée. L'image, au contraire de l'écrit, était crainte pour son pouvoir de soulever les foules.

32. Que penser de tout ceci ? Le fait de considérer qu'un dessin, une image ou une reproduction d'une œuvre d'art ne pourraient par nature être porteurs d'une opinion nous apparaît éminemment discutable. Qui oserait affirmer qu'une affiche du *Guernica* de PICASSO ne serait porteuse d'aucune opinion ? Et puis, n'a-t-on pas coutume de dire qu'un bon dessin vaut mieux qu'un long discours ? Ne faudrait-il pas rejoindre la juge Vajić de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle affirme, à propos de la publication dans *Paris Match* d'un cliché dépeignant le préfet Erignac tout juste passé de vie à trépas, que de nos jours, « il est incontestable que l'information passe par l'image et que souvent (...) l'image *fait* l'information »<sup>97</sup> ? Que penser également des nombreuses infographies publiées par la presse et qui, souvent sans le moindre mot, permettent au lecteur pressé de saisir d'un seul coup d'œil le déroulement d'un événement ou de comprendre les causes et conséquences d'un phénomène ?

33. Du reste, les contours de l'opposition entre l'écrit et l'image sont flous. C'est que, comme il a été souligné, l'écriture apparaît avant toute chose comme une manière de représenter le réel par un dessin. Les écritures picturales sont là pour nous le rappeler<sup>98</sup>. Qu'en serait-il, par ailleurs, d'un message diffusé au public dans lequel l'écrit et l'image seraient imbriqués l'un dans l'autre ? Que penser, par exemple, d'un tableau de Magritte ou d'une bande dessinée, dans lesquels l'image et le texte ne feraient plus qu'un ? Serait-il raisonnable de faire une application distributive des règles applicables à la presse à l'égard de l'écrit et du droit commun s'agissant des images ? Ne faudrait-il pas admettre une forme de

<sup>97</sup> Opinion dissidente de la juge Vajić jointe à Cour eur. D.H., 1<sup>re</sup> sect., arrêt *Hachette Filipacchi Associés c. France*, 14 juin 2007 (nous soulignons). Voy. égal. l'opinion dissidente du juge Loucaides jointe au même arrêt.

<sup>98</sup> Voy. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 650 : « Dès le moment où l'on considère que tous les modes d'écriture graphique sont des écrits, en ce compris ceux ayant une valeur figurative, force est d'admettre que les images sont en principe des écrits ».

connexité ?<sup>99</sup> La solution semble s'imposer d'elle-même. Mais il suffirait alors d'une courte légende, voire de quelques lettres, pour faire basculer l'image sous la protection constitutionnelle de la presse...<sup>100</sup>

34. L'on notera, enfin, qu'indépendamment de l'exigence de l'opinion, l'image se trouverait de toute façon exclue de la protection constitutionnelle de la presse dans la mesure où la Cour de cassation persiste à en limiter la portée aux seuls *écrits*<sup>101</sup>. Nous y reviendrons.

### C. L'exclusion du message publicitaire

35. À l'instar des faits bruts et des images, la publicité a été jugée étrangère au « délit de presse » et, plus généralement, à la protection constitutionnelle de la presse au motif, une fois encore, qu'elle ne pourrait être porteuse d'une opinion.

<sup>99</sup> Dans un récent arrêt, la Cour de cassation semble implicitement avoir reconnu le bien-fondé de cette solution. Voy. Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 255 ; *A&M*, 2014, p. 133, note E. CRUYSMANS, dans lequel la Cour admet que « la reproduction et la diffusion numérique d'images et de textes [peuvent] comporter l'expression d'une opinion punissable » (nous soulignons). Voy. égal. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 7 novembre 2001, *V.L.M.B.*, 2004, p. 760 ; *contra*, Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 18 septembre 1967, *Pas.*, 1968, I, p. 69 ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 8 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 336. Par le passé, la Cour de cassation a déjà conclu à l'existence d'une connexité entre la publication d'un même propos dans la presse écrite et sa diffusion dans la presse audiovisuelle (Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 28 mai 1985, *J.T.*, 1986, p. 24, note J.M., réactions de F. REYNTJENS et J. MESSINE, p. 242 ; *R.W.*, 1985-1986, col. 2854, note D. VOORHOOF).

<sup>100</sup> La Cour européenne des droits de l'homme semble, quant à elle, avoir récemment admis une lecture globalisante des articles de presse qui combinent du texte et des photographies pour apprécier la contribution faite par l'ensemble au débat d'intérêt général (Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, §§ 118-119). La Cour européenne n'a pas clairement répondu à l'objection soulevée par les requérants qu'il existait un risque que l'article ne constitue qu'un prétexte pour justifier la publication de l'image l'accompagnant mais s'est ralliée au constat des juridictions nationales qui avaient conclu que tel n'était pas le cas en l'espèce. Pour un commentaire critique de cette « approche globalisante » de l'intérêt général retenue par la Cour, voy. J.-F. RENUCCI, « La CEDH et l'affaire 'Von Hannover (n° 2)' : un recul fort contestable du droit au respect de la vie privée », *D.*, 2012, pp. 1040-1042. Pour un exemple plus récent, voy. aussi Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 3), 19 septembre 2013, §§ 48-49.

<sup>101</sup> Voy. *infra*, § 4, nos 50 à 66, sur la condition de l'écrit imprimé. Voy. égal. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., p. 650, note n° 4, et les références citées. L'auteur fait la distinction entre l'exclusion de l'image résultant du défaut d'élément intellectuel (l'opinion) et celle découlant de l'absence de l'élément matériel (l'écrit), tous deux exigés par la Cour de cassation pour parler d'un « délit de presse ». Voy. encore K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., pp. 351-352, n° 484.

Au commencement du XX<sup>e</sup> siècle déjà, la Cour de cassation avait affirmé qu'échappait à la notion de « délit de presse » le fait de faire paraître dans un journal des annonces, qui loin de constituer la manifestation abusive d'une opinion, ne constituaient qu'un moyen de commettre un délit de proxénétisme<sup>102</sup>. Dans le même sens, d'autres juges ont estimé, sous une formule assez éloquente, que « le constituant a voulu garantir la liberté d'opinion et non la liberté de réclame et de publicité »<sup>103</sup>. L'idée sous-jacente est que la liberté d'opinion ne permettrait pas de couvrir les expressions purement commerciales.

De manière plus nuancée, la Cour constitutionnelle – alors Cour d'arbitrage – au terme d'une approche globalisante des dispositions de la Constitution et de leurs homologues internationales, a pourtant admis que « bien que les informations de caractère commercial fassent partie du champ d'application des dispositions précitées, il n'apparaît pas toutefois que les interdictions qu'édicte en la matière [la loi querellée] excèdent les limites et conditions dans lesquelles le législateur peut restreindre la liberté d'expression »<sup>104</sup>. Or, parmi lesdites « dispositions précitées », l'on retrouve précisément les articles 19 et 25 de la Constitution. Il en résulte que, d'après la Cour constitutionnelle, ces dispositions constitutionnelles précitées couvrent également les expressions d'ordre purement commercial<sup>105</sup>.

36. Les apories auxquelles conduit toute velléité d'isoler de manière abstraite le discours commercial suffisent, une fois encore, à témoigner du

<sup>102</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 21 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I., p. 85 et les conclusions conformes du procureur général JANSSENS. Comp. Gand (8<sup>e</sup> ch.), 18 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-00, p. 4 et note D. VOORHOOF, où il a été jugé que la circonstance qu'une communication vise avant tout à rechercher du personnel et non, comme dans le cadre d'une contribution journalistique, à exposer des idées, n'exclut pas qu'il puisse être question de l'expression d'une opinion punissable.

<sup>103</sup> Corr. Bruxelles (48<sup>e</sup> ch.), 31 mai 1989, inédit, cité par D. VOORHOOF, « Petites annonces à caractère sexuel dans les journaux et les périodiques. Inventaire des instruments juridiques permettant de poursuivre, de réprimer ou de mettre un terme à certaines formes de publicité contenant une incitation à la débauche, à la prostitution ou à l'exploitation sexuelle », *Doc. parl.*, ch., sess. ord., 1991-1992, n° 673/8, p. 286 et s., ici au § 1.1.3.

<sup>104</sup> C.A., 30 septembre 1999, n° 102/1999, B. 24.3, *A.J.T.*, 1999-00, p. 267; [V.L.M.B., 1999, p. 1412](#) et note F. ABU DALU ; [K.W., 1999-2000, p. 1086](#) ; *TBP*, 2000, p. 394 (nous soulignons).

<sup>105</sup> La cour d'appel de Bruxelles a, semble-t-il, contourné les enseignements de cet arrêt en jugeant que bien que *couvertes* par les articles 19 et 25 de la Constitution, les informations de nature commerciale n'étaient *pas nécessairement* l'expression d'une opinion. Voy. Bruxelles (15<sup>e</sup> ch.), 20 novembre 2000, [A&M, 2001, p. 276](#). La réapparition du critère de l'opinion ne manque pas d'étonner dès lors que l'on se situe déjà dans le champ d'application des dispositions constitutionnelles *qui exigent* la manifestation d'une opinion.

bien-fondé d'une telle solution. En effet, qu'est-ce qui pourrait donc bien distinguer le propos commercial de l'opinion ? Comment définir précisément le message publicitaire qui se trouverait ainsi privé de la protection constitutionnelle, non seulement de la presse, mais également de la liberté de manifestation des opinions ? La jurisprudence des cours et tribunaux, peu abondante en la matière, ne fournit pas de définition précise de la publicité qu'elle a pourtant elle-même choisi d'exclure du bénéfice des garanties constitutionnelles.

37. L'analyse de la législation, généralement d'inspiration européenne, révèle que la notion de publicité est variable et dépendante des objectifs poursuivis par son encadrement. Aussi, la publicité pour le tabac et pour les médicaments à usage humain fait-elle l'objet d'une définition extensive, dictée par des impératifs de santé publique<sup>106</sup>. Conscients de cette polysémie, nous pouvons néanmoins nous risquer à suggérer une définition générale de la publicité qui consisterait en *une incitation directe ou indirecte* à recourir à des *produits ou services* faite par une personne physique ou morale *qui exerce une activité économique*<sup>107</sup>.

Dans la définition proposée, deux conditions cumulatives caractérisent le véritable message publicitaire. *Primo*, l'essence du discours publicitaire est de proposer ou d'inciter à conclure une transaction commerciale<sup>108</sup>. La Cour européenne a ainsi reconnu à plusieurs reprises que la publicité, en tant qu'objet relevant du champ d'application de l'article 10 de la Convention, « constitue pour le citoyen un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens qui lui sont offerts »<sup>109</sup>. *Secundo*, cette incitation ou cette proposition doivent émaner, directement ou

---

<sup>106</sup> Nous y reviendrons plus loin dans notre analyse de la définition du message publicitaire.

<sup>107</sup> Voy. not. la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), *J.O.U.E.*, 15 avril 2010, L 095, p. 1, art. 1<sup>er</sup>, § 1, h), où la « communication commerciale audiovisuelle » est définie comme « des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces images accompagnent un programme ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion ».

<sup>108</sup> Voy. K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 146, n° 164.

<sup>109</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Casado Coca c. Espagne*, 24 février 1994, § 51 ; Cour eur. D.H., 3<sup>e</sup> sect., arrêt *Stambuk c. Allemagne*, 17 octobre 2002, § 39 ; Cour eur. D.H., 1<sup>re</sup> sect., arrêt *Krone Verlag GmbH & Co. KG c. Autriche (n° 3)*, 11 décembre 2003, § 31.

indirectement, d'une personne physique ou morale intéressée aux bénéfices des entreprises dont les produits ou services sont promus.

38. S'agissant de la première condition, à savoir *l'invitation ou l'incitation à conclure une opération commerciale*, la Cour européenne des droits de l'homme a pu considérer *a contrario* qu'un spot publicitaire exhortant les téléspectateurs à réduire leur consommation de viande « échappe indubitablement au contexte commercial normal, dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier » et « traduit plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général, qui sont au centre de divers débats politiques »<sup>110</sup>. Si l'on entend la publicité comme l'incitation à consommer des produits ou services, la notion de publicité politique semble confiner à l'oxymore.

Le même raisonnement n'a pourtant pas été appliqué avec la même rigueur par la Cour de Strasbourg sur le terrain de la publicité religieuse, sans doute pour ménager les sensibilités nationales. La Cour européenne a été saisie à plusieurs reprises de la question de la publicité religieuse. Dans l'affaire *Murphy*, elle a tout d'abord mis l'accent sur le fait que la diffusion de la séquence avait été monnayée, pour la qualifier de publicité, quand bien même elle n'avait aucune visée commerciale<sup>111</sup>. Dans l'affaire *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, la Cour, réunie en grande chambre, a jugé qu'une campagne d'affichage qui visait à faire réfléchir le public sur les idées d'une association « censément religieuse » et qui, d'après elle, ne se référait « qu'incidemment à des idées sociales ou politiques » échappait au cadre publicitaire traditionnel<sup>112</sup> mais s'apparentait cependant au discours commercial, dès lors qu'elle visait « à un certain prosélytisme »<sup>113</sup>. Ce raisonnement ne manque pas d'étonner<sup>114</sup>. Contestable, tout d'abord, nous apparaît la minimisation, opérée par la majorité de la Cour, de la vocation sociale et politique du discours qui ne présentait ni plus ni moins

<sup>110</sup> Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *VgT Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001, §§ 57 et 70.

<sup>111</sup> Cour eur. D.H., 3<sup>e</sup> sect., arrêt *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, § 74, où la Cour fait la distinction entre le reportage qui serait soumis à une exigence d'impartialité et la publicité payée qui n'y serait pas tenue.

<sup>112</sup> Le président de la Cour, le juge Bratza, qui a voté avec la majorité, a soutenu que l'affiche devait être qualifiée de publicitaire « même si (...) elle ne visait pas à inciter le public à acheter un produit ou service et n'avait pas nécessairement un objectif directement financier ».

<sup>113</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, § 62.

<sup>114</sup> Voy. égal. les observations critiques de P. MUZNY, « La liberté d'expression des idéaux par voie d'affichage sur le domaine public ne vaut pas pour tous », note sous Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 695-716.

qu'une « vision du monde » défendue par une minorité<sup>115</sup>. La campagne d'affichage projetée visait à faire réfléchir sur une manière de concevoir le monde et aucunement à inciter à la consommation de biens et services<sup>116</sup>. Ensuite, le prosélytisme, d'ailleurs admis par la Cour en matière religieuse dans un arrêt précédent<sup>117</sup>, semble constituer le principal moyen utilisé pour emporter l'adhésion des électeurs autour d'un projet politique<sup>118</sup>.

Le premier critère *ratione materiae* limite déjà sérieusement la définition du message commercial qui se trouverait exclu de la protection constitutionnelle de la presse.

39. En outre, comme on l'a annoncé, la publicité ne viserait *a priori* que l'expression d'un certain type de discours *par un certain type d'acteurs*. Autrement dit, la régulation de la publicité ne s'étendrait pas à tout commentaire sur un produit ou un service mais viserait à encadrer l'intervention de certains locuteurs intéressés par le succès de l'entreprise qui les fournit<sup>119</sup>. En conséquence, l'avis exprimé par un consommateur ou par un critique culinaire, par exemple, ne devrait pas être considéré comme un message publicitaire, même si son contenu pourrait évidemment avoir une influence positive (ou négative, d'ailleurs) sur le marché considéré<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Voy. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Sajó, Lazarova Trajkovska, Bianku, Power-Forde, Vučinić et Yudkivska, § 3, qui qualifient le discours d'« hybride, ni commercial, ni politique mais qui concerne une matière d'intérêt public ». Voy. aussi l'opinion dissidente commune aux juges Sajó, Lazarova Trajkovska et Vučinić qui parlent de « la vision du monde prônée par une minorité ». Ces derniers juges regrettent la création d'une nouvelle catégorie d'expression de niveau inférieur. Ils critiquent le fait que la majorité ait qualifié le discours de « non-politique » et de « quasi commercial » pour amoindrir la protection qui aurait dû lui revenir.

<sup>116</sup> Voy. en particulier l'opinion dissidente commune aux juges Sajó, Lazarova Trajkovska et Vučinić.

<sup>117</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993.

<sup>118</sup> N. HERVIEU, « Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012.

<sup>119</sup> C.E. BAKER, « Le Premier Amendement et la publicité commerciale », in E. ZOLLER, *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 12-13.

<sup>120</sup> Voy. cependant Cour eur. D.H., plén., arrêt *markt intern Verlag GmbH et Klaus Beerman c. Allemagne*, 20 novembre 1989, § 36, où la majorité de la Cour a jugé que l'article litigieux, qui critiquait les pratiques d'une société de vente par correspondance, avait été rédigé dans un contexte commercial, et pouvait faire l'objet d'une interdiction en raison de la concurrence déloyale qu'il entraînait, *même si sa société editrice n'était pas une concurrente de la firme mise en cause*. Ce point de vue a été sévèrement critiqué par le juge Martens dans une opinion dissidente jointe à cet arrêt (à laquelle se rallie le juge Macdonald) dans laquelle le magistrat s'interroge sur le fait de savoir s'il peut être nécessaire, dans une société démocratique, « de restreindre (...) les droits et libertés fondamentaux d'un organe de presse pour la seule raison que cet organe a épousé certains intérêts économiques, à savoir ceux d'un secteur spécial du commerce spécialisé » (§ 5). Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt

En d'autres termes, à notre estime, l'identité et la qualité de la personne à l'origine de la diffusion du message devraient revêtir une importance cruciale pour juger de son caractère publicitaire. Ainsi, un entretien librement publié par un journaliste devrait normalement être traité différemment de la publication dans le même support d'un encart publicitaire moyennant finances<sup>121</sup>.

Pour autant, la ligne de démarcation entre le contenu rédactionnel et la publicité n'apparaît pas toujours évidente à tracer. S'il permet parfois de présumer le caractère désintéressé de la publication, le critère de l'absence de paiement ne devrait pas être décisif à lui seul. Certaines sociétés commerciales pourraient, par exemple fournir à des journalistes peu scrupuleux certains renseignements, voire des reportages finis, sur des produits et services en échange d'une publication gratuite<sup>122</sup>. À l'inverse, le fait que la publication d'encarts publicitaires ait été monnayée par des associations militantes ou politiques ne les prive pas de leur valeur pour le débat public<sup>123</sup>. Ici, comme ailleurs, le critère cardinal de *l'intérêt public* de

---

*Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, dans lequel la Cour admet le principe de l'application de la législation sur la concurrence déloyale à un chercheur retraité qui avait transmis à un journal spécialisé une étude démontrant la nocivité de la consommation d'aliments cuits au four à micro-ondes (§ 47). Voy. encore Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Demuth c. Suisse*, 5 novembre 2002, § 41. Dans cette affaire, le requérant se plaignait du refus de l'octroi d'une licence pour une chaîne télévisée qui, d'après la Cour, « visait à promouvoir des voitures et donc à encourager leur vente », même si rien n'a été dit, dans l'arrêt, des liens entre cette chaîne de télévision et le secteur automobile.

<sup>121</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Barthold c. Allemagne*, 25 mars 1985, § 42, où la Cour souligne la difficulté de faire le départ entre les effets publicitaires entraînés par l'article et les opinions et informations d'intérêt général qu'il véhicule, et ce, d'autant plus « qu'il s'agissait d'un article écrit par une journaliste et non d'une annonce commerciale ». Dans cet arrêt, la Cour n'a dès lors pas jugé nécessaire « de rechercher si la publicité comme telle bénéficie ou non de la garantie [assurée par l'article 10] » (nous soulignons). Voy. égal., dans la même veine, Cour eur. D.H., 3<sup>e</sup> sect., arrêt *Stambuk c. Allemagne*, 17 octobre 2002, § 46.

<sup>122</sup> Voy. à ce sujet C.E., *RTBF c. le CSA et la Communauté française*, 22 septembre 2000, n° 89.755. Sur le plan déontologique, voy. la directive du Conseil de déontologie journalistique sur la distinction entre publicité et journalisme, 15 décembre 2010, disponible à l'adresse : <http://www.deontologiejournalistique.be/publicite/>.

<sup>123</sup> Cour eur. D.H., 1<sup>re</sup> sect., arrêt *Tv Vest As & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*, 11 décembre 2008, § 64 : « Même s'il s'agissait d'un message publicitaire payé et non d'un reportage de presse sur un débat politique, la teneur du discours en question était incontestablement de nature politique ». Voy. égal. les opinions dissidentes des juges Sajó, Lazarova Trajkovska et Vučinić, p. 43, et celle du juge Pinto de Albuquerque, jointes à Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Mouvement raélien suisse c. Suisse*, précité, p. 59. Et la réf. à *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 255 (1964), dans lequel le juge Brennan avait relevé que : « le fait que le Times ait été payé pour faire paraître la publicité est en l'occurrence dénué de pertinence, tout comme le fait que les journaux et les livres se vendent ».

la publication devrait donc être pris en compte pour apprécier le caractère purement publicitaire du propos<sup>124</sup>.

Généralement, la publicité s'entend de l'intervention directe des annonceurs. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la « publicité indirecte » fait également l'objet d'une régulation. Bien que non directement motivées par le désir de promouvoir les ventes de biens et services car n'émanant pas de personnes émergeant à l'activité économique promue, certaines expressions peuvent en donner une image positive. Ainsi, sur le terrain de la publicité pour les produits dérivés du tabac, la Cour européenne des droits de l'homme s'est gardée de deux reprises de censurer la condamnation pour publicité illicite prononcée par les juridictions françaises à l'égard de plusieurs organes de presse qui, dans un reportage d'actualité, avaient omis de flouter le logo d'un fabricant de cigarettes bien connu apposé sur l'équipement d'un célèbre pilote de Formule 1<sup>125</sup>. La haute juridiction strasbourgeoise a noté dans les deux affaires que même s'il ne s'agissait pas d'une publication à caractère « strictement » commercial<sup>126</sup>, « les requérants auraient pu rendre flous lesdits logos, ce procédé technique étant très facile à mettre en œuvre, sans qu'une telle modification n'altère considérablement la substance même des photographies, ni ne porte atteinte à la retransmission exacte de l'information »<sup>127</sup>.

La Cour de justice de l'Union européenne a jugé, quant à elle, que pouvait constituer une forme de publicité<sup>128</sup> prohibée pour un médicament non autorisé la diffusion sur le net d'informations y relatives par

<sup>124</sup> Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Barthold c. Allemagne*, précité, § 58 où la Cour insiste sur l'intérêt public que revêtait l'entretien accordé par un vétérinaire à propos des services de garde, en dépit de l'effet publicitaire du propos, jugé secondaire. Dans le même sens, voy. Cour eur. D.H., 3<sup>e</sup> sect., arrêt *Stambuk c. Allemagne*, précité, §§ 46-49. Voy. égal. l'opinion dissidente du juge Gaukur Jörundsson jointe à Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Demuth c. Suisse*, 5 novembre 2002, qui souligne l'intérêt public de certains sujets que la chaîne se proposait de traiter (politique énergétique, relations entre trafic ferroviaire et circulation routière, questions liées à l'environnement). Voy. égal. J. ZEEGERS, « La publicité compromet-elle l'information ? », in *Publicité et information*, 3<sup>e</sup> dossier de « La publicité : média en question », Bruxelles, C.I.M.C.S., 1977, pp. 6-7. De manière plus générale, sur la notion d'intérêt public telle qu'elle se dégage de la jurisprudence européenne, voy. le second chapitre de la première partie de la présente étude.

<sup>125</sup> Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, 5 mars 2009 ; Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, 5 mars 2009.

<sup>126</sup> *Ibid.*, respectivement aux § 45 et § 55.

<sup>127</sup> *Ibid.*, respectivement aux § 49 et § 59.

<sup>128</sup> Au sens de l'article 86, § 1, de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001, instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (*J.O.C.E.*, L 311, p. 67), telle que modifiée par la directive 2004/27/CE du

un tiers agissant de sa propre initiative (en l'espèce, un journaliste), fût-ce en dehors du cadre d'une activité commerciale ou industrielle<sup>129</sup>. En particulier, la Cour de Luxembourg a souligné que « la situation de l'auteur d'une communication relative à un médicament et, notamment, sa relation avec l'entreprise qui produit ou qui distribue celui-ci constituent un facteur qui, bien qu'il aide à déterminer si cette communication a un caractère publicitaire, doit être apprécié conjointement avec d'autres circonstances, comme la nature de l'activité exercée et le contenu du message »<sup>130</sup>. Dans ce contexte, il appartient au juge national de déterminer si la diffusion litigieuse constitue « une forme de démarchage d'information, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de médicaments »<sup>131</sup>.

40. Pour le reste, le contenant ou le support du propos n'apparaît pas crucial, à lui seul, pour déterminer la teneur publicitaire du propos. En ce sens, il a été jugé que rien n'empêche de considérer que la publication de critiques dans un dépliant publicitaire échappe au domaine de la communication commerciale et, partant, constitue un « délit de presse »<sup>132</sup>. Au fond, dans le domaine considéré, le message importe plus que l'enveloppe qui le contient.

41. L'on relèvera encore que même les opposants à la protection constitutionnelle du discours commercial réservent des hypothèses dans lesquelles la publicité, quoiqu'émanant d'une personne exerçant une activité économique et vantant les mérites d'un produit ou d'un service qu'elle propose, peut constituer l'expression d'une *dissidence* qui recourt à la voie publicitaire pour médiatiser une manière minoritaire de concevoir la production et/ou la consommation<sup>133</sup>.

42. En définitive, comme on le voit, la détermination des contours du discours commercial ne peut s'opérer *a priori* et faire l'impasse sur

---

Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004 (*J.O.C.E.*, L 136, p. 34). En vertu de l'article 87, § 1, de la même directive, les États membres doivent interdire toute publicité faite à l'égard d'un médicament dépourvu d'autorisation de mise sur le marché.

<sup>129</sup> C.J.C.E. (2<sup>e</sup> ch.), 2 avril 2009 (*Damgaard*), C-421/07 et concl. av. gén. Ruiz-Jarabo Colomer.

<sup>130</sup> *Ibid.*, § 24.

<sup>131</sup> *Ibid.*, § 29.

<sup>132</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 7 février 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 248 et note D. VOORHOOF, « Drukpermissiedrijven en de bevoegdheid van het Hof van Assisen ».

<sup>133</sup> C.E. BAKER, *op. cit.*, p. 26. L'on pourrait songer par exemple dans notre pays à l'alternative au foie gras proposée par une association bien connue de défense du bien-être animal.

une appréciation contextuelle de sa diffusion. En ce sens, un auteur a pu soutenir qu'appartiendrait au seul jury populaire le soin de se prononcer sur le fait qu'un écrit publicitaire puisse contenir l'expression d'une pensée<sup>134</sup>. L'exclusion pure et simple de la publicité des dispositions constitutionnelles protégeant la liberté d'opinion et la liberté de la presse, au motif qu'elle ne serait jamais porteuse d'une opinion, semble constituer une solution bien radicale en comparaison avec l'approche souple généralement défendue par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 10 de la Convention et qui, tout en considérant cette disposition applicable aux messages commerciaux<sup>135</sup>, se montre également attentive aux éléments d'intérêt public qu'ils peuvent comporter.

#### **D. Appréciation critique de l'exigence d'une opinion pour fonder le bénéfice des dispositions constitutionnelles protectrices de la liberté de la presse**

43. Comme on l'a vu, le critère de *l'opinion* se trouve au fondement de la protection constitutionnelle de la presse, corollaire de la liberté de manifester ses opinions. On peut se demander si cette exigence ne correspond pas à une gradation de l'importance d'un certain type de discours pour le débat démocratique. En ce qu'elle exigerait une certaine forme d'élaboration personnelle de la pensée, l'opinion présenterait-elle une plus grande valeur ajoutée que d'autres formes d'expression qui ne nécessiteraient pas la même implication de la part de leurs auteurs ? La pensée, le jugement, l'opinion mériteraient-ils une protection accrue en raison de l'importance de leur contribution au débat démocratique ? Rien n'est moins sûr. Récemment, la Cour de cassation a ainsi affirmé que l'opinion exigée par le concept de « délit de presse » ne devait pas nécessairement

---

<sup>134</sup> D. VOORHOOF, « Vacature met racistische inhoud en de kwalificatie 'drukpersmisdrijf' », note sous Gand (8<sup>e</sup> ch.), 18 mai 1999, *A.J.T.*, 1999-00, p. 6 : « Het in concreto nagaan of bepaalde geschriften of gedrukte advertenties al dan niet de uitdrukking zijn van een gedachte, behoort evenwel tot de exclusieve rechtsmacht van het Hof van Assisen ».

<sup>135</sup> Dans l'affaire *Casado Coca* précitée, la Cour, a précisé que la publicité « peut parfois faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher la concurrence déloyale et la publicité mensongère ou trompeuse. Dans certains contextes, même la publication de messages publicitaires objectifs et véridiques pourrait subir des limitations, tendant au respect des droits d'autrui ou fondées sur les particularités d'une activité commerciale ou d'une profession déterminées. Elles appellent cependant un contrôle attentif de la Cour, laquelle doit mettre en balance les exigences desdites particularités avec la publicité en cause et, à cet effet, considérer la sanction incriminée à la lumière de l'ensemble de l'affaire » (§ 51).

porter sur une question d'intérêt général ou présenter une quelconque relevance journalistique<sup>136</sup>.

On notera à cet égard qu'au cours des discussions qui ont présidé à la consécration de la liberté de la presse, il avait été suggéré de préciser, « même surabondamment », que « des mesures répressives ne peuvent porter atteinte » « au droit de discussion et de critique des actes des autorités publiques »<sup>137</sup> ou « au droit d'examen et de critique de la vie publique et des autorités »<sup>138</sup>. C. de Brouckere jugea que cette précision affaiblissait la protection générique de la liberté de la presse<sup>139</sup>. De la même manière, M. Devaux, auteur de la formule finalement adoptée par le Congrès national, préféra « s'en tenir au principe général »<sup>140</sup>. La proposition ne fut donc pas retenue<sup>141</sup>. On peut inférer de ces précisions que le champ de la liberté de la presse constitutionnellement protégée ne se limite pas à la discussion des seules questions de société.

44. Au vu de l'analyse qui précède, il paraît opportun de substituer la notion, plus générale, d'« expression » à celle d'« opinion » pour délimiter le périmètre de la presse constitutionnellement protégée. Féconde paraît, à cet égard, la proposition de J. De Meyer, formulée il y a plus de trente ans déjà, et suggérant, non d'abolir comme telle la distinction entre « délit d'imprimerie » et « délit de presse »<sup>142</sup>, mais de la rendre indépendante de la qualification d'une expression en « opinion ». Seraient ainsi tenus pour étrangers aux « délits de presse », les seuls délits pour lesquels l'on ne saurait d'aucune manière parler d'exercice de la liberté *d'expression* dans son sens le plus large<sup>143</sup>. Si la presse connue du constituant était sans conteste

<sup>136</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), arrêt du 6 mars 2012, n° P. 11.1374.N et les concl. conformes sur ce point du prem. av. gén. De Swaef ; *NjW*, 2012, p. 342, [R.D.T.L., 2013, n° 50, p. 82](#), note R. DEBILLO ; *N.C.*, 2012, p. 223 avec les concl. prem. av. gén. De Swaef.

<sup>137</sup> Intervention de M. NOTHOMB, in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 652. Le même Nothomb modifia ensuite sa proposition en ces termes : « Les mesures répressives ne peuvent porter atteinte au droit d'examen des actes du pouvoir ».

<sup>138</sup> Intervention de M. DE ROBAULX, in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, pp. 655-656.

<sup>139</sup> Intervention de M. CHARLES DE BROUCKERE, in E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique, 1830-1831, op. cit.*, t. I, p. 654.

<sup>140</sup> Intervention de M. DEVAUX, in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 657.

<sup>141</sup> M. NOTHOMB retira son amendement avant le passage au vote. Celui de M. DE ROBAULX fut formellement rejeté. Voy. E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 658.

<sup>142</sup> Voy. G. Duchaine qui avait proposé dès 1866 de définir comme délit de presse « tout délit commis au moyen de la presse » (*op. cit.*, p. 7) et suggéré que « Toutes les infractions, prévues par les lois répressives, qui sont susceptibles d'être perpétrées au moyen de la presse, deviennent délits de presse quand la presse les a commises. C'est l'instrument qui lui donne son caractère » (*op. cit.*, p. 23).

<sup>143</sup> J. DE MEYER, « Enkele overwegingen betreffende de drukpersvrijheid », *TBP*, 1978, p. 4.

une presse d'opinion, il n'y aucune raison valable de ne pas faire évoluer l'interprétation du texte constitutionnel vers une inclusion d'autres formes d'expression, d'autant plus que les catégories qui ont été définies par les juges pour exclure certains types d'expression ne découlent pas comme telles de la charte fondamentale, mais d'un mécanisme de sédimentation jurisprudentielle discutable.

Quelle influence ce critère de l'exercice de la liberté d'expression aurait-il sur la distinction entre les délits de presse et les délits d'imprimerie ? À l'aune de cette nouvelle exigence, les omissions purement matérielles, qu'elles soient volontaires ou non, tel l'oubli de la mention du nom de l'éditeur responsable sur un écrit imprimé ou le défaut d'insertion d'un droit de réponse, ne manifestant en soi aucune expression, continueraient à relever de la police de la presse. Comme les privatistes se plaisent à le souligner, le silence ne devient une expression que s'il est circonscrit. Dès lors, seule l'omission prétendument fautive qui s'inscrit *directement* dans le prolongement d'un message véhiculé pourrait à notre sens constituer un véritable délit d'expression. Comme d'autres l'ont bien écrit, dans ce cas, « ce n'est point l'absence d'impression que l'on poursuit, c'est la combinaison d'une omission calculée avec une publication effective »<sup>144</sup>.

L'on admettra que l'action mue en raison d'un plagiat, d'une contrefaçon ou d'une violation caractérisée du droit d'auteur ne porte pas à proprement parler sur le contenu de l'expression émise et ne semble pas de nature à engendrer la compétence de la cour d'assises. Pour autant, la protection du droit d'auteur ne permet pas d'éluder toute forme de protection de la liberté d'expression de l'auteur secondaire<sup>145</sup>. Ainsi, la protection du droit d'auteur ne pourrait suffire à justifier la mise en place d'une mesure préventive dirigée vers la diffusion d'un contenu particulier. De même, dans la mesure où il vise à empêcher la censure privée des intermédiaires, le mécanisme de la cascade devrait profiter aux intermédiaires qui, de bonne foi, auraient prêté leur concours technique à la violation d'un droit d'auteur<sup>146</sup>.

<sup>144</sup> *Pandectes belges*, v° « Délit de presse », *op. cit.*, col. 248, n° 110.

<sup>145</sup> Sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne, la Cour de Strasbourg a ainsi reconnu que la sanction encourue en raison de la violation du droit d'auteur constitue une ingérence dans le droit à la liberté d'expression qui doit répondre aux conditions du second paragraphe de l'article considéré (Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Ashby Donald et autres c. France*, 10 janvier 2013, § 34).

<sup>146</sup> Comp. H. SCHUERMANS, *Code de la presse ou commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentives de ce décret op. cit.*, t. II, 1882, p. 17. Dans un récent jugement, rendu sur le terrain du droit d'auteur, le tribunal de première instance de Bruxelles a refusé de reconnaître à l'éditeur le bénéfice de la cascade, non au motif que le mécanisme serait étranger par principe aux violations du droit d'auteur, mais parce que, d'après les juges,

Pour le reste, ni les faits bruts, ni les images, ni la publicité ne devraient toutefois échapper comme tels à la qualification de « délits d'expression ».

Il n'est pas défendable de faire de l'exigence de l'opinion une condition *a priori* posée au bénéfice de la liberté de la presse. Ce qu'il convient d'apprécier pour faire entrer en jeu la protection constitutionnelle de la presse, c'est, d'abord et avant tout, l'existence d'un acte d'expression. Ce n'est qu'en présence d'un véritable conflit avec d'autres intérêts juridiquement protégés que des critères, tel celui de la contribution au débat d'intérêt général développé dans la jurisprudence européenne<sup>147</sup>, peuvent trouver à s'appliquer, non pour définir le champ d'application d'une catégorie particulière d'expression, mais bien plutôt pour départager les différents intérêts concurrents.

Le critère de l'opinion apparaît aujourd'hui comme un prétexte permettant d'exclure certaines catégories de discours de la protection conférée par la compétence du jury populaire. L'exclusion générale des images et des dessins s'explique sans doute par la peur d'avoir à définir, à l'intérieur de ces catégories, ce qui serait porteur d'une opinion et qui, de ce fait, mériterait la protection des articles 25 et 150 de la Constitution. Comment expliquer autrement le fait que tous les écrits imprimés (en ce compris les écrits licencieux) puissent se ranger dans la notion de « délit de presse » alors qu'aucune image ne peut y prétendre ?

45. Une règle qui instaure une compétence, tel l'article 150 de la Constitution qui réserve à la cour d'assises le soin de juger des « délits de presse », n'est par définition pas susceptible d'une grande plasticité car elle suppose une qualification *a priori*. Étant donné la difficulté à caractériser les « délits de presse »<sup>148</sup>, les catégories générales ont été préférées pour exclure la compétence de la cour d'assises dans des domaines jugés plus sensibles. Autrement, comment aurait-il été possible de faire le départ entre ce qui aurait dû être jugé par la cour d'assises sans anticiper sur les débats de fond qui ne pourraient être menés que devant elle ? Une lecture attentive des discussions menées au sein du Congrès national donne d'ailleurs à penser qu'un jury d'accusation devait voir le jour, auquel aurait incombé la tâche de *poursuivre* les « délits de presse » et, ce

---

« l'article 25 de la Constitution exige qu'une opinion soit exprimée au moyen d'écrits imprimés » et qu'« en l'espèce, aucune opinion n'est exprimée par la reproduction d'une photo » (Civ. Bruxelles (24<sup>e</sup> ch.), 11 mai 2012, [A&M, 2014/2, p. 105](#)).

<sup>147</sup> Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 92 et s.

<sup>148</sup> M. RAIKEM in E. HUYTENS, *op. cit.*, t. IV, p. 97 : « Les délits de la presse sont souvent assez difficiles à caractériser ; on doit donc s'en rapporter à la conscience des jurés ».

faisant, d'en définir la portée, sans en laisser le soin aux juridictions d'instruction, comme c'est le cas aujourd'hui<sup>149</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a expressément pointé les limites d'une approche qui ferait l'impasse sur l'appréciation des circonstances concrètes entourant l'expression litigieuse. Sur le terrain du message publicitaire, la Cour a affirmé qu'une interdiction *générale* de publicité pour les professions libérales violait la liberté d'expression, dans la mesure où elle pouvait empêcher le libre débat d'intérêt général<sup>150</sup>. L'exclusion sans nuance est difficilement tenable. Le principe de proportionnalité, imposé par la Convention européenne des droits de l'homme et largement développé dans la jurisprudence strasbourgeoise, dicte généralement une solution taillée à la mesure des circonstances propres à chaque cas d'espèce. On regrettera à cet égard que, par un récent arrêt<sup>151</sup>, une majorité de juges composant la Cour européenne des droits de l'homme ait considéré une interdiction *générale* dans l'audiovisuel de la diffusion de toute « publicité sur des sujets d'intérêt général au sens large »<sup>152</sup> comme une mesure proportionnée à l'objectif de protection du débat public contre l'influence de puissants groupes financiers.

Il reste que la limitation des garanties constitutionnelles à certaines catégories d'expressions définies de manière abstraite semble relever de la gageure à l'heure de la convergence technologique, qui voit les manières de médiatiser une information ou une idée se multiplier (utilisation des réseaux sociaux, pétitions en ligne, marketing viral, effets de *buzz*, etc.), et à une époque où les genres ont de plus en plus tendance à se brouiller (« *infotainment* »<sup>153</sup>, publiereportage, etc.).

<sup>149</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. II, pp. 229-236.

<sup>150</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Barthold c. Allemagne*, précité, § 58.

<sup>151</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013.

<sup>152</sup> Telle est la manière dont l'expression « publicité politique » est entendue dans l'arrêt (*ibid.*, § 99).

<sup>153</sup> Mélange d'information (« *information* ») et de divertissement (« *entertainment* »).

**§ 3. Le champ d'application *ratione personae* de la liberté de la presse : un privilège des journalistes professionnels ?**

46. Que penser de la conception de la liberté de la presse comme l'apanage des seuls professionnels de l'information ?

47. L'analyse des discussions du Congrès national de Belgique, qui ont abouti au texte de la Constitution, révèle que l'intention du constituant a été de conférer la jouissance des garanties qui s'attachent à la presse à toute personne qui souhaite diffuser son opinion. Particulièrement éclairantes sont, à cet égard, les interventions des abbés Verduyn et De Foere devant l'assemblée constituante originaire. Le premier s'exprime en ces termes : « (...) Nous ne demandons que la *liberté pour tous*, et vous avez tous donné trop de preuves de votre dévouement à cette cause, pour que je puisse craindre que cette demande soit rejetée par vous. (...) En réclamant la liberté de la presse, nous avons en vue *l'intérêt de tous* ; nous voulons que toutes les opinions puissent librement se manifester, parce qu'il y aurait injustice pour l'État, qui déclare toutes les opinions libres, d'en enchaîner aucune. Ce n'est donc pas notre intérêt particulier que nous avons en vue, en demandant cette liberté, mais *l'intérêt de tous* »<sup>154</sup>. Le second abonde dans le même sens : « Messieurs, si je viens réclamer, avec mon honorable collègue M. l'abbé Verduyn, la liberté de la presse dans toute son intégrité et dans toute son étendue, c'est pour vous donner une nouvelle preuve publique que, sans exclusion, sans catégorie, sans restriction aucune, comme sans arrière-pensée, nous voulons la liberté la plus pure, en tant qu'elle est conciliable avec la conservation de la société »<sup>155</sup>. Au demeurant, la formulation initiale de ce qui allait devenir l'article 25 de la Constitution se lisait : « *Chacun* a le droit de se servir de la presse et d'en publier les produits (...) »<sup>156</sup>.

Comme l'énonce J. Leclercq, si la presse écrite est protégée, c'est « non pas en tant qu'organe de presse ou organe de diffusion des idées et des informations, mais en tant qu'utilisatrice du procédé de l'écrit imprimé »<sup>157</sup>. En d'autres termes, la protection constitutionnelle de la presse n'est pas réservée à la presse institutionnelle ou à une corporation de professionnels<sup>158</sup>.

48. Il ne ressort pas davantage de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'une qualité particulière, comme celle de « journaliste », constitue une condition d'application du régime de faveur mis en place par la Constitution à l'égard de la presse et des délits de presse<sup>159</sup>. Au contraire, la haute juridiction semble considérer la liberté de la presse comme l'attribut

<sup>154</sup> M. l'abbé VERDUYN in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 653 (nous soulignons).

<sup>155</sup> M. l'abbé DE FOERE in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 656 (nous soulignons).

<sup>156</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 642 (nous soulignons).

<sup>157</sup> J. LECLERCQ, « Radio-télévision et délits de presse », *J.T.*, 1986, p. 402, n° 19.

<sup>158</sup> Cet enseignement s'est révélé d'une importance cruciale lorsque se sont posées en Belgique la question de la protection du titre de « journaliste professionnel » et celle de la mise en place d'un ordre professionnel des journalistes. Voy. *infra*, n°s 69 et 5.

<sup>159</sup> Voy. J. ENGLEBERT et B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 492.

de l'ensemble des citoyens : « [...] les mots liberté de la presse doivent [...] s'entendre [...] dans le sens légal que leur assignent les dispositions combinées des articles [19] et [25] de la Constitution, c'est-à-dire dans ce sens que *les Belges* ont le droit d'exprimer librement leurs opinions par le moyen de la presse »<sup>160</sup>.

Cet enseignement est largement suivi par les juges du fond. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a jugé que « pour que trouve à s'appliquer l'article 150 de la Constitution en matière de délit de presse concernant des propos écrits, véhiculés par un vecteur technique de diffusion, il n'y a pas lieu — dès lors qu'ils constituent l'expression de la pensée ou d'une opinion — de faire une distinction, sur le plan des personnes, entre l'auteur qui aurait la qualité de journaliste et celui qui ne l'aurait pas (...) »<sup>161</sup>. Comme l'a souligné un autre juge, la presse ne recouvre pas « que les seules productions des journalistes de la presse périodique (...), mais bien tout écrit quelconque, qu'il s'agisse d'articles ou de livres, *émanant de journalistes ou non* »<sup>162</sup>. Il n'y a pas lieu de limiter l'application des différents principes régissant la liberté de la presse aux seuls journalistes 'professionnels', l'article 25 de la Constitution établissant un principe de large application<sup>163</sup>.

A propos d'une proposition de loi visant notamment à incriminer la consultation habituelle de sites Internet incitant à la discrimination, à la haine ou à la violence ou tendant à encourager ou à justifier de telles actions, et qui réservait entre autres le motif légitime de la consultation de ces sites dans « l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public », le Conseil d'État a récemment rappelé que « la liberté de la presse n'est pas seulement réservée à ceux qui en font un usage professionnel, mais aussi aux simples citoyens »<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Cass. (ch. crim.), 28 mars 1839, *Pas.*, 1839-1840, I, p. 55. On signalera, au passage, que la Cour de cassation (1<sup>re</sup> ch.) a jugé, dans un arrêt du 14 mai 1987, que « des mesures ayant pour objet d'interdire aux membres du Pouvoir judiciaire de se laisser interviewer par la presse écrite, à la radio ou à la télévision sans avoir reçu l'autorisation de leurs chefs de corps ou chefs hiérarchiques ne violent pas [l'article 14 de la Constitution] qui garantit la liberté d'expression aux Belges en tant que particuliers, mais n'interdit nullement pour [des] motifs relatifs à la portée de [cette disposition constitutionnelle], de prendre pareille mesure à l'égard des titulaires d'une fonction publique » (*Pas.*, 1987, I, p. 1067, n° 538, préc. des concl. conformes de l'av. gén. J. Velu ; *J.T.*, 1988, p. 58, préc. des concl. conformes de l'av. gén. J. Velu ; *R.C.J.B.*, 1988, p. 538, note J. VERHOEVEN).

<sup>161</sup> Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 17 mars 2010, *V.T.*, 2010, p. 506, note Q. VAN ENIS ; *A&M*, 2010, p. 297, note S. CARNEROLI ; *T. Strafr.*, 2011, p. 448, note E. BREWAEYS.

<sup>162</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2007, *A&M*, 2008, p. 73 (nous soulignons).

<sup>163</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2007, *A&M*, 2008, p. 78.

<sup>164</sup> C.E., avis n° 52.522/AG du 19 février 2013 sur une proposition de loi modifiant la loi du 29 juillet 1934 interdisant les milices privées en vue d'interdire les groupements démocratiques, *Doc. parl.*, ch., sess. 2012-2013, n° 53-809/008, p. 38.

49. Pourtant, il est frappant de relever que la démocratisation de l'accès aux ressources de la communication, aujourd'hui renforcée par l'émergence de l'internet, a toujours suscité des craintes. Ainsi, en leur temps déjà, les progrès que connaissaient les techniques d'impression, et même l'approche évolutive de la Cour de cassation au sein de la catégorie des écrits imprimés, ont poussé un juge à relever « qu'il y a danger à étendre la protection due à la presse à des diffamateurs qui ont recours à des procédés mécaniques de fortune » et que « les procédés de reproduction modernes – qui mettent à la portée de tout le monde la possibilité de tirer une circulaire à de multiples exemplaires – étaient inconnus des Constituants de 1831 »<sup>165</sup>.

---

<sup>165</sup> Liège (4<sup>e</sup> ch.), 12 avril 1956, *Rev. dr. pén.*, 1955-56, p. 967, cité par M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 17 janvier 1990, *Journ. proc.*, 23 mars 1990, n° 169, p. 36, n° 5.

#### § 4. L'exigence de l'écrit imprimé

50. Les bénéfices de la protection constitutionnelle de la presse ont longtemps été réservés aux seuls écrits imprimés. Serait-ce donc par un abus de langage que l'on parle aujourd'hui de « presse parlée », de « presse télévisée » ou de « presse en ligne »<sup>166</sup> ? Si « l'instrument le plus rapide et le plus efficace » auquel Schuermans faisait référence<sup>167</sup> n'était plus aujourd'hui la presse imprimée mais ses homologues audiovisuelle et numérique, ne serait-il pas naturel de leur accorder la jouissance des garanties constitutionnelles de la presse ?

Ce qui nous semble caractériser la presse, en 1830 comme en 2014, c'est bien l'existence d'un support capable d'assurer à l'opinion une large diffusion. En ce sens, la presse peut être considérée comme un moyen *secondaire* d'expression, en ce qu'il suppose la liberté de parole et la renforce<sup>168</sup>. Ce que le constituant a voulu protéger, c'est la liberté d'user du mode de

---

<sup>166</sup> J. Leclercq relevait déjà cette évolution sémantique au milieu des années 1980, sans toutefois en tirer de conclusion sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles pertinentes au motif que « cette assimilation fondée sur les apparences ne justifie pas de les mettre toutes sur le même pied au regard des articles 18 et 98 de la Constitution [aujourd'hui 25 et 150], comme si le seul objet de ces dispositions était de garantir la liberté des organisations de la presse, alors qu'elles s'insèrent dans un ensemble de dispositions qui en précisent la portée (« Radio-télévision et délits de presse », *J.T.*, 1986, nos 17-18. Nous soulignons).

<sup>167</sup> H. SCHUERMANS, *op. cit.*, p. 6. *Voy. supra*, n° 16.

<sup>168</sup> *Voy.* J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting, op. cit.*, t. I, pp. 66-67, n° 43 (sur le concept de moyens secondaires d'expression) et n° 45 (sur la qualification de la presse en moyen secondaire d'expression).

diffusion le plus élaboré pour diffuser des idées et des informations. Voilà la thèse que nous entendons défendre dans les lignes qui suivent. Ce point de vue est pourtant loin de faire l'unanimité parmi les juges et les auteurs, même si, par deux arrêts récents, la Cour de cassation a admis que la diffusion d'écrits sur l'internet pouvait constituer un délit de presse<sup>169</sup>. La haute juridiction belge semble ainsi renouer avec l'approche évolutive qu'elle semblait déjà avoir adoptée au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>170</sup>. La portée réelle d'une telle avancée ne pourra toutefois se mesurer qu'à l'aune des développements ultérieurs de la Cour. Il convient pour l'instant de répondre aux différents arguments qui ont été mobilisés en vue de limiter la protection de la presse aux seuls écrits imprimés.

51. F. Delpérée entend mobiliser les règles de l'*étymologie* pour exclure que la liberté de la presse puisse désigner autre chose que la liberté des écrits imprimés. Selon cet auteur, cette liberté « ne pourrait s'étendre à ce qui est appelé la presse parlée »<sup>171</sup>. À notre estime cependant, sous une lettre figée, le sens prêté à la Constitution, quant à lui, ne doit pas être considéré comme gravé dans l'airain. Tout en plaçant pour une définition originelle de la presse, le même auteur semble d'ailleurs reconnaître que « la rigidité de la règle constitutionnelle ne saurait enfermer l'interprète dans un système d'explication fondé sur des arguments purement historiques » et qu'« indépendamment même des circonstances de son élaboration, le texte constitutionnel acquiert une existence autonome ». Dès lors, l'interprétation de la Constitution « n'est pas arrêtée une fois pour toutes. Elle évolue, dans le respect fondamental des textes. Elle se précise, elle se complète, elle s'approfondit notamment au fil des événements »<sup>172</sup>.

<sup>169</sup> Voy. *infra*, nos 60 et s.

<sup>170</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 25 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 416 : « Attendu que ni l'article 98 [150 actuel] de la Constitution ni le décret du 20 juillet 1831 n'impliquent que l'emploi de l'imprimerie proprement dite soit l'unique élément matériel possible des délits qui y sont qualifiés soit de 'délits de la presse', soit de 'délits commis par la voie de la presse' ; Attendu que ce sont là des expressions génériques, de même que celle d' 'imprimeur' dont se sert l'article 18 [25 actuel], et qu'on ne pourrait les interpréter dans l'acception rigoureusement littérale que leur attribue le pourvoi sans méconnaître l'esprit qui a animé le Congrès national lorsque, après avoir proclamé la liberté de la presse, il a chargé le jury d'en réprimer les écarts ».

<sup>171</sup> F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit : approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, FUSL, 1978, p. 200.

<sup>172</sup> F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation », *op. cit.*, p. 208. Voy. égal. J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *Ann. Dr. Louvain*, 1980, p. 217 : « L'interprétation de la Constitution ne s'opère pas dans le vide. Elle se greffe sur une matière vivante et se développe à partir de quelques règles brèves dans un contexte sans cesse mouvant ».

À notre sens, parmi ces événements, l'on retrouve précisément les incontournables évolutions qu'ont traversées le secteur médiatique et plus généralement les différentes techniques de diffusion de l'expression. La presse écrite a vu apparaître les médias audiovisuels, autrefois qualifiés de « nouveaux médias » et déjà relégués par d'aucuns au rang des « ancêtres de l'internet »<sup>173</sup>. L'avenir nous réserve sans doute encore de belles surprises sur le terrain des nouvelles technologies<sup>174</sup>. Si le constituant n'a pas été guidé par un principe de neutralité technologique dans la rédaction de la charte fondamentale, c'est qu'à l'époque qui était la sienne, l'impression constituait le seul moyen de communication connu. En réalité, comme il a déjà été souligné, dans les *Pandectes belges*, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, bien avant l'émergence des médias audiovisuels, il s'est trouvé « des moyens de publication auxquels il était impossible de penser au temps où le Congrès national élaborait notre Constitution » et les auteurs de s'interroger : « Là où les raisons de décider sont les mêmes, faut-il adopter une solution différente ? N'est-il pas certain que, si la loi était à rédiger aujourd'hui, l'on prendrait souci de rechercher un texte dont la portée fût beaucoup plus large, et qui se pliât, dans tous les cas, aux transformations incessantes de l'industrie ? »<sup>175</sup>. S'il fallait aujourd'hui réécrire les dispositions pertinentes de la Constitution, une formulation plus neutre technologiquement s'avérerait sans doute plus pertinente<sup>176</sup>.

D'après nous, ce qui constitue la « presse » à l'heure actuelle, qu'elle soit parlée, télévisée ou numérique importe *tout autant* que la signification de ce mot à laquelle le constituant a dû se référer<sup>177</sup>. C'est que, comme l'a écrit un parlementaire, « au moment où on formule telle ou telle norme générale de droit, on n'en prévoit pas toujours les conséquences dans le temps »<sup>178</sup>. Consciente des évolutions du paysage médiatique, la Cour

<sup>173</sup> Pour reprendre la formule d'une émission télévisée humoristique bien connue.

<sup>174</sup> Une constante peut sans doute être trouvée dans le caractère « cannibale » de l'internet, lequel ingurgite les autres médias comme ses proies, certes affaiblies, mais toujours vivantes.

<sup>175</sup> *Pandectes belges*, v<sup>o</sup> « Délit de presse », *op. cit.*, col. 239, n<sup>o</sup> 71.

<sup>176</sup> Voy. les propositions de J. CEULEERS, « Voor een modernisering van het persrecht », *op. cit.*, p. 167, et de C. UYTENDAELE, « Berscherming van de communicatievrijheid in digitale omgevingen : verminderde bruikbaarheid van nationale (grondwettelijk) recht ? », *Jb. Mens.*, 2000-2001, pp. 11-44. Plus récemment, voy. K. LEMMENS, « Misbruiken van de meningsvrijheid via het internet: is het recht Web 2.0- compatibel ? Pleidooi voor een technologie neutrale bescherming van de uitingsvrijheid? », *De orde van de dag*, 2010, pp. 15-22.

<sup>177</sup> Voy. J. VELAERS, « De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake vrijheid van de media », *Jb. Mens.*, 1995-1996, pp. 83-109, spéc. pp. 99-100.

<sup>178</sup> H. VANDENBERGHE, « Une Constitution avec des droits et libertés », discours prononcé lors de la séance académique du Sénat, organisée le 7 février 2006, à l'occasion du 175<sup>e</sup> anniversaire de l'adoption de la Constitution, *Rev. b. dr. const.*, 2006, p. 10.

constitutionnelle semble avoir implicitement admis que la liberté de la presse ne s'entendait pas uniquement de la diffusion des écrits imprimés. Amenée à se prononcer sur la constitutionnalité du mécanisme de compensation entre la presse audiovisuelle et la presse écrite, la Cour a ainsi reconnu que le système mis en place visait à combattre le déséquilibre entre ces deux secteurs « qui pourrait mettre en péril la *liberté constitutionnelle de la presse* et le pluralisme de la presse écrite »<sup>179</sup>.

52. Certains prétendent que le texte même de la Constitution s'opposerait à toute interprétation évolutive. Ainsi, étant intervenue en 1967, à un moment où les moyens audiovisuels ne pouvaient plus être ignorés, la traduction néerlandaise de la charte fondamentale témoignerait de la volonté certaine du constituant de réserver les garanties de la presse à la seule presse imprimée (« *drukpers* » en néerlandais)<sup>180</sup>. On ne saurait exclure, par principe, que la comparaison des versions française et néerlandaise, qui ont la même valeur juridique, puisse présenter quelque intérêt pour l'interprétation de la Constitution. Comme l'énonce F. Delpérée, « tel mot ambigu dans une langue ne prête à aucun doute dans l'autre ; tel mot neutre dans une langue est affecté dans l'autre d'une coloration qui reflète mieux l'intention du constituant. À l'interprète de comparer les textes aux fins d'en mieux percevoir le sens »<sup>181</sup>. Pour pertinent qu'il soit, l'argument ne nous paraît pourtant pas décisif dans le cas qui nous occupe.

Tout d'abord, on pourrait mettre en doute le fait que le terme néerlandais « *drukpers* » exclue toute signification plus large que celle restrictive de la seule presse imprimée<sup>182</sup>. Ensuite, il est douteux que le constituant de 1967 ait sciemment entendu réduire la portée originelle de la Constitution<sup>183</sup>. En effet, contrairement à d'autres dispositions constitutionnelles, la traduction des garanties liées à la presse n'a fait l'objet d'aucune

<sup>179</sup> C.A., 3 juillet 2002, n° 117/2002, B. 11, [\[J.L.M.B., 2002, p. 1837\]](#), note G. ROSOUX (nous soulignons). Comme il a été relevé à bon escient, ce faisant, « la Cour d'arbitrage semble consacrer une 'liberté constitutionnelle de la presse' applicable à d'autres médias que la presse écrite » (G. ROSOUX, « La 'compensation forfaitaire' au profit de la presse écrite : le choc des interprétations », [\[J.L.M.B., 2002, p. 1843\]](#) n° 5).

<sup>180</sup> Voy. not. F. JONGEN, « Des délits de presse aussi à la télévision », obs. sous Corr. Bruxelles, 24 mars 1992, [\[J.L.M.B., 1992, p. 1244\]](#) ; P. VAN ORSHOVEN, « De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf' », *R.W.*, 1985-1986, col. 1320.

<sup>181</sup> F. DELPÉRÉE, « La Constitution et son interprétation », *op. cit.*, p. 200.

<sup>182</sup> En ce sens, J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *op. cit.*, p. 272, n° 42, *in fine*.

<sup>183</sup> Voy., exprimant les mêmes doutes, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, t. II, p. 519, n° 550 : « De Nederlandse vertaling van 1967 heeft o.i.

discussion particulière<sup>184</sup>. Si la traduction officielle est intervenue à la fin des années 1960, époque où les médias audiovisuels avaient indéniablement pris leur envol, il semble qu'elle ait repris en grande partie un texte officieux arrêté en 1925 à un moment où ces moyens de communication n'étaient pas encore aussi répandus<sup>185</sup>. Du reste, la mission qui était impartie à la commission désignée à cet effet visait non à modifier le sens des dispositions contenues dans la Constitution mais « uniquement » à « établir sa version néerlandaise »<sup>186</sup>. Cette commission *ad hoc* était d'ailleurs pleinement consciente des limites de la tâche qui lui incombait lorsqu'elle précise : « (...) quand une disposition est susceptible d'interprétations divergentes, la Commission n'a pas cru pouvoir choisir, mais au contraire elle s'est efforcée de conserver autant que possible au texte néerlandais l'imprécision ou l'ambiguïté du texte français. En prenant position à l'égard d'une question controversée, la Commission aurait manqué à la tâche qui lui était confiée »<sup>187</sup>. La comparaison des versions française et néerlandaise de la Constitution ne pourrait donc aucunement conduire à restreindre la portée de la protection constitutionnelle de la presse à la seule presse imprimée<sup>188</sup>. Si besoin en était, l'on mentionnera encore qu'en 1991, une traduction officielle du texte constitutionnel en langue allemande est venue s'inviter dans le débat<sup>189</sup>. La version allemande de

---

de potentiële betekenis van het woord 'persse' in de artikelen 18 et 98 [25 et 150] van de grondwet, zoals deze in 1831 werden uitgevaardigd, niet kunnen wijzigen. Ook het Franse 'Presse' verwijst in zijn oorspronkelijke betekenis trouwens naar 'persen' en 'drukkeren' ».

<sup>184</sup> *Doc. parl.*, ch., 1955-1956, n° 420/1, pp. 6-18. Seul le terme « domicilié » utilisé à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution semble avoir fait l'objet de discussions (*ibid.*, p. 7).

<sup>185</sup> Constitution – Traduction flamande, *M.B.*, 19 décembre 1925. Le texte adopté par le Conseil des Ministres prévoit qu'en dépit de l'exercice de traduction effectué, « le texte français de la Constitution (...) servira seul de règle pour lever les difficultés qui pourraient surgir au sujet du sens d'une disposition ». Voy. égal. J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *op. cit.*, p. 272, n° 42.

<sup>186</sup> Déclaration de révision de la Constitution, 29 octobre 1953, *M.B.*, 14 mars 1954, pp. 1822 et s. Le titre VIII de la Constitution a également été déclaré ouvert à révision en vue de l'insertion d'un article 140 (désormais 151) « qui disposerait que la Constitution belge est établie en français et en néerlandais, et que les deux textes font foi ».

<sup>187</sup> *Doc. parl.*, ch., 1955-1956, n° 420/1, p. 4.

<sup>188</sup> *Contra* K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 314, n° 421 : « En l'occurrence, le texte néerlandais (*drukpers*) sert à éclairer la notion de 'presse' ; il en résulte une délimitation plus ou moins précise dont le contenu ne va donc pas au-delà de 'presse écrite' (...). Nous pensons qu'en traduisant presse par *drukpers*, le Constituant s'est livré à une interprétation officielle de la loi fondamentale. Que l'on approuve ou non cette démarche, on est tenu de la respecter » (c'est l'auteur cité qui souligne).

<sup>189</sup> Modifications à la Constitution du 23 octobre 1991, *M.B.*, 31 octobre 1991, p. 24464. L'article 189 (ancien 140) de la Constitution dispose désormais : « le texte de la Constitution est établi en français, en néerlandais et en allemand ».

la Constitution parle de « *die Presse* » à l'article 25, et de « *Pressedelikte* » à l'article 150<sup>190</sup>. En définitive, il faut bien admettre que ces mots charrient les mêmes connotations que leurs homologues français et néerlandais. L'expression allemande « Presse », comme le terme néerlandais « *drukpers* » et le mot français « presse » vise, *dans un premier sens*, la presse imprimée<sup>191</sup>. Le dernier exercice de traduction n'a pas constitué une occasion d'entériner une lecture restrictive de la presse constitutionnelle qui aurait découlé de la simple comparaison formelle des deux versions linguistiques précédentes. Tout au plus, le texte constitutionnel conserve-t-il son équivoque initiale autour de la notion de « presse ». Le processus de traduction en langue allemande permet donc d'esquiver l'argument de la traduction néerlandaise, et ouvre la voie à de nouvelles interprétations potentielles. Il y a quelques années déjà, l'avocat général délégué de Koster avait d'ailleurs reconnu qu'il fallait rejeter l'argument « de la traduction néerlandaise du terme 'presse' »<sup>192</sup>.

Au demeurant, nous ne pensons pas que la traduction néerlandaise de la presse en « *drukpers* » fasse de la Constitution un texte clair qui se soustrairait par lui-même à toute interprétation<sup>193</sup>. Comme l'a démontré M. van de Kerchove, cette directive de type linguistique mise en avant par les tenants du courant de l'exégèse juridique, ne permet jamais de faire l'impasse sur la prise en compte du contexte d'énonciation et d'application du texte aux fins précisément de déterminer si ce dernier présente la prétendue clarté qu'on lui attribue<sup>194</sup>. En d'autres termes, la soi-disant clarté textuelle est une illusion. Seule pourrait exister une clarté contextuelle

<sup>190</sup> Les discussions ayant présidé à cette révision de la Constitution ne laissent toutefois pas apparaître que la traduction des articles 25, 148 et 150 aient suscité de vives controverses. Voy. Proposition du Gouvernement de révision de l'article 140 de la Constitution, proposition du Gouvernement contenant le texte allemand de la Constitution, proposition de révision de l'article 140 de la Constitution, rapport fait au nom de la commission de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits par M. GEHLEN, 3 juillet 1991, *Doc. parl.*, ch., sess. ord., 1990-1991, n° 10/140-1665/2. L'exposé des motifs souligne toutefois qu'« une [...] difficulté irritante était le manque de cohérence entre le texte français et néerlandais » et que « vouloir garantir dans la nouvelle version la survie des nuances n'est pas toujours chose aisée, tout particulièrement quand leur portée n'est pas toujours dès l'abord facile à saisir » (*ibid.*, respectivement p. 12 et p. 13).

<sup>191</sup> Voy. M. DOUCET et K. E.W. FLECK, *Dictionnaire juridique et économique*, t. I, *Français-Allemand*, Bruxelles/Munich/Bâle, Bruylant/Verlag C.H. Beck oHG/Helbing Lichtenhahn, 2009, v° « presse ».

<sup>192</sup> Concl. préc. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, publiées dans [A&M, 2006, p. 355](#), § 23.

<sup>193</sup> Voy. pourtant J. CEULEERS, « Voor een modernisering van het persrecht », *TBP*, 1998, p. 166.

<sup>194</sup> M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair de textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, F.U.S.L., Bruxelles, 1978, pp. 19 et s.

lorsque convergent les différentes interprétations raisonnables que l'on pourrait faire du texte en cause<sup>195</sup>. La délimitation de ce contexte pertinent n'est pas donnée et dépend toujours d'une construction préalable du juge. Pour autant, cette opération ne peut mener à l'arbitraire du juge. Elle est limitée par l'obligation qui pèse sur ce dernier de motiver, de justifier, d'argumenter ses prises de position. Il ne s'agit donc nullement, comme d'aucuns l'ont cru, de projeter dans la disposition à appliquer le sens qu'on voudrait y voir<sup>196</sup>. Si l'on voulait donner au terme « presse » son sens usuel, l'on se heurterait irrémédiablement à la polysémie des sens usuels<sup>197</sup>. Or on ne saurait prêter au mot « presse » un seul sens usuel, un sens commun *unique*, qui voudrait que ce vocable ne désigne que « tout ce qui est imprimé »<sup>198</sup>. Si le sens du mot « presse » était réellement donné et immédiat, comment expliquer l'étendue des controverses qu'il a suscitées ?

53. En cas de doute sur le sens d'une disposition, l'objet et le but de la disposition nous semblent de meilleurs guides que des spéculations linguistiques stériles<sup>199</sup>. S'agissant d'une liberté contenue dans une déclaration des droits, il ne nous paraît pas déraisonnable de donner la priorité

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>196</sup> Ainsi, l'avocat général De Koster voyait d'un mauvais œil le recours aux travaux préparatoires de la Constitution aux fins d'interpréter la garantie de l'article 25 : « Il est également permis de se demander si le recours à l'intention historique de l'auteur du texte comme stratégie de compréhension du texte juridique n'aboutit pas, en définitive, à prêter au texte le dessein que l'interprète lui-même entend lui voir attribué plutôt que celui de l'auteur original » (§ 30, nous soulignons).

<sup>197</sup> Si la précision d'un concept « ne paraît (...) répondre à aucun besoin essentiel de la pensée courante, car le choix entre l'une ou l'autre de ces qualifications ne prête normalement pas à conséquence », force est d'admettre qu'il en va tout autrement en droit... (M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 27).

<sup>198</sup> *Contra*, J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 218 : « Le terme [‘presse’] a un sens commun, usuel : la presse, ce sont les journaux, les livres, les revues. En un mot, c'est ce qui est imprimé ». Plus loin, dans le même article, l'auteur reconnaît pourtant que « le terme ‘presse’ comme tel vise (...) autant l'instrument technique, le moyen, que les écrivains ou les gens de la presse en général, les acteurs ».

<sup>199</sup> *Voy. Corr. Bruxelles*, 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1242, obs. critiques F. JONGEN : « Attendu qu' (...) il faut se garder d'une interprétation littérale et stérilisante (...) ; Qu'il importe en effet de s'attacher à la *ratio legis*, à l'intention du législateur afin de donner à la loi la plénitude de son sens sans rien y retrancher ou y ajouter ; Que dans cette optique, il convient de déterminer le but recherché par le législateur et d'y faire entrer les situations qu'il n'aurait manifestement pas manqué de viser s'il avait pu les connaître à l'époque » ; *Bruxelles* (9<sup>e</sup> ch.), 19 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 809, note J. CEULEERS, réaction P. VAN ORSHOVEN, col. 1320 et réplique de J. CEULEERS, col. 1321 (la Cour de cassation n'a pas confirmé l'approche évolutive retenue par les juges bruxellois et a préféré conclure à la compétence du jury sur la seule base de la connexité des propos diffusés avec d'autres

au texte qui accorde la protection la plus large<sup>200</sup>, *a fortiori* lorsque cette interprétation extensive peut, semble-t-il, s'autoriser de certains passages des travaux préparatoires de la Constitution<sup>201</sup>. La méthode d'interprétation téléologique n'est pas le monopole des organes chargés de veiller au respect des traités de garantie collective des droits de l'homme, comme il a pu être soutenu<sup>202</sup>. Rien ne s'oppose à ce qu'elle soit mobilisée par des juridictions nationales<sup>203</sup>. Au demeurant, cette méthode fut déjà préconisée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par les auteurs des *Pandectes belges* qui enseignaient que, s'agissant du mot « presse » compris dans l'expression « délit de presse », « il convient de ne point trop s'attacher au sens littéral des termes, mais de consulter avant tout l'esprit de la loi »<sup>204</sup>. Du reste, en admettant que la responsabilité en cascade puisse également trouver à s'appliquer en matière civile, la Cour de cassation ne s'est pas toujours montrée réticente à faire primer l'esprit de la Constitution sur sa lettre dans le domaine de la liberté de la presse<sup>205</sup>.

54. L'argument, parfois avancé, de l'intention affichée dans de nombreuses déclarations de révision de la Constitution d'étendre la protection de la « presse » aux nouveaux médias ne nous paraît pas davantage concluant<sup>206</sup>. D'aucuns y voient la preuve des limites actuelles du texte

---

imprimés : Cass. (2<sup>e</sup> ch), 28 mai 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 2854, et note D. VOORHOOF, où l'auteur parle d'une occasion manquée, *J.T.*, 1986, p. 24, note J.M., réactions de F. REYNTJENS et J. MESSINE, p. 242 ; Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104, obs. F. JONGEN.

<sup>200</sup> En ce sens, J. VELAERS, *op. cit.*, p. 519, n° 550.

<sup>201</sup> Il résulte des travaux préparatoires de la Constitution que les membres du Congrès national étaient guidés par la volonté d'accorder à la presse la liberté la plus large possible. Voy. les différentes interventions ayant présidé à l'adoption de l'article 25 (ancien 14) in E. HUYTENS, *op. cit.*, t. I, p. 650-658. Voy. dans ce sens J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *op. cit.*, pp. 268-269, n° 38.

<sup>202</sup> Voy. *contra*, les concl. av. gén. P. de Koster, § 24.

<sup>203</sup> F. Tulkens et M. Verdussen enseignent que l'interprétation téléologique impose au juge de « rechercher la volonté du législateur, non seulement en tenant compte de la lettre de la loi, mais aussi de l'évolution sociale, politique, philosophique, afin d'assurer au texte une portée effective dans le contexte présent » (*op. cit.*, p. 73).

<sup>204</sup> *Pandectes belges*, v° « Délit de presse », *op. cit.*, col. 239, n° 70.

<sup>205</sup> Le mot « poursuivi », qui ressortit sans conteste à l'univers répressif, s'apparentait pourtant à un obstacle textuel à cette extension. Auparavant, la Cour de cassation avait elle-même admis la compétence des tribunaux civils pour connaître des fautes de la presse. Compte tenu de cet enseignement, en juger autrement, quant au champ d'application de la responsabilité en cascade, aurait donc privé le mécanisme de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution de la majeure partie de son utilité, vu la prédominance de la responsabilité civile sur la responsabilité pénale en droit des médias, elle-même provoquée par l'impunité pénale de fait qui entoure les délits de presse.

<sup>206</sup> Voy. not. F. JONGEN, « Des délits de presse aussi à la télévision », obs. sous Corr. Bruxelles, 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1244 ; P. VAN ORSHOVEN, « De begrippen 'pers'

constitutionnel qui nécessiterait une modification avant de pouvoir être appliqué aux autres médias que la presse écrite<sup>207</sup>. Aux yeux d'un auteur, l'omission constitutionnelle apparaît même délibérée, compte tenu de la volonté déclarée par le préconstituant mais non mise en œuvre par le constituant d'étendre la protection constitutionnelle de la presse à d'autres médias que la presse écrite imprimée<sup>208</sup>. À nos yeux, cette mention récurrente dans les déclarations de révision de la Constitution pourrait tout aussi bien être interprétée comme une réaction renouvelée du législateur au refus persistant des cours et tribunaux d'inclure les nouveaux médias dans la protection offerte par la charte fondamentale<sup>209</sup>.

55. K. Lemmens, s'appuyant sur la distinction suggérée par R. Dworin entre principes moraux et dispositions concrètes<sup>210</sup>, entend lire dans la consécration constitutionnelle de la liberté de la presse l'expression d'une

---

en 'permisdrif' », R.W., 1985-1986, col. 1321, où l'auteur insiste particulièrement sur le fait que ces différentes déclarations vont dans le sens d'une extension de la protection aux nouveaux médias.

<sup>207</sup> Voy. not. E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », in A. STROWEL ET F. TULKENS (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 102 et K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., n° 421bis, p. 314. Voy. égal. les concl. de l'av. gén. dél. de Koster avant Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, précitées, §§ 28-29.

<sup>208</sup> K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., n° 421bis, p. 315.

<sup>209</sup> En ce sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., t. II, p. 521, n° 551. Voy. égal. S. VAN DROOGHENBROECK, L. DETROUX ET N. BONBLED, « Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points ? Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision », in I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GÉRARD, F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisités. Normes internationales et constitutionnelles*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, vol. 1, pp. 635-671, spéc. pp. 667-670, n°s 42-47, où les auteurs exposent leur refus de souscrire de manière inconditionnelle au postulat de rationalité législateur qui voudrait que le préconstituant et le constituant ne fassent rien d'inutile et partant, ne déclarent pas à révision une disposition constitutionnelle en vue d'étendre sa sphère de protection à un domaine qu'elle couvrirait déjà selon l'interprétation dominante des juges. Et les auteurs d'évoquer certaines révisions constitutionnelles dont l'utilité aurait été plus symbolique que juridique et de considérer que la reprise souvent automatique d'anciennes déclarations de révision permet de mettre en doute l'idée de la mise en œuvre par le préconstituant d'un examen renouvelé de l'état du « droit constitutionnel vivant ».

<sup>210</sup> R. DWORIN, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, op. cit., pp. 7-12. Dans notre pays, F. Delpérée, ne s'étonne pas de la présence dans la Constitution de nombreuses formules à texture ouverte : « Plus une règle s'élève dans la hiérarchie des normes juridiques, plus elle acquiert de la valeur. Mais plus aussi ses formulations peuvent devenir vagues, générales et imprécises. Seule l'interprétation peut mettre à jour ses prescriptions ». Pour autant, l'auteur reconnaît que « le pouvoir constituant a pu exprimer en toutes lettres ses intentions sur une question précise ». Et le constitutionnaliste de prendre

disposition concrète, laquelle ne serait qu'une application particulière, sur le terrain de l'imprimé, du principe de la liberté d'expression<sup>211</sup>. Pourtant, le philosophe américain, auquel le juriste belge se réfère, considère quant à lui que « la garantie conférée par le Premier Amendement à la 'liberté de parole ou de la presse' est une disposition constitutionnelle qui manifestement ne peut être interprétée autrement que comme un principe moral abstrait »<sup>212</sup>.

Il est vrai cependant que certaines mentions de l'article 25 de la Constitution belge ne trouvent pas d'équivalent dans la formulation du *Bill of Rights* américain. Les termes présents dans la disposition constitutionnelle belge s'intègrent plus facilement dans le champ sémantique de l'imprimé. Aussi, notre charte fondamentale fait-elle référence à l'interdiction d'exiger un cautionnement des *écrivains, éditeurs ou imprimeurs* et met-elle en place un régime de responsabilité en cascade empêchant la poursuite des *éditeurs, imprimeurs et distributeurs* lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique. Mais doit-on s'en étonner, lorsque l'on sait que la seule forme de presse connue des membres du Congrès national en 1831 était la presse imprimée ?

Au demeurant, les auteurs qui recourent à l'argument des différents acteurs visés au second alinéa de l'article 25 qui refléteraient le monde de l'imprimerie sont aussi ceux qui invoquent l'argument du texte néerlandais de la Constitution, comme si le dernier argument ne suffisait pas à conférer au texte constitutionnel la prétendue clarté qu'ils lui attribuent.

À notre sens, le fait que ces différentes expressions ne soient transposables aux nouveaux moyens de communication qu'au prix d'un travail d'interprétation téléologique ne remet pas en cause le caractère abstrait du principe premier de la liberté de la presse dont elles dérivent et qui, quant à lui, ne semble aucunement se soustraire à une interprétation

---

l'exemple suivant : « Il ne saurait appartenir au juge au nom d'une libre interprétation, de considérer que les mesures préventives sont concevables en matière de presse » (« La Constitution et son interprétation », *op. cit.*, pp. 208-209).

<sup>211</sup> K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, pp. 315-316, n<sup>os</sup> 422-423. Voy. *contra*, J. CEULEERS, « De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf' » note sous Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 19 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 810-811, où l'auteur fait la distinction entre le principe (la liberté de la presse) et les règles pratiques (« de praktische maatregelen »). Il fait remarquer cependant que si l'interdiction de la censure peut facilement être étendue à l'ensemble des médias, pareille entreprise s'avère plus délicate s'agissant du mécanisme de la responsabilité en cascade. Sur cette question, voy. *infra*.

<sup>212</sup> R. DWORIN, *Freedom's Law. The moral reading of the American Constitution*, *op. cit.*, p. 165 (nous traduisons et soulignons).

évolutive<sup>213</sup>. Rien n'empêcherait, selon nous, de percevoir dans l'article 25 un principe général visant les différentes formes de presse (imprimée, audiovisuelle et numérique). Si la protection conférée par l'article 25 découle du principe déposé dans l'article 19 de la Constitution<sup>214</sup>, on ne voit pas ce qui empêcherait d'y voir également une règle applicable aux différentes formes de presse. Si, à l'époque du constituant originaire, la presse se révélait assez homogène, force est d'admettre qu'elle s'est diversifiée depuis lors.

56. Ce qui rapproche les différentes libertés intellectuelles que le constituant a voulu protéger, c'est l'interdiction de toute mesure préventive<sup>215</sup>. Mais, au-delà de ce principe commun, rien n'empêcherait de voir dans l'article 25 de la Constitution le substrat d'une protection générale de la liberté d'expression exercée au moyen d'un support de diffusion. Que certaines dispositions constitutionnelles apparaissent difficilement transposables comme telles aux nouveaux médias n'y change rien. Si dans l'esprit du constituant de 1831, l'article 25 devait sans doute être considéré comme un « tout indissociable »<sup>216</sup>, force est de constater que le passage du temps a pu se faire sentir et distendre les liens qui pouvaient unir les différentes composantes de cette disposition.

<sup>213</sup> Rappr. J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, p. 187, n° 230.

<sup>214</sup> En ce sens, le rapport présenté par C. de Brouckere, lors de la séance du 9 décembre 1830 qui aperçoit dans ce qui allait devenir l'article 14 (actuel 19) de la Constitution « l'établissement d'un principe qui reçoit ses développements dans les dispositions suivantes » (et notamment à travers la liberté de la presse), in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. IV, p. 60. Voy. égal. l'intervention de M. Nothomb qui soutient qu'outre la déclaration « un peu abstraite » de la liberté de la manifestation des opinions, il est apparu nécessaire « d'organiser le principe dans ses rapports avec les différents modes d'après lesquels les opinions peuvent se manifester ». Des articles particuliers ont donc été consacrés au culte, à la presse, à l'enseignement et au droit d'association. Et l'éminent membre du Congrès national de souligner : « En prenant pour point de départ le principe général, la rédaction de ces dispositions, en quelque sorte secondaires, devenait facile » (E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 651).

<sup>215</sup> C'est ainsi que, s'expliquant sur le rapprochement entre la liberté des cultes, la liberté de l'enseignement et celle de la presse, M. de Gerlache a défendu devant le Congrès national qu'il s'agit toujours de « la manifestation de la pensée, sous des formes diverses » et que « c'est précisément pour cela que ces libertés doivent être mises absolument sur la même ligne, et que vous ne pouvez faire ni plus ni moins pour l'une que pour l'autre. Or le grand principe qui prédomine ici tous les autres, puisque nous avons pour but de consacrer la véritable liberté, sans aucune restriction, c'est l'absence de toute mesure préventive » (intervention consignée dans E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, pp. 574-575).

<sup>216</sup> Voy. égal. les concl. av. gén. J.-F. Leclercq préc. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 31 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 559, n° 202.

À l'heure de la convergence technologique, plutôt que d'opposer les différents modes d'expression entre eux, il nous paraît plus fécond de concentrer notre attention sur ce qui pourrait les rapprocher.

Si l'on peut admettre que l'économie générale d'une disposition puisse être prise en compte aux fins de son interprétation<sup>217</sup>, il faut également se rappeler que la définition même du contexte pertinent demeure une question ouverte<sup>218</sup>. Pourquoi limiter d'emblée le contexte de référence à celui d'une seule disposition ? Il est éloquent à cet égard que, pour aboutir à l'exclusion des nouveaux médias du champ d'application de l'article 25, certains auteurs ne se limitent pas à la seule cohérence de l'article 25 mais mobilisent également d'autres textes, tel le décret sur la presse du 20 juillet 1831<sup>219</sup>. Mais, dans ce cas, ne pourrait-on pas également verser aux débats le texte de l'arrêté du Gouvernement provisoire du 16 octobre 1830 relatif à la liberté de la presse, de la parole et de l'enseignement qui parle de la liberté de tous les citoyens de répandre leurs opinions « par *tous les moyens possibles* de persuasion et de conviction »<sup>220</sup> ?

<sup>217</sup> Ainsi, K. Lemmens conclut-il à « la nécessité de prendre en considération le contexte général de l'article 25 de la Constitution qui est consacré exclusivement à la presse écrite, comme le prouve l'emploi des mots 'écrivains', 'éditeurs' et 'imprimeurs' » (*La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, op. cit., p. 315, n° 421bis). Voy. dans le même sens, J. CEULEERS, « Naschrift », R.W., 1985-1986, col. 1322 : « (...) l'article 18 [actuel 25] doit être lu dans son ensemble ; la suppression du cautionnement pour les auteurs, éditeurs ou imprimeurs, et même l'instauration de la responsabilité en cascade, démontrent indubitablement que cette disposition constitutionnelle ne pouvait – et ne peut – viser que la presse écrite » (nous traduisons). Voy. égal. *idem*, « De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf' », op. cit., col. 810 (l'auteur prend également en compte les articles 96 et 98 de la Constitution (devenus 148 et 150) ainsi que le défunt article 139, abrogé en 1971, qui comprenait une déclaration du Congrès national qui enjoignait le législateur à régler la question de la presse (une nouvelle fois rendu par « *drukpers* » en néerlandais).

<sup>218</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif belge – la lettre et l'esprit », *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 15-147, ici pp. 135-136.

<sup>219</sup> F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 245, n° 234. Aux termes de l'article 11 du décret sur la presse, « dans tous les procès pour délits de la presse, le jury, avant de s'occuper de la question de savoir si l'écrit incriminé renferme un délit, décidera, si la personne présentée comme auteur du délit, l'est réellement. L'imprimeur poursuivi sera toujours maintenu en cause, jusqu'à ce que l'auteur ait été judiciairement reconnu tel » (nous soulignons).

<sup>220</sup> Nous soulignons. Nous ne pouvons donc pas nous associer à J. Ceuleers qui considère que cet arrêté ne pourrait servir à interpréter l'article 25 (ancien 18) de la Constitution, dès lors que ce texte aurait été « constitutionnalisé » dans l'article 19 (ancien 14) de la Constitution, lequel au contraire du premier protégerait toute forme de communication médiatique (« Naschrift », R.W., 1985-1986, col. 1321-1322, en réponse à P. VAN ORSHOVEN, qui considérait quant à lui que cet arrêté avait été « constitutionnalisé » dans l'article consacré à la liberté de la presse, « De begrippen 'pers' en 'persmisdrijf' », R.W., 1985-1986, col. 1320).

Comme l'écrivent F. Ost et M. van de Kerchove, le juge, et plus généralement le juriste, devraient opter pour « le raisonnement le plus intéressant qui proposera la reconstruction la plus congruente de l'ordre juridique, sans que, bien évidemment, la mise en œuvre de pareilles directives ne garantisse nécessairement l'univocité et la sécurité recherchées puisqu'il est bien des manières différentes de recomposer l'ordonnement juridique »<sup>221</sup>. Il reste que cette directive est tributaire de l'identification préalable du système de référence<sup>222</sup>. Les mêmes auteurs attribuent au juge une « tâche d'harmonisation de l'ordre juridique » dont ils soulignent l'importance « à l'heure où la multiplication des sources de droit et la diversité de ses inspirations soumettent celui-ci à des tensions de plus en plus sérieuses »<sup>223</sup>.

57. Si, le cas échéant, le processus de transposition *d'une* des composantes de la liberté de la presse à un moyen de communication devait connaître des ratés, devrait-on pour autant refuser aux « nouveaux » médias inconnus du constituant le bénéfice *des autres* garanties constitutionnelles dont le champ d'application serait formulé en des termes partiellement similaires ? En d'autres termes, l'économie générale et la formulation *d'une* disposition de la Constitution (l'article 25) seraient-elles nécessairement décisives pour interpréter *d'autres* articles de la Constitution (l'article 150 et l'article 148, alinéa 2), quand bien même ils emprunteraient une formulation comparable ? Or, comme d'aucuns l'ont bien souligné, « déjà dans le texte constitutionnel de 1831, la rationalité linguistique du constituant a été prise en défaut de sorte que la directive classique d'interprétation de type à la fois linguistique et systématique qui veut qu'un même terme utilisé à plusieurs reprises par le 'législateur' dans une même 'loi' doit recevoir la même signification n'est pas toujours praticable »<sup>224</sup>.

Du reste, la Cour de cassation ne semble pas totalement opposée à une interprétation « séquencée » des articles 25 et 150 de la charte fondamentale.

<sup>221</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif belge – La lettre et l'esprit », *op. cit.*, p. 135.

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 134 (nous soulignons).

<sup>224</sup> Voy. H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1, p. 184. Sur cette directive d'interprétation, voy. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif belge – La lettre et l'esprit », *op. cit.*, pp. 59 et 99.

En effet, elle a elle-même consacré l'application en matière civile du mécanisme de la responsabilité en cascade, contenu à l'article 25, alinéa 2, alors que, lue à la lumière de l'article 150 de la Constitution, cette disposition aurait pu paraître vouée à régir les seuls *délits* de presse<sup>225</sup>. Si la Cour a admis cette extension, c'est parce que l'objet et le but de la règle déposée dans l'article 25, alinéa 2, auraient été sérieusement mis à mal sans cette interprétation<sup>226</sup>. Dès lors, y aurait-il réellement un obstacle à ce que les éléments constitutifs des « délits de presse » dérivés de l'article 150 de la Constitution, soient différents de ceux qui conditionnent l'application de l'article 25 ?

Quand bien même l'on devait admettre avec K. Lemmens que l'article 25 ne viserait que la seule presse écrite imprimée – *quod non* selon nous<sup>227</sup> –, et constituerait une application du principe plus général contenu à l'article 19, devrait-on pour autant priver la presse audiovisuelle et son homologue numérique de la protection conférée par la compétence (toute virtuelle de nos jours) du jury populaire<sup>228</sup> ?

Si l'interprétation évolutive est parfois rendue malaisée en raison d'une formulation textuelle trop rigide, doit-on pour autant définitivement l'enterrer *complètement*, à défaut d'une modification de la Constitution ? Nous

<sup>225</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 31 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 559, n° 202, préc. des concl. conformes de l'av. gén. J.-F. Leclercq ; *J.T.*, 1996, p. 597, et les concl. conformes de l'av. gén. ; *A&M*, 1996, p. 362, obs. F. JONGEN ; *R. Cass.*, 1996, p. 389, note D. VOORHOOF ; *R.W.*, 1996-1997, p. 565 ; *C.D.P.K.*, 1997, p. 412, note A. SCHAUS ; *R.C.J.B.*, 1998, p. 357, note M. HANOTIAU. La même Cour avait déjà posé, dès 1863, que « l'article 18 [actuel 25], qui concerne spécialement la liberté de la presse, a été conçu dans le même esprit que l'article 14 [aujourd'hui 19] dont il n'est que le corollaire ; que la seule restriction apportée par l'article 18 [25], au principe général déposé dans l'art. 1382 du Code civil consiste en ce que l'imprimeur, l'éditeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique » (Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110, nous soulignons). Voy. égal. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267 : « La seule exception faite à l'article 1382 du Code civil consiste en ce que l'imprimeur, l'éditeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique ».

<sup>226</sup> La *ratio legis* du dispositif mis en place par le constituant visait à bannir autant que faire se peut la censure privée des éditeurs et des imprimeurs, lesquels auraient pu être tentés de refuser leur concours aux auteurs s'ils avaient eu à craindre des poursuites, aussi bien pénales que civiles. Voy. J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., t. I, pp. 215-216, n° 200-202. Il aurait été difficile, du reste, d'établir une distinction entre l'action civile portée accessoirement devant le juge répressif et l'action civile portée devant le juge civil (*ibid.*, p. 216, n° 202).

<sup>227</sup> Voy., en ce sens égal., J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, op. cit., t. II, pp. 520-521, n° 550.

<sup>228</sup> Sur le rôle limité du droit pénal pour sanctionner les abus de la liberté de la presse, voy. *infra*, n°s 365 à 375.

ne le pensons pas. L'esprit du constituant doit être suivi aussi loin qu'il puisse l'être.

58. Au-delà des arguments de texte, certains auteurs ont invoqué des arguments techniques et sociologiques pour justifier l'exclusion des médias audiovisuels de la protection constitutionnelle de la presse. Il faut insister sur le fait que les frontières entre ces deux formes d'arguments ne sont pas étanches. En effet, comme il a été relevé à juste titre, si la Cour de cassation donne l'apparence de se fonder sur le seul texte de la Constitution pour justifier une lecture restrictive du terme « presse », on peut penser que ce sont principalement des considérations pratiques qui ont guidé son appréciation<sup>229</sup>.

Dans un contexte de rareté des ondes disponibles, l'État a pu jouer un rôle décisif dans la répartition équitable du spectre. La possibilité octroyée par la Convention européenne des droits de l'homme de mettre en place un régime d'autorisation (art. 10, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> phrase) est parfois invoquée pour justifier la dichotomie juridique établie entre la presse écrite et la presse audiovisuelle<sup>230</sup>. Certes, chacun n'est pas libre d'occuper à son gré le champ des ondes<sup>231</sup>. Toutefois, à mesure que la rareté des ondes disponibles s'estompe, la principale justification de ce régime s'efface également...<sup>232</sup> Du reste, au fil du temps, la Cour européenne des droits de l'homme n'a eu de cesse de minimiser la portée justificative de cette possibilité offerte aux États. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que la Cour de Strasbourg s'est rapidement employée à « neutraliser » les effets de cette phrase en soumettant la mise en place de régimes d'autorisation au respect des conditions prévues par le second paragraphe de l'article 10<sup>233</sup>. Quoi qu'il en soit, nul ne niera que l'internet ne se meut pas dans le même contexte de rareté qui fut jadis celui des médias audiovisuels<sup>234</sup>.

<sup>229</sup> En ce sens, H. DUMONT et C. HOREVOETS, *op. cit.*, p. 176. Voy. égal. les concl. préc. de l'av. gén. dél. de Koster, préc. Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, spéc. §§ 34-35.

<sup>230</sup> Voy. not. F. JONGEN, « Des délits de presse aussi à la télévision », *op. cit.*, p. 1244.

<sup>231</sup> Voy. C. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>232</sup> Les discussions précédant l'adoption de la troisième phrase de l'article 10 révèlent en effet que son adoption a été principalement inspirée par des considérations techniques fondées sur la rareté des ondes. Voy. *infra*, n° 221.

<sup>233</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, 28 mars 1990, § 61 (nous soulignons). Voy. égal. nos développements *infra*, n° 221.

<sup>234</sup> Voy. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), 26 juin 1997. Voy., dans le même sens, C. DONY, « La presse, une notion que le constituant tarde à (re)définir », note sous Civ. Bruxelles (75<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 140.

Apparemment plus contrariant est l'argument, souvent utilisé<sup>235</sup>, de l'incompatibilité du régime *légal* de l'audiovisuel avec le prescrit *constitutionnel*. Mais ne faut-il pas plutôt considérer que l'ensemble de la régulation de l'audiovisuel se trouve en porte-à-faux avec l'interdiction de toute mesure préventive, proclamée solennellement à l'article 25 et résultant également de l'article 19 de la Constitution<sup>236</sup> ? On assiste là à ce que M. van de Kerchove et F. Ost appellent une « boucle étrange » ou « une hiérarchie enchevêtrée », hypothèse dans laquelle le juge, rompant avec la stricte hiérarchie des normes, prend en compte des normes inférieures aux fins d'interpréter la norme supérieure...<sup>237</sup> L'enjeu est révélé par un arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006. Au sein du même arrêt, la Cour réserve l'interdiction des mesures préventives au seul article 25 de la Constitution qu'elle interprète, par ailleurs, comme l'apanage de la seule presse imprimée<sup>238</sup>. À notre sens toutefois, comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, l'interdiction des mesures préventives résulte aussi bien de l'article 25 que de l'article 19<sup>239</sup>. L'argument d'inco-

<sup>235</sup> Voy. not. J. LECLERCO, « Radio-télévision et délits de presse », *J.T.*, 1986, p. 403, qui va même jusqu'à affirmer que « les limites et les contraintes imposées par le législateur aux stations d'émissions radiophoniques et de télévision montrent bien que celles-ci ne sont pas considérées comme 'un moyen d'expression de la pensée', car leur régime est incompatible avec le système constitutionnel de la liberté totale des moyens d'expression de la pensée ».

<sup>236</sup> Voy. M. HANOTIAU et A. VANWELKENHUYZEN, « La liberté d'expression et ses limitations – La communication audiovisuelle », *A.P.*, 1977-78, pp. 116-117 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 323, n° 434. Voy. égal. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> éd., pp. 98-100, n° 193, où les auteurs citent certains passages des travaux préparatoires de la loi du 8 juin 1930 créant l'Institut national de radiodiffusion, ancêtre de la RTBF et de la VRT, qui donnent à penser que le régime d'autorisation instauré devait avoir un caractère expérimental et temporaire : « (...) Si les exigences actuelles de l'ordre technique ne permettent pas d'accepter aujourd'hui un régime de liberté en matière de radiodiffusion (...), il faut souhaiter cependant que les progrès scientifiques nous permettront d'arriver le plus tôt possible à réaliser un tel idéal, qui correspond assurément beaucoup mieux que le projet actuel à nos principes constitutionnels ».

<sup>237</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Les directives d'interprétation en théorie du droit et en droit positif belge – La lettre et l'esprit », *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>238</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, [\[L.M.B., 2006, p. 1402\]](#) obs. F. JONGEN ; [A&M, 2006, p. 355](#), préc. des concl. de l'av. gén. P. de Koster.

<sup>239</sup> Voy. Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, [\[L.M.B., 2011, p. 1244\]](#), notes M. REGOUT et Q. VAN ENIS ; [\[T., 2012, p. 238\]](#), note K. LEMMENS ; *Rev. trim. dr. h.*, 2013, p. 331, note B. FRYDMAN et C. BRICTEUX ; [\[R.A.B.G., 2011, p. 807\]](#), note B. MAES ; *NjW*, 2011, p. 539, note E.B. ; [\[R.W., 2012-2013, p. 1516\]](#), note W. VERRIJDT ; *T. Straft.*, 2011, p. 215. Pour statuer sur l'exigence de légalité de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la requérante, la Cour s'est prononcée expressément sur la portée qu'il convient de conférer à l'article 19 de la Constitution : « [cet article], qui consacre entre autres la liberté d'expression, n'autorise que la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés, ce qui implique une sanction *a posteriori* des fautes et abus commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté » (§ 108). Ce faisant, la Cour de Strasbourg a pris le

hérence avec le régime légal manque donc sa cible, en ce qu'il entendrait contribuer à restreindre l'interdiction des mesures préventives à la seule presse imprimée visée à l'article 25 de la Constitution.

Reste alors à analyser l'argument de l'influence particulière des médias audiovisuels qui a été mobilisé à plus d'une reprise pour justifier un encadrement renforcé de cette forme de communication. Il est généralement admis que la presse audiovisuelle entraîne des effets plus importants que son homologue imprimée<sup>240</sup>. Toutefois, comme il a été souligné, l'impact d'un média n'est pas décisif pour apprécier l'étendue de la liberté qui doit lui être conférée<sup>241</sup>. La Constitution octroie la plus large liberté d'expression *a priori*, sans préjudice de la sanction des abus commis à son usage. Ce n'est que sur le terrain de la réparation que l'impact ou l'influence d'un média peut jouer un rôle. Quoi qu'il en soit, un site Internet n'a pas un effet aussi immédiat, puissant et envahissant que la télévision et la radio<sup>242</sup>. L'utilisateur doit faire le choix d'accéder à la page consultée, qui, généralement, ne s'impose pas à lui. Ce constat ne doit être nuancé qu'à l'égard des fenêtres *pop-up* qui apparaissent inopinément à l'écran de l'internaute<sup>243</sup> et les suggestions qui peuvent apparaître à côté des résultats des moteurs de recherche.

---

parfait contre-pied de la Cour de cassation qui avait considéré, sur conclusions contraires du ministère public, que « le juge des référés qui (...) tient provisoirement en suspens la diffusion d'une émission télévisée afin de garantir une protection effective des droits d'autrui (...) ne contrevient pas à l'article 19 de la Constitution » (Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, précité).

<sup>240</sup> Voy. F. JONGEN, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 104-106 et S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> éd., pp. 93-94, n° 185. Voy. égal. *infra* notre analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui postule que « l'on s'accorde à dire que les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite (...) Par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passer ».

<sup>241</sup> S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> éd., pp. 93-94, n° 185.

<sup>242</sup> Voy. *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), 26 juin 1997. Voy. égal. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque jointe à Cour eur. D.H., g<sup>de</sup> ch., arrêt *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012. Voy. encore C. DONY, « La presse, une notion que le constituant tarde à (re)définir », *op. cit.*, p. 140, où l'auteur tend à rapprocher l'internet de la presse écrite davantage que des médias audiovisuels.

<sup>243</sup> Voy. à cet égard C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 5 mai 2011 (*MSD Sharp & Dohme*), C-316/09, § 48 et les concl. de l'av. gén. Trstenjak. Dans cet arrêt, la Cour de Luxembourg a jugé que la publicité, interdite pour les médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale, doit être distinguée de la reproduction fidèle, sur le site Internet du fabricant, de l'emballage, de l'indication thérapeutique et de la notice des produits, tels qu'approuvés par les autorités compétentes, et qui ne s'impose pas inopinément à un large public dans la mesure où elle nécessite une démarche active de la part de la personne qui souhaite y accéder.

59. En partant du texte de la charte fondamentale, la jurisprudence belge a rapidement dégagé différentes caractéristiques attribuées à la presse pour définir le périmètre de la protection constitutionnelle octroyée. Or, lorsque ce travail a été entrepris, l'on ne connaissait de presse que la presse imprimée<sup>244</sup>. Au fil des décisions, les propriétés de la presse ont ainsi été hissées au rang de conditions posées à la jouissance de la protection constitutionnelle. La presse a ainsi été définie comme la *reproduction par voie de tirages répétés*<sup>245</sup> de signes par application d'une surface sur une autre<sup>246</sup>. Comme on l'a vu, si une distinction a été établie par le pouvoir judiciaire entre les médias écrits imprimés et les autres, c'est sans doute davantage eu égard aux effets prêtés à ces derniers plus qu'en raison de leur mode de reproduction à proprement parler. L'approche centrée sur le processus industriel a dès lors pu mener à des résultats étonnants. Un juge a, par exemple, pu considérer que pouvait constituer un délit de presse *la gravure* d'un disque vinyle dont la principale vocation était pourtant d'être joué sur de nombreux phonogrammes<sup>247</sup>. Les différents traits prêtés à la presse ne résultent nullement du texte de la Constitution, ni davantage des travaux préparatoires de la charte fondamentale. Comme nous l'avons déjà annoncé, à notre humble avis, le constituant de 1831 a voulu protéger tout qui souhaite soumettre ses opinions à ses concitoyens et qui, pour ce faire, use du mode de diffusion le plus abouti qui est à sa

<sup>244</sup> Voy. M. HANOTIAU, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 17 janvier 1990, *Journ. proc.*, 23 mars 1990, n<sup>o</sup> 169, p. 36, n<sup>o</sup> 5.

<sup>245</sup> Cass. (ch. des vac.), 20 juillet 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1405 : « Il n'y a délit de presse relevant de la compétence de la cour d'assises que 'lorsque le fait incriminé a été commis au moyen de la presse, c'est-à-dire par le recours à un procédé permettant la reproduction mécanique, au départ d'un seul et même moule ou d'une seule et même empreinte, de plusieurs exemplaires d'un même corps d'écriture' » ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 25 octobre 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 416, qui relève que le Congrès national « a voulu favoriser la propagation de la pensée écrite par le mode d'expansion particulièrement puissant qu'offre la presse et, par conséquent, soumettre aussi, par parité de motifs, au régime dont elle doit bénéficier tout procédé de publication qui permet la reproduction d'un écrit à l'aide de tirages réitérés en faisant application de moyens d'exécution offrant de l'analogie avec l'emploi de la presse proprement dite ; que le mot *presse* doit donc s'entendre d'écrits composés à l'aide d'une empreinte sur des feuilles de papier ou d'autres substances utilisées pour mettre en circulation les opinions émises par écrit et comportant la confection de multiples copies à l'aide d'une même forme de disposition des caractères graphiques, qu'ils soient fixes ou mobiles ». Voy. égal. *Pandectes belges*, v<sup>o</sup> « Délit de presse », *op. cit.*, col. 240, n<sup>o</sup> 77 : « Par 'presse', il faut entendre un instrument ou même un procédé quelconque permettant, à l'aide de tirages successifs, de reproduire un grand nombre d'exemplaires d'un type primitif ».

<sup>246</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 24 juin 1912, *Pas.*, 1912, I, p. 365. Voy. aussi M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 651.

<sup>247</sup> Voy. Gand (4<sup>e</sup> ch.), 21 juin 1972, *R.W.*, 1973-1974, col. 103, note A. VANDEPLAS (l'auteur du commentaire de cet arrêt s'interroge sur le fait de savoir si la solution ainsi dégagée pourrait également trouver à s'appliquer s'agissant des bandes magnétiques).

disposition. Si le juge refuse de tenir compte de l'émergence de nouveaux moyens d'expression qui remplacent progressivement les anciens, la protection constitutionnelle de la liberté de la presse voit sa portée s'amoin-drir dans la même proportion<sup>248</sup>.

60. À travers deux arrêts récents, tous deux rendus le 6 mars 2012, la Cour de cassation a finalement admis que l'on pouvait se rendre coupable d'un « délit de presse » par la diffusion d'écrits sur l'internet<sup>249</sup>. La Cour n'est sans doute pas restée indifférente au courant jurisprudentiel<sup>250</sup> et doctrinal<sup>251</sup> majoritaire qui s'était dégagé ces dernières années en faveur d'une application par analogie de la protection constitutionnelle de la

<sup>248</sup> En ce sens, J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 243.

<sup>249</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2012. Les deux arrêts ont été rendus dans les affaires *Procu-reur général près la cour d'appel de Gand et L.L. c. A.F.C.V.G. et Ter Dijk*, RG n° P.11.055.N (ci-après, le premier arrêt) et *F.D.S. c. M.E.*, RG n° P. 11.1374.N (ci-après, le second arrêt). Pour le premier arrêt, voy. *NjW*, 2012, p. 341 ; [A&M, 2012, p. 253](#), obs. D. VOORHOOF ; [I.L.M.B., 2012, p. 790](#) ; *J.T.*, 2012, obs. Q. VAN ENIS ; [R.D.T.L., 2013, n° 50, p. 81](#), note R. DEBILIO. Pour le second, voy. *NjW*, 2012, p. 342, [R.D.T.L., 2013, n° 50, p. 82](#), note R. DEBILIO ; N.C., 2012, p. 223 avec les concl. du prem. av. gén. De Swaef. Voy. égal. le commentaire de D. VOORHOOF, « Weblogs en websites zijn voortaan ook 'drukkers' », *Juristenkrant*, n° 246, 21 mars 2012, pp. 4-5.

<sup>250</sup> Voy. Corr. Bruxelles (5<sup>e</sup> ch.), 22 décembre 1999, [A&M, 2000, p. 134](#), note D. VOORHOOF, confirmé par Bruxelles, 27 juin 2000, [A&M, 2001, p. 142](#), note D. VOORHOOF (il s'agissait, en l'espèce, d'un délit de presse inspiré par le racisme, lequel ressortissait de toute façon à la compétence du tribunal correctionnel) ; Civ. Bruxelles (réf.), 2 mars 2000, [A&M, 2001, p. 147](#), note M. ISGOUR, [I.T., 2002, p. 113](#), note E. WÉRY ; Civ. Bruxelles, 19 février 2004, *R.D.T.L.*, 2005, p. 75, note K. LEMMENS ; Anvers (13<sup>e</sup> ch.), 9 février 2006, [A&M, 2006, p. 204](#), réformant Corr. Anvers (3<sup>e</sup> ch. C), 15 avril 2005, [A&M, 2005, p. 452](#) ; Anvers (8<sup>e</sup> ch.), 20 décembre 2006, [A&M, 2008, p. 133](#) ; Corr. Mons (4<sup>e</sup> ch.), 13 février 2007, [A&M, 2007, p. 177](#), note D. VOORHOOF, confirmé par Mons (3<sup>e</sup> ch.), 14 mai 2008, [I.T., 2009, p. 47](#), note Q. VAN ENIS ; Gand, 15 avril 2008 et Corr. Bruges, 7 janvier 2009, inédits cités par S. MAMPAEY et E. WERKERS (« Drukkersmisdriven in de digitale informatiemaatschappij : tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W. », [A&M, 2010, pp. 147-160](#), ici, pp. 151-152) ; Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2009, [A&M, 2009, p. 639](#) ; [R.D.T.L., 2009, n° 37, p. 105](#), note P.-F. DOCQUIR (s'agissant d'un délit de presse à caractère raciste, la cour d'appel s'estime compétente « même si les infractions (...) devaient être considérées comme des délits commis par la voie de la presse »), réformant Corr. Bruxelles (61<sup>e</sup> ch.), 21 juin 2006, [A&M, 2006, p. 491](#) ; [I.L.M.B., 2007, p. 591](#), obs. M. VAN DOOSLAERE ; Corr. Bruxelles (54<sup>e</sup> ch.), 23 juin 2009, [I.L.M.B., 2010, p. 123](#), note F. JONGEN ; Civ. Bruxelles (75<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, [I.T., 2010, p. 254](#), [I.L.M.B., 2010, p. 128](#), note C. DONY ; Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 17 mars 2010, [I.T., 2010, p. 506](#), note Q. VAN ENIS ; [A&M, 2010, p. 297](#), note S. CARNEROLI ; *T. Strafr.*, 2011, p. 448, note E. BREWAEYS ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 20 juin 2011, [A&M, 2012, p. 463](#) Voy. égal. les arrêts de la cour d'appel de Gand ayant donné lieu aux deux décisions commentées : Gand (6<sup>e</sup> ch.), 28 mars 2011, inédit, n° C/555/11 et Gand (4<sup>e</sup> ch.), 14 juin 2011, [A&M, 2012, p. 251](#).

<sup>251</sup> Voy. not. J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *op. cit.*, pp. 229-288, spéc. n°s 35-45 ; C. KER, « 'Presse' ou 'tribune

« presse » aux nouveaux médias. Les deux arrêts commentés posent ainsi très clairement que le moyen faisant valoir « (...) que la propagation et la diffusion d'une opinion punissable ne peuvent constituer un délit de presse que par voie de presse écrite<sup>252</sup>, manque en droit ». Le second arrêt rappelle, quant à lui, que « le délit de presse requiert l'expression d'une opinion punissable dans un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire » et admet que pareille exigence puisse être rencontrée par des écrits diffusés sur le net dès lors que « la diffusion numérique constitue pareil procédé similaire »<sup>253</sup>.

Les conclusions conformes du premier avocat général De Swaef permettent de prendre la mesure de l'option prise par la Cour de cassation à travers les deux arrêts analysés<sup>254</sup>. Aux yeux du haut magistrat, un article posté sur un site Web est accessible à tout moment, à toute personne intéressée. Une fois publié sur un site Internet, l'écrit peut entamer son processus de reproduction<sup>255</sup>. Il est significatif à cet égard que le raisonnement du premier avocat général ne passe plus par le détour de la possibilité d'une impression papier<sup>256</sup> mais semble se satisfaire d'une

---

électronique' : censure et responsabilité », *R.D.T.I.*, 2007, pp. 147-170, spéc. pp. 150-152 ; Y. POULLET, « La lutte contre le racisme et la xénophobie sur Internet », *V.T.*, 2006, pp. 401-412, spéc. n° 15.

<sup>252</sup> Dans leur version originale, les deux arrêts, rendus en langue néerlandaise, utilisaient respectivement les expressions « door gedrukte geschriften » et « door een drukpers » (nous soulignons) qui emportent une connotation d'imprimé dont les mots français « par voie de presse écrite » ne rendent pas compte.

<sup>253</sup> Le même arrêt précise par ailleurs que le délit de presse ne nécessite pas l'expression d'une opinion sur une question d'intérêt général et n'exige nullement que le message diffusé présente une quelconque pertinence journalistique.

<sup>254</sup> Le premier avocat général n'a fourni de conclusions écrites que dans la seconde affaire. Toutefois, dès lors que les questions qui se posaient dans les deux espèces étaient relativement similaires, les enseignements qui s'en dégagent permettent d'éclairer la position retenue par la Cour de cassation. La cour d'appel de Gand mentionne la possibilité d'impression pour justifier sa position. Aux yeux de la Cour, les imprimeurs individuels doivent être protégés au même titre que les imprimeurs professionnels. Les juges gantois invoquent des préoccupations écologiques à l'appui de leur raisonnement. En effet, au contraire de l'impression de masse, l'internet permet d'imprimer de manière plus sélective, ce qui évite ainsi un important gaspillage de papier. À notre estime, rien ne s'opposerait à ce que la multiplication purement virtuelle des contenus, telle que définie par le premier avocat général lui-même, soit reconnue aux matériaux audiovisuels postés sur le net. Voy. Civ. Bruxelles (75<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, *V.T.*, 2010, p. 254 ; *V.L.M.B.*, 2010, p. 128 note C. DONY (à

<sup>255</sup> À notre avis, c'est à tort que, saisi de la diffusion d'un écrit sur l'internet, le tribunal correctionnel de Bruxelles a jugé, qu'« il est (...) nécessaire que le texte ait été reproduit en plusieurs exemplaires par l'auteur même du délit pour que la qualité de délit de presse puisse être reconnue » (Corr. Bruxelles (61<sup>e</sup> ch.), 17 juin 2014, inédit, RG n° 02794).

<sup>256</sup> Comp. avec Gand (6<sup>e</sup> ch.), 28 mars 2011, précité, arrêt *a quo* dans la première affaire déferée à la Cour de cassation. La cour d'appel de Gand mentionne la possibilité d'impression pour justifier sa position. Aux yeux de la Cour, les imprimeurs individuels doivent être protégés au même titre que les imprimeurs professionnels. Les juges gantois invoquent des préoccupations écologiques à l'appui de leur raisonnement. En effet, au contraire de l'impression de masse, l'internet permet d'imprimer de manière plus sélective, ce qui évite ainsi un important gaspillage de papier. À notre estime, rien ne s'opposerait à ce que la multiplication purement virtuelle des contenus, telle que définie par le premier avocat général lui-même, soit reconnue aux matériaux audiovisuels postés sur le net. Voy. Civ. Bruxelles (75<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, *V.T.*, 2010, p. 254 ; *V.L.M.B.*, 2010, p. 128 note C. DONY (à

reproduction purement virtuelle de l'écrit, laquelle peut prendre la forme de l'apposition par les internautes d'hyperliens renvoyant vers l'article ou peut s'opérer par son envoi à toute autre personne susceptible d'être intéressée<sup>257</sup>. L'argument de la traduction néerlandaise de la presse constitutionnelle par le terme « *drukpers* »<sup>258</sup>, lequel aurait été choisi pour exclure toute autre forme de presse que la presse imprimée, semble donc avoir fait long feu.

61. La position prise par la Cour de cassation nous apparaît salubre dans la mesure où la limitation aux seuls écrits imprimés de la compétence exclusive du jury populaire (et de l'impunité qu'elle entraîne) aurait pu entraîner une violation du principe d'égalité et de non-discrimination contenu à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en combinaison avec l'article 10. En effet, si la Cour européenne des droits de l'homme admet la possibilité pour les États de dépasser les exigences qui résultent des dispositions matérielles de la Convention et d'aller plus loin dans la protection accordée à certains droits et libertés qui s'y trouvent consacrés, ces derniers sont tenus de le faire de manière non discriminatoire, afin de respecter le prescrit de l'article 14 de la Convention<sup>259</sup>. Or, à notre estime, aucun facteur objectif et pertinent ne semble de nature à justifier l'exclusion des propos diffusés sur la Toile du privilège de juridiction instauré par l'article 150 de la Constitution.

62. La portée de ces deux arrêts doit cependant être bien comprise. D'une part, ils ne concernent que les écrits diffusés sur l'internet ; d'autre part, ils ne portent que sur la question de la compétence de la cour d'assises pour connaître des délits de presse.

---

propos d'une vidéo et d'un écrit diffusés sur l'internet), dans lequel le tribunal, après avoir relevé la controverse existant autour du régime applicable à la diffusion de contenus audiovisuels sur le net, considère que « (...) *les diffusions* litigieuses traduisent la manifestation d'une opinion, qui a fait l'objet d'une publicité réelle et effective, et a été rendue publique puisqu'elle a été accessible à tout moment et par tout un chacun qui consultait les sites précités » et estime que « la notion de presse doit être entendue au sens large et tenir compte de l'évolution des techniques (...) » (nous soulignons).

<sup>257</sup> « En l'espèce, n'importe quel utilisateur pouvait à n'importe quel moment trouver sur les weblogs les articles du défendeur. À son tour, cet utilisateur pouvait contribuer à la reproduction et à la diffusion d'articles par exemple en créant un lien vers le weblog et/ou en transférant les articles mêmes ».

<sup>258</sup> Pour une critique de cet argument, voy. *supra*, n° 52 et les réf. citées.

<sup>259</sup> Voy. not. Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, § 63.

63. Les affaires qui étaient déferées au contrôle de la Cour portaient toutes deux sur la publication d'écrits sur l'internet. Les enseignements qui se dégagent des deux décisions se limitent donc *a priori* aux seuls écrits diffusés sur le réseau. Ce constat est renforcé par le fait que dans le second arrêt, la haute juridiction rappelle que « le délit de presse exige l'expression délictueuse d'une opinion *dans un texte* reproduit au moyen de la presse ou d'un procédé similaire »<sup>260</sup>. L'exigence d'un texte permettait de douter de la volonté future de la Cour de cassation de faire montre de la même clémence à l'égard d'autres formes d'expression véhiculées sur l'internet. Le doute était fondé. Dans un récent arrêt, rendu le 29 octobre 2013, la Cour de cassation a refusé la qualification de délit de presse à la diffusion sur l'internet d'expressions punissables orales ou audiovisuelles (« *strafbare mondelinge of audiovisuele meningsuitingen* »), à défaut pour ces dernières de constituer des textes écrits (« *geschreven teksten* »)<sup>261</sup>. La notion de « texte », initialement retenue en 2012, pouvait pourtant paraître plus large que celle d'« écrit » autrefois utilisée pour qualifier le délit de presse. En effet, les techniques audiovisuelles permettent de lire ou de prononcer un texte sous une forme orale, sans que l'on puisse parler d'un écrit<sup>262</sup>. La Cour a pris la peine de préciser, dans son arrêt du 29 octobre 2013, que le délit de presse ne pouvait être constitué que par la diffusion de textes *écrits*.

<sup>260</sup> Nous soulignons. Voy. égal., Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, deux arrêts, *Pas.*, 2013, I, respectivement pp. 254 et 255 : « Le délit de presse requiert l'expression punissable d'une opinion dans un *texte* reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire » (nous soulignons). L'exigence d'un texte a également été confirmée par des juges du fond. Voy. Corr. Anvers, 30 mars 2012, [A&M, 2012, p. 480](#), note D. VOORHOOF, lui-même confirmé sur ce point par Anvers, 6 juin 2013, inédit, disponible à l'adresse suivante : <http://www.diversite.be/>, au terme duquel, les assertions orales et les images contenues dans des séquences vidéos postées sur l'internet échappent à la qualification de délit de presse. Voy. égal., à propos de paroles prononcées dans un film diffusé sur l'internet, Corr. Anvers, 30 novembre 2012, inédit, disponible à l'adresse suivante : <http://www.diversite.be/>. Comp. Corr. Termonde (16<sup>e</sup> ch.), 16 octobre 2012, inédit, RG n° 2012/3153 (le tribunal admet que la diffusion d'un film sur l'internet puisse constituer un délit de presse). La Cour de cassation n'a censuré ce jugement qu'en raison du défaut de constatation de l'existence d'une opinion punissable, mais n'en a pas moins répété, de manière générale, l'exigence d'un texte (Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, [Pas., 2013, I, p. 254](#)).

<sup>261</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 octobre 2013, *T. Straf.*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK ; [T., 2014, p. 391](#), note Q. VAN ENIS (refusant de censurer l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 6 juin 2013 précité).

<sup>262</sup> Voy. D. VOORHOOF, « De notie van drukpersmisdrijf van de 19de naar de 21ste eeuw : internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers ! », note sous Gand, 14 juin 2011 et Cass., 6 mars 2012, [A&M, 2012, p. 258](#).

64. L'exigence d'un « texte écrit » risque cependant de se heurter aux mêmes difficultés que celles qui se rencontrent à propos de la délimitation de l'écrit et de l'image : un film diffusé sur le net ne devrait-il sa qualification en délit de presse qu'à la condition d'être sous-titré ?<sup>263</sup> De manière générale, l'hypothèse de la connexité entre écrits et contenus audiovisuels risque de se poser fréquemment sur l'internet en raison de la nature *multimédia* de ce support d'expression. D'ailleurs, de nombreux sites Web font déjà se répondre des vidéos et des textes qui présentent souvent un contenu parfaitement identique. Si l'exigence d'un « texte » pouvait paraître conciliable avec *certain*s contenus audiovisuels diffusés sur la Toile, le sort des images fixes publiées sur le réseau semble scellé plus durablement, quant à lui. Comme on l'a vu, si la Cour de cassation continue à exclure les images, même imprimées, de la notion de délit de presse, c'est au motif qu'elles ne seraient que la représentation d'objets matériels et partant, ne véhiculeraient aucune opinion<sup>264</sup>. Quoique l'on doute du bien-fondé de cette assertion, son application aux images animées apparaîtrait plus discutable encore. C'est que l'image animée, même dépourvue de toute sonorité, permet sans doute plus facilement que l'image fixe, de faire passer une opinion<sup>265</sup>. Il suffit de songer aux opinions véhiculées par le cinéma muet pour s'en convaincre. Plus fondamentalement, nous avons déjà démontré plus haut les difficultés juridiques et pratiques suscitées par l'imposition d'une exigence de démontrer une opinion pour fonder un régime de protection spécifique au sein de la liberté d'expression.

65. Dans ses conclusions, le premier avocat général De Swaef, quant à lui, avait estimé que c'était à raison que la Cour de cassation avait précédemment jugé, par un arrêt du 2 juin 2006, que l'article 25 de la Constitution protégeant la liberté de la presse ne s'appliquait pas aux médias audiovisuels<sup>266</sup>, dans la mesure où, d'après lui, les émissions<sup>267</sup> de radio et de télévision ne bénéficient pas de la permanence de la publicité (« *het*

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 258. Voy. *supra*, n° 33.

<sup>264</sup> Voy. *supra*, n° 30.

<sup>265</sup> Si l'on admet que les images animées ont cette capacité, ne devrait-on pas admettre que les images fixes suivent le même régime ? En effet, l'histoire de l'animation révèle que les dessins animés, par exemple, ne résultent que d'une rotoscopie d'images fixes qui donne l'illusion du mouvement.

<sup>266</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, [F.L.M.B., 2006, p. 1402](#), note F. JONGEN ; [A&M, 2006, p. 359](#) et les concl. de l'av. gén. dél. de Koster : « Les émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés. Le moyen qui (...) soutient que l'article 25 de la Constitution s'applique à de telles émissions manque en droit ».

<sup>267</sup> Le texte néerlandais utilise le mot « *transmissies* » qui renvoie de manière plus nette à une technique de diffusion que le vocable « émission » qui peut, selon le cas, désigner le moyen technique de diffusion ou le contenu diffusé.

*bestendig karakter van de openbaarheid* ») qui caractérise la diffusion des écrits imprimés. Ce faisant, l'avocat général s'était référé à la thèse défendue par l'un de ses prédécesseurs, J. Leclercq, pour qui les techniques audiovisuelles, ne seraient qu'une amplification de la parole et partant, échapperaient inévitablement à la qualification de « délit de presse »<sup>268</sup>.

Est-ce toutefois la particularité de *permanence* de l'écrit imprimé que le constituant a voulu protéger en 1831, et que, d'après le premier avocat général De Swaef, l'on retrouverait aujourd'hui s'agissant des écrits postés sur l'internet ? Rien n'est moins sûr... La seule chose que l'on puisse affirmer avec certitude, c'est que la presse imprimée était en 1831 le seul média connu des membres du Congrès national et le seul support à même de diffuser largement une opinion au public.

Une fois que l'on considère que l'impression n'est plus un critère décisif pour identifier la presse, on voit mal comment distinguer l'écrit des contenus audiovisuels diffusés sur la Toile. Il est illusoire de croire que les écrits diffusés sur le réseau ont nécessairement une plus grande permanence que les contenus qui allient le son à l'image. Les nouvelles technologies n'ont-elles pas vu naître des *e-books* périssables et des messages qui s'autodétruisent après un certain laps de temps ? Les articles écrits ne font pas toujours l'objet d'une indexation pour une période indéterminée. De manière générale, toute diffusion sur l'internet a un caractère plus évanescence que l'imprimé... En tout état de cause, l'on fera remarquer qu'en dépit du critère de permanence dégagé par le premier avocat général, la Cour de cassation, tout en excluant les expressions orales ou audiovisuelles de la notion de délit de presse, s'est gardée de censurer la position de la cour d'appel d'Anvers, laquelle, pour conclure à l'existence d'une infraction de harcèlement à raison de la mise en ligne unique d'une vidéo sur l'internet, avait jugé que « le propre d'internet en général et de forums ou sites internet tels que *YouTube* en particulier est que des vidéos et commentaires qui y sont postés peuvent être entendus ou vus *de manière permanente* par un nombre incalculable de personnes »<sup>269</sup>.

On peut également s'interroger sur la nature des transmissions audiovisuelles que l'avocat général a entendu exclure de la notion de « délit de

---

<sup>268</sup> Voy. J. LECLERCQ, Titre V, « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes », in *Novelles, Droit pénal*, t. IV, *Les infractions*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 196-198, n° 1416 (« Écrit imprimé ») ; *idem*, « Radio-télévision et délits de presse », *J.T.*, 1986, p. 403, n° 22.

<sup>269</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 octobre 2013, précité (nous soulignons). Sur cette apparente contradiction, voy. Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? », note sous l'arrêt précité, *V.T.*, 2014, p. 393-397.

presse », en particulier dans le contexte de convergence technologique actuelle<sup>270</sup>. S'agit-il de la radiodiffusion classique ? Le haut magistrat vise-t-il également les *Web TV* et les *Web radios* qui peuvent également constituer des « services de médias audiovisuels »<sup>271</sup> ? Le critère de la permanence n'est-il pas dépassé à l'heure du *podcasting* et de la télévision à la demande<sup>272</sup> ? Peut-être aurait-il été plus indiqué de distinguer selon la nature linéaire ou non-linéaire du service considéré, comme l'a fait le législateur européen dans la directive sur les services de médias audiovisuels...<sup>273</sup> La diffusion non-linéaire ou à la demande présenterait par nature une plus grande permanence et serait plus ouverte à l'échange sur le réseau. Mais la distinction ne devient-elle pas toute théorique lorsque l'on sait que la grande majorité des contenus diffusés *en live* sont très rapidement mis en ligne pour une certaine durée permettant leur partage sur la Toile, notamment par le biais des réseaux sociaux ? Devra-t-on alors faire dépendre la qualification en « délit de presse » de la mise à

<sup>270</sup> Voy. égal. K. LEMMENS, « Misbruiken van de meningsvrijheid via het internet : is het recht Web 2.0-compatibel ? Pleidooi voor een technologieneutrale bescherming », *op. cit.*, n° 49, p. 19, qui se prononce avant les arrêts de la Cour de cassation du 6 mars 2012 et les concl. du prem. av. gén. De Swaef.

<sup>271</sup> Voy. le décret coordonné de la Communauté française du 30 avril 2009 sur les services de médias audiovisuels (« décret SMA »), *M.B.*, 24 juillet 2009, art. 1<sup>er</sup>, 48°, où le « service de médias audiovisuels » est défini comme « un service relevant de la responsabilité éditoriale d'un éditeur de services, dont l'objet principal est la communication au public de programmes télévisuels ou sonores par des réseaux de communications électroniques, dans le but d'informer, de divertir et d'éduquer ou dans le but d'assurer une communication commerciale (...) ». Voy. aussi CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, « Recommandation relative au périmètre de la régulation des services de médias audiovisuels », 29 mars 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://csa.be/documents/1713>.

<sup>272</sup> En ce sens, F. TULKENS, « Liberté d'expression, liberté de presse : les procédures préventives et répressives sont-elles en voie d'extinction juridique ? », in S. VAN DROOCHENBROECK et P. WAUTELET, P. (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement – Questions choisies d'actualité*, CUP, Limal, Anthemis, 2012, p. 24, note n° 34. Voy. aussi J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 206-207, n° 249.

<sup>273</sup> Voy. la directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive Services de médias audiovisuels), *J.O.U.E.*, L 095, 15 avril 2010, p. 1. Le « service de médias audiovisuels linéaire » (ou la « radiodiffusion télévisuelle » ou encore l'« émission télévisée ») y est défini comme « un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage simultané de programmes sur la base d'une grille de programmes » et le « service de médias audiovisuels à la demande » (ou « service de médias audiovisuels non linéaire ») comme « un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de services de médias pour le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias ». Voy. l'art. 1<sup>er</sup>, § 1, e) et g). Voy. égal. l'art. 1<sup>er</sup>, 49° et 50°, du décret SMA.

disposition de l'émission sur le site Internet de l'entreprise de radiodiffusion subséquemment à sa diffusion linéaire ? Les questions ne manquent pas.

En outre, il est admis, depuis de nombreuses années, que les techniques d'enregistrement rendent possible l'échange des contenus audiovisuels à grande échelle. Ainsi, au milieu des années 1990, et donc avant l'explosion de l'internet, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà souligné les formidables possibilités de circulation des contenus audiovisuels : « (...) il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent, en pratique, faire l'objet de copie, de prêt, de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper facilement à toute forme de contrôle par les autorités »<sup>274</sup>. L'assertion n'en est que plus vraie avec l'émergence des nouveaux moyens de communication.

Si elle devait être retenue comme condition posée au bénéfice de la protection constitutionnelle de la presse – *quod non*, à notre avis – la permanence de la publicité ne serait donc pas forcément exclue pour les contenus audiovisuels, quand bien même ils seraient diffusés de manière linéaire.

66. La portée des deux arrêts du 6 mars 2012 apparaît également limitée en ce que la Cour de cassation ne se trouvait saisie que de la question de la compétence de la cour d'assises, telle qu'établie par l'article 150 de la Constitution. Elle n'a pas tranché la question, bien plus délicate, de l'applicabilité aux propos échangés sur la Toile du mécanisme de responsabilité en cascade, consacré à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, et qui a pour effet d'exclure les poursuites civiles ou pénales contre l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur lorsque l'auteur d'un propos est connu et domicilié en Belgique<sup>275</sup>.

Le paragraphe suivant nous amènera précisément à faire le départ entre les dispositions constitutionnelles visant à protéger la liberté de la presse (article 25) et celles qui encadrent le jugement des délits de presse (articles 148, alinéa 2, et 150).

<sup>274</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, § 63.

<sup>275</sup> Voy. la seconde partie de l'étude pour une analyse de la jurisprudence relative à transposition de cette règle aux propos échangés sur le réseau, *infra*, n<sup>os</sup> 265 et s.

## § 5. Vers un décloisonnement entre la liberté de la presse et le « délit de presse » ?

67. À l'instar de G. Rosoux<sup>276</sup>, nous sommes d'avis que les critères qui déterminent l'applicabilité de la liberté de la presse, inscrite à l'article 25 de la Constitution, ne devraient pas nécessairement être identiques à ceux qui conditionnent la mise en œuvre des articles 148, alinéa 2, et 150 de la Constitution qui concernent la poursuite des délits de presse. Quoique complémentaires, la poursuite des délits de presse et la liberté de la presse gagneraient à être plus soigneusement distinguées. En effet, si les objectifs qu'elles poursuivent convergent dans le but d'assurer une large protection à la presse, les conditions posées à leur entrée en jeu ne se recouvrent pas en tous points.

La Cour de cassation semble d'ailleurs avoir admis implicitement le bien-fondé d'une telle distinction entre le régime de la liberté de la presse et le régime du délit de presse.

D'un côté, la Cour a très tôt admis que l'article 150 qui parle de « délits de presse » ne régissait que la compétence du juge pénal et non celle du juge civil : « Attendu, quant à l'article 98 [actuel 150] de la Constitution, qu'en déférant au jury la connaissance des délits de presse, il a laissé intactes les règles de compétence établies pour l'action civile »<sup>277</sup>. Or, d'un autre côté, plus tardivement, comme on l'a vu, la Cour a reconnu que le mécanisme de responsabilité en cascade visé à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution visait aussi bien l'action civile que l'action pénale. Voilà qui démontre bien que les garanties de la liberté de la presse ne se limitent pas aux seuls « délits de presse ». Les dispositions des articles 25, 148,

<sup>276</sup> Voy. G. ROSOUX, « Brèves considérations sur la notion obsolète de délit de presse », note sous Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 7 décembre 2004, *Rev. dr. pén.*, 2005, pp. 1270-1289, spéc. p. 1278, où l'auteur distingue la liberté de la presse (art. 25) et le jugement du délit de presse (art. 150). La première disposition aurait pour objet de protéger le *support* de l'information (au départ, la seule presse imprimée) indépendamment du contenu diffusé, la seconde a vocation à soustraire de la compétence des juges professionnels et à réserver au jury populaire le jugement pénal des *opinions* exprimées par la voie de la presse, c'est-à-dire une catégorie particulière d'expression. On a vu précédemment que la jurisprudence semble encliner à exiger l'expression d'une opinion également s'agissant de l'article 25 de la Constitution (voy. *supra*, nos 16 à 45).

<sup>277</sup> Voy. Cass. (1<sup>er</sup> ch.), 24 janvier 1863, *Pas.*, 1864, I, p. 110. Voy. *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> « Liberté de la presse et droit de réponse », *op. cit.*, p. 578, n<sup>o</sup> 30 ; J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée offrant sous chaque article l'état de la doctrine, de la jurisprudence et de la législation*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1876, n<sup>o</sup> 119, pp. 81-86. Ce dernier auteur fait référence à un projet de loi, resté lettre morte, qui visait à imposer au juge civil de consulter le jury avant de se prononcer sur un éventuel délit de presse.

alinéa 2, et 150 de la Constitution répondent à des logiques différentes. L'on ajoutera que la qualification en « délit de presse » (art. 150) a connu une approche relativement restrictive sans doute en raison du fait qu'elle est surdéterminée par l'impasse à laquelle aboutit le jugement des délits de presse<sup>278</sup>. Or de telles considérations ne peuvent conduire à rétrécir la portée de l'article 25.

Il est remarquable que, d'abord envisagée dans un troisième alinéa adjoind à ceux qui composent actuellement l'article 25 de la Constitution<sup>279</sup>, la compétence du jury pour connaître des délits de presse fut ensuite reléguée au chapitre 3 du Titre III de la Constitution consacré à l'organisation du pouvoir judiciaire<sup>280</sup>.

L'article 150 a vocation à régir *la responsabilité pénale* de la presse alors que l'article 25 vise davantage *la liberté* de la presse conçue comme un principe général. La première disposition constitue une règle de procédure pénale dont on pourrait difficilement se servir pour interpréter le principe général inscrit à l'article 25<sup>281</sup>.

L'exigence de l'opinion, déjà problématique dans la définition du régime favorable applicable aux délits de presse, l'est encore davantage s'agissant de l'interdiction des mesures préventives et du mécanisme de la cascade qui sont supposés soustraire le contenu destiné à être publié à un contrôle préalable de l'État et des intermédiaires.

Il est dès lors pour le moins étonnant d'exiger un « délit de presse » pour conditionner l'application des garanties mises en place par l'article 25 de la Constitution. La notion de délit de presse n'apparaît nulle part

<sup>278</sup> Voy. en ce sens, F. TULKENS et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 77. M. Verdussen, quant à lui, perçoit dans le délit de presse une tension entre une interprétation extensive motivée par la volonté de préserver une large conception de la liberté d'expression et une interprétation restrictive induite par la méfiance à l'égard du jury populaire (M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, p. 644).

<sup>279</sup> En fin de séance du 26 décembre 1830, M. Lebeau avait proposé un paragraphe additionnel adopté sans discussion et qui était formulé comme suit : « Dans tout procès pour délit de la presse, la déclaration de culpabilité appartient au jury ». Voy. E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 658.

<sup>280</sup> E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. II, pp. 229-230 et 232-236.

<sup>281</sup> En ce sens H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », note sous Corr. Nivelles (2<sup>e</sup> ch.), 21 mai 2008, [H&M, 2009, p. 198](#) et l'auteur d'insister sur le fait que l'article 150 est une règle de procédure qui se situe à un autre niveau que l'article 25 de la Constitution. De manière assez surprenante, toutefois, le même auteur semble ensuite refaire le lien entre les deux dispositions précitées. Voy. égal. F. JONGEN, « Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias », in *Mélanges offerts à M. Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 55-57, n° 3-4, où l'auteur voit dans l'article 150 de la Constitution l'expression d'une règle de procédure.

à l'article 25 mais ne figure qu'aux articles 150 et 148, alinéa 2, de la Constitution<sup>282</sup>. Il serait pour le moins paradoxal de conditionner le bénéfice de l'interdiction de la censure prévue à l'article 25 de la Constitution au degré de publicité requise par la notion de délit de presse. Dans les arrêts les plus récents de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle portant sur la responsabilité en cascade, on ne trouve pas davantage de mention d'une quelconque limitation aux « délits de presse »<sup>283</sup>. La responsabilité en cascade gagnerait à être libérée du concept de « délit de presse » et à être étendue à toute forme de comportement expressif, indépendamment de la commission d'une infraction pénale<sup>284</sup>. Nous ne pouvons donc pas rejoindre le tribunal correctionnel de Louvain lorsqu'il soutient que l'article 25, alinéa 2, s'applique *expressément* et *exclusivement* aux délits de presse<sup>285</sup>.

On pourrait objecter que la notion de « délit de presse » n'est pas totalement inconnue en matière civile. Ainsi, aux termes de l'article 92, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, du Code judiciaire, les actions civiles mues en raison d'un délit de presse doivent être attribuées aux chambres composées de trois juges et, d'après l'article 764, 4<sup>o</sup>, du même Code, ces demandes doivent, à peine de nullité, être communiquées au ministère public<sup>286</sup>. En pratique toutefois, s'ils font application des règles procédurales précitées, rares sont les juges civils qui relèvent expressément qu'ils se trouvent en présence d'une action civile mue en raison d'un délit de presse. À l'inverse, les juges font parfois application desdites règles alors qu'ils ne sont pas saisis d'une action civile mue en raison d'un délit de presse<sup>287</sup>. Ainsi, après avoir analysé en profondeur la jurisprudence pertinente, un auteur conclut donc que « le concept de délit de presse ne reçoit plus de signification particulière en matière

<sup>282</sup> H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », *op. cit.*, p. 194.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 200. Voy. Cass., 31 mai 1996, précité ; C.A., 22 mars 2006, n<sup>o</sup> 47/2006, [J.L., 2006, p. 458](#), note E. MONTERO ; [J.L.M.B., 2006, p. 1388](#), note P. DEFURNY ; [A&M, 2006, p. 290](#), note K. LEMMENS ; C.D.P.K., 2006, p. 950, notes F. VANDEVENNE et A. VERDOODT ; R.G.D.C., note A. VANDEBURIE ; R.W., 2007, p. 1348, note E. BREWAEYS.

<sup>284</sup> H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken... », *op. cit.*, p. 200.

<sup>285</sup> Corr. Louvain (17<sup>e</sup> ch.), 7 septembre 1999, précité. En conséquence, le tribunal a refusé l'application de la responsabilité en cascade à un écrit publicitaire.

<sup>286</sup> Voy. à cet égard, J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 99-102, n<sup>os</sup> 116-120.

<sup>287</sup> H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », *op. cit.*, pp. 198-200. Voy. aussi J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 100-101 et 102, n<sup>os</sup> 119 et 120 (soulignant que les dispositions concernées sont régulièrement appliquées en matière de presse audiovisuelle, laquelle, selon une jurisprudence constante mais critiquable de la Cour de cassation, est pourtant étrangère à la notion de « délit de presse »).

civile »<sup>288</sup>. Un autre auteur a même pu qualifier le recours à la notion de « délit de presse » d'un détour inhabituel pour le juge civil<sup>289</sup>... Ce dernier peut connaître de nombreuses actions qui présentent un enjeu important pour la liberté de la presse, sans que ces dernières soient nécessairement « mues en raison d'un délit de presse ».

### Conclusion de la première section

68. La liberté de la presse, telle qu'elle se trouve consacrée par la Constitution, n'est pas réservée à une catégorie particulière de personnes, telle celle des journalistes ou des professionnels de l'information. Chacun peut à son gré user de sa liberté d'expression médiatique et faire part à un large public des informations qu'il détient ou des pensées qui l'habitent.

Qu'il s'agisse des règles de procédure qui encadrent le jugement des « délits de presse » à proprement parler ou, plus généralement, des autres garanties de la liberté de la presse, la condition de l'*opinion* devrait, selon nous, être abandonnée au profit d'une simple condition d'*expression*. Une telle conception serait plus en phase avec la situation actuelle où la presse est principalement une presse d'information.

Une force symbolique est attachée aux dispositions constitutionnelles pertinentes, renforcée par l'immuabilité qui les a caractérisées durant de nombreuses années, en dépit des évolutions qu'ont connues les différents supports de diffusion de l'information<sup>290</sup>. Compte tenu de ce contexte de permanence de la lettre de la Constitution, nous jugeons préférable de maintenir le *statu quo* dans la *lettre* de la charte fondamentale, tout en accordant à son *esprit* l'attention qu'il mérite.

Dans l'hypothèse où le mouvement initié par la Cour de cassation à travers les deux arrêts du 6 mars 2012 ne devrait pas connaître de suite, le texte constitutionnel pourrait devoir être reformulé d'une manière technologiquement neutre, indifférente au support de la diffusion du propos<sup>291</sup>.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>289</sup> Voy. C. DONY, « La presse, une notion que le constituant tarde à (re)définir », *op. cit.*, p. 137.

<sup>290</sup> Comp. J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 248, qui, en 1980, jugeait qu'était dépassé le « seuil d'intervention » à partir duquel la norme constitutionnelle n'était plus adaptée à la réalité.

<sup>291</sup> Si C. Uytendaele en vient à proposer une réécriture technologiquement neutre des dispositions pertinentes de la Constitution, c'est non sans avoir au préalable souligné que l'élargissement de la liberté de la presse (art. 25) aux autres médias (audiovisuel et

Certaines propositions de révision de la Constitution actuellement à l'examen devant le Parlement proposent une modification des articles 148 et 150 de la Constitution, lesquels feraient désormais référence aux « délits de presse » et aux « autres délits médiatiques »<sup>292</sup>. Les discussions qui ont entouré l'adoption de la dernière déclaration de révision de la Constitution montrent cependant qu'une telle extension textuelle est loin d'être une chose acquise. Les résistances affichées à l'égard de l'octroi des garanties constitutionnelles aux nouveaux médias procèdent toujours du malentendu selon lequel cette protection garantirait une véritable impunité aux propos échangés sur le réseau<sup>293</sup>. Or, comme en témoignent près de deux siècles de jurisprudence, l'on sait que, même sous les auspices de la Constitution, la liberté de la presse n'empêche pas, le cas échéant, la sanction des abus qui peuvent être commis à son usage<sup>294</sup>.

---

numérique) se heurtait à un refus de la Cour de cassation *en dépit des arguments valables* invoqués par la doctrine et les juges inférieurs (« Bescherming van de communicatievrijheid in digitale omgevingen : verminderde bruikbaarheid van nationale (grondwettelijk) recht ? », *op. cit.*, pp. 43-44, nous soulignons).

<sup>292</sup> Voy. projet de déclaration de révision de la Constitution, 22 avril 2014, *Doc. parl.*, ch., 2013-2014, n° 53-3567/001 ; projet de déclaration de révision de la Constitution, 22 avril 2014, *Doc. parl.*, Sén., 2013-2014, n° 5-2856/1 ; la proposition de révision des articles 25, 148 et 150 de la Constitution, déposée le 8 février 2011, par D. VAN DER MAELEN, *Doc. parl.*, ch., 2010-2011, n° 53-1182/001 et la proposition de révision de l'article 25 de la Constitution, déposée le 9 juin 2011, par B. ANCIAUX, *Doc. parl.*, Sén., 2010-2011, n° 5-1086/1. Étant donné les limites assignées par le pré-constituant, l'article 25 ne pourrait être modifié qu'« en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information ». Les deux propositions ne revêtent donc qu'un caractère provisoire et imparfait aux yeux de leurs auteurs, lesquels seraient favorables à une révision plus globale de l'article 25, combiné avec l'article 19 de la Constitution, et qui tiendrait compte de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans l'attente, ils considèrent que la responsabilité en cascade ne pourrait être étendue aux nouveaux moyens de communication et ne continuerait à s'appliquer qu'à la presse imprimée.

<sup>293</sup> Voy. Projet de déclaration de révision de la Constitution, Rapport fait au nom de la commission des affaires institutionnelles par MM. Vandenberghe et Delpérée, 5 mai 2010, *Doc. parl.*, Sén., sess. 2009-2010, 4-1777/3, pp. 23-24 à propos de l'article 25 et spéc. les interventions de MM. Mahoux, De Decker, Monfils, Vandenberghe.

<sup>294</sup> À ce sujet, voy. *infra*, n°s 364 et s., nos développements relatifs aux responsabilités de la presse dans la communication d'idées et d'informations.

## Section II. La saisie du journalisme par la loi

### Introduction

69. Comme on l'a vu dans la section précédente, au titre de la Constitution belge, la jouissance de la liberté de la presse n'est nullement réservée à une catégorie d'acteurs particuliers, tels les professionnels des médias. En marge de cet enseignement cardinal, le législateur a accepté de reconnaître et de protéger le titre de « journaliste professionnel » à travers la loi du 31 décembre 1963<sup>295</sup>. Il s'agit dès lors, dans la présente section, de mesurer précisément l'impact de cette intervention législative (§ 1). La constitutionnalité de l'instauration éventuelle d'un ordre professionnel des journalistes doit également être questionnée à l'aune du principe constitutionnel, de large application, de la liberté de la presse (§ 2).

### § 1. L'impact de la loi relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel

70. Aux termes de l'article premier de la loi du 31 décembre 1963, l'obtention du titre de journaliste professionnel est réservée à toute personne qui, âgée de vingt et un ans au moins et n'étant pas déchue, en tout en partie, de ses droits civils et politiques (dont le droit d'exploiter ou d'écrire dans un journal à vocation politique)<sup>296</sup>, participe, à titre de profession principale et moyennant rémunération, à la rédaction de journaux quotidiens ou périodiques, d'émissions d'information radiodiffusées ou télévisées, d'actualités filmées ou d'agences de presse consacrés à l'information générale<sup>297</sup> et a fait, de cette activité, sa profession habituelle pendant deux ans au moins, sans la cesser plus de deux ans, en n'exerçant aucune espèce de commerce et notamment aucune activité ayant pour objet la publicité, si ce n'est en qualité de directeur de journal, d'émission d'information, d'actualités filmées ou d'agences de presse.

---

<sup>295</sup> Loi du 31 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 14 janvier 1964.

<sup>296</sup> La loi ajoute à l'hypothèse de la déchéance de ces droits le cas d'une condamnation encourue à l'étranger, qui, si elle avait été prononcée en Belgique, aurait entraîné pareille déchéance.

<sup>297</sup> Autrement dit, qui, d'une part, rapportent les nouvelles concernant l'ensemble des questions d'actualité et qui d'autre part, s'adressent à l'ensemble des lecteurs, des auditeurs ou des spectateurs.

L'avis du Conseil d'État précédant l'adoption de la loi avait posé très clairement que « la création du titre est sans influence sur le droit de chacun d'écrire dans un journal. Ce droit existe indépendamment de l'octroi du titre. Le titre ne confère aucun monopole ni privilège quelconque. C'est à ces conditions que le projet ne suscite aucune objection d'ordre constitutionnel et ne porte pas atteinte à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales approuvée par la loi du 13 mai 1955 »<sup>298</sup>. La formule utilisée par la section législation est sans appel : non seulement le droit de s'exprimer ne peut souffrir aucune condition préalable mais en sus, *aucun privilège quelconque* ne pourrait découler de la jouissance du titre professionnel<sup>299</sup>.

Les rédacteurs de ce texte étaient d'ailleurs pleinement conscients de la « portée limitée » de la législation adoptée qui « crée le titre de journaliste professionnel et en organise l'attribution » mais « n'a nullement pour but d'instituer un ordre des journalistes, ni une autorité disciplinaire quelconque à l'intention de ceux qui portent le titre de journalistes professionnels »<sup>300</sup>. En conséquence, une fois la loi entrée en vigueur, « l'activité journalistique restera entièrement libre comme par le passé, conformément au principe de la liberté de la presse, qui est inscrit dans la Constitution, mais certaines personnes seront autorisées à porter un titre » attestant notamment que « l'activité journalistique constitue leur profession principale ». Une distinction essentielle doit donc être faite entre la qualité de journaliste, à laquelle chacun peut prétendre librement et celle de journaliste professionnel, dont la jouissance est soumise à des conditions strictes<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> C.E., avis du 11 décembre 1962 sur un projet de loi « relatif à la protection du titre de journaliste professionnel », *Doc. parl.*, Sén., 1962-1963, n° 167, p. 6.

<sup>299</sup> Nous verrons plus loin que le Conseil d'État a réitéré ce point de vue s'agissant du droit au secret des sources journalistiques. C.E., avis du 24 juin 1987 sur une proposition de loi « garantissant aux collaborateurs professionnels de la presse cités à comparaître le droit de taire leurs sources », *Doc. parl.*, ch., 1986-1987, n° 786/2, p. 2 : « Le texte proposé réserve aux seuls journalistes professionnels le droit de taire la source de leurs informations. Ce droit ne peut être réservé aux seuls journalistes professionnels. L'article 18 de la Constitution [désormais 25] s'y oppose. La loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste n'attache d'ailleurs aucun droit à ce titre. Celui qui écrit occasionnellement dans un journal doit être protégé aussi bien que le journaliste professionnel ».

<sup>300</sup> Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. VAN CAUWELAERT, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1962-1963, 296, p. 1.

<sup>301</sup> Voy. en France, la définition retenue dans le Code du travail, article L 7111-3 à 5 : « Est journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publication quotidienne et périodique ou agence de presse et qui en tire le principal de ses ressources. Le correspondant, qu'il travaille sur le territoire français ou à l'étranger, est un journaliste

L'unique conséquence pratique de la loi est visée par l'exposé des motifs : « Les mesures réglementaires d'application de la loi prévoient qu'une carte de journaliste professionnel sera délivrée aux demandeurs pour lesquels la commission de première instance ou la commission d'appel aura pris une décision favorable »<sup>302</sup>.

Au-delà de la mise en place d'une procédure encadrant l'octroi de la carte de journaliste professionnel, la loi sanctionne pénalement « quiconque s'attribue publiquement sans y être admis le titre de journaliste professionnel » (art. 3).

Le principal intérêt de la jouissance du titre réside dans la possibilité de bénéficier de documents destinés à faciliter l'identification des journalistes professionnels<sup>303</sup>.

En dépit de l'avertissement proféré par le Conseil d'État, qui exclut catégoriquement l'octroi d'avantages basés sur la jouissance du titre, il découle déjà des travaux préparatoires de la loi qu'à tout le moins un certain traitement privilégié pourrait être accordé aux journalistes professionnels

---

professionnel s'il perçoit des rémunérations fixes et remplit les conditions prévues au premier alinéa. Sont assimilés aux journalistes professionnels les collaborateurs directs de la rédaction, rédacteurs-traducteurs, sténographes-rédacteurs, rédacteurs-réviseurs, reporters-dessinateurs, reporters-photographes, à l'exclusion des agents de publicité et de tous ceux qui n'apportent, à un titre quelconque qu'une collaboration occasionnelle. Les journalistes exerçant leur profession dans une ou plusieurs entreprises de communication au public par voie électronique ont la qualité de journaliste professionnel ». Voy. à ce sujet, C. BIGOT, « Le journaliste saisi par le droit », in P. AUVRET (dir.), *Les médias et l'Europe. Le contenu de l'information entre errance et uniformisation*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 341-359 ; P. MBONGO, « Une catégorie impériale du droit français : la notion de 'journaliste professionnel' », in P. MBONGO (dir.), *Philosophie juridique du journalisme. La liberté d'expression journalistique en Europe et en Amérique du Nord*, Paris, Mare & Martin, 2011, pp. 25-41. Comp. avec l'approche retenue au Grand-Duché de Luxembourg par la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias (*Mémorial*, A – n° 85, 8 juin 2004, p. 1202) qui définit le *journaliste* comme « toute personne qui exerce à titre principal une activité rémunérée ou qui exerce à titre régulier une activité générant des revenus substantiels, que ce soit en tant que salarié ou en tant qu'indépendant, auprès ou pour le compte d'un éditeur et qui consiste dans la collecte, l'analyse, le commentaire et le traitement rédactionnel d'informations » (art. 3, 6°). Voy. à ce sujet, L. MOSAR et P. GOERGEN, *La liberté d'expression dans les médias : le droit luxembourgeois de la presse à la lumière de la loi du 8 juin 2004*, Luxembourg, éd. Saint Paul, 2004, pp. 39-49.

<sup>302</sup> Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1962-1963, 167, p. 1. Voy. l'A.R. du 16 octobre 1991 réglant l'organisation et le fonctionnement des commissions d'agrégation et d'appel ainsi que la procédure à suivre pour l'introduction et l'examen des demandes tendant à l'obtention du titre de journaliste professionnel, *M.B.*, 17 avril 1992.

<sup>303</sup> Voy. l'A.R. du 12 avril 1965 instituant des documents et signes d'identification à l'usage des journalistes professionnels et des entreprises de presse (*M.B.*, 21 mai 1965). Voy. égal. l'A.R. instituant des documents et insignes d'identification à l'usage des membres de la presse périodique d'information spécialisée (*M.B.*, 21 mai 1965).

patentés<sup>304</sup> : ainsi s'est-on félicité de ce qu'« il est vraisemblable que les journalistes professionnels pourront compter, *de la part des autorités officielles* ainsi que d'un grand nombre de personnes et d'organismes privés, sur un traitement de faveur qui leur permettra de s'acquitter de leur tâche avec plus d'efficacité et de facilité »<sup>305</sup>.

## § 2. Un ordre professionnel des journalistes ou un ordre des journalistes professionnels ?

71. Eternelle ritournelle, la question de la mise en place d'un ordre professionnel des journalistes ou d'un ordre des journalistes professionnels mérite d'être envisagée. Des doutes surgissent immédiatement quant à la constitutionnalité de pareille suggestion. Il convient cependant d'identifier la nature précise d'un ordre éventuel ainsi que les conséquences concrètes attachées à son appartenance. D'une part, l'affiliation obligatoire doit être distinguée de l'affiliation libre. D'autre part, il convient d'analyser clairement *ce* qui se trouve conditionné par l'appartenance à un tel ordre. De la réponse à la première question dépendra l'existence ou non d'une atteinte portée à la liberté de la presse. La question des avantages éventuellement réservés aux membres d'un éventuel ordre des journalistes devra, quant à elle, être analysée à l'aune du principe d'égalité et de non-discrimination. Si, pour la clarté de l'exposé, nous traiterons séparément de ces deux questions, il faut souligner que des liens peuvent apparaître entre elles : une affiliation à un ordre est-elle encore librement consentie, lorsqu'elle est choisie aux fins de profiter de certains avantages, voire de jouir de certains droits, réservés à ses seuls membres ?

### A. Affiliation obligatoire vs. affiliation libre à un ordre des journalistes

72. La volonté d'instaurer un ordre des journalistes procède souvent d'un parallélisme entre la profession de journaliste et les professions libérales (médecins, avocats, architectes, notaires, etc.). Ces différentes

---

<sup>304</sup> Dans la seconde partie de notre exposé, nous verrons pourtant que les journalistes professionnels bénéficient d'une protection renforcée de leur droit au secret des sources contre les mesures de sûreté (*infra*, n° 522). Pour d'autres exemples, voy. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, 3<sup>e</sup> éd., pp. 775-776, n° 1096. Voy. égal. D. VOORHOOF et P. VALCKE, *Handboek Mediarecht*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 615-618.

<sup>305</sup> Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. VAN CAUWELAERT, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1962-1963, 296, p. 2 (nous soulignons).

professions exigeraient un haut degré de conscience dès lors que leur exercice intéresserait la communauté dans son ensemble<sup>306</sup>. Nul ne niera que le sort de la démocratie soit intimement lié à la qualité et au sérieux du travail effectué par les journalistes. Comme on le sait, la Cour européenne en est bien consciente, lorsqu'elle met en lumière la mission cruciale impartie à la presse dans une société démocratique<sup>307</sup>. Il faut admettre, cependant, que les journalistes n'exercent pas une profession comme les autres. Au contraire des titulaires d'autres professions libérales, les journalistes pratiquent des activités qui, en tant que telles, se trouvent protégées comme droits constitutionnels<sup>308</sup>. Ces droits appartiennent à tout individu, de manière inconditionnelle. Leur jouissance ne peut donc dépendre de l'appartenance à un ordre professionnel<sup>309</sup>.

73. En 1937, le Centre d'Études pour la Réforme de l'État, une association sans but lucratif purement privée, qui s'était donné pour objectif « de rechercher et de faire connaître les réformes permettant d'adapter le régime parlementaire aux nouvelles conditions de la vie politique, économique et sociale », avait rédigé un avant-projet de loi instituant un ordre des journalistes<sup>310</sup>. Au terme de leur étude, les experts, issus des milieux juridique et journalistique<sup>311</sup>, avaient estimé que la mise en œuvre de

<sup>306</sup> CENTRE D'ÉTUDES POUR LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *La réforme de l'État*, Bruxelles, 1937, spéc. pp. 263-264. Voy. plus récemment C. BAEKELAND, « Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als waakhond van de 'mediacratie' », in S. LUST et P. LUYPERS, *Recht & media in een democratische rechtsstaat – Wie bewaakt de waakhond ?*, Bruges, die Keure, 2010, pp. 81-109, ici p. 106, note 155, où l'auteur fait le parallèle avec l'ordre des avocats.

<sup>307</sup> Voy. *infra*, nos 86 et s.

<sup>308</sup> Voy. Cour interam. D.H., avis consultatif sur l'affiliation obligatoire des journalistes à une association instituée par la loi pour pratiquer le journalisme, OC-5/85, 13 novembre 1985, §§ 71-76 et spéc. § 76 : « (...) des raisons d'ordre public qui peuvent être valables dans d'autres professions pour justifier une affiliation obligatoire à un ordre professionnel ne peuvent être invoquées s'agissant du journalisme car elles auraient pour effet de priver ceux qui n'en sont pas membres du droit de faire un usage complet des droits que l'article 13 de la Convention octroie à tout individu » (nous traduisons).

<sup>309</sup> Voy. D. VOORHOOF, « De relatie media en justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie en informatie », in *Justice & Médias – Trois avis préliminaires à la demande du Ministre de la Justice*, 1995, p. 54 : « De journalistieke vrijheid mag niet voorbehouden worden aan (beroeps)journalisten die aan een aantal door de overheid bepaalde voorwaarden moeten voldoen, waaronder het lidmaatschap van een 'Orde', met daaraan gekoppeld bepaalde (universitaire) diplomaveristen (-voorwaarden zoals deze bvb. gelden voor advocaten of geneesheren) ».

<sup>310</sup> CENTRE D'ÉTUDES POUR LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *op. cit.*, pp. 259-279 et pp. 297-301. D'autres suggestions, sur lesquelles nous ne nous attarderons pas, portaient sur la définition d'un statut des périodiques, le droit de réponse et la procédure judiciaire en matière de presse.

<sup>311</sup> La quatrième commission, chargée de discuter du « quatrième pouvoir », était composée de MM. DABIN, Haesaert, Henen, Duwaerts, de la Vallée-Poussin et Struye.

l'avant-projet ne pouvait consister en l'obligation d'adhérer à l'ordre pour pouvoir exercer la profession de journaliste. Pourtant, assez étonnement, une telle solution ne semblait pas tant dictée par les griefs d'inconstitutionnalité qu'aurait pu entraîner le principe de l'obligation que par « le tempérament belge inclinant vers les solutions moyennes » (*sic*) et « la nécessité pour la loi de suivre la vie plutôt que de la brusquer ».

Dans une opinion annexée à l'avant-projet, l'un des membres de la commission, l'éminent professeur J. Dabin, concluait même à la constitutionnalité de l'affiliation obligatoire.

Il convient dès lors d'analyser les arguments juridiques qui ont été avancés pour justifier la constitutionnalité<sup>312</sup> du caractère impératif de l'affiliation à l'ordre aux fins d'exercer la fonction de journaliste. D'après J. Dabin, l'indépendance qui caractériserait l'ordre des journalistes serait à elle seule garante de la pérennité de la liberté de presse, laquelle n'aurait de crainte à nourrir qu'à l'égard de l'État : « Du moment que l'ordre est laissé maître du tableau et que l'État n'a pas le moyen d'écarter du tableau qui lui déplaît (ce qui est la condition d'autonomie), la liberté de la presse est sauve »<sup>313</sup>. Pour d'autres, la création d'un tel ordre serait même un gage d'indépendance, dès lors que les journalistes seraient protégés contre

<sup>312</sup> D'après certains auteurs, une réponse plus nuancée devrait être apportée à la question de la conformité à la Convention européenne de l'obligation d'adhérer à un tel ordre (B. HANSEZ, « Een Orde van Journalisten ? », *Jura Falc.*, 2000-2001, n° 37, pp. 95-120, spéc. pp. 114-115 et K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 486, n° 736). On sait, en effet, que d'après la Cour européenne, l'article 10 n'interdit pas en soi l'imposition de mesures préventives (voy. *infra*, n° 244). À nos yeux cependant, pareille obligation passerait difficilement le test de la « nécessité dans une société démocratique » et partant, violerait le droit à la liberté d'expression contenu à l'article 10 de la Convention. Voy., dans le même sens, D. VOORHOOF, « De relatie media en justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie en informatie », *op. cit.*, p. 54. On pourrait également opérer un raisonnement *a contrario* en partant de la troisième phrase du premier paragraphe de l'article 10 qui laisse ouverte la possibilité pour les États d'instaurer un régime d'autorisation pour un ensemble précis d'entreprises (voy. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 1990, p. 610, n° 752). L'on mentionnera enfin que le *soft law* des droits de l'homme, souvent mobilisé par la Cour européenne pour interpréter les dispositions abstraites de la Convention, semble s'opposer à l'idée d'une accréditation, même dans des situations de conflit et de tension (voy. principe 11 de la Recommandation n° R (96)4 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des journalistes en situation de conflit et de tension, adoptée par le Comité des Ministres le 3 mai 1996, lors de sa 98<sup>e</sup> Session). Quoi qu'il en soit, l'application de l'article 53 et du principe de la clause la plus favorable devrait, en toute hypothèse, conduire à faire prévaloir la Constitution belge, plus libérale, sur l'article 10 de la Convention (Voy., en ce sens, B. HANSEZ, *op. cit.*, p. 114, note n° 78 et K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 486, n° 736).

<sup>313</sup> J. DABIN, « Constitutionnalité d'un projet de loi portant institution d'un Ordre des journalistes », document annexé à CENTRE D'ÉTUDES POUR LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *op. cit.*, p. 297.

l'influence de l'autorité politique mais également des pouvoirs économiques<sup>314</sup>. Aux yeux de J. Dabin, l'obligation de s'affilier ne constituerait pas une mesure préventive, mais une simple mesure réglementaire compatible avec la Constitution<sup>315</sup>. Et le professeur d'opérer une comparaison avec l'enseignement qui subordonnerait également le droit d'enseigner à la détention d'un diplôme<sup>316</sup>. À notre estime cependant, la nature réglementaire de la mesure envisagée n'enlève rien à son caractère préventif<sup>317</sup>. Or, on l'a vu, il ressort très clairement des travaux préparatoires de la Constitution que le souhait des membres du Congrès national était de bannir toute forme de mesure préventive, sans distinguer d'après leur nature<sup>318</sup>. C'est donc à tort également qu'il a pu être affirmé par un autre auteur<sup>319</sup>, également favorable à l'idée d'une affiliation obligatoire, que la Constitution se bornait à prohiber les mesures préventives constituées par la censure et le cautionnement<sup>320</sup>. S'agissant de la crainte que les journalistes inscrits pourraient nourrir à l'égard d'éventuelles sanctions émanant de l'ordre, J. Dabin considère qu'elle ne met pas la liberté de la presse en péril dès lors que la réprimande n'émanerait pas de l'État mais d'un collège de pairs<sup>321</sup>. Et d'ajouter qu'aux termes mêmes de la Constitution, la liberté de la presse n'est pas absolue. Les sanctions que l'État pourrait adopter sur le plan du droit pénal, l'ordre pourrait les envisager sur le plan du droit disciplinaire. Les règles émanant de la corporation auraient autant vocation que la loi à définir les limites de la liberté de la presse<sup>322</sup>. Une telle position apparaît hautement discutable eu égard au principe des matières réservées à la loi. Quoi qu'il en soit, à notre estime, la suspension ou l'interdiction d'exercer ne pourrait en aucun cas figurer au rang des sanctions que pourrait prononcer un éventuel organe disciplinaire, de quelque nature qu'il soit<sup>323</sup>.

<sup>314</sup> Voy. P. DUMEZ, « Grenzen aan de journalistieke vrijheid », *R.W.*, 1975-1976, col. 913.

<sup>315</sup> J. DABIN, *op. cit.*, p. 300.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> Voy. dans le même sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, t. I, p. 160, n° 142 ; J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 232.

<sup>318</sup> Voy. *supra* et les interventions de C. DE BROUCKERE in E. HUYTTENS, *op. cit.*, t. I, p. 654 et, *ibid.*, t. IV, pp. 60-61, celles de M. DE GERLACHE, *ibid.*, t. I, p. 574, de M. NOTHOMB, *ibid.*, t. I, p. 651 et de M. DEVAUX, *ibid.*, t. I, pp. 656-657. Il résulte de ces débats que seul le maintien du droit de timbre a motivé l'absence d'une exclusion plus catégorique de toute mesure préventive.

<sup>319</sup> P. DUMEZ, *op. cit.*, col. 914-915.

<sup>320</sup> J. LIEVENS, « Vraagtekens bij een eventuele orde van journalisten », *R.W.*, 1975-1976, col. 2059-2062.

<sup>321</sup> J. DABIN, *op. cit.*, p. 301.

<sup>322</sup> *Ibid.*

<sup>323</sup> Voy. D. VOORHOOF, « De relatie media en justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie en informatie », *op. cit.*, p. 54. La Cour européenne a

S'agissant de l'obstacle constitutionnel dérivant de la liberté d'association<sup>324</sup>, J. Dabin le balaye en affirmant, de manière assez péremptoire, que la liberté d'association ne comprend pas le droit de ne pas s'associer<sup>325</sup>. On sait que la Cour européenne des droits de l'homme a démenti cette affirmation à la faveur d'une interprétation évolutive de l'article 11 de la Convention<sup>326</sup>. Pour P. Wigny, la liberté d'association ne s'opposerait pas à l'obligation de s'affilier à un organisme *public* instauré par la loi<sup>327</sup>. On peut toutefois considérer que la liberté d'association est violée en présence d'une obligation d'affiliation à une association qui poursuit des objectifs qui peuvent être remplis par une association privée<sup>328</sup>.

74. La formule défendue par J. Dabin n'a reçu qu'un écho limité dans la doctrine. Peu d'auteurs ont emboîté le pas au professeur louvaniste<sup>329</sup>. Ainsi, au terme d'un parallélisme avec la situations des avocats, P. Wigny a considéré qu'« une organisation professionnelle qui fait respecter les règles de la déontologie et s'abstient d'intervenir dans l'expression des idées n'est pas inconstitutionnelle ». À ses yeux, « l'article resterait libre tout comme la plaidoirie n'est pas censurée »<sup>330</sup>. La comparaison entre journalistes et avocats nous apparaît malheureuse. D'une part, l'avocat

---

d'ailleurs reconnu qu'une interdiction d'exercer la profession de journaliste, quoique limitée dans le temps, était difficilement conciliable avec l'exigence de proportionnalité inhérente à l'article 10 de la Convention (Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, §§ 118-119). Voy. égal. Comm. D.H., *observation générale n° 34. Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 102<sup>e</sup> session, Genève, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011., § 44 : « (...) les systèmes généraux d'enregistrement ou d'octroi de licence pour les journalistes par l'État sont incompatibles avec le paragraphe 3 [de l'article 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques] ».

<sup>324</sup> Aux termes de l'article 27 de la Constitution, « les Belges ont le droit de s'associer ; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive ».

<sup>325</sup> J. DABIN, *op. cit.*, p. 301.

<sup>326</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993, § 35.

<sup>327</sup> P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 361. Voy. Cour eur. D.H., plén., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, §§ 62-66 (à propos de l'obligation de s'affilier à l'ordre des médecins). Voy. égal. C. BAEKELAND, « Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als waakhond van de 'mediacratie' », *op. cit.*, p. 105.

<sup>328</sup> Voy. la position défendue par le juge R. Nieto-Navia dans son opinion séparée jointe à l'avis consultatif précité de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Voy. aussi l'opinion séparée du juge R. E. Piza E.

<sup>329</sup> L'avocat général E. Van de Vlied s'est quant à lui prononcé en faveur de l'instauration d'un ordre des journalistes dans les termes prévus par le Centre d'Études sur la Réforme de l'État qui, on l'a vu, plus par prudence que pour des raisons proprement juridiques, n'a pas souhaité rendre l'affiliation obligatoire (« Considérations sur la liberté de presse et d'information », *J.T.*, 1970, pp. 646-648).

<sup>330</sup> P. WIGNY, *op. cit.*, p. 361.

jouit d'une immunité de plaidoirie<sup>331</sup> qui ne profite pas au journaliste. D'autre part, il nous semble quelque peu hasardeux d'affirmer que la déontologie ne se mêlerait jamais de l'expression des idées... En particulier, si l'on admet que la distinction entre les faits et les idées n'est pas évidente à établir<sup>332</sup>. P. Dumez, quant à lui, a émis l'avis que l'imposition de l'appartenance à un ordre des journalistes serait rendue nécessaire par le droit du public à être correctement informé<sup>333</sup>. Récemment, un auteur a encore affirmé, dans le domaine qui nous occupe, qu'il est possible de prévoir une « affiliation obligatoire comme condition de l'exercice légal d'une profession »<sup>334</sup>.

À l'heure actuelle, la majorité des auteurs favorables à l'instauration d'un ordre privilégie la formule de l'adhésion volontaire<sup>335</sup>. L'obligation d'appartenir à un tel ordre s'assimilerait à une conditionnalité inacceptable de la liberté de la presse. Aujourd'hui comme hier, tout le monde peut librement exercer des activités journalistiques, sans titre ni condition, et chacun peut, de la même manière, se dire « journaliste ». Seul le titre de « journaliste professionnel » se trouve protégé par la loi du 30 décembre 1963<sup>336</sup>. En d'autres termes, pour reprendre la formule éloquente de J. Velaers, si l'instauration d'un ordre des « journalistes » serait incompatible avec le principe de la liberté de la presse, contenu à l'article 25 de la charte fondamentale, tel ne serait pas nécessairement le cas de la mise en place d'un ordre des « journalistes professionnels »<sup>337</sup>.

La seconde question à laquelle il convient à présent de répondre et qui, on l'a vu, n'est pas sans lien avec la première, est de savoir quel statut

<sup>331</sup> C. pén., art. 452.

<sup>332</sup> Voy. nos développements *supra*, n<sup>os</sup> 22 et s.

<sup>333</sup> P. DUMEZ, *op. cit.*, col. 915.

<sup>334</sup> C. BAEKELAND, « Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als waakhond van de 'mediacratie' », *op. cit.*, pp. 105-106 (nous traduisons).

<sup>335</sup> Voy. B. HANSEZ, « Een Orde van Journalisten ? », *op. cit.*, pp. 112-120 ; J.-M. VAN BOL, « Presse et liberté d'expression », *op. cit.*, p. 232 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, *op. cit.*, p. 487, n<sup>o</sup> 737 ; J. VELAERS, « Vrijheid en verantwoordelijkheid : twee grondwettelijke waarden. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet », in *Justice & Médias*, coordonnées du colloque organisé par la Commission Justice du Sénat, 7-9 décembre 1995, p. 95 ; M. HANOTIAU, « La profession de journaliste devant le droit », *Journ. proc.*, n<sup>o</sup> 196, 31 mai 1991, p. 27 (l'auteur considère toutefois que le caractère facultatif de l'affiliation à l'ordre lui ferait perdre une grande partie de son utilité). Voy. égal., de manière générale, A.-L. VERDOODT, *Zelfregulering in de journalistiek. De formulering en handhaving van deontologische standaarden in en door het journalistieke beroep*, Thèse, KULeuven, Louvain, 2007, pp. 524-526.

<sup>336</sup> Voy. *supra*, n<sup>o</sup> 70.

<sup>337</sup> Voy. J. VELAERS, « Vrijheid en verantwoordelijkheid : twee grondwettelijke waarden. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet », *op. cit.*, p. 95.

pourrait découler de l'affiliation volontaire à un éventuel « ordre » des journalistes professionnels.

## B. Les conséquences attachées à une éventuelle affiliation

75. Quels avantages dériveraient de l'appartenance à un éventuel ordre des journalistes (professionnels) ? Les experts du Centre d'études pour la réforme de l'État semblent jouer quelque peu avec les mots lorsqu'ils affirment que « les services rendus par l'ordre, ou plus exactement, par ceux qui acceptent de se soumettre à la discipline, justifieront, de la part de l'État, non point des privilèges, moins encore des profits, mais certains avantages, principalement d'ordre moral : tel le droit réservé aux membres de l'ordre de porter le titre de journaliste »<sup>338</sup>. Le flou règne autour des avantages autres que la simple jouissance du titre. Les experts postulent également que ces derniers « constituent moins une prime à l'affiliation que la rémunération d'un service »<sup>339</sup>.

Aux termes de l'avant-projet, le titre de journaliste serait réservé aux membres et aux stagiaires inscrits au tableau de l'ordre (art. 19). Certains avantages seraient accordés au journaliste dans le but de lui faciliter l'exercice de sa profession, tels que l'octroi de cartes de circulation, de laissez-passer, de tarifs préférentiels pour l'usage des moyens de transport et de communication (art. 21). L'avantage le plus remarquable gît sans doute dans la reconnaissance au journaliste du droit de garder le silence au sujet de ses sources (art. 22). Il semble donc bien que le bénéfice attaché à l'appartenance à l'ordre dépasse nettement le cadre annoncé d'un simple avantage moral...<sup>340</sup>

Dans sa note précitée, le professeur DABIN rejette le grief d'inconstitutionnalité que l'on pourrait être tenté d'opposer à la mise en place d'« un ordre privilégié, jouissant d'un statut spécial ou des faveurs de l'État »<sup>341</sup>. On perçoit pourtant aisément que la liberté de la presse pourrait être *indirectement* mise à mal par l'octroi d'avantages à certains locuteurs privilégiés. En accordant des privilèges aux uns, l'État pourrait dissuader les autres de se livrer à des activités journalistiques. L'attribution d'avantages pourrait aboutir, selon leur importance, à un quasi-monopole au profit des journalistes inscrits au tableau de l'ordre favorisé. Tout se passerait

<sup>338</sup> CENTRE D'ÉTUDES POUR LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *op. cit.*, pp. 268.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>340</sup> La question du champ d'application personnel du droit au secret des sources journalistiques sera abordée dans la seconde partie de l'étude, *infra*, n<sup>os</sup> 471 et s.

<sup>341</sup> J. DABIN, *op. cit.*, p. 298.

comme si l'aide de l'État entraînait une concurrence déloyale entre les usagers de la liberté de la presse. J. Dabin rejette l'objection, tant sur le plan de la liberté de la presse que sur celui du principe de non-discrimination. Au titre de la Constitution, l'État n'aurait aucune obligation de mettre à disposition des citoyens, qu'ils soient journalistes ou non, les moyens d'user effectivement de la liberté de la presse<sup>342</sup>. L'État n'est pas tenu de prêter son concours mais rien ne lui interdirait de le faire. L'opinion du professeur louvaniste est très nette : « la lutte pourra n'être pas égale, sans doute ; mais la Constitution a prévu que la presse serait libre et non que la lutte serait égale ». Le problème risque alors de ressurgir sur le terrain du principe d'égalité. Mais comme l'enseigne J. Dabin, le principe d'égalité n'interdit pas les différences de traitement qui peuvent être justifiées par un objectif d'intérêt général<sup>343</sup>. Cependant, on peut difficilement contester à cet égard que l'intérêt général est le mieux servi par la circulation de la plus grande quantité d'informations possible<sup>344</sup>. Dès lors, à notre sens, dans une démocratie digne de ce nom, sous la réserve de la gestion de ressources limitées, tel l'argent public affecté aux aides à la presse, l'État ne saurait opérer de distinction entre les usagers de la liberté de la presse. Le public doit rester le seul juge du mérite des idées et des informations qu'il reçoit.

76. Indépendamment de l'octroi du moindre avantage concret, il convient d'observer que la mise en place d'un ordre des journalistes

<sup>342</sup> La Cour européenne des droits de l'homme a admis, dans certaines hypothèses exceptionnelles, l'existence d'un droit d'accès à la tribune médiatique opposable à l'État, sur pied de l'article 10 de la Convention. Voy. en particulier Cour eur. D.H., 4<sup>e</sup> sect., arrêt *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003, § 47 : « (...) lorsque l'interdiction d'accéder à la propriété a pour effet d'empêcher tout exercice effectif de la liberté d'expression ou lorsque l'on peut considérer que la substance même de ce droit s'en trouve anéantie, la Cour n'exclut pas que l'État puisse avoir l'obligation positive de protéger la jouissance des droits prévus par la Convention en réglementant le droit de propriété ».

<sup>343</sup> Voy. dans le même sens, J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, t. I, n° 146, pp. 165-168.

<sup>344</sup> En ce sens, voy. l'éclairant avis consultatif précité de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, spéc. § 77 : « L'argument que l'affiliation à un ordre professionnel est une manière de garantir à la société des informations objectives et crédibles par le moyen de codes de responsabilité et de déontologie professionnelles, est basé sur des considérations d'intérêt général. Mais, en vérité, comme il a été démontré, l'intérêt général requiert la plus grande quantité d'informations, et c'est le libre exercice de la liberté d'expression qui bénéficie à l'intérêt général. En principe, ce serait une contradiction d'invoquer une restriction à la liberté d'expression comme un moyen de le garantir » (nous traduisons). Comp. C. BAEKELAND, « Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als waakhond van de 'mediacratie' », *op. cit.*, p. 106, qui justifie sa proposition de limiter le droit à la protection des sources aux seuls journalistes professionnels par la considération que ces derniers au contraire des « journalistes amateurs » seraient au service de l'intérêt général.

professionnels pourrait également entraîner un effet de *labellisation* qui garantirait à ses membres une confiance renforcée de la part du public dans la qualité du travail qu'ils effectuent<sup>345</sup>.

Il faut cependant admettre qu'à l'heure actuelle, l'accès au statut de « journaliste professionnel » n'est aucunement conditionné au respect de la déontologie<sup>346</sup>. La seule exigence que l'on retrouve aussi bien dans la déontologie journalistique et dans les conditions d'accès au titre gît dans l'interdiction pour le candidat de se livrer à des activités de commerce ou de publicité<sup>347</sup>. Le maintien du titre n'est pas davantage lié au respect des exigences de l'éthique professionnelle. De nombreuses voix se sont fait entendre en faveur de l'instauration d'un lien entre l'obligation de respecter la déontologie et l'obtention et la conservation du titre<sup>348</sup>.

<sup>345</sup> Voy. K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde I*, op. cit., n<sup>os</sup> 738-739, pp. 487-488 ; J. VELAERS, « Vrijheid en verantwoordelijkheid : twee grondwettelijke waarden. Enkele beschouwingen over de artikelen 25 en 150 van de Grondwet », op. cit., p. 97.

<sup>346</sup> Voy. G. LEFÈVRE, « Journalistes sans statuts mais avec profession », in *Justice & Médias*, coordonnées du colloque organisé par la Commission Justice du Sénat, 7-9 décembre 1995, pp. 180-181 ; A-L. VERDOODT, op. cit., pp. 432-433. Comp. C. BAEKELAND, « Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer als waakhond van de 'mediacratie' », op. cit., p. 106, qui justifie sa proposition de limiter le droit à la protection des sources aux seuls journalistes professionnels par le respect de la déontologie auquel ces derniers s'astreindraient.

<sup>347</sup> Loi du 30 décembre 1963, art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>. Voy. égal. la Déclaration des devoirs et des droits des journalistes, adoptée par les représentants des syndicats des journalistes des six pays membres de la Communauté européenne à Munich, les 24 et 25 novembre 1971, et adoptée ensuite par la Fédération Internationale des Journalistes (FIJ) au Congrès d'Istanbul en 1972, qui impose au journaliste de « ne jamais confondre le métier de journaliste avec celui du publicitaire ou du propagandiste », et de « n'accepter aucune consigne, directe ou indirecte, des annonceurs » (pt 9).

<sup>348</sup> Voy. G. LEFÈVRE, op. cit., p. 180 ; F. VOETS, « L'éthique des médias : alibi ou piège ? », in *Justice & Médias*, coordonnées du colloque organisé par la Commission Justice du Sénat, 7-9 décembre 1995, pp. 169-170 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde I*, op. cit., pp. 491-492, n<sup>o</sup> 745 ; B. HANSEZ, op. cit., pp. 118-119 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, op. cit., 3<sup>e</sup> éd., p. 855, n<sup>o</sup> 1232. Voy. égal. la proposition de loi modifiant la législation relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel en ce qui concerne le journaliste exerçant la profession à titre complémentaire déposée par MM. S. VERHERSTRATEN, T. VAN PARYS, J. VANDEURZEN et Mme L.VAN DER AUWERA, 13 janvier 2004, *Doc. parl.*, ch., sess. 2003-2004, n<sup>o</sup> 51-0682/001. Le texte vise notamment à insérer une condition imposant d'« exercer la profession dans le respect du code de déontologie journalistique » (en complétant l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 décembre 1963 d'un 6<sup>o</sup>). Cette proposition de loi reprend pour partie le texte d'une proposition de loi antérieure, instituant un Conseil du journalisme et modifiant la législation relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel en ce qui concerne le journaliste exerçant la profession à titre complémentaire, déposée par MM. S. DE CLERCK, S. VERHERSTRATEN, T. VAN PARYS et J. VANDEURZEN, 11 janvier 2000, *Doc. parl.*, ch., sess. 1999-2000, n<sup>o</sup> 50-0365/001.

Aujourd'hui, les instances déontologiques qui existent en Belgique (à savoir, le *Raad voor de Journalistiek* et le Conseil de déontologie journalistique) n'ont pas le pouvoir de priver du titre de « journaliste professionnel » le journaliste qui se montrerait peu soucieux du respect de la déontologie. Ces instances n'ont qu'un pouvoir consultatif et n'ont rien d'un véritable ordre des journalistes professionnels.

En réalité, le fait que les instances déontologiques n'aient d'autre pouvoir que celui de désapprouver moralement le comportement d'un journaliste, à l'exclusion de toute autre forme de sanction, telle la déchéance du droit de porter le titre de « journaliste professionnel », est la contrepartie de la possibilité d'émettre des avis à l'égard de personnes qui n'auraient pas au préalable accepté leur « compétence »<sup>349</sup>. Au fond, dès lors que seul un poids symbolique s'attache aux avis qu'ils rendent, on peut considérer que les organes déontologiques ne font que participer au libre marché des idées en faisant valoir un point de vue sur le caractère éthique du travail journalistique effectué par n'importe quel *quidam* qui pourrait s'exprimer sur l'internet ou ailleurs<sup>350</sup>.

### Conclusion du second paragraphe

77. L'avant-projet du Centre d'études pour la réforme de l'État qui prévoyait la mise en place d'un ordre des journalistes ne s'est jamais transformé en véritable projet de loi. Au-delà des obstacles juridiques que nous avons exposés, il faut bien reconnaître qu'il serait quelque peu malaisé de

<sup>349</sup> Voy. A-L. VERDOODT, *op. cit.*, p. 267, note n° 279.

<sup>350</sup> Voy. not. G.A.I. SCHUIT, « Zelfregulering in de journalistiek en rechten van de mens », *Jb. Mens.*, 1995-1996, pp. 199-205, spéc. p. 202 et p. 205. Voy. pourtant Civ. Bruxelles (réf.), 24 juin 2009, inédit, faisant interdiction au *Raad voor Journalistiek*, sous peine d'astreinte, d'émettre un avis à l'égard d'une personne exerçant une activité journalistique sur l'internet, qui n'était pas membre d'une association de journalistes et qui n'avait pas reconnu la compétence de l'instance déontologique. Voy. le commentaire critique de D. VOORHOOF à cet égard : « Rechter legt bom(metje) onder Raad voor de Journalistiek », disponible à l'adresse : <http://www.journalist.be/nieuws/rechter-legt-bommetje-onder-raad-voor-de-journalistiek> (consultée le 20 janvier 2014). Voy. égal. D. FLINT, « Media Self-Regulation », in T. CAMPBELL et W. SADURSKI (eds), *Freedom of Communication*, Aldershot/Brookfield/Singapour, Sydney, 1994, pp. 281-296, spéc. p. 288 et p. 295. À l'inverse, nous avons récemment pris connaissance d'une décision judiciaire rendue par le tribunal de commerce de Vienne, rendue le 8 janvier 2014 et déclarant non fondée la plainte pour concurrence déloyale introduite par un journal contre l'organe d'autorégulation autrichien (auquel le premier avait refusé d'adhérer) pour avoir rendu à son encontre un avis constatant un manquement à l'éthique journalistique. La décision est disponible à l'adresse suivante : [http://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/urteil\\_1\\_instanz.pdf](http://www.presserat.at/rte/upload/pdfs/urteil_1_instanz.pdf) (consultée le 20 mai 2014).

vouloir limiter l'expression médiatique à un cénacle de professionnels, à l'heure où chacun peut s'adresser à un public potentiellement infini sans autre investissement que l'achat d'un ordinateur et l'abonnement conclu auprès d'un fournisseur d'accès à l'internet<sup>351</sup>. En tout état de cause, il ne pourrait y avoir qu'un « ordre » des journalistes professionnels et non un ordre professionnel des journalistes, dans la mesure où des activités journalistiques peuvent être exercées indépendamment de la pratique d'une profession. L'État ne devrait pas réserver par principe un traitement juridique de faveur aux membres d'un tel « ordre », dans la mesure où une telle différence de traitement ne répondrait pas à un véritable objectif d'intérêt général. À l'heure actuelle, le contrôle du respect de la déontologie journalistique n'est d'ailleurs aucunement lié à la jouissance du titre de journaliste professionnel. À l'avenir, l'instauration d'un tel lien pourrait être à même de garantir un meilleur respect de l'éthique journalistique professionnelle.

### Conclusion de la seconde section

78. En droit belge, la liberté de la presse profite à chacun de manière inconditionnelle. Ce principe empêche de soumettre le droit de publier à une condition telle que la jouissance d'un titre particulier ou l'appartenance à une organisation professionnelle quelconque. Il n'y a pas de titulaire privilégié de la liberté de la presse. Les droits et les avantages qui seraient déduits de cette liberté constitutionnelle devraient profiter à tous, dans la même mesure. Les obstacles juridiques à l'instauration d'un ordre professionnel des journalistes témoignent du fait que la presse constitutionnellement protégée ne peut être entendue dans un sens institutionnel. Le principal avantage qui pourrait indirectement résulter de l'appartenance à un éventuel ordre des journalistes professionnels résiderait dans une forme de marqueur de nature à garantir une confiance accrue du public dans le travail de ses membres.

---

<sup>351</sup> Voy. D. VOORHOOF, « De relatie media en justitie vanuit het perspectief van de persvrijheid en de vrijheid van expressie en informatie », *op. cit.*, p. 54.

## Conclusion du chapitre premier

79. La presse, dont le rôle avait été central lors de la Révolution belge, était conçue par les membres du Congrès national comme le principal attribut de l'opinion publique, dont la souveraineté constitue la clé de voûte de toute démocratie libérale. Dans ce sens, la liberté de la presse a été conçue comme le prolongement naturel de la manifestation des opinions. Seul vecteur de communication à grande échelle connu du constituant, l'impression permettait à tout un chacun de transmettre sa pensée au plus grand nombre. La liberté de la presse a été consacrée de manière solennelle dans une disposition séparée de celle protégeant la liberté de manifestation des opinions. La mention particulière de cette liberté peut s'expliquer par les expériences douloureuses que cette dernière avait connues sous le régime hollandais. Mais c'est sans doute également la possibilité d'une diffusion à grande échelle qui a justifié une protection particulière de la part du constituant.

La presse d'opinion, si présente au temps de l'écriture de la Constitution, a progressivement cédé le flambeau à une presse d'information, animée par un idéal d'objectivité et d'impartialité. L'interprétation constitutionnelle ne peut ignorer cette évolution, sous peine de se mettre en porte-à-faux par rapport aux textes internationaux qui traitent les informations et les idées à égalité.

Au fil du temps, d'autres médias sont également venus s'ajouter à la presse imprimée, les médias audiovisuels, tout d'abord, l'internet, ensuite. Pendant longtemps, les premiers ont paru nécessiter un traitement juridique spécifique principalement justifié par le contexte de rareté des ondes dans lesquels ils se mouvaient. Par son imposante capacité de stockage et sa pénétration universelle, l'internet semble rompre avec cet état de manque. Sa facilité d'accès permet à chacun de s'adresser, de manière plus ou moins visible, au plus grand nombre. Du reste, le média numérique incorpore de plus en plus de flux et de contenus audiovisuels. L'enthousiasme qu'avait jadis suscité l'émergence de l'impression à grande échelle semble réitéré par l'avènement de la société de l'information. En dépit d'une lettre figée, le sens de la charte fondamentale est appelé à évoluer. Si la Cour de cassation s'est longtemps montrée réticente à toute interprétation dynamique du texte constitutionnel, elle a, récemment, admis que l'on pouvait se rendre coupable d'un « délit de presse » par la voie d'écrits diffusés sur l'internet. Si l'admission du principe même d'une interprétation évolutive constituait sans nul doute le cap le plus important que la Cour avait à franchir pour intégrer les nouveaux médias dans le giron de la protection constitutionnelle, l'on regrettera que la haute juridiction ait

décidé de limiter la portée de son raisonnement aux seuls écrits diffusés sur la Toile.

Sur le plan des personnes, nul n'a jamais réellement contesté que le texte de la Constitution n'opère aucune sélection dans le champ des bénéficiaires du principe de la liberté de la presse. En conséquence, il faut bien se garder de confondre la presse et le journalisme professionnel. Il s'agit là de deux objets juridiques différents. Aujourd'hui comme hier, chacun peut user du moyen d'expression de son choix pour soumettre ses idées à l'opinion publique et transmettre les informations qu'il détient à ses concitoyens<sup>352</sup>. Les activités journalistiques sont ouvertes à tous, sans condition préalable. L'adhésion à un éventuel ordre des journalistes professionnels ne peut se faire que sur une base volontaire, sans qu'aucun privilège n'en découle.

On conviendra que les dispositions constitutionnelles qui consacrent la liberté d'expression présentent certaines imperfections dues à leur âge et qu'elles ne sont pas en totale harmonie avec leurs homologues internationales plus récentes<sup>353</sup>. Pour autant, nous ne sommes pas favorable à une réécriture du texte constitutionnel entièrement inspirée des textes supranationaux dans une forme qui limerait ses spécificités actuelles<sup>354</sup>. Les dispositions de la Constitution qui nous intéressent sont restées inchangées durant de longues années, en dépit des évolutions qui devenaient incontournables dans le champ médiatique<sup>355</sup>. Une charge symbolique importante a pu progressivement s'attacher à la liberté de la presse, notamment

<sup>352</sup> Sous la réserve du régime d'autorisation qui prévaut dans l'audiovisuel classique, mais en contradiction avec le principe constitutionnel de l'interdiction de toute mesure préventive.

<sup>353</sup> Voy. not. F. TULKENS, « Pour un droit constitutionnel des médias », *Rev. b. dr. const.*, 1999, p. 22.

<sup>354</sup> Comp. avec la proposition de J. Ceuleers, qui propose de supprimer purement et simplement l'article 25 de la Constitution et de réécrire l'article 19 en incorporant les principes dérivant des traités internationaux (« Voor een moderniseren van het persrecht », *op. cit.*, pp. 166-167 et *idem*, « Hoogst wenselijk : een herkeuring van het Belgische persrecht », *op. cit.*, p. 409). Sur le rôle que peut encore remplir la Constitution à côté des conventions internationales dans la protection de la liberté d'expression, voy. C. UYTENDAELE, « Bescherming van de communicatievrijheid in digitale omgevingen : verminderde bruikbaarheid van nationale (grondwettelijke) recht ? », *op. cit.*, pp. 31-33, qui évoque la possibilité pour le constituant de dépasser la protection octroyée par les traités internationaux ainsi que l'ancrage local dont il dispose, en connaissance des besoins et des sensibilités propres à chaque État.

<sup>355</sup> On réserve toutefois la révision de l'article 150 de la Constitution, intervenue en 1999, pour assurer la répression effective des délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie, et qui a fait l'objet de vifs débats. Voy. à ce sujet, A. SCHAUS, « Le délit de presse raciste », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 735-765, ici pp. 747-752 ; V. OST, « Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution », *A&M*, 1999, pp. 27-35.

en raison de l'inertie du constituant et de sa réticence à vouloir intégrer de manière expresse les nouveaux médias dans la sphère de protection de la Constitution. En sus, la suppression des garanties constitutionnelles et le renvoi généralisé au droit international comporte le risque d'une « contamination à rebours » du droit belge des libertés fondamentales qui, par certains aspects, se montre plus généreux que les normes supranationales analogues<sup>356</sup>. À notre estime, la vocation du droit international ne devrait jamais être de se substituer à la protection constitutionnelle nationale des libertés publiques. En vertu du principe de subsidiarité, la protection internationale des droits de l'homme ne devrait constituer qu'un filet de protection minimale<sup>357</sup>.

Nous sommes d'avis qu'aussi bien la liberté de manifestation des opinions (art. 19) que la liberté de la presse (art. 25) consacrent des *principes* qui appellent nécessairement un travail d'interprétation de la part de celui qui doit faire application du texte constitutionnel. Cette œuvre herméneutique lui impose de prendre en compte les circonstances entourant l'application de la norme pour lui conférer toute sa portée. Ce contexte pertinent doit intégrer non seulement l'internationalisation du droit des libertés fondamentales, mais également les avancées technologiques qui ont vu naître de nouveaux moyens de communication toujours plus performants. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'interprète refuse de se plier à cette exigence d'ouverture interprétative que le constituant devra prendre les devants et reformuler le texte de la Constitution pour y intégrer les évolutions que le droit ne peut plus ignorer.

---

<sup>356</sup> L'expression est empruntée à H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 1, p. 237). Nous mesurerons la pertinence de cette assertion lorsque nous analyserons plus avant la question de l'interdiction des mesures préventives dans la seconde partie de notre étude.

<sup>357</sup> À la suite de l'éclairage des professeurs J. Velaers et S. Van Drooghenbroeck, le groupe de travail parlementaire chargé d'examiner la faisabilité d'une codification du Titre II de la Constitution n'a nullement prôné une réécriture des dispositions constitutionnelles analogues à celles consacrées dans les textes internationaux, mais a invité davantage à une interprétation conforme, sans préjudice d'une garantie plus étendue conférée par la Constitution : « Dans la mesure où le présent titre contient des droits ou libertés correspondants à des droits ou libertés garantis par des Conventions internationales ratifiées par la Belgique, leur sens et portée sont les mêmes que ceux que leur confèrent lesdites conventions, sans préjudice des garanties plus étendues que ce titre accorde » (« Les clauses transversales en matière de droits et libertés », Rapport fait au nom du groupe de travail par H. CLAES et J.-J. VISEUR, 20 février 2006, *Doc. parl.*, ch., sess. 2004-2005, n° 51-2304/1, p. 193).

## Colloquium Senaat 'Persvrijheid in de 21<sup>ste</sup> eeuw'

Senaat – 29.11.2019

### PERSVRIJHEID – VOOR WELKE 'INFORMATIEMIDDELEN' ?

Pol Deltour  
Nationaal secretaris  
Algemene Vereniging van Beroepsjournalisten in België (AVBB)  
Vlaamse Vereniging van Journalisten (VVJ)

---

#### DE COMMUNICATIE- EN PERSVRIJHEID IN EEN NOTENDOP

In het verlengde van de elementaire vrijheid van meningsuiting in artikel 19, besteedt de Belgische Grondwet in artikel 25 bijzondere aandacht aan de persvrijheid. Die persvrijheid omvat aanvullende waarborgen. Ten aanzien van de pers wordt heel uitdrukkelijk bepaald dat de overheid niet vooraf kan censureren of borgsommen kan eisen. Ook interne censuur, binnen de pers zelf, wordt bestreden, door de uitgever, drukker of verdeler gerechtelijk buiten schot te zetten (en dus de auteur ten volle te responsabiliseren voor zijn of haar werk). In nog een ander artikel, 150, bepaalt de Grondwet dat wanneer de pers voor strafbare ideeën wordt vervolgd, dit enkel voor een assisenhof met een jury van burgers kan gebeuren.<sup>1 2</sup>

Artikel 19 GW:

*De vrijheid van erediens, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van die vrijheden worden gepleegd.*

Artikel 25 GW:

*De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers of drukkers.*

*Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd.*

Artikel 150 GW:

*De jury wordt ingesteld voor alle criminele zaken, alsmede voor politieke en drukpersmisdrijven, behoudens voor drukpersmisdrijven die door racisme of xenofobie ingegeven zijn.*

De bescherming van communicatie- en persvrijheid is geen exclusief vaderlandse aangelegenheid. De vermelde Grondwetsbepalingen moeten worden samen gelezen met twee fundamentele Europeesrechtelijke bepalingen, die rechtstreekse werking hebben in de Belgische rechtsorde. Het gaat om artikel 10 EVRM van de Raad van Europa, dat sinds 1953 van toepassing is, en artikel 11 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, dat sinds 2009 juridisch bindend is.

Artikel 10 EVRM:

*1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of door te geven, zonder inmenging van overheidswege en ongeacht grenzen. Dit artikel belet niet dat Staten radio-omroep, bioscoop- of televisieondernemingen kunnen onderwerpen aan een systeem van vergunningen.*

*2. Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.*

Artikel 11 EU-Handvest:

*1. Eenieder heeft recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat de vrijheid een mening te hebben en de vrijheid kennis te nemen en te geven van informatie of ideeën, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.*

*2. De vrijheid en de pluriformiteit van de media worden geëerbiedigd.*

Al deze bepalingen samengevoegd, omvat het basisregime voor communicatie en media in België de volgende acht principes.

1. Elkeen is vrij te communiceren, ook met behulp van een (druk)pers [quid andere media ?].
2. De overheid zal nooit proactief beletten dat informatie circuleert.
3. Ook een uitgever (of drukker of verspreider) hoeft niet preventief tussenbeide te komen in publicaties, aangezien hij/zij principieel niet aansprakelijk is.
4. Wel kan de overheid audiovisuele media aan een vergunningensysteem onderwerpen.
5. Tevens kan de overheid altijd achteraf strafbare of andere laakbare communicatie sanctioneren.
6. Dat moet dan wel gebeuren in de omstandigheden van artikel 10 §2 EVRM: een duidelijke wet, een legitieme reden en noodzakelijkheid in een democratische samenleving.
7. Wat de aansprakelijkheid voor inbreuken in de zin van persmisdrijven en burgerrechtelijke quasi-delictuele fouten betreft: de auteur is de eerste aansprakelijke, is die niet bekend of woonachtig in het land, dan gaat de aansprakelijkheid over op respectievelijk uitgever, drukker of verspreider.
8. Wat specifiek persmisdrijven betreft: het assisenhof met zijn volksjury berecht.

## MAATSCHAPPELIJKE CONTEXT

De wereld is op het vlak van informatie, communicatie en media in de voorbije eeuwen razendsnel geëvolueerd. De boekdrukkunst ontstond in de 15<sup>de</sup> eeuw; eerst radio, dan tv volgden in de 20<sup>ste</sup> eeuw. Maar nog in diezelfde 20<sup>ste</sup> eeuw, helemaal aan het eind, deed er zich een nieuwe fundamentele omwenteling voor. Internet als zodanig was nog een militair geïnspireerd computernetwerk uit de jaren 1960, maar in 1989 werd daar het www bovenop gelegd: een digitaal communicatieweb dat iedereen ter wereld met elkaar verbond <sup>3</sup>.

In de korte tijdspanne van 30 jaar die volgde, kreeg de wereld een heel ander uitzicht. Ook wat informatie en communicatie betreft was disruptie troef. Nooit circuleerde zoveel informatie als vandaag, nooit voorheen lagen zoveel kennis en wijsheid binnen handbereik – slechts enkele muisklikken van ons verwijderd. Dat opent enorme mogelijkheden tot zelfverrijking, uitwisseling, democratie en vooruitgang.

Er is ook een keerzijde aan. Op internet woekeren ook veel *fake news*, desinformatie, laster en *hatespeech*. Er is een ernstig probleem van schending van de privacy, schending van auteursrecht en ronduit maatschappijontwrichtende informatie zoals kinderporno, handleidingen voor zelfdoding of voor het 3D gewijs printen van een pistool.

De communicatieomwentelingen, en zeker de internetrevolutie, zetten (grond)wetgevers overal ter wereld ertoe aan hun regimes voor communicatie te *updaten*. Zeker België heeft een tandje bij te steken, met zijn Grondwet die het enkel nog over de ‘drukkers’ heeft. Maar ook het EVRM is aan een *refresh* beurt toe: het vermeldt dan wel al audiovisuele media, maar in 1950 was nog geen sprake van internet.

De *dark side* van internet kan sommigen nochtans op de rem doen staan bij het herreguleren van de communicatiesfeer. Meer en meer stemmen gaan op om de communicatievrijheid strakker aan te halen, en zeker de informatiemedia voor scherpere verantwoordelijkheden te stellen.

Toch moet de vrijheid van communicatie en informatiemedia een kernstuk van de moderne democratische rechtsstaat blijven. Nooit mag ze verder worden aangetast dan nodig – in de termen van het EVRM – ‘dan nodig in een democratische samenleving’. Vrije communicatie beantwoordt aan een natuurlijke menselijk behoefte, maakt zelfontplooiing mogelijk, voedt de democratie en staat garant voor wetenschappelijke en maatschappelijke vooruitgang.

Zelfs voor goedbedoelde maatregelen is het daarom uitkijken. Het risico bestaat dat die ook *collateral damage* veroorzaken, dat met het badwater het kind wordt weggegooid. De strijd tegen online porno gaat liefst niet ten koste van erotische kunst. Wetgeving die *hatespeech* strafbaar stelt, mag het normale democratische debat niet belemmeren. En het bekampen van *fake news* mag zich nooit keren tegen onafhankelijke journalistiek.

## **MOGELIJKE GRONDWETSHERZIENING**

### ***Artikel 19 GW***

In België heeft de preconstituante in de lente van 2019 beslist dat er geen reden is om het basisartikel 19 GW over de vrijheid van meningsuiting te herzien.

Toch valt een modernere variant zeker te overwegen. Zo is het maar de vraag of de vrijheid van eredienst een specifieke vermelding moet behouden, dan wel of ze niet minstens aan de vrije meningsuiting moet worden toegevoegd in plaats van voorop te staan. In een nieuw artikel 19 zou bovendien het concept vrijheid van *meningsuiting* kunnen worden vervangen door de vrijheid van *communicatie*, wat een algemenere strekking heeft. Niet enkel omvat dat begrip ook andere informatie dan meningen, bovendien zou ook de vrijheid om al die informatie te garen eronder worden gevat. Nog een aanvulling daarbij: de vrijheid om informatie en ideeën te *koesteren* verdient ongetwijfeld extra aandacht en vermelding. Een van de duistere kanten van de digitale revolutie is het gemak waarmee zowel *public* als *private powers* tegenwoordig weten door te dringen tot onze innerlijke opvattingen en voorkeuren, het weze van politieke, commerciële of heel persoonlijke aard. Met recht en reden bepaalt artikel 10 EVRM dan ook dat de vrijheid van communicatie begint met deze vrijheid om meningen te ‘koesteren’.

In het algemeen zou artikel 10 EVRM een mooie, moderne versie kunnen opleveren voor huidig artikel 19 GW. Belangrijk is dan wel dat de aanvullende waarborgen die het Belgische recht voor communicatoren in het algemeen omvat, worden behouden en daaraan toegevoegd. Artikel 53 EVRM bepaalt overigens uitdrukkelijk dat het Verdrag niets afdoet aan verdergaande waarborgen die gelden op nationaal niveau.

### ***Regime van de persvrijheid***

De preconstituante besliste in de lente van 2019 wel dat het grondwettelijke regime van de persvrijheid, zoals vastgelegd in de artikelen 25 en 150, aan herziening toe is.

Het specifieke regime van de persvrijheid – en dus een mogelijke herziening ervan – omvatten volgende vier aspecten.

1. Voor wie geldt het regime ?

1.1 Voor welke instanties dringen aanvullende communicatieregels zich op ? Welke moderne invulling valt te geven aan het begrip (druk)pers in artikel 25, lid 1 GW ? Hierop gaan we in verderop in deze bijdrage.

1.2 Daarmee samenhangend: welke regels gelden binnen elke instantie voor de verdeling van aansprakelijkheid ? In welke mate is de getrapte aansprakelijkheidsregeling in artikel 25, lid 2 GW nog bij de tijd ? Valt een meer collegiale aansprakelijkheid auteur/uitgever niet te overwegen ? En hoe zit het met de aansprakelijkheid van nieuwe informatieverdelers in het digitale tijdperk ?

2. Hoever reikt de extra bescherming ?

2.1 Hoe behouden we de immuniteit tegen voorafgaande overheidsensuur en hoe vullen we die concreet in (cfr. artikel 25, lid 1 GW) ?

2.2 En welke aanvullende waarborgen genieten media bij een berechting achteraf ? Behouden we het recht op een berechting door assisen voor persdelicten, of welke alternatieven zijn te overwegen voor artikel 150 GW ?

### **Verklaring tot herziening van de Grondwet**

In het *Belgisch Staatsblad* van 23 mei 2019 zijn drie *Verklaringen tot herziening van de Grondwet* gepubliceerd: een van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, een van de Senaat en een van de Regering.<sup>4</sup> Enkel grondwetsartikelen die in de drie teksten voorkomen, zijn effectief voor herziening vatbaar in de nieuwe regeerperiode. Het gaat om elf bepalingen, waaronder de volgende:

- artikel 25 van de Grondwet, “om een lid toe te voegen teneinde de waarborgen van de drukpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”;
- artikel 148, tweede lid, van de Grondwet;
- artikel 150 van de Grondwet.

Deze wilsuïting tot herziening van de grondwettelijke bepalingen inzake persvrijheid is niet nieuw. Al sinds 1978 keuren preconstituantes ze goed, in overwegend gelijklopende formuleringen. Al deze verklaringen bleven tot dusver evenwel zonder gevolg.

### **Mogelijke herziening van artikel 25 GW**

Met betrekking tot artikel 25 GW is de toevoeging essentieel: ze houdt in dat de grondwetswijziging enkel in die richting kan gebeuren. De nieuwe wetgever kan artikel 25 GW bijgevolg niet afschaffen of uithollen ten nadele van de pers. Het is wel de bedoeling in een nieuw lid de bestaande waarborgen (voorop het verbod van preventieve censuur, en in theorie ook het voorrecht van berechting door het hof van assisen – *zie verder*) uit te breiden tot andere communicatiemiddelen dan de gedrukte media. Daarbij wordt in de eerste plaats aan de audiovisuele media gedacht, tv- en radio-omroepen dus.<sup>5</sup> Maar zonder enige twijfel is de modernisering ook gericht op internet en alles wat daarrond hangt.

Tegelijk erkent de preconstituante op die manier de relevantie van een aanvullende regeling voor de media op zich. Dat is in deze tijden van digitale disruptie niet evident. Volgens sommigen heeft internet van elk individu een auteur en zelfs een uitgever of omroep gemaakt. Communicator en informatiemedium zijn in elkaar opgegaan, wordt gezegd. Iedereen journalist, iedereen wetenschapper, iedereen kunstenaar... Dit is het tijdperk van de amateur! En dus is een enkele algemene bepaling over de communicatievrijheid genoeg. Geen nood aan aanvullende faciliteiten voor pers, omroepen of welke media dan ook.<sup>6</sup>

De stelling is hoogst betwistbaar. Een onderscheid tussen gewone communicatie enerzijds, media anderzijds, is en blijft relevant. Een burger die communiceert, is nog geen publicist. Iemand die wat laatste nieuwsjes op Facebook zet, is nog geen journalist. Tijdens een wandeling een mooie foto maken, maakt van iemand nog geen fotograaf, laat staan een fotojournalist of persfotograaf. Een influencer is nog geen reclameprofessional. Iemand die vlinders telt is nog geen natuurkundige. Een blogger die wat rijmt is nog geen poëet. Een mensenrechtenactivist is nog geen deskundige in publiek recht. Een zelfverklaarde bemiddelaar is nog geen rechter.

Net zo goed blijft er een groot verschil bestaan tussen een blogger en een uitgever, tussen een vlogger of youtuber en een omroep, tussen een buurtplatform en Facebook, tussen een cafétoeg en Twitter. En dan hebben we het nog niet over de talloze nieuwe communicatielagen die internet met zich mee heeft gebracht, in de vorm van webmasters, webhosts, content providers, access providers, kabelnetwerken en draadloze netwerken.

Ondanks hun intussen veelvuldig aangekondigde uitsterven, zijn de klassieke auteur en uitgever nog springlevend. Ongetwijfeld zullen ze dat blijven doen. Dat verantwoordt blijvende aandacht voor hun positie. Enerzijds is dat zo weinig mogelijk aandacht, althans wanneer er sprake is van vergunningen en beperkingen. Het adagium 'de beste perswet is geen perswet' blijft helemaal actueel. Anderzijds kan extra aandacht wenselijk zijn in de vorm van aanvullende faciliteiten – zie de grondwettelijke vrijwaring tegen censuur en het voorrecht van berechting door assisen.

Hoe dan ook erkent zowel het EVRM (artikel 10 §1) als het EU-Handvest (artikel 11) dat 'media' een bijzondere status hebben binnen het juridische regime van de communicatie. In artikel 10 §1 EVRM neemt dat de vorm aan van een mogelijkheid tot vergunningenstelsel, in artikel 11 EU-Handvest wordt de specifieke mediavrijheid ruimer en ook positiever geformuleerd.

### ***Mogelijke herziening van de artikelen 150 en 148 tweede lid GW***

Wat artikel 150 GW betreft, zijn de bedoelingen minder duidelijk.

Een mogelijkheid is dat dit voorrecht van berechting door assisen wordt herschreven parallel met de uitbreiding beoogd in artikel 25 GW. Artikel 150 GW zou dan uitdrukkelijk vermelden dat het geldt voor alle informatiemiddelen, niet enkel de klassieke pers. In diverse vorige *Verklaringen tot herziening van de Grondwet* werd die intentie ook geëxpliciteerd, nu is dat niet het geval, en dat zou wel eens heel betekenisvol kunnen zijn.<sup>7</sup>

Ook een tegenovergestelde marsrichting is mogelijk. Nogal wat rechtspractici en ook politici zijn vandaag gewonnen voor een volledige afschaffing van het hof van assisen, en dus ook van zijn bijzondere rechtsmacht voor persmisdrijven (en politieke misdrijven). Zij halen de onwerkbaarheid van het regime aan, wat in de praktijk leidt tot een strafrechtelijke immuniteit voor persdelicten.

Een verwant alternatief is een verdere uitholling van het regime. Het assisenhof blijft dan wel bestaan, maar meer persmisdrijven dan nu het geval is worden aan zijn rechtsmacht onttrokken. Naast persmisdrijven die zijn ingegeven door racisme of vreemdelingenhaat, zouden bijvoorbeeld ook deze ingegeven door seksisme dan door de gewone correctionele rechtbank worden berecht.

In theorie is er nog een alternatief: de volledige depenalisering van persmisdrijven. Inbreuken zouden dan enkel nog civielrechtelijk worden behandeld. De huidige *Verklaring tot herziening van de Grondwet* lijkt deze piste niet te openen.

Nog een optie is dat bij een eventuele 'correctionalisering' van alle persdelicten wordt gezocht naar bijzondere straf- en procesrechtelijke waarborgen voor informatiemedia in dat correctionele kader. Te denken valt dan aan regelingen inzake klachtmogelijkheid, bewijslast en verjaring. Maar het debat hierover moet nog helemaal worden opgestart.

De beoogde wijziging van *artikel 148, tweede lid GW* sluit aan bij de mogelijke aanpassing van artikel 150 en is minder fundamenteel. Volgens die bepaling kan het hof van assisen bij de berechting van politieke en persmisdrijven het 'sluiten der deuren' enkel uitspreken met unanimité van de stemmen. Bij een afschaffing van artikel 150 GW zou dit artikel 148, tweede lid mee worden afgeschaft. Een alternatief is dat dit artikel zou worden afgeschaft of aangepast los van artikel 150 (dat dan behouden blijft), maar die piste is onwaarschijnlijk. Het feit dat artikel 148, tweede lid voor herziening vatbaar is verklaard, versterkt de mogelijkheid van een afschaffing van artikel 150 GW.

Hoe dan ook lijkt de grondwetgever erop uit om de strafrechtelijke repressie ten aanzien van de pers op te drijven.

### ***Wat wordt het ?***

Samengevat lijkt de *Verklaring tot herziening van de Grondwet* voor de pers een dubbele beweging in petto te hebben. Enerzijds wordt het basisprincipe van de persvrijheid (en met name het verbod van preventieve censuur vanwege de overheid) gemoderniseerd: er komt een uitbreiding tot andere informatiemiddelen dan de klassieke pers. Anderzijds is de mogelijkheid reëel dat de retroactieve strafrechtelijke sanctiëring van persdelicten wordt opgevoerd, door ter zake het assisenhof als rechtsmacht te vervangen door de gewone correctionele rechtbanken.

### **WAT ZIJN (EXTRA BESCHERMDE) 'INFORMATIEMIDDELEN' ?**

Hierna gaan we in op de vraag welke 'pers', in het licht van de nieuwe informatietechnieken, bescherming verdient in de zin van de Belgische Grondwet. Gelet op de *Verklaring tot herziening van de Grondwet* moet het gaan om een uitbreiding naar 'andere informatiemiddelen dan de klassieke pers'. Een goede afbakening is essentieel in het licht van de bijzondere beschermingsmechanismen die van toepassing zijn, voorop de immuniteit tegen voorafgaande overheidsensuur en het recht om voor persmisdrijven door een volksjury te worden berecht.

### **Terug in de tijd**

De grondwetgever zelf heeft het begrip 'pers' nergens gedefinieerd. Letterlijk heeft de (Nederlandstalige) tekst van artikel 25 GW het over de 'vrijheid van drukpers', wat een veeleer technische benadering doet vermoeden. Enkel wat via een druktechnisch procedé met inkt en papier wordt verspreid, zou dan de grondwettelijke waarborgen inzake persvrijheid genieten.

Hetzelfde artikel 25 GW spreekt verderop evenwel onmiddellijk van 'schrijvers, uitgevers en drukkers'. Daar wordt vervolgens zelfs 'de verspreider' aan toegevoegd. Die opsomming maakt duidelijk dat een meervoudig concept wordt bedoeld, niet een louter technisch procedé. Dat concept dekt zowel de producenten van informatie – schrijvers en uitgevers – als de verdelers ervan – drukkers en verspreiders. In modernere termen spreken we van contentleveranciers – auteurs en aggregatoren (uitgevers, omroepen en webbeheerders) – en contentverdelers – providers en distributeurs. Het begrip 'pers' dekt dus zowel inhoud als techniek. Het heeft een zowel kwalitatieve als meer formele dimensie. Ook in het Frans (*la presse*) en het Engels (*the press*) heeft het begrip die dubbele betekenis.

In de context van 1830 lag de klemtoon ongetwijfeld zelfs op de inhoudelijke benadering. Ook de notie 'opiniepers' vindt hier haar oorsprong. Belangrijk was dat journalisten en schrijvers in het algemeen hun zeg konden doen – wat toentertijd nu eenmaal de vrije circulatie van pamfletten, affiches en kranten inhield. Nog een indicatie daarvoor is artikel 150 GW, dat 'pers' misdrijven koppelt aan politieke misdrijven (om ze eenzelfde berechtingsregime bij het hof van assisen te verlenen). Ook in het Decreet van 20 juli 1831 op de drukpers<sup>8</sup> wordt het begrip in een uitgesproken inhoudelijke betekenis gebruikt. Historische studies bevestigen dat de notie persvrijheid te koppelen is aan het concept pers in de inhoudelijke betekenis van 'opiniepers', en dit zowel voor ons land<sup>9</sup> als voor elders in de wereld<sup>10</sup>. Het is ook deze benadering die heeft geleid tot meer doorgedreven basisbegrippen als 'kwaliteitspers', 'populaire pers' of 'roddelpers'.

### **Wat zegt Cassatie ?**

Het Hof van Cassatie heeft mettertijd invulling gegeven aan het begrip 'pers'. Die invulling is geëvolueerd, zij het schoorvoetend, rekening houdend met nieuwe technologische ontwikkelingen. De interpretaties zijn weliswaar niet steeds even helder en consistent.

Logischerwijze hebben printmedia van meet af aan genoten van *de immuniteit tegen voorafgaande overheidsensuur in artikel 25 GW*. Mettertijd heeft het Hof van Cassatie wel verduidelijkt dat die immuniteit slechts geldt tot na de eerste verspreiding van een gewraakte publicatie. Tot voor kort weigerde Cassatie dit recht bovendien toe te staan aan audiovisuele media, dit op basis van een letterlijke technische invulling van het begrip '(druk)pers' in artikel 25. In 2011 floot het EHRM Cassatie terug, na een klacht van de RTBF die een gerechtelijk uitzendverbod te slikken had gekregen.<sup>11</sup> Sindsdien staat het vast dat ook radio- en tv-omroepen zich kunnen beroepen op de immuniteit tegen voorafgaande overheidsensuur. Het blijft wachten op richtinggevende uitspraken over de positie van internetmedia in het licht van mogelijke overheidsensuur. Het ligt in de lijn van de logica dat ook zij zich op de waarborg kunnen beroepen. Dan stelt zich wel de vraag of en in hoeverre het standpunt van Cassatie standhoudt dat na de eerste verspreiding de immuniteit niet meer speelt. In het geval van online media zou de verspreiding dan wel heel snel worden gefnuikt.

Met betrekking tot *het voorrecht van berechting door assisen in artikel 150 GW* – en dus de invulling van het begrip 'persmisdrijf' – heeft het Hof van Cassatie mettertijd volgende criteria opgesteld: het

moet gaan om (1) een idee of opinie (die strafbaar is) en (2) via een technisch procedé wordt verspreid. Essentieel hier is het inhoudelijke criterium: enkel ‘meningen’ / ‘opinions’ worden beschermd. Dat begrip wordt wel ruim ingevuld, tot informatie in het algemeen.<sup>12</sup> Op het technische vlak van de verspreiding besliste Cassatie enkele jaren geleden tot een belangrijke stap vooruit. Zowel gedrukte als elektronische media kunnen vandaag een beroep doen op dit recht. Het Hof van Cassatie heeft het immers over ‘druk of een gelijksoortig procedé’, en breidde de bescherming uit tot ‘virtuele teksten’.<sup>13</sup> De audiovisuele media daarentegen vallen nog altijd buiten het regime, en moeten voor persmisdrijven dus verantwoording afleggen voor de correctionele rechtbank.<sup>14</sup> Print- en elektronische media kunnen de bescherming bovendien enkel invoeren voor teksten, niet voor afbeeldingen, video of klank.<sup>15</sup> De vreemde redenering van het Hof van Cassatie hierachter is dat beeld of klank geen inhoudelijke strekking zouden hebben, in tegenstelling tot tekst. Als tekst en beeld samengaan, is wel het regime dat geldt voor tekst toepasselijk (omdat de meest voordelige regeling altijd voorrang krijgt).<sup>16</sup>

De rechtspraak van het Hof van Cassatie bevreemdt.<sup>17</sup> Enerzijds lijkt het erop uit een heel brede inhoudelijke bescherming van informatie en ideeën te bieden, tot en met de allerindividueelste expressie van de allerindividueelste emotie online. Anderzijds staat het Hof wat de techniek van verspreiding betreft op de rem: drukpers en internet worden beschermd, maar geen omroepen. En dan nog geldt de bescherming enkel voor tekst, en niet voor beeld of klank. Die ‘incoherentie’ roept dermate vragen op, dat eerst de correctionele rechtbank<sup>18</sup> en vervolgens het hof van beroep van Luik<sup>19</sup> zich onlangs uitdrukkelijk distantieerden van de rechtspraak van Cassatie. Concreet gaat het om beledigende uitlatingen op Facebook, die volgens Cassatie eigenlijk als ‘persmisdrijf’ naar het hof van assisen zouden moeten worden verwezen. Tegen het hoogste gerechtcollege in verklaren de Luikse rechtscollages zich toch bevoegd...

Wij delen de kritiek op de rechtspraak van Cassatie. Eigenlijk pleiten we zelfs voor een omkering van de posities: een strakkere omlijning van de beschermde inhoud, en een ruimere invulling van de beschermde verspreidingstechnieken. Om dat standpunt te onderbouwen, focussen we eerst nog eens op de revolutie die internet heeft ontketend, op het vlak van communicatie, maar dat niet alleen.

### ***De complicaties met internet***

Internet heeft voor een enorme disruptie gezorgd in zowat alle maatschappelijke geledingen.

Om te beginnen in de informatiesector: daar hebben alle klassieke media een totaal ander uitzicht en businessmodel gekregen. Er is een convergentie van verspreidingstechnieken, met digitale kranten, online video en podcasts. Tegelijk zijn al onze mediahuizen multimediaal geworden – ze bieden print + radio + tv + online aan. Parallel hiermee zet de economische concentratie in de sector zich onverminderd voort.

Daarnaast zijn er ontelbaar veel ‘nieuwe’ media bijgekomen, met name online. We spreken van autonome internetmedia of ‘digital only’ media. Grosso modo kunnen we die opdelen in drie groepen. Vooreerst gaat het om onnoemelijk veel nieuwe kleine spelers, zoals bloggers, vloggers, influencers, twitteraars en instagrammers. Opvallend daarbij blijft dat velen van hen anoniem of pseudoniem communiceren. Daarnaast zijn er talloze meer institutionele communicatoren bijgekomen: soms nieuwe authentieke media<sup>20</sup>, maar toch vooral bedrijven, verenigingen en ook politieke partijen en politici die zich als medium in de markt hebben gezet. Tot slot hebben ook enkele giganten – soms zijn het quasi-monopolisten – het licht gezien: Wikipedia, Google, Facebook,

Twitter, Instagram en dies meer. Het is belangrijk deze spelers in de tweedeling informatieproducent / informatieverdeler als producent van informatie te zien. Ook een zoekmachine als Google, een sociaal medium als Facebook en een communicatieplatform als Twitter. Al die platformen maken immers wel degelijk eigen keuzes: ze beslissen wat bovenaan de zoekresultaten komt, welke nieuwsmedia waar op de tijdslijn komen, wie wegens mogelijk wangedrag als twitteraar wordt geweerd of welke tweets niet langer passeren...

Nog een nieuwigheid is dat er met internet meer tussenschakels zijn. De drukpers en postbode, net zoals de omroepen en hun distributiekkanalen, zijn vervangen door een lange reeks van informatieverdelers, die luisteren naar namen als webhost, internet service provider (ISP), internet access provider, netwerkkoperator – het weze van een kabelnetwerk, het weze van een draadloos netwerk – en dies meer.<sup>21</sup>

Maar de echte revolutie die internet met zich mee heeft gebracht, overstijgt dat nog allemaal. Met internet is eigenlijk een heel nieuwe, virtuele realiteit ontstaan, een parallel universum, waarin veel meer gebeurt dan enkel communiceren. Waar ook handel wordt gedreven, volop wordt gegamed en (cyber)seks wordt bedreven... Internet kan dan ook niet zomaar, in zijn geheel, worden gelijkgesteld met een 'informatiemedium' waarop dan de waarborgen inzake persvrijheid van toepassing zouden zijn. Als Google en Facebook straks gaan bankieren en zelfs eigen munten ontwikkelen, dan heeft dat met communicatievrijheid niets te maken. Amazon, Uber en Airbnb hebben zelfs niet eens als finaliteit om te communiceren, wel te verhandelen. En dan hebben we het nog niet eens over online wapenhandel, kinderporno en wat nog meer op het *deep web* en *darknet* gebeurt – want internet haalt wel degelijk zowel het beste als het slechtste uit de mens naar boven. Belangrijk hier is: voor dat alles gaan we toch geen preventieve censuur verbieden of eisen dat het door een assisenhof wordt berecht, gewoon omdat het op internet gebeurt ?<sup>22</sup>

### **Over naar de toekomst**

In de geest van de grondwet zal de persvrijheid moeten blijven slaan op alle informatiemiddelen in de brede betekenis van zowel inhoud als techniek. De mogelijke aanvulling in artikel 25 GW, die de Verklaring tot herziening van de Grondwet in het vooruitzicht stelt, zou dan ook kunnen luiden als volgt:

*“Dit artikel is van toepassing op alle informatiemedia, zowel informatieproducenten als informatieverdelers.”*

In de veronderstelling dat artikel 25 GW in zijn geheel voor herziening vatbaar was verklaard, had een nieuwe formulering als volgt kunnen gaan: *“De informatiemedia zijn vrij. De overheid onthoudt zich van elk voorafgaand ingrijpen ten aanzien van informatieproducenten en informatieverdelers.”*

Mogelijk eindigt hier de rol van de grondwetgever. De invulling van de nieuwe begrippen 'informatiemedia', 'informatieproducenten' en 'informatieverdelers' is nu eenmaal voor de gewone wetgever weggelegd, net zoals de uitwerking van hun specifieke aansprakelijkheidsregimes. Aan rechtscollages om de constructies vervolgens nog verder te concretiseren. Toch is het nuttig en zelfs nodig om het debat over de omschrijving van actoren en hun bescherming zo goed mogelijk op voorhand te voeren. Al was het maar omdat die beschouwingen ook richtinggevend kunnen zijn voor latere wetgeving en rechtspraak.

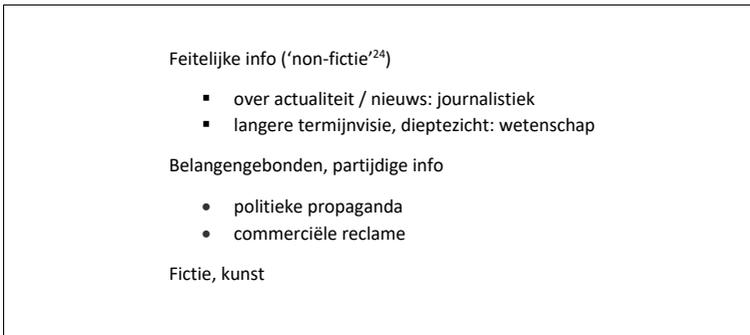
## ***De lege ferenda (1)***

### ***Naar een afbakening van 'informatieproducenten' / 'contentleveranciers'***

Persvrijheid, met de extra waarborgen daaraan verbonden, moet vooreerst ten goede komen van echte, authentieke contentleveranciers.

Daaronder rekenen we om te beginnen zowel auteurs als uitgevers. Een modernere term voor die laatsten is 'aggregatoren': behalve klassieke uitgevers dekt die ook omroepen en online-uitgevers. Hoe de onderlinge verhoudingen tussen beiden wordt geregeld, is voer voor een afzonderlijk debat. We weten dat de Belgische grondwetgever een uniek systeem van getrapte aansprakelijkheid voor auteur en uitgever heeft uitgewerkt, met de bedoeling interne censuur vanwege de uitgever op de auteur te vermijden. Tegelijk is er het besef dat dit regime in het huidige mediabestel met hiërarchisch georganiseerde redacties aan relevantie heeft ingeboet: meer dan vroeger bepalen juist uitgevers en hoofdredacties wat hun journalisten moeten doen. Voor zowel de ene als de andere positie zijn er voor en tegens.<sup>23</sup>

Maar wat valt onder 'informatie' te verstaan? Het volgende schema kan helpen:



Historisch (*zie hoger*) en feitelijk komen journalisten en hun uitgevers zeker in aanmerking voor extra bescherming. Zij berichten over dingen die gebeuren (brengen nieuws), en geven daar duiding en commentaar bij. Op die manier vormen zij een substantieel bestanddeel van ware democratie. Maar ook wetenschappers doen dat. Hun finaliteit is uiteindelijk sterk gelijklopend: verslag uitbrengen over de realiteit, en dat via geijkte onderzoeksmethodes. Alleen doen journalisten dat op de korte termijn, ze brengen 'nieuws', ze zijn de 'secondewijzers van de geschiedenis'. Wetenschappers van hun kant klimmen moeizaam naar de top van de berg, om vervolgens van daaruit wel een overzichtelijker beeld van de realiteit te kunnen aanschouwen en rapporteren.

Het verschil met belangenafhankelijke informatie is duidelijk: daar primeert niet het realiteitsgetrouwe verslag, maar wel het eigen belang of de eigen visie. Die kunnen van politieke, syndicale of commerciële aard zijn. Toch kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen politieke informatie (of maatschappelijke geëngageerde informatie in het algemeen) en commerciële

informatie. Dient het eerste het maatschappelijke debat, de democratie en vooruitgang, dan heeft het tweede een louter privaats belang. Uiteindelijk is er zelfs een overlap tussen de opiniërende rol die de pers (naast feitenrelaas en duiding) ook heeft, en de essentieel opiniërende rol van de politiek. Hun bescherming kan dan ook nauwelijks of niet van elkaar verschillen. Niet voor niets koppelt artikel 150 GW persmisdriften en politieke misdrijven aan elkaar, om ze gezamenlijk toe te vertrouwen aan de rechtsmacht van hof van assisen.

Het verschil met fictie, of kunst in het algemeen, is zonneklaar. Die heeft niet eens de ambitie om de realiteit te tonen zoals ze is, en wekt evenmin de schijn daarvan. Met dat alles is niet gezegd dat reclame en kunst niet over de basisvrijheden inzake communicatie hoeven te beschikken, allerminst! De vraag die zich stelt, is of voor nieuwsmedia en politieke commentatoren welbepaalde aanvullende bescherming al dan niet relevant is. Op zijn minst zijn daar argumenten voor.

Enkele aanvullingen. Een onderscheid tussen private personen en rechtspersonen is niet aan de orde. Ook wat aggregatoren betreft, is een beperking tot mediaorganisaties niet aangewezen en zou zoïets wellicht de toets van het gelijkheidsbeginsel niet doorstaan. Net zomin als een onderscheid tussen onbezoldigde amateurs en professionele beoefenaars. Waarom zouden burgerjournalisten of burgerwetenschappers niet de bescherming krijgen die professionals wel hebben? En geldt dat a fortiori niet voor burgers die zich mengen in een politiek debat ?

Daarmee komen we eigenlijk uit bij een nogal fundamentele kwestie: beschermen we een categorie personen, of beschermen we een soort activiteit en het product dat daaruit voortkomt ? De eerste optie is riskant, omdat de omschrijving te beperkend kan zijn. Dat leidt dan al snel tot kritieken van discriminatie en corporatisme. Maar ook de tweede benadering houdt risico's in, omdat ze de deur al te wijd dreigt open te zetten. Toch is dit eigenlijk een vals probleem, althans wanneer je een journalist gewoon omschrijft als iemand die een journalistieke activiteit ontplooit. Dat kan dan in hoofdberoep zijn, maar even goed als occasionele nevenactiviteit, en zelfs onbezoldigd.

### **Casus: wie is 'journalist', wat is 'journalistiek' ?**

Een journalist kan worden omschreven als *iemand die actualiteit of nieuws verslaat voor een publiek via een open, toegankelijk informatiemedium en daaraan gekoppelde informatieverdeler(s), desgevallend met toevoeging van duiding (historische, geografische of andere context) en commentaar (opinie).*

De noties 'actualiteit' en 'nieuws' zijn essentieel voor journalistiek<sup>25</sup>, en onderscheiden het van wetenschap. Dit staat voor de duidelijkheid zelf bovengespit nieuws, of onderzoeksjournalistiek, niet in de weg. Even substantieel is dat aan dat nieuws duiding of context kan worden toegevoegd, en even goed commentaar of opinie. Een basisregel van het vak stelt wel dat deze uitingen dan van de gewone informatie worden onderscheiden. Nog een kernelement in de definitie betreft het open, of breedpublieksmedium dat wordt gehanteerd. Dat onderscheidt journalistiek van louter persoonlijke communicatie of interne bedrijfspers.<sup>26</sup>

Wie aan de omschrijving voldoet, zou voor de betrokken activiteit in aanmerking komen voor de fundamentele waarborgen die de persvrijheid biedt.

Hetzelfde geldt voor het totaalconcept 'pers' of 'medium', dat dan zowel journalisten als het nieuwsmedium omvat. Nieuwsmedia zijn kranten, omroepen en nieuwssites, maar ook ondersteunende media: pers<sup>27</sup>- en fotoagentschappen en productiehuisen (voor zover een

journalistieke producties leveren). In het huidige digitale tijdperk kan een journalist overigens perfect samenvallen met het nieuwsmedium, waarvan hij of zij dan meteen ook de 'uitgever' is.

Het voordeel van die omschrijving is dat ze heel open is, en zich niet beperkt tot een beroepsgroep. Integendeel, ook 'gewone burgers' kunnen journalistiek bedrijven en dan ook 'journalist' zijn – zolang ze althans de omschreven activiteit bedrijven. Om het even is dus of het om een beroep of titel gaat, dan wel om een occasionele en zelfs onbezoldigde activiteit. Hiermee wordt tevens ingespeeld op de aversie van nogal wat rechtscolleges tegen een te exclusieve bescherming inzake persvrijheid van een gesloten groep. Zo brak het Grondwettelijk Hof in 2006 de definitie van journalistiek in de Wet tot bescherming van de journalistieke bronnen helemaal open.<sup>28</sup> Volgens het Hof moeten ter zake geen personen worden beschermd, maar wel het bronnengeheim op zich, als een onderdeel van de informatievrijheid, die voor iedereen geldt. In dezelfde lijn heeft het EHRM intussen beslist dat NGO's en andere *public watchdogs* in dezelfde mate als journalisten een beroep kunnen doen op artikel 10 EVRM om openbaarheid van bestuur te verkrijgen met betrekking tot overheidsdocumenten.<sup>29</sup>

Die open regeling biedt ook het voordeel van de flexibiliteit. Een journalist die de commerciële toer opgaat, kan voor die activiteit geen beroep doen op de persvrijheid. Net zomin als uitgevers of omroepen voor hun commerciële activiteiten buiten het eigenlijke publiceren. Denk ook aan Google of Facebook, die zoveel méér doen dan communicatie bevorderen: evident kunnen ze hiervoor geen beroep doen op de waarborgen inzake communicatievrijheid. Ook binnen de journalistiek zelf zijn er overigens varianten mogelijk. Zo is het een allang verworven recht dat opiniëring en commentaar een grotere vrijheid genieten dan feitelijke berichtgeving, zeker wanneer die een beschuldiging aan iemands adres inhoudt. Omgekeerd is een redactie die enkel als platform voor lezersreacties fungeert, hiervoor minder aansprakelijk dan voor eigen contentproductie. Vergelijk opnieuw met Facebook of Twitter, die zelfs proberen hun volledige aansprakelijkheid te ontlopen voor wat er op hun platformen gebeurt. Zover hoeft het niet te gaan, sociale mediaplatformen zijn wel degelijk actieve contentproducenten en moeten daarvoor dan ook verantwoording afleggen. Maar dat staat enige extra bewegingsvrijheid niet in de weg.

De open definitie van journalistiek impliceert voor rechters wel wat huiswerk. Van wie een beroep doet op de persvrijheid, zal de rechter altijd moeten nagaan of aan de omschrijving van 'pers' is voldaan. En dat is en zal ook altijd een feitenkwestie blijven. Neem nog het geval van een blogger of vlogger. Gaat het om een particulier die een louter persoonlijke agenda volgt en rekeningen vereffent – iemand belastert bijvoorbeeld een politicus van wie hij geen bouwvergunning krijgt – dan kan er geen sprake zijn van een 'informatiemedium' of 'journalist' en bijhorende bescherming. Hetzelfde geldt voor zogenaamde influencers, die *de facto* louter commerciële communicatoren zijn. Gaat het om een particulier die zonder persoonlijke belangen wat lukraak ideeën spuit over de wereld rondom hem, dan ligt het al wat moeilijker. Gaat het om iemand die zich presenteert als een onafhankelijk waarnemer, dan komen we al veel dichterbij de buurt van een 'nieuwsmedium' of 'journalist', en ligt extra bescherming meer voor de hand.

Onze basisdefinitie van journalistiek belet overigens niet dat er ook specifieke omschrijvingen mogelijk zijn, waaraan dan nog extra faciliteiten worden gekoppeld. Het typevoorbeeld hier is het begrip – eigenlijk gaat het om een wettelijke titel – van 'beroepsjournalist'. Volgens een wet van 30 december 1963 kan wie aan bepaalde voorwaarden voldoet die titel krijgen, en daarmee samenhangend een reeks werkfaciliteiten. De erkenningsvoorwaarden in kwestie zijn werken als journalist in hoofdberoep voor een breedpublieksmedium, en dat zonder combinatie met een andere structurele broodheer. Die laatste voorwaarde staat garant voor onafhankelijkheid. Eens de erkenningsvoorwaarden vervuld, kent een onafhankelijke Erkenningscommissie van uitgevers en journalisten de titel van beroepsjournalist toe. De belangrijkste faciliteit die daaruit voortvloeit, is

een officiële, door de FOD Binnenlandse Zaken gemaakte perskaart, die als doorgangsbewijs dient ten aanzien van alle overheden in het land. Een ander gevolg van de erkenning is dat de inlichtingen- en veiligheidsdiensten in het land bij hun opsporingswerk niet mogen doorstoten tot de bronnen van de beroepsjournalist.<sup>30</sup>

Ook nieuwsmedia kunnen, in welomschreven hoedanigheden, op extra tegemoetkomingen rekenen. Uitingen daarvan zijn de wetgeving op de perssteun en de decreetgeving op de audiovisuele media. Soms gaat het de andere richting uit, met wat specifieke lasten. Denk hier aan de wet- en decreetgeving op het recht tot antwoord, voor respectievelijk print- en audiovisuele media.

Vermeldenswaard is nog de GDPR-wetgeving, en meer bepaald het regime van vrijstellingen hierop voor de pers.<sup>31</sup> De GDPR regelt voor burgers rechten van informatie, inzage, correctie en wissing met betrekking tot persoonsdata die iemand over hen bijhoudt. Maar die GDPR onverkort toepassen op journalisten en hun documentatiebestanden, zou vrije journalistiek serieus bemoeilijken. Vandaar de noodzaak om voor hen de gepaste vrijstellingen te regelen, zo bepaalde de GDPR ook zelf. Voor de Belgische wetgever was het van meet af aan duidelijk dat de vrijstellingen enkel op eigenlijk journalistiek zouden slaan, niet op de bedrijfsvoering en het klantenbeheer van de mediabedrijven. Bleef de vraag hoe 'journalistieke gegevensverwerking' dan werd gedefinieerd. Na overleg met de AVBB (VVJ-AJP) kwam men tot de volgende omschrijving: "de voorbereiding, het verzamelen, opstellen, voortbrengen, verspreiden of archiveren ten behoeve van het informeren van het publiek, met behulp van elke (*sic*) media en waarbij de verwerkingsverantwoordelijke zich de naleving van journalistieke deontologische regels tot taak stelt". Wat het laatste betreft, werd tijdens de parlementaire voorbereiding verwezen naar de Vlaamse Raad voor de Journalistiek en de Franstalige Conseil de Déontologie Journalistique. Op die manier koppelt de Belgische wetgever de notie 'journalistiek' uitdrukkelijk aan de beroepsethiek, zoals concreet door de Raad voor de Journalistiek ([www.rvdj.be](http://www.rvdj.be)) ingevuld.<sup>32</sup> Een regeling die tot voorbeeld strekt ?

## ***De lege ferenda (2)***

### ***Ook voor informatieverdelers***

Het belang van informatieverdelers voor vrije communicatie mag niet worden onderschat. Zonder drukker en postbode geen krant in huis, zonder kabel of etherverbinding geen tv, zonder wifi of 4G geen internet in de tuin of op café. Niet voor niets beschermde de grondwetgever in 1831 al de drukker en de verspreider, als elementaire schakels in de informatiestroom. Met reden verdienen ook internet service providers en kabelmaatschappijen dan ook een plaats in het wettelijke regime dat de communicatievrijheid beschermt.

Hoger suggereerden we al een mogelijke aanvulling in artikel 25 GW, zoals door de Verklaring tot herziening van de Grondwet in het vooruitzicht gesteld: "*Dit artikel is van toepassing op alle informatiemedia, zowel informatieproducenten als informatieverdelers.*" Voor zover artikel 25 GW in zijn geheel voor herziening vatbaar was verklaard, had dit als volgt kunnen luiden: "*De informatiemedia zijn vrij. De overheid onthoudt zich van elk voorafgaand ingrijpen ten aanzien van informatieproducenten en informatieverdelers.*"

Zulks belet voor de duidelijkheid niet dat informatieverdelers aan specifieke wetgeving worden onderworpen. Dat is overigens ook de strekking van artikel 10 §1 EVRM, zij het met betrekking tot

audiovisuele media. Maar dat is dan toch vooral een zorg voor de gewone wetgever en uitvoerende macht: aan hen in de eerste plaats komt het toe Proximus, Telenet, Orange & Co. op het juiste pad te houden.<sup>33</sup>

Een vergunningsbeleid staat niet noodzakelijk haaks op de communicatie- en persvrijheid. Maar dat moet het wel stevig zijn gemotiveerd en onderbouwd, en altijd ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’. Aan een vergund statuut kunnen dan faciliteiten worden gekoppeld, zoals vrijstellingen van aansprakelijkheid voor doorgegeven content. Zowel audiovisuele dienstenverdelers<sup>34</sup> als internetproviders<sup>35</sup> genieten hiervan. Net zo goed kunnen daar bijzondere plichten aan vasthangen, zoals de must-carryverplichtingen voor omroepen en de plicht van netneutraliteit voor internetproviders.

### ***De lege ferenda (3)***

#### ***Alle informatiemedia gelijk***

Lange tijd huldigde de Belgische rechtspraak een onderscheid tussen printmedia en tv- en radio-omroepen wat de invulling van de grondrechtelijke principes inzake communicatievrijheid betreft, omdat de techniek van verspreiding verschilt en de Grondwet het enkel over ‘(druk)pers’ heeft. Dat onderscheid is hoegenaamd niet houdbaar<sup>36</sup>, zeker nu ook het EHRM met zijn RTBF-arrest in 2011 het heeft veroordeeld<sup>37</sup>. De artikelen 25 en 150 GW zijn bijgevolg minstens impliciet toepasselijk op radio en televisie, en dit zowel in inhoudelijke zin (met betrekking omroepen) als in technische zin (met betrekking tot distributiekkanalen). Idealiter wordt dat ook geëxpliciteerd in de grondwettelijke teksten.

Ook het onderscheid tussen tekst en beeld (video) of klank (audio) snijdt geen hout. Een beeld kan meer zeggen dan duizend woorden, een klankfragment kan informatiever zijn dan een geschreven tekst.

Internet heeft bovendien voor een enorme convergentie van mediatechnieken gezorgd. Tekst, video en audio vloeien nu nog meer samen dan ooit tevoren. Maar aan het basismechanisme van communicatie heeft internet uiteindelijk niet zoveel veranderd. Ook online heb je nog altijd informatieproducenten die – nu via een supertoegankelijke informatiesnelweg – hun content afleveren bij een publiek.

Terecht heeft het Hof van Cassatie dan ook geoordeeld dat ook elektronische media onder de bescherming vallen van artikel 150 GW. Ten onrechte heeft Cassatie die bescherming beperkt tot geschreven tekst, en uitgesloten voor beeld en klank.

De voorgestelde formulering voor artikel 25 GW – “*Dit artikel is van toepassing op alle informatiemedia.*” – zou duidelijk maken dat alle categorieën media en media-inhouden worden bedoeld, van tekst over klank tot beeld.

## LITERATUUR

---

- Dirk Voorhoof & Peggy Valcke, *Handboek Mediarecht*, 4<sup>de</sup> editie, Larcier, 2014, 755 p.
- Stéphane Hoebeke & Bernard Mouffe, *Le Droit de la Presse*, 3<sup>e</sup> édition, Anthemis, 2012, 910 p.
- François Jongen, Alain Strowel & Edouard Cruysmans, *Droit des Médias et de la Communication*, Larcier, 2017, 896 p.
- Jan Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Maklu, 1991, 2 delen, 907 p.
- Jan Ceuleers, 'Hoogst wenselijk: een herkeuring van het Belgische persrecht', in *Auteurs & Media*, 2006/5-6, p. 409-410
- Jan Ceuleers, 'Van journalisten en journalisten', in *Auteurs & Media*, 2008/4, p. 273-278
- Sandrien Mampaey & Evi Werkers, 'Drukkersmisdriven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W.', in *Auteurs & Media*, 2010/2, p. 147-160
- Dirk Voorhoof, 'De notie drukkpersmisdrif van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuw: Internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers!', in *Auteurs & Media*, 2012/2-3, p. 254-259
- Quentin Van Enis, 'Le champ d'application de l'article 25 de la Constitution', presentatie tijdens het colloquium 'Persvrijheid in de 21<sup>ste</sup> eeuw', Senaat, 29 november 2019
- Johan Op de Beeck, *De bedreigde vrijheid – Uw vrije meningsuiting in gevaar?*, Horizon, 2017, 271 p.
- Andrew Pettegree, *The Invention of News – How the world came to know about itself*, Yale University Press, 2014, 445 p.
- Timothy Garton Ash, *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*, Atlantic Books, 2016, 491 p.

Over de auteur:

Pol Deltour is sinds 1998 nationaal secretaris van de AVBB (Algemene Vereniging van Beroepsjournalisten in België) / VVJ (Vlaamse Vereniging van Journalisten) en doceert mediarecht. Voorheen werkte hij als journalist politiek/justitie bij de krant *De Morgen* (1990-1998), was hij assistent Staatsrecht aan de KU Leuven (1987-1989) en lid van de Hoge Raad voor de Justitie (2000-2008).

## EINDNOTEN

---

<sup>1</sup> Eén uitzondering: persmisdrijven die zijn ingegeven door racisme of xenofobie.

<sup>2</sup> Aan deze bescherming zijn aanvullende waarborgen toegevoegd, opgenomen in bijzondere wetgeving. Zo geldt een korte verjaringstermijn van slechts 3 maanden voor persmisdrijven die kritiek inhouden op openbare gezagsdragers (Decreet 20 juli 1831 op de drukpers, artikel 12). Wie beticht wordt van een persmisdrijf kan ook niet in hechtenis worden genomen vooraleer er een veroordeling op tegenspraak is (zelfde Decreet, artikel 9). Evenmin kan zo iemand door een onderzoeksgerecht worden geïnterneerd (Wet van 9 april 1930 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers, artikel 7).

<sup>3</sup> En dat we, behalve aan de Brit Tim Berners-Lee, ook aan een Belg hebben te danken: Robert Cailliau is de vaak – maar onterecht – vergeten mede-uitvinder van het world wide web.

<sup>4</sup> De drie teksten verschillen van elkaar. Door de val de regering en de ontbinding van het parlement kwam het niet tot de finale tekst. De verklaringen van Kamer en Senaat bevatten elk een vijftigtal bepalingen en verschillen onderling maar licht. De Regering hield zich vervolgens aan de grondwettelijke gewoonteregels om enkel die artikelen voor herziening vatbaar te verklaren die in een vorige herzieningsverklaring zaten. Ze bevat dan ook enkel de 11 bepalingen die in 2014 al in de Verklaring tot Herziening van de Grondwet waren opgenomen. De lijst die ertoe doet, is die van de Regering, omdat ze een pak korter is dan die van beide kamers en tegelijk bepalingen bevat die ook op de lijsten van de kamers voorkomen.

<sup>5</sup> Een belangrijke factor hier is de veroordeling van België door het EHRM, nadat het Hof van Cassatie een uitzendverbod in kort geding tegen de RTBF had geëigtimeerd. Daarmee stelden de Belgische rechters artikel 25 buiten werking voor de omroepmedia. Het EHRM vond dat in een arrest van 29 maart 2011 een schending van artikel 10 EVRM.

<sup>6</sup> Zie Jan Ceuleers, *‘Hoogst wenselijk: een herkeuring van het Belgische persrecht’*, in *Auteurs & Media*, 2006/5-6, p. 407-410. Ceuleers pleit daar voor “de radicale schrapping van artikel 25 GW en, voor zover nodig, een bijschaving van artikel 19 GW”, dat laatste in de richting van artikel 10 EVRM.

<sup>7</sup> Een andere, gelijklopende piste, ook in vorige *Verklaringen tot Herziening van de Grondwet* bewandeld, was om in artikel 25 GW, eens uitgebreid naar alle informatiemiddelen, uitdrukkelijk de waarborg van artikel 150 GW te vermelden. Maar ook die mogelijkheid is deze keer niet weerhouden.

<sup>8</sup> Artikel 9 van dat Decreet bepaalt dat wie wordt bericht van een drukpersmisdrijf waarop slechts gevangenisstraf is gesteld, niet in hechtenis kan worden genomen voor zijn veroordeling op tegenspraak. Artikel 12 van hetzelfde Decreet van 20 juli 1831 regelt een korte verjaringstermijn van 3 maanden (in plaats van 5 jaar) voor een reeks drukpersmisdrijven die kritiek uitoefenen op het openbaar gezag of op bepaalde publieke personen.

<sup>9</sup> Johan Op de Beeck, *De bedreigde vrijheid – uw vrije meningsuiting in gevaar?*, Horizon, 2017, p. 77-86; Bram Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever – Perswetgeving en persmisdrijven in België (1831-1914)*, Academia Press, 2012, 531 p.

<sup>10</sup> Andrew Pettegree, *The Invention of News – How the world came to know about itself*, Yale University Press, 2014, p. 326-345

<sup>11</sup> EHRM, arrest in de zaak RTBF c/ België van 29 maart 2011

<sup>12</sup> Hof van Cassatie, arrest van 6 maart 2012 in de zaak F. De Saeger t/ M. Ernst: “De door het drukpersmisdrijf vereiste strafbare meningsuiting in de betekenis die de Grondwet aan die uitdrukking hecht, is elke mening of opinie. Niet noodzakelijk is dat deze mening enige maatschappelijke relevantie of gewicht heeft.” Zie hierover Dirk Voorhoof, *‘De notie drukpersmisdrijf van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuwen: internetmedia, weblogs en websites*

---

*zijn ook drukpers!*, in *Auteurs & Media*, 2012/2-3, p. 254-259. Zie hierover ook François Jongen, Alain Strowel & Edouard Cruysmans, *Droit des Médias et de la Communication*, Larcier, 2017, p. 713.

<sup>13</sup> Baanbrekend hier waren twee Cassatie-arresten van 6 maart 2012. Het meest gemotiveerde is dat in de zaak F. De Saeger t/ M. Ernst.

<sup>14</sup> Hof van Cassatie, arresten van 9 december 1981, 2 mei 2001 en 2 juni 2006

<sup>15</sup> Hof van Cassatie, arresten van 9 januari 1973 en 28 juni 2004; met betrekking tot internet: Hof van Cassatie, arresten van 29 januari 2013 en 29 oktober 2013

<sup>16</sup> Hof van Cassatie, arresten van 28 mei 1985 (met betrekking tot tekst/tv-productie) en – met betrekking tot internet – 29 januari 2013

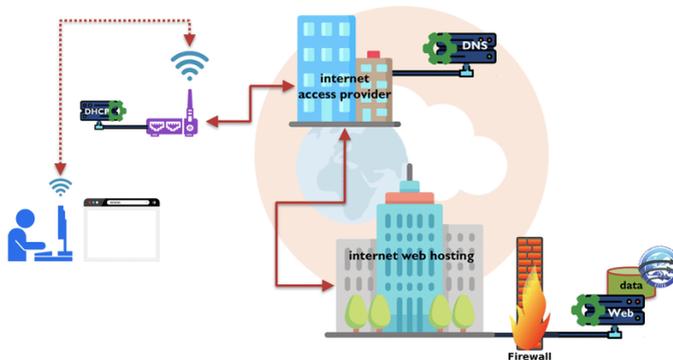
<sup>17</sup> Cfr. Marc Isgour, 'Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur internet?', in *Revue du Droit des Technologies de l'Information*, n° 72/2018, p. 79-88. Isgour heeft het over « une certaine incohérence dans la position de la Cour de cassation ».

<sup>18</sup> Correctionele rechtbank Luik, 7 september 2018

<sup>19</sup> Hof van beroep Luik, 28 mei 2019

<sup>20</sup> In Vlaanderen gaat het bijvoorbeeld over Apache, DeWereldMorgen, MO\*Magazine, NewsMonkey en Doorbraak.

<sup>21</sup> Dit sterk vereenvoudigde schema van internet toont het belang van zijn tussenschakels:



<sup>22</sup> De Big Tech hebben van hun kant altijd de vrijheid van communicatie ingeroepen om vrijuit hun gang te kunnen gaan. Ook de vrijheid van ondernemen en het belang van innovatie worden aangehaald tegen regulering.

<sup>23</sup> Het regime van de getrapte aansprakelijkheid in artikel 25, lid 2 GW strekt zich ook uit tot de informatieverdelers: drukker en verspreider. Ook hierover moet, zowel in een audiovisuele als in de nieuwe digitale context, opnieuw worden nagedacht. De Wet Elektronische Handel, met zijn bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor internetproviders, heeft alvast een voorschot genomen op een mogelijk nieuw regime.

---

<sup>24</sup> Het blijft vreemd dat voor realiteitsinfo de term ‘non-fictie’ wordt gebruikt, als een negatief afgeleide van ‘fictie’, wat dan de hoofdzaak zou zijn. Anderzijds doet die terminologie wel recht aan het gigantische belang van fictie, mythes en religies voor de menselijke soort, die anders nooit de suprematie over de wereld zou hebben verworven die hij heeft (zie hierover Yuval Noah Harari, *Sapiens*, uitgeverij Thomas Rap, 2015, 462 p.).

<sup>25</sup> Die noties zitten ook terminologisch al verrat in het begrip ‘journalistiek’. Maar waar het nieuws in vroegere tijden effectief een dagelijkse frequentie had, in de vorm van dagbladen, is er in de digitale context van vandaag zelfs nauwelijks nog sprake van welke frequentie ook: het nieuws wordt gewoon aangeboden van zodra het zich voordoet.

<sup>26</sup> Ongetwijfeld is er een schmerzzone: van verenigingsbladen die naar leden gaan, bijvoorbeeld, zal geval per geval moeten bekeken worden of ze aan het criterium van de openbaarheid voldoen.

<sup>27</sup> Het prototype van persagentschap in ons land is Belga, dat in 2020 een eeuw bestaat en een honderdtal journalisten in dienst heeft.

<sup>28</sup> Het Hof, toen nog Arbitragehof, schrapte uit de omschrijving de termen ‘journalisten’, ‘eenieder die als zelfstandige of loontrekkende werkzaam is’ en ‘regelmatig’, en verving die door de veel algemenere definitie: ‘eenieder die een rechtstreekse bijdrage levert tot het verzamelen, redigeren, produceren of verspreiden van informatie voor het publiek via een medium’.

<sup>29</sup> Dirk Voorhoof, ‘*WOBben is een grondrecht*’, gepubliceerd [www.journalist.be](http://www.journalist.be) op 23 november 2016

<sup>30</sup> Artikel 2 Inlichtingenwet: “Het is de inlichtingen- en veiligheidsdiensten verboden gegeven die worden beschermd door ofwel het beroepsgeheim van een advocaat of arts, ofwel door het bronnengeheim van een journalist te verkrijgen, te analyseren of te exploiteren.”

<sup>31</sup> Wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Zie met name artikel 24, dat de vrijstellingen voor journalistiek werk regelt.

<sup>32</sup> Helemaal nieuw is het idee niet. Uiteindelijk wordt ook de erkenning van beroepsjournalisten in de wet van 1963 al gekoppeld aan een deontologisch element, met name de onafhankelijkheid van de journalist, die wordt afgedwongen door het cumulverbod met een structurele commerciële nevenactiviteit.

<sup>33</sup> Zie hierover: *Auteurs & Media*, 2017/3, *Speciaal nummer: de tussenpersonen*.

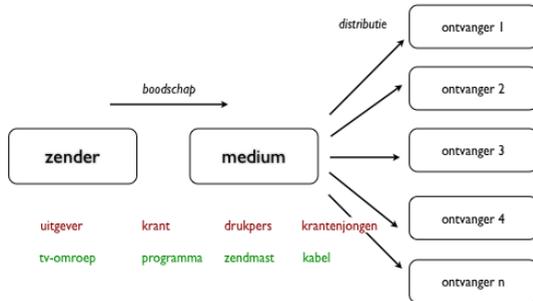
<sup>34</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 183 Vlaams Mediadecreet: dienstenverdelers zijn niet aansprakelijk voor de door omroepen doorgegeven informatie.

<sup>35</sup> Europese Richtlijn 2000/31 van 8 juni 2000 met betrekking tot enkele juridische aspecten van de diensten in de informatiesamenleving, en meer bepaalde de elektronische handel in de interne markt; in 2003 omgezet in een Belgische wet Elektronische Handel die in 2013 is opgenomen in het Wetboek Economisch Recht (Boek XII – Recht inzake Elektronische Economie).

<sup>36</sup> Uit dit schema blijkt nog eens hoe gelijklopend beide mediamodelen zijn:

---

# Massa Communicatie Model



<sup>37</sup> EHRM, arrest RTBF c/ België van 29 maart 2011; zie eindnoot VI.

CHAPITRE 2 – LA RESPONSABILITE EN CASCADE

*Section 1. Principe et origines de la responsabilité en cascade*

935. L’article 25, alinéa 2 de la Constitution consacre, en matière de responsabilité, une protection particulière pour la presse. Il énonce que « [I]orsque l’auteur est connu et domicilié en Belgique, l’éditeur, l’imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi ». Développant ce que l’on dénomme couramment la responsabilité en cascade<sup>1</sup>, cet alinéa organise en réalité un système d’« imputabilité successive et isolée »<sup>2</sup> : lorsque l’auteur est connu et dispose d’un domicile en Belgique, « il est interdit de rechercher par quels moyens cet auteur, responsable de la manifestation de sa pensée, est arrivé jusqu’au public »<sup>3</sup>, ce qui permet aux autres maillons de la chaîne de publication de bénéficier d’une exonération de responsabilité.

La consécration de cette garantie s’insère dans un dispositif plus global de protection constitutionnelle de la presse<sup>4</sup>. Souhaitant faire définitivement table rase du régime hollandais particulièrement hostile à la presse, le Constituant de 1830-1831 a eu la volonté d’aménager un système de responsabilité spécifique en vue de protéger les libertés d’expression, de presse et d’opinion. Avant l’indépendance de l’Etat belge, toute personne qui avait contribué peu ou prou à la diffusion et à la publication d’un écrit contenant une opinion pénalement condamnable pouvait potentiellement être poursuivie et condamnée<sup>5</sup>. La méfiance était dès lors de rigueur, les éditeurs, imprimeurs et distributeurs n’hésitant pas à modifier, voire censurer, certains de ces écrits<sup>6</sup>. Tel que rédigé, l’article 25, alinéa 2, traduisait – et traduit encore aujourd’hui – une volonté extrêmement claire : désormais, seul l’auteur d’une opinion est responsable, ce qui exclut l’ensemble des intermédiaires purement techniques et matériels, dès lors qu’ils n’ont pas

---

<sup>1</sup> L’expression a été imaginée par Charles de Brouckère qui, en réalité, parlait initialement de « responsabilité par cascades ». Voy. H. SCHUERMANS, *Code de la presse. Commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complémentaires de ce décret*, Bruylant/Christophe et Cie, 1861, p. 360 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 666. Cet auteur se réfère à E. HUYTENS, *op. cit.*, p. 654.

<sup>2</sup> E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, titre II, 26<sup>ter</sup>, vol. 3, Kluwer, 2004, p. 7, n° 166 ; F. TULKENS et M. VERDUSSEN, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse », *Ann. dr. Louv.*, 1987, p. 59 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 655, n° 909 ; M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 31 mai 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 361, n° 1.

<sup>3</sup> H. SCHUERMANS, *Code de la presse...*, *op. cit.*, p. 358.

<sup>4</sup> Voy. les articles 25, 148, alinéa 2 et 150 de la Constitution. Voy. aussi le décret du 20 juillet 1831 sur la presse, *Mon. b.*, 22 juillet 1831.

<sup>5</sup> F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, p. 857.

<sup>6</sup> Voy., en ce sens, les conclusions de l’Avocat Général Leclercq sous Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597.

participé au développement de l'opinion litigieuse<sup>7</sup>. Cet objectif constitutionnel a été clairement résumé par le tribunal de première instance de Liège : « [a]ttendu que l'irresponsabilité tant pénale que civile d'un éditeur est un principe absolu et essentiel à la liberté de pensée, d'expression et de création intellectuelle ; que reconnaître à l'éditeur d'un auteur dont le nom est connu, une responsabilité du chef du contenu de la création, de l'œuvre ou de l'article de l'auteur aurait pour conséquence immédiate d'établir une *censure économique* de la création littéraire et de l'expression écrite de la pensée ; qu'en effet, la responsabilité potentielle de l'éditeur lui commanderait de ne publier que des articles ou des ouvrages qui ne l'exposeraient pas à des actions civiles éventuellement coûteuses, c'est-à-dire lui donnerait à la fois le droit et l'incitant économique de censurer les œuvres qu'il accepte de publier »<sup>8</sup>.

En définitive, il importe de souligner que c'est bien l'auteur – et donc la liberté d'expression – qui bénéficie de cette protection particulière en évitant que les auxiliaires de publication, craignant une condamnation, ne lui opposent un refus d'édition, d'impression et/ou de distribution<sup>9</sup>.

**936.** La responsabilité en cascade poursuit le même objectif que celui qui forge l'article 150 de la Constitution, portant notamment que le seul jury populaire est compétent pour juger les délits de presse, à l'exception de ceux inspirés par le racisme et la xénophobie (*infra*, n° 1026). L'article 25 et la disposition précitée sont étroitement liés : la responsabilité en cascade s'applique exclusivement en présence d'un délit ou quasi-délit de presse<sup>10</sup>, c'est-à-dire dès lors qu'il y a usage abusif de la liberté d'expression par la diffusion d'une opinion condamnable<sup>11</sup>. En l'absence d'un tel élément, il ne peut être recouru à la cascade de responsabilités. L'imputabilité de la responsabilité est alors déterminée sur base des règles classiques de droit civil ou pénal.

D'ordre public et absolu, le régime de la responsabilité en cascade doit être soulevé d'office par le juge, alors même que les parties ne s'en prévaudraient pas<sup>12</sup>.

**937.** Bien que l'objectif de l'article 25, alinéa 2 de la Constitution soit toujours d'actualité, la pertinence de son système d'imputabilité peut aujourd'hui, en partie, être remise en cause.

---

<sup>7</sup> M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, p. 362, n° 1.

<sup>8</sup> Civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 264. Voy. aussi M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, *op. cit.*, pp. 666-667 ; H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken » ; Corr. Nivelles (2<sup>e</sup> ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 194. L'alinéa 2 de l'article 25 n'est, en définitive, qu'une application particulière de l'interdiction de censure consacrée par l'alinéa 1<sup>er</sup>. En ce sens, voy. encore les conclusions de l'Avocat Général Leclercq sous Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 559.

<sup>9</sup> F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, p. 857 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, p. 343, n° 474.

<sup>10</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2004, *A&M*, 2005/1, p. 73 ; Gand (13<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 386 ; *Juristenkrant*, 2006/139 (reflet), p. 5 ; Gand, 29 juin 1998, *A&M*, 1999/1, p. 87, *erratum A&M*, 1999/2, p. 158. Ces décisions précisent que, s'agissant de la publication de photos, il ne peut être question de délit de presse. Dès lors, la responsabilité en cascade n'est pas applicable. Voy. encore Anvers (2<sup>e</sup> ch.), 23 juin 2010, *NjW*, 2010/232, p. 790, note E. BREWAEYS, « Journalistieke aansprakelijkheid » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/3 (sommaire), p. 774 ; Bruxelles (15<sup>e</sup> ch.), 20 novembre 2000, *A&M*, 2001/2, p. 276 ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 454 ; Corr. Louvain, 7 septembre 1999, *A&M*, 2000, p. 150. Sur la question de l'application par le juge civil de la responsabilité en cascade, voy. H. CANNIE, *op. cit.*, spéc. p. 198 à 201.

<sup>11</sup> En matière civile, le délit de presse est analysé comme une faute au sens de l'article 1382 du Code civil (voy. Civ. Bruxelles (75<sup>e</sup> ch.), 15 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 128).

<sup>12</sup> Voy., en sens contraire, Civ. Nivelles, 6 janvier 1998, *A&M*, 1998/1, p. 154.

L'économie actuelle de la presse est en effet totalement différente de celle qui préexistait lors de la rédaction initiale de l'article 25<sup>13</sup> : la plupart des journalistes sont désormais engagés dans les liens d'un contrat de travail, impliquant une subordination à des choix largement imposés par la direction du quotidien, le rédacteur en chef ou l'éditeur<sup>14</sup>. Ceci explique le fait que la disposition soit devenue inadéquate : « si l'on peut comprendre que l'imprimeur et le distributeur restent mis hors cause, il semble que l'éditeur devrait pouvoir répondre d'infractions éventuelles, au même titre que le journaliste, et ce tant civilement que pénalement. En effet, c'est lui qui, au premier chef, peut tirer d'éventuels bénéfices (augmentation des ventes) d'une atteinte à l'honneur ou à la vie privée commise par un journaliste qui n'a, lui, que le statut d'employé ; et c'est l'éditeur aussi qui, par la pression qu'il peut mettre sur ses journalistes, voire par l'insuffisance des moyens qu'il leur réserve – on ne laisse pas toujours au journaliste tout le temps requis pour la vérification des informations –, porte une part de la responsabilité de ces atteintes »<sup>15</sup>. Partageant ces considérations, plusieurs auteurs appellent à une refonte de ce système particulier, propre aux journalistes, tenant compte des réalités actuelles de la presse<sup>16</sup>.

Il semble toutefois que se limiter à ce constat soit réducteur. Bien qu'un nombre important de journalistes exercent leur métier dans le cadre d'un contrat de travail, certains travaillent aussi comme indépendants : dans une telle relation, caractérisée par une absence de pouvoir de subordination à l'éditeur, les journalistes peuvent rester indépendants de la ligne éditoriale<sup>17</sup>, et le système d'imputabilité n'est alors pas véritablement problématique. Ensuite, il faut relativiser les critiques faites à l'encontre du système de l'article 25 lorsqu'on pense aux blogueurs ainsi qu'à toute personne s'exprimant en ligne, pour qui la cascade d'imputabilité est inadaptée, à défaut d'intermédiaire pouvant être qualifié d'imprimeur ou de distributeur (*infra*, n<sup>os</sup> 945 et 950).

## Section 2. Champ d'application de la responsabilité en cascade

---

<sup>13</sup> H. CANNIE, *op. cit.*, p. 193 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, pp. 519-520, n<sup>os</sup> 790-791.

<sup>14</sup> K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, p. 519, n<sup>o</sup> 791.

<sup>15</sup> F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, pp. 857-858. Voy., dans le même sens, P. ROBERT, « La responsabilité civile du journaliste », *A&M*, 2000/1, p. 24 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », in A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 99-100 ; K. LEMMENS, « Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften », note sous C.A., arrêt n<sup>o</sup> 47/2006 du 22 mars 2006, *A&M*, 2006/3, p. 293, n<sup>o</sup> 11. Ce dernier auteur précise ceci : « [d]oor de journalist-werknemer als enige aansprakelijk te stellen laat het Belgisch recht toe dat diegenen die én het redactionele beleid uittekenen én de winsten van de journalistieke activiteiten opstrijken, buiten schot blijven. Het zijn met andere woorden de journalisten dit de prijs betalen van de risico's die de uitgevers of de directie hen vragen te nemen ». Voy. encore C.A., arrêt n<sup>o</sup> 47/2006 du 22 mars 2006, B.6.

<sup>16</sup> Voy., à ce titre, K. LEMMENS, « Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften », *op. cit.*, pp. 293-294 (l'auteur estime qu'on peut résumer les différentes propositions en trois courants distincts) ; K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, pp. 520-521, n<sup>os</sup> 792 à 794 (l'auteur suggère deux propositions : soit modifier l'ordre constitutionnel, soit supprimer le principe même de la responsabilité en cascade) ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 100.

<sup>17</sup> Toutefois, il existe aussi des journalistes « faux » indépendants (voy. *supra*, n<sup>o</sup> 228). Dans une telle relation, la constatation faite ci-avant pourrait à nouveau s'appliquer.

**938.** Le champ d'application de la responsabilité en cascade paraît, au départ, parfaitement clair. La Cour de cassation estime que ce mécanisme d'imputabilité doit s'appliquer tant à la responsabilité pénale qu'à la responsabilité civile. Dès 1863, elle précise que « la seule restriction apportée par l'article [25] au principe général déposé dans l'article 1382 du Code civil consiste en ce que l'imprimeur, l'éditeur ou le distributeur ne peuvent être poursuivis lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique »<sup>18</sup>. Cette vision extensive est partagée par une partie importante de la doctrine et de la jurisprudence<sup>19</sup>, mais remise en cause par un courant – minoritaire en doctrine, mais largement soutenu en jurisprudence<sup>20</sup> qui restreint le champ d'application de la responsabilité en cascade à la seule responsabilité pénale. Une telle interprétation restrictive paraît toutefois présenter une incohérence manifeste puisqu'elle revient à « imposer, sur le terrain du droit civil, une rigoureuse obligation de contrôle et de surveillance, alors que la solution adoptée sur le terrain du droit pénal vise précisément à empêcher pareille attitude »<sup>21</sup>.

Quelques décisions de la Cour de cassation et des juridictions de fond ont pourtant pu semer le trouble. En énonçant que « la Constitution, en consacrant la liberté de la presse et partant la liberté de critique de la presse, n'apporte aucune restriction au principe fondamental inscrit dans l'article 1382 du Code civil »<sup>22</sup>, la Cour de cassation semblait modifier son point de vue initial<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Cass., 24 janvier 1863, *Pas.*, 1863, I, p. 110 ; *B.J.*, 1863, p. 262. Sur les rétroactes de cette affaire, voy. M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, pp. 363 à 366, n° 2. Voy. aussi Cass., 14 juin 1883, *Pas.*, 1883, I, p. 267. La Cour réitère les mêmes propos que ceux tenus vingt ans auparavant.

<sup>19</sup> Voy. notamment, H. SCHUERMANS, *Code de la presse...*, *op. cit.*, p. 306 ; M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, p. 367, et spéc. les nombreuses références citées en notes 29 et 30 ; M. HANOTIAU, *Droit de l'information et de la communication*, vol. 1, 6<sup>e</sup> éd., Bruxelles, 1995-1996, pp. 34 et s. ; F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1993, p. 191 ; Anvers, 13 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 420 ; Civ. Anvers (réf.), 4 juillet 1994, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 84, note D. VOORHOOF ; Civ. Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 2 juillet 1993, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; Comm. Bruxelles (prés.), 1<sup>er</sup> mars 1991, *DAOR*, 1991, p. 89, note D. VOORHOOF, « De vrijheid van drukpers, de getrapte verantwoordelijkheid en de civiele rechter » ; Civ. Liège, 28 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1990, note F. JONGEN, « Liberté de presse et responsabilité en cascade » ; Civ. Bruxelles, 29 septembre 1988, *Recht en Kritiek*, 1989, p. 302 ; Anvers (1<sup>er</sup> ch. bis), 28 octobre 1987, *R.W.*, 1987-1988, col. 820 ; Anvers, 10 novembre 1983, *R.W.*, 1983-1984, col. 1907, note D. VOORHOOF, « De burgerlijke aansprakelijkheid voor drukpersartikelen en de regel van de getrapte verantwoordelijkheid ».

<sup>20</sup> Voy., entre autres, R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *Les causes de la responsabilité*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1967, pp. 420-421, n° 1246-1247 ; J. MILQUET, « La responsabilité aquilienne de la presse », *Ann. dr. Louv.*, 1989, pp. 37-38, et spécifiquement les références citées en note 25 ; Gand (9<sup>e</sup> ch.), 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; *R.W.*, 1996-1997, col. 540 ; Liège, 14 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 954 ; *Journ. proc.*, 1995/283, p. 24, note F. JONGEN, « Pratiques du commerce et liberté d'expression » ; Civ. Bruxelles (2<sup>o</sup> ch.), 13 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 9 ; Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 850 ; Civ. Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 2 juillet 1993, *A&M*, 1996/2, p. 161 ; Civ. Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 23 mars 1993, *J.T.*, 1993, p. 579 ; Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 27 novembre 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1001, note F. JONGEN, « Vers un tarissement de la cascade de la responsabilité de la presse ? » ; Civ. Bruxelles, 28 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 672 ; Civ. Bruxelles, 14 septembre 1988, *Rev. Liège*, 1988, p. 1127 ; Civ. Bruxelles (1<sup>er</sup> ch.), 16 décembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 500 ; Civ. Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 29 juin 1987, *J.T.*, 1987, p. 685, obs. F. RIGAUX ; Civ. Charleroi, 1<sup>er</sup> avril 1982, *R.R.D.*, 1982, n° 21, p. 214 ; Comm. Charleroi (3<sup>e</sup> ch.), 11 février 1982, *J.T.*, 1983, p. 506 ; Civ. Liège (1<sup>er</sup> ch.), 20 mars 1980, *J.T.*, 1980, p. 437 ; Comm. Bruxelles, 14 septembre 1978, *J.T.*, 1978, p. 667 ; Civ. Bruxelles, 18 mars 1937, *P.P.*, 1938, n° 175.

<sup>21</sup> E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 7, n° 166 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 98.

<sup>22</sup> Cass., 4 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 215. Cette citation a été reprise par plusieurs juges du fond : voy. M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, p. 375, n° 6, spéc. note 71.

<sup>23</sup> E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 98.

Pourtant, lorsque l'on replace cet extrait dans son contexte, on s'aperçoit que l'arrêt de la Cour se borne à relever que la liberté de la presse ne permet, en aucun cas, de reproduire une œuvre protégée sans autorisation préalable de son auteur<sup>24</sup>. En aucune façon, il ne vient remettre en cause le champ d'application de la responsabilité en cascade.

**939.** La Cour de cassation, par un important arrêt du 31 mai 1996, a clarifié ses propos et a, par conséquent, mis fin à la divergence des conceptions doctrinales et jurisprudentielles. Cet arrêt précise que l'article 25 « confère aux éditeurs, imprimeurs et distributeurs, le privilège de pouvoir se soustraire à toute responsabilité, *tant civile que pénale*, lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique ; [...] il apporte dans cette mesure, une restriction à l'application de l'article 1382 du Code civil »<sup>25</sup>. La plupart des juges du fond se sont ralliés sans difficulté à cette position<sup>26</sup>. Une minorité apparaît toutefois réticente à accueillir l'enseignement de la Cour de cassation et continue à défendre un champ d'application restrictif<sup>27</sup>. La doctrine qui s'y rattache estime que la Cour de cassation a méconnu le sens premier de la disposition constitutionnelle : l'utilisation par le Constituant du terme « poursuivi » ne peut renvoyer qu'à la seule action publique, excluant *de jure* l'action civile<sup>28</sup>.

À l'heure actuelle, il faut admettre, sans conteste, que la responsabilité en cascade s'étend tant en matière civile qu'en matière pénale et exclut, pour chacune de ces responsabilités, certaines dispositions<sup>29</sup>. Elle déroge non seulement aux règles de la responsabilité *in solidum* lorsque des fautes concurrentes sont commises, mais aussi aux articles 66 à 69 du Code pénal relatifs à la complicité<sup>30</sup>.

**940.** Bien que la Cour de cassation soit venue mettre un terme à la controverse évoquée ci-dessus, les discussions relatives au champ d'application de l'article 25, alinéa 2 ne sont pas

---

<sup>24</sup> M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile », *op. cit.*, p. 376, n° 6.

<sup>25</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 31 mai 1996, *A&M*, 1996/3, p. 362, obs. F. JONGEN ; *J.T.*, 1996, p. 567, avec les conclusions de l'Avocat Général Leclercq ; *Arr. Cass.*, 1996, p. 525 ; *C.D.P.K.*, 1997, p. 412, note A. SCHAUS ; *R.C.J.B.*, 1998, p. 357, note M. HANOTIAU, « La responsabilité en cascade en matière civile » ; *R.W.*, 1996-1997, col. 565 ; *R. Cass.*, 1996, p. 389, note D. VOORHOOF, « De regel van de getrapte verantwoordelijkheid : van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuw ? » ; *J.D.j.*, 1996/8, p. 21.

<sup>26</sup> Voy., à titre d'exemples, Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 11 décembre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 255 ; *Juristenkrant*, 2013/261, p. 1 (reflet) ; Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 9 octobre 2012, *For. ass.*, 2013/138, p. 194, note Q. VAN ENIS, « Un auteur sous ses initiales : la responsabilité en cascade en eaux troubles ? » ; Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch. A), 14 juin 2010, *A&M*, 2011/2, p. 250 ; Bruxelles, 4 mai 2010, *NjW*, 2010, p. 670 ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 26 septembre 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 181 ; Civ. Bruxelles, 20 janvier 2006, *NjW*, 2006, p. 273 ; Civ. Anvers (5<sup>e</sup> ch. B), 23 juin 2005, *A&M*, 2005/5, p. 455 ; *NjW*, 2005/122, p. 987, note E. BREWAEYS ; Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 12 février 2002, *A&M*, 2002, p. 456 ; Civ. Bruxelles (24<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2001, *A&M*, 2002/3, p. 288 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 21 mars 2000, *A&M*, 2000/4, p. 460 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 15 février 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1620 (l'action introduite à l'encontre de l'éditeur est qualifiée de téméraire et vexatoire) ; Civ. Bruxelles, 4 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000/37, p. 1617 ; Liège, 30 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 9 ; Anvers, 13 septembre 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 420.

<sup>27</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 18 février 2001, *A&M*, 2002, p. 282 ; Civ. Gand (4<sup>e</sup> ch.), 22 novembre 1999, *A&M*, 2000/1-2, p. 148, note D. VOORHOOF ; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 février 1999, *Journ. proc.*, 1999/367, p. 26 ; Liège (19<sup>e</sup> ch.), 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298.

<sup>28</sup> Voy., en ce sens, K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, pp. 344 à 347, n° 476 à 478 et p. 517, n° 786 ; J. CEULEERS, « Voor een modernisering van het persrecht », *T.B.P.*, 1998, p. 167.

<sup>29</sup> Conclusions de l'Avocat Général Leclercq sous Cass., 31 mai 1996, *J.T.*, 1996, p. 597 ; P. ROBERT, *op. cit.*, p. 19.

<sup>30</sup> Voy. notamment, Gand, 29 juin 1998, *A&M*, 1999/1, p. 87, *erratum A&M*, 1999/2, p. 158. L'arrêt confirme l'usage des articles 66 à 69 du Code pénal après avoir refusé d'appliquer la responsabilité en cascade.

closes. S'appuyant sur l'article 1384, alinéa 3 du Code civil ainsi que sur l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail<sup>31</sup>, une partie de la jurisprudence a estimé que le système d'imputabilité successive pouvait être tenu en échec, édulcorant en même temps l'enseignement de l'arrêt du 31 mai 1996. L'article 1384 énonce qu'« [o]n est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». Son alinéa 3 porte spécifiquement sur la relation entre un commettant et un préposé : « [I]es maîtres et les commettants [sont responsables] du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Quant aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, ils organisent, pour toute personne qui fournit contre rémunération un travail d'ordre manuel (ouvrier) ou intellectuel (employé), une immunité, pour autant que ce travail soit effectué sous l'autorité d'un employeur<sup>32</sup>. En vertu de cette disposition, les ouvriers et employés ne sont tenus responsables que pour leur dol, leur faute lourde ou leur faute légère habituelle. Ils bénéficient, *a contrario*, d'une exonération pour leur faute légère occasionnelle.

Appliquer le prescrit de l'article 18 au monde de la presse revient à immuniser le journaliste qui, engagé dans les liens d'un contrat de travail, commet une faute légère accidentelle. La victime peut alors se retourner contre le commettant, en vertu de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil, pour obtenir réparation du dommage subi. Le recours à ces dispositions déroge au système de la responsabilité en cascade ainsi qu'à l'esprit du Constituant qui, en 1830, souhaitait n'attirer devant la justice que le seul auteur de l'opinion litigieuse. Il a pourtant été suivi par une partie de la jurisprudence et approuvé par une fraction minoritaire de la doctrine<sup>33</sup>. Jusqu'en 2006, cette tendance estime qu'il suffit de faire primer la qualité de « préposé » sur la qualité de « personne ayant commis un délit de presse » pour tenir en échec la disposition constitutionnelle<sup>34</sup>. La Cour d'appel de Liège souligne par exemple, en 1997, que « [I]e seul fait de la publication d'un article doit pouvoir engager la responsabilité de l'éditeur, même si l'auteur est connu et indépendamment de toute coopération à la rédaction de l'écrit, lorsqu'il est établi qu'un manque de contrôle ou de surveillance sur la publication a entraîné un préjudice pour autrui »<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *Mon. b.*, 22 août 1978.

<sup>32</sup> Voy. les articles 2 (pour le contrat de travail ouvrier) et 3 (pour le contrat de travail employé) de la loi précitée.

<sup>33</sup> Voy. notamment les références citées par B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de Jurisprudence 1996-2007. Volume I : le fait générateur et le lien causal. Les dossiers du Journal des Tribunaux n° 74*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 1004. Voy. aussi C. DOUTREPEONT et D. FESLER, « La presse et le droit », in G. THOVERON et C. DOUTREPEONT (éd.), *La presse, pouvoir en devenir*, Rev. ULB, 1996/3-4, pp. 200-201.

<sup>34</sup> Voy., entre autres, A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2 Const.) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) », *R.G.D.C.*, 2006, pp. 612-613 ; P. ROBERT, *op. cit.*, p. 21.

<sup>35</sup> Liège (1<sup>er</sup> ch.), 12 février 1997, *J.T.*, 1997, p. 298. Voy. aussi, entre autres, Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 167 ; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 18 février 2001, *A&M*, 2002/3, p. 282 ; *Journ. proc.*, 2001/411, p. 22 ; Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 6 avril 2000, *A&M*, 2000/3, p. 462, note F. JONGEN ; *Journ. proc.*, 2000/394, p. 29 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 décembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 138 ; Civ. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 160 ; Civ. Gand (4<sup>e</sup> ch.), 22 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 148 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 16 novembre 1999, *A&M*, 2000/1, p. 117, note S.-P. DE COSTER, « Les jugements *Bouffiaux-Van Heeswyck* et *Brewaays-Deliège* » ; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 5 février 1999, *Journ. proc.*, 1999/367, p. 26, obs. F. JONGEN, « Le retour du symbolisme ? » ; *A&M*, 1999/2, p. 274, note F. RINGELHEIM, « La presse élevée à la dignité de chien de garde de la démocratie » ; *R.G.A.R.*, 2000, n° 13296 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 10 mars 1998, *A&M*, 1998/4, p. 377, *J.L.M.B.*, 1999, p. 901 ; Gand (9<sup>e</sup> ch.), 14 mars 1995, *A&M*, 1996/2, p. 159 ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 13 septembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 9.

Ce raisonnement ne semble toutefois pas correct. En effet, la hiérarchie des normes impose que l'article 1384, alinéa 3 du Code civil et l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail, soient interprétés conformément au texte constitutionnel. C'est notamment ce que la Cour constitutionnelle – anciennement Cour d'arbitrage – est venue confirmer par un arrêt du 22 mars 2006<sup>36</sup>. Mettant définitivement un terme à la controverse concernant l'articulation entre ces différentes dispositions légales, l'arrêt énonce que « par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978, le législateur ne peut être présumé avoir entendu violer l'article 25, alinéa 2 de la Constitution. Cette disposition doit donc être interprétée comme ne s'appliquant pas aux journalistes qui exercent leur profession dans les liens d'un contrat de travail ». En précisant cela, la Cour exclut le recours à l'article 18 pour les journalistes, les soumettant directement à l'article 25 de la Constitution<sup>37</sup>. Quant à la question d'une éventuelle discrimination entre les journalistes sous contrat d'emploi et les autres catégories d'employés, la Cour a considéré que la différence de traitement était due à une disposition constitutionnelle – et non pas à l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail – de sorte qu'elle n'était pas « compétente pour se prononcer sur [...] un choix du Constituant » (B.8.).

Même si l'arrêt ne se prononce que sur l'articulation de l'article 18 de la loi relative aux contrats de travail et de l'article 25, alinéa 2 de la Constitution, le raisonnement tenu par la Cour de cassation doit, fort logiquement, pouvoir être transposé à la lecture croisée de l'article 1384, alinéa 3 et de la disposition constitutionnelle<sup>38</sup>.

**941.** Le champ d'application de la responsabilité en cascade est enfin restreint en ce qu'elle ne s'applique que lorsqu'un délit ou quasi-délit de presse a été commis.

---

<sup>36</sup> C.A., arrêt n° 47/2006 du 22 mars 2006, *Mon. b.*, 31 mai 2006 ; *A.P.M.*, 2006, p. 72 (sommaire) ; *A&M*, 2006/3, p. 290 (sommaire), note K. LEMMENS, « Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften » ; *Juristenkrant*, 2006/128, p. 16 ; *J.T.*, 2006, p. 458, note É. MONTERO, « Quand la responsabilité en cascade cessera-t-elle de faire des vagues ? » ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1406, note P. DEFOURNY, « Responsabilité de la presse. La faute légère accidentelle du journaliste, l'article 25, alinéa 2, de la Constitution et l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail » ; *J.T.T.*, 2006, p. 332 ; *C.D.P.K.*, 2006, p. 950, note F. VANDEVENNE, « Le journaliste salarié, un cascadeur constitutionnel », et note A. VERDOODT, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de journalist-werknemer » ; *R.G.A.R.*, 2007, 14269 ; *R.W.*, 2005-2006, p. 1318 (reflet) ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1348, note E. BREWAEYS, « Recente rechtspraak van het Arbitragehof over persvrijheid » ; *R.G.D.C.*, 2006, p. 610, note A. VANDEBURIE, « La responsabilité en cascade (art. 25, al. 2 Const.) des journalistes sous contrat d'emploi : suite et fin (?) » ; *T.B.P.*, 2007, p. 302.

Partageant ce raisonnement, voy., entre autres, Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 18 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002/10 (abrégé), p. 433.

<sup>37</sup> La jurisprudence du fond a suivi la position de la Cour, et précise qu'il en est de même pour l'article 1384, alinéa 3 du Code civil : voy., parmi d'autres, Civ. Liège (6<sup>e</sup> ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 606 ; Civ. Bruges (1<sup>re</sup> ch.), 30 avril 2012, *A&M*, 2012/6, p. 592, note D. VOORHOOF, « Rechtspraak integreert Code van de Raad voor de Journalistiek bij beoordeling van "fout" in toepassing van art. 1382 B.W. » ; *R.G.A.R.*, 2013/10, n° 15027, note E. CRUYSMANS et L. JACQMIN, « Le manquement déontologique d'un journaliste est-il constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil ? » ; Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Bruxelles, 19 juin 2008, *A&M*, 2009/6, p. 634 (cet arrêt rappelle que l'article 18 ne s'applique en aucun cas aux journalistes, mais pourrait trouver application pour les rédacteurs en chef sous contrat de travail, étant donné que cette fonction n'est pas visée par l'article 25, alinéa 2 de la Constitution) ; Corr. Nivelles (2<sup>e</sup> ch.), 21 mai 2008, *A&M*, 2009/1-2, p. 191, note H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken » ; Civ. Anvers (5<sup>e</sup> ch. B), 23 juin 2005, *A&M*, 2005/5, p. 455 ; *NjW*, 2005/122, p. 987, note E. BREWAEYS ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 21 mars 2000, *A&M*, 2000/4, p. 460.

<sup>38</sup> Voy., à propos de l'articulation entre l'article 25 de la Constitution et la réglementation relative au droit d'auteur, Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 14 novembre 2014, *A&M*, 2015/3-4, p. 278 (« [I]orsqu'une action est fondée sur une violation de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, elle sort du champ d'application de l'article 25 de la Constitution. La responsabilité en cascade ne s'applique pas »).

Ceci implique deux conséquences. Premièrement, la portée du second aliéna de l'article 25 est délimitée par l'interprétation restrictive que la jurisprudence confère à l'alinéa 1<sup>er</sup> de la même disposition (*supra*, n<sup>os</sup> 126 à 129) : la presse audiovisuelle est dès lors exclue. Deuxièmement, force est de constater que la notion de délit de presse en droit belge reçoit, dans la jurisprudence, une acception elle aussi extrêmement limitée (*infra*, n<sup>o</sup> 1026). Les photographies et les images sont, par exemple, exclues de la notion de « délit de presse », et par conséquent d'une application possible du régime d'imputabilité successive : « dès lors qu'il s'applique aux délits et aux quasi-délits de presse, [...], l'article 25, alinéa 2, de la Constitution ne s'applique pas à une photographie, même parue dans la presse, dès lors qu'elle n'est que la représentation d'un objet matériel et n'est pas directement la manifestation d'une opinion au sens que la Constitution attache à cette expression »<sup>39</sup>.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 11 décembre 2012<sup>40</sup>, reprend cette théorie à son compte tout en admettant un argument supplémentaire pour évacuer la question de l'application de la responsabilité en cascade aux images : puisque l'article 25 parle d'écrivain – « schrijver » en néerlandais –, il ne peut être question que d'un texte<sup>41</sup>. Or, en français, le terme « auteur » utilisé à l'article 25 peut renvoyer à l'auteur d'une image ou d'une caricature. Du reste, le droit d'auteur s'applique tant à des œuvres littéraires qu'artistiques (*supra*, n<sup>o</sup> 284) et protège des écrits mais aussi des caricatures, des dessins, des photos, etc.

Ces exclusions ont pour conséquence qu'une requête dirigée contre un éditeur, un imprimeur ou un distributeur devra être déclarée recevable, même lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique<sup>42</sup>.

### Section 3. Les potentiels responsables

#### § 1<sup>er</sup>. La responsabilité de l'auteur

##### A. Un auteur connu...

**942.** L'immunité attribuée à l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur ne s'applique que lorsqu'un auteur est connu et domicilié en Belgique, quand bien même ces maillons de la chaîne de publication auraient pris connaissance du caractère délictueux de l'opinion émise. Est considéré comme auteur tout individu qui a rédigé le texte litigieux ou qui a participé

---

<sup>39</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 28 juin 2004, *A&M*, 2005/1, p. 73. La citation reprise constitue le sommaire de cet arrêt.

<sup>40</sup> Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 11 décembre 2012, *A&M*, 2013/3-4, p. 255 ; *Juristenkrant*, 2013/261, p. 1 (reflet).

<sup>41</sup> La Cour énonce que « [d]e regel van art. 25 tweede lid Gw. [...] is enkel van toepassing op gedrukte en bekendgemaakte geschriften, waarin een idee of een mening wordt geuit. Deze regels kunnen bijgevolg niet worden toegepast op de afbeeldingen, zoals foto's, tekeningen of karikaturen, die slechts een voorstelling zijn van een persoon of van een materieel voorwerp. Zelfs indien een tekening of een karikatuur een mening zou kunnen vertolken, hetgeen hier wel degelijk het geval is, gaat het in ieder geval niet over een meningsuiting door middel van een gedrukte geschrift. Het tweede lid van art. 25 Gw. verwijst overigens uitdrukkelijk naar "de schrijver" ».

<sup>42</sup> *Voy.*, en ce sens, Gand (13<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2006, *A&M*, 2007/4, p. 386 ; *Juristenkrant*, 2006/139 (reflet), p. 5.

directement à sa rédaction, c'est-à-dire toute personne ayant intellectuellement exprimé l'opinion fautive. Ce dernier doit enfin être connu au plus tard au moment de la publication<sup>43</sup>.

En cas de publication sous couvert de l'anonymat, la cascade de responsabilité s'applique, l'éditeur étant alors tenu responsable de l'opinion diffusée, sauf à prouver en justice la paternité des propos<sup>44</sup>. La Cour d'appel de Bruxelles énonce à ce titre que la responsabilité en cascade « s'applique dès que l'identité de l'auteur est découverte – fût-ce en cours de procédure – et même si le texte litigieux a été publié sous forme anonyme. Le recours à l'anonymat ne peut être considéré comme fautif de la part de l'éditeur. Il a pour seule conséquence que l'éditeur sera poursuivi si l'auteur ne peut être identifié »<sup>45</sup>.

Outre la problématique des écrits anonymes, celles de propos signés par des initiales a fait l'objet, à plusieurs reprises, de décisions jurisprudentielles<sup>46</sup>. Certaines juridictions ont estimé que, lorsque la présence d'initiales ne permettait pas d'identifier clairement l'auteur, l'éditeur pouvait être tenu pour responsable de l'écrit<sup>47</sup>. D'autres ont exclu la responsabilité des auxiliaires de publication dès lors que le demandeur était parvenu à identifier clairement l'auteur, quand bien même l'article avait été signé par ses initiales<sup>48</sup>. L'analyse de cette jurisprudence peu abondante permet de dégager une tendance : l'éditeur, puis l'imprimeur et enfin le distributeur ne peuvent être poursuivis qu'à défaut de pouvoir identifier précisément l'auteur<sup>49</sup>. En définitive, il s'agit d'une application tout à fait logique de la responsabilité en cascade : si l'auteur est inconnu – tel est le cas lorsque des initiales ne permettent pas d'identifier l'auteur –, la cascade de responsabilité s'applique.

**943.** L'impossibilité d'identifier l'auteur déclenche l'éventuelle poursuite de l'éditeur<sup>50</sup>. En cas de doute relatif à son identité exacte, il est admis que la victime puisse « assigner l'éditeur qui restera mis en cause tant que l'auteur n'aura pas été *judiciairement* reconnu tel [...]. Par ailleurs, le mécanisme de la cascade ne prive pas la victime du droit de requérir l'identification du véritable auteur de l'écrit »<sup>51</sup>.

---

<sup>43</sup> Cette condition particulière permet notamment de comprendre l'obligation mentionnée à l'article 299 du Code pénal qui concerne la mention de l'éditeur responsable. (K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, p. 344, n° 475).

<sup>44</sup> S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 661, n° 917.

<sup>45</sup> Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 3 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1424 (sommaire).

<sup>46</sup> Sur cette question, voy. Q. VAN ENIS, « Un auteur sous ses initiales : la responsabilité en cascade en eaux troubles ? », note sous Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 9 octobre 2012, *For. ass.*, 2013/138, pp. 195 et s.

<sup>47</sup> Civ. Malines (1<sup>re</sup> ch.), 6 avril 2004, *A&M*, 2005/5, p. 459 ; Civ. Charleroi (2<sup>e</sup> ch.), 9 décembre 1998, *A&M*, 2000/1, p. 145.

<sup>48</sup> Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 20 janvier 2006, *A&M*, 2006/2, p. 208 ; *NjW*, 2006, p. 273, note E. B. ; Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 12 décembre 2003, *A&M*, 2004, p. 193.

<sup>49</sup> Voy., en ce sens, Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 9 octobre 2012, *For. ass.*, 2013/138, p. 194, note Q. VAN ENIS, « Un auteur sous ses initiales : la responsabilité en cascade en eaux troubles ? ».

<sup>50</sup> De manière identique, cette question se pose aussi pour engager la responsabilité des autres maillons de la chaîne de publication.

<sup>51</sup> Q. VAN ENIS, « Un auteur sous ses initiales... », *op. cit.*, p. 196. Voy. les références faites par cet auteur en notes 22 et 23. L'auteur précise encore qu'une telle identification doit s'accorder avec le principe du secret des sources consacré par la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, *Mon. b.*, 27 avril 2005. Pour une analyse de la loi, voy. *supra*, n° 256. Voy. aussi l'article 11 du décret sur la presse du 20 juillet 1831 (*Mon. b.*, 22 juillet 1831) qui soutient que « [d]ans tous les procès pour délits de la presse, le jury, avant de s'occuper de la question de savoir si l'écrit incriminé renferme un délit, décidera si la personne présentée comme

## B. ... et domicilié en Belgique

944. Outre le fait d'être connu, l'auteur doit être domicilié en Belgique au moment de la publication. Une résidence fixe est suffisante. Si tel n'est pas le cas mais que l'auteur s'y domicilie lors de l'éventuelle procédure judiciaire, les auxiliaires de publication ne seront pas tenus responsables<sup>52</sup>.

La *ratio legis* de cette exigence tient au fait que le Constituant a eu la volonté d'éviter « d'engager la responsabilité de l'éditeur lorsqu'un auteur, après avoir publié son ouvrage en Belgique, s'est enfui à l'étranger »<sup>53</sup>.

### § 2. La responsabilité de l'éditeur (imprimeur ou distributeur) pour faute propre<sup>54</sup>

945. La majeure partie de la doctrine et de la jurisprudence considère qu'un éditeur, imprimeur ou distributeur ne peut en aucune façon être tenu responsable simplement parce qu'il a rendu possibles – ou ne s'est pas opposé à – la publication et la diffusion de propos répréhensibles<sup>55</sup>. Dès lors, l'absence de contrôle ou de surveillance de leur part ne constitue pas un fondement suffisant pour les tenir responsables, tant civilement que pénalement<sup>56</sup>. Il a ainsi été jugé que « [l]a simple impression d'un article ne peut être confondue avec le fait de donner fautivement de la publicité à cet article. La mise en page de l'article, son positionnement et même la référence à celui-ci sur la couverture ne peuvent pas davantage être considérés comme des fautes distinctes de la part de l'éditeur »<sup>57</sup>.

---

auteur de l'écrit l'est réellement. L'imprimeur poursuivi sera toujours maintenu en cause, jusqu'à ce que l'auteur ait été judiciairement reconnu tel ». Pour un commentaire du décret du 20 juillet 1831 et des lois complétives de ce décret, voy. notamment H. SCHUERMANS, *Code de la presse...*, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1881, p. 568.

<sup>52</sup> Civ. Bruxelles, 28 janvier 1853, *B.J.*, 1854, p. 253, cité par S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 661, n° 917.

<sup>53</sup> K. LEMMENS, *La presse et la protection juridique de l'individu...*, *op. cit.*, p. 344, n° 475. Voy. aussi J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Deel 1, *op. cit.*, p. 205, n° 191.

<sup>54</sup> Sur les définitions d'éditeur, d'imprimeur et de distributeur, voy. notamment H. SCHUERMANS, *Code de la presse...*, *op. cit.*, pp. 361-362.

<sup>55</sup> Voy., parmi d'autres, Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 14 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1424 (sommaire) ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 12 décembre 2003, *A&M*, 2004/2, p. 193. Dans un sens contraire, voy. notamment J. MILQUET, *op. cit.*, 1989, p. 38.

<sup>56</sup> Civ. Gand (16<sup>e</sup> ch.), 26 mars 2010, *A&M*, 2011/1, p. 99 ; *NjW*, 2010, p. 546, note E. BREWAEYS, « Opnemen van telefoongesprekken en schending van privacy » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 227 (sommaire). Comp. Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge ». Le jugement prend – à tort – en compte le manquement de l'éditeur à son obligation de contrôle et de surveillance.

<sup>57</sup> Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 2014, *A&M*, 2015/2, p. 200, note ; *NjW*, 2015, p. 406, note E. BREWAEYS, « Aansprakelijkheid uitgever bij publiceren van privéleven van bekende personen » ; *Computerr.*, 2015, p. 152, note Y. VAN DER SYPE et E. KINDT, « Schadevergoedingen wegens het niet respecteren van privé- en familieleven door de pers ».

Toutefois, l'exonération qui leur est accordée n'est envisageable que pour autant qu'ils n'aient joué aucun rôle dans l'élaboration intellectuelle du texte ainsi que dans son écriture<sup>58</sup>. S'ils sont sortis de leur fonction initiale – s'ils commandent, retouchent, corédigent, s'immiscent dans la rédaction d'un écrit –, les éditeurs, imprimeurs et/ou distributeurs pourront être attirés devant la justice, non pas en qualité d'auxiliaires de publication, mais bien en tant que coauteurs<sup>59</sup>. Par exemple, a été considéré comme coauteur par le tribunal de première instance de Bruxelles, l'éditeur qui a participé à la rédaction d'un article calomnieux<sup>60</sup> ou qui a publié, à la suite d'un droit de réponse, une « note de la rédaction » (Ndlr) précisant qu'il maintenait le contenu des informations diffusées<sup>61</sup>.

946. Par un arrêt du 29 juin 2000, la Cour de cassation a, pour la première fois, admis la commission d'une faute distincte dans le chef de l'éditeur qui avait effectué de la « publicité tapageuse » autour d'un article<sup>62</sup>. Selon la Cour, les rôles doivent être clairement distingués : alors que l'auteur est tenu responsable des opinions émises dans un article, l'éditeur peut désormais voir sa responsabilité engagée pour des fautes commises dans le processus de diffusion de cet écrit. La jurisprudence a majoritairement suivi le raisonnement tenu par la Cour de cassation en admettant une responsabilité dans le chef de l'éditeur dès lors qu'il ne se serait pas comporté comme tout éditeur normalement prudent et soucieux de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui<sup>63</sup>. Selon le tribunal de première instance de Bruxelles, « la circonstance que

---

<sup>58</sup> Voy. Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 15 décembre 2014, *A&M*, 2015/2, p. 200, note ; *NjW*, 2015, p. 406, note E. BREWAEYS, « Aansprakelijkheid uitgever bij publiceren van privéleven van bekende personen » ; *Computerr.*, 2015, p. 152, note Y. VAN DER SYPE et E. KINDT, « Schadevergoedingen wegens het niet respecteren van privé- en familielevens door de pers » ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597 ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 24 novembre 1998, *inédit*, cité par F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, p. 860, note 49.

<sup>59</sup> Voy., parmi d'autres, P. ROBERT, *op. cit.*, p. 19 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 99.

<sup>60</sup> Civ. Charleroi (réf.), 18 mars 1996, *A&M*, 1996/3, p. 339.

<sup>61</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196 ; *A&M*, 2000/1, p. 96. Pour divers exemples supplémentaires, voy. S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, p. 662, n° 918.

<sup>62</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 29 juin 2000, *A&M*, 2000/4, p. 443, note E. BREWAEYS, « Het Hof van Cassatie en het verbod van censuur van art. 25 G.W. » ; *Pas.*, 2000, p. 420 ; *Journ. proc.*, 2000/398, p. 24, note F. TULKENS et A. STROWEL, « L'arrêt *Leempoel et Editions Ciné Revue* : de l'art de mettre fin à une controverse » ; *A.J.T.*, 2000-2001, p. 581 ; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1589, note F. JONGEN, « Le juge est-il un censeur ? » ; *R.G.A.R.*, 2002, n° 13473 ; *Bull.*, 2000, p. 1222 ; *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-2001, p. 263, note A. VERDOODT, « Het Hof van Cassatie en de interpretatie van artikel 25 van de Grondwet » ; *R. Cass.*, 2001, p. 35, note D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersvrijheid en het verbod van censuur verder af ? ».

<sup>63</sup> Voy., parmi d'autres, ces jugements mettant en cause la responsabilité de l'éditeur : Civ. Liège (6<sup>e</sup> ch.), 24 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 963 ; Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 13 décembre 2011, *A&M*, 2012/6, p. 597 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 28 septembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 233 ; Civ. Gand (16<sup>e</sup> ch.), 19 novembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 246 ; Civ. Gand (16<sup>e</sup> ch.), 26 mars 2010, *A&M*, 2011/1, p. 99 ; *NjW*, 2010, p. 546, note E. BREWAEYS, « Opnemen van telefoongesprekken en schending van privacy » ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 227 (sommaire) ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 9 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 465, note E. MONTERO, « Justice et presse : condamnation judiciaire d'un journaliste ayant critiqué un juge » ; *J.L.M.B.*, 2010, p. 849 ; *J.D.F.*, 2011/1-2, p. 45 ; Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 9 mars 2009, *A&M*, 2011/1, p. 81, note B. DELBECKE, « Persoonlijke kritiek op magistraten : grenzen en verweermiddelen » ; Liège (7<sup>e</sup> ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, p. 414, note J. ENGLEBERT, « Le jugement de valeur, l'amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements » ; *J.T.*, 2009, p. 436, note L. VAN BUNNEN, « La responsabilité du journaliste et celle de l'éditeur » ; Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 18 avril 2005, *Journ. proc.*, 2005/502, p. 26 ; Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896. Voy. encore Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch. A), 14 juin 2010, *A&M*, 2011/2, p. 250 qui énonce que « [d]e omstandigheid dat de uitgever werkt onder een arbeidsovereenkomst kan dan ook niet de

l'auteur de l'article incriminé est connu et domicilié en Belgique, n'empêche pas que la responsabilité de l'éditeur puisse être mise en œuvre pour une faute distincte de celle du journaliste, indépendante de l'opinion exprimée par ce dernier mais liée à la présentation ou à la publicité qui lui est donnée (par exemple dans le choix des titres, chapeaux, photos ou légendes, la mise en exergue de certains passages par une typographie particulière, voire la publicité entourant l'article) »<sup>64</sup>.

Le sommaire d'une décision rendue par le tribunal de première instance de Bruxelles résume à bon escient l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation : « [d]ès lors que les articles litigieux ne sont pas fautifs en ce qui concerne leur contenu, il n'y a pas lieu de s'interroger sur une éventuelle faute de l'éditeur pour sa supposée participation à leur rédaction [...]. La responsabilité de l'éditeur dans le choix des titres, sous-titres, introductions, chapeaux, commentaires des photographies et choix de mise en page ne peut pas être retenue dès lors que même s'ils sont incontestablement accrocheurs, les titres, sous-titres, etc., ne sont en rien excessifs ni injurieux, et sont explicités et nuancés par le contenu de l'article »<sup>65</sup>.

Selon certains auteurs, l'arrêt de la Cour de cassation aboutit à restreindre la portée de l'article 25, alinéa 2 de la Constitution en ce qu'il permet, désormais, de responsabiliser l'éditeur – qui jusqu'ici semblait totalement exonéré – pour des fautes indépendantes du contenu de l'opinion éditée<sup>66</sup>.

Soulignons encore un jugement du tribunal de première instance de Liège qui admet la responsabilité de l'éditeur, non pas sur base d'une faute propre dans le choix du chapeau et du titre, mais bien en raison du fait que l'auteur de ces éléments introductifs du texte était inconnu<sup>67</sup>. Un tel raisonnement peut toutefois ne pas entièrement convaincre dès lors que l'absence courante de la mention de l'auteur des chapeaux et titres aboutirait à ce que l'éditeur soit constamment mis en cause, malgré le régime d'imputabilité successive<sup>68</sup>.

---

trapsgewijze aansprakelijkheid van de schrijver, de uitgever, de drukker en de verspreider uithollen. Dit maakt dat ook art. 18 W.A.O. niet kan worden ingeroepen door de uitgever die onder een arbeidsovereenkomst werkt ».

<sup>64</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 15 septembre 2009, *A&M*, 2010/1, p. 114. Voy., dans un sens identique, Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 28 septembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 233 ; Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Civ. Bruxelles, 16 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 793 ; Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 26 septembre 2003, *R.G.A.R.*, 2004/7, n° 13896 ; Civ. Liège, 12 septembre 2001, *A&M*, 2002/2, p. 193 ; Civ. Bruxelles, 25 avril 2000, *Journ. proc.*, 2001/406, p. 24 ; Civ. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125. Comp. Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391 qui admet que « [h]et enkele feit dat er door middel van een titel en foto op de voorpagina verwezen wordt naar een artikel verder in het weekblad, betekent niet dat de uitgever en de verantwoordelijke uitgever een eigen fout hebben begaan ».

<sup>65</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 28 septembre 2010, *A&M*, 2011/2, p. 233.

<sup>66</sup> Voy. notamment J. ENGLEBERT, « Le jugement de valeur, l'amalgame et la faute distincte : inquiétants enseignements », note sous Liège (3<sup>e</sup> ch.), 19 mars 2008, *A&M*, 2008/5, spéc. pp. 419-420 ; D. VOORHOOF, « Brokkelt de grondwettelijke bescherming van de drukpersmisdrijf en het verbod van censuur verder af ? », *Rec. Cass.*, 2001, p. 30.

<sup>67</sup> Civ. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 27 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1125 (« [a]ttendu que la défenderesse [...] a également commis une faute distincte de celle de monsieur D. en insérant en titre gras, et avec l'intention évidente d'attirer l'attention du lecteur, le chapeau qui amplifie et renforce de manière non équivoque, par l'utilisation des termes employés (les termes "quatre escrocs" sont substitués aux termes "auteurs de l'escroquerie" figurant dans le corps de l'article), l'assertion que le demandeur est effectivement d'ores et déjà coupable d'escroquerie ; qu'au surplus, ledit chapeau n'est pas constitué par un passage littéralement reproduit de l'article de monsieur D. mais qu'il se présente comme un écrit spécifique, en manière telle que la responsabilité personnelle de l'éditeur est engagée sur la base de l'article 1382 du Code civil puisque l'auteur du texte de ce chapeau n'est pas connu »).

<sup>68</sup> F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, p. 860.

947. Le régime établi par l'article 25, alinéa 2 de la Constitution n'empêche en aucune manière l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur – l'hypothèse sera toutefois moins probable pour ces deux derniers auxiliaires de publication – d'assumer volontairement la responsabilité d'un écrit litigieux, quand bien même l'auteur est connu et domicilié en Belgique<sup>69</sup>. Faut-il y voir simplement un exemple de solidarité de l'éditeur à l'encontre de son journaliste ? Pas seulement : lorsqu'un journaliste est condamné par la justice au paiement de dommages et intérêts et que l'éditeur souhaite prendre à sa charge ce dédommagement, l'éditeur n'aura d'autre possibilité que de déboursier une somme nettement plus élevée que celle allouée par le juge. En effet, dans le chef du journaliste, le paiement de la somme devra être considéré « comme une rémunération taxable, en manière telle que l'éditeur devra lui verser plus de deux fois le montant du dommage en brut pour qu'il puisse payer sa dette en net. Dans ce contexte, mieux vaut pour l'éditeur se laisser attirer à la cause, voire y intervenir volontairement »<sup>70</sup>.

### § 3. Une responsabilité pour le rédacteur en chef ?

948. La cascade de responsabilité proposée par l'article 25, alinéa 2 de la Constitution ne fait aucune mention du rédacteur en chef. A plusieurs reprises, la jurisprudence s'est penchée sur cette question, s'interrogeant finalement sur le caractère exhaustif ou non de l'énumération faite par la disposition constitutionnelle.

Selon une première partie de la jurisprudence interprétant strictement l'article 25, le rédacteur en chef n'entre pas dans le champ d'application de la responsabilité en cascade<sup>71</sup>. Deux conséquences découlent de cette hypothèse. D'une part, le rédacteur en chef ne bénéficie aucunement de l'exonération de responsabilité prévue par les termes constitutionnels, et peut dès lors être attiré devant le juge au côté de l'auteur. D'autre part, lorsque le rédacteur en chef est dans les liens d'un contrat de travail avec l'éditeur, ce dernier pourrait voir sa responsabilité engagée sur base d'une application des articles 18 de la loi relative aux contrats de travail et 1384, alinéa 3 du Code civil. En cas de faute légère accidentelle du rédacteur en chef, l'éditeur pourrait être tenu responsable en sa qualité de commettant.

Selon un second courant jurisprudentiel, la liste d'intermédiaires énumérés par la Constitution ne paraît pas limitative, et permet d'y inclure des maillons de la chaîne de publication que le Constituant aurait omis de préciser<sup>72</sup>. Le rédacteur en chef peut, dès lors, être inséré dans la cascade de responsabilités, aux côtés de l'éditeur, bénéficiant dès lors de

---

<sup>69</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 10 mars 1998, *A&M*, 1998/4, p. 377 ; Civ. Namur (1<sup>re</sup> ch.), 17 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 187 ; *J.L.M.B.*, 1998, p. 781, note A. STROWEL, « Liberté de rappeler des faits contre droit au silence : les contretemps de la presse » ; *A&M*, 1998/3, p. 269.

<sup>70</sup> F. JONGEN et C. DONY, *op. cit.*, p. 858.

<sup>71</sup> Civ. Hasselt (4<sup>e</sup> ch.), 4 janvier 2010, *A&M*, 2010/2, p. 210 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 9 février 2010, *A&M*, 2010/5-6, p. 574 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 16 décembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 793 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 17 décembre 2002, *A&M*, 2003/4, p. 306 ; Bruxelles (1<sup>re</sup> ch.), 15 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, col. 850.

<sup>72</sup> Voy., par exemple, H. Schuermans qui précise que la volonté du Congrès était d'« interdire la recherche de la complicité non seulement chez les distributeurs, imprimeurs ou éditeurs, mais même chez tous les individus, gérants, propriétaires, bailleurs de fonds ou autres, qui auraient, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur du délit ». Il admet dès lors que le principe de la responsabilité en cascade puisse s'appliquer en ce compris aux auxiliaires non évoqués dans l'article 25 (H. SCHUERMANS, *Code de la presse...*, *op. cit.*, p. 357).

l'ensemble du régime exonératoire de responsabilité. Le tribunal de première instance de Bruxelles estime par exemple qu'un rédacteur en chef ne peut être déclaré responsable lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, à moins qu'il ait commis une faute distincte<sup>73</sup>. La justification de ce courant s'appuie sur l'objectif initial du Constituant : pour éviter la censure et l'autocensure, il faut élargir la liste des personnes mentionnées dans la disposition constitutionnelle à tous les auxiliaires de la presse.

Enfin, quel que soit le courant jurisprudentiel auquel on adhère, dès lors que le rédacteur en chef rédige ou participe intellectuellement à l'écriture d'une opinion qui s'avère être constitutive d'un délit ou quasi-délit de presse, il est susceptible d'engager sa responsabilité en sa qualité d'auteur ou de coauteur.

#### *Section 4. La responsabilité en cascade face à l'audiovisuel et aux nouveaux moyens de communication*

##### § 1<sup>er</sup>. Responsabilité en cascade et audiovisuel

949. S'appuyant sur l'interprétation restrictive que la Cour de cassation a, à plusieurs reprises<sup>74</sup>, donnée à la notion de presse contenue à l'article 25 de la Constitution, une partie de la doctrine et de la jurisprudence tend à exclure l'audiovisuel du régime de la responsabilité en cascade<sup>75</sup>. Quelques auteurs s'en offusquent et estiment que l'audiovisuel doit, « par identité de motif avec la *ratio legis* de la responsabilité en cascade (promouvoir la liberté d'expression et éviter que des intermédiaires n'exercent une pression sur le contenu de l'information) »<sup>76</sup>, pouvoir disposer de cette protection constitutionnelle. Ils admettent cependant que la cascade doive faire l'objet d'une adaptation : l'auteur demeure en première ligne, viendrait ensuite l'éditeur de services, le réalisateur ou producteur, et le distributeur<sup>77</sup>. Une fraction des décisions jurisprudentielles tend à admettre cette conception large du système d'imputabilité organisé par l'article 25, alinéa 2 de la Constitution<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> Civ. Bruxelles (24<sup>e</sup> ch.), 9 novembre 2001, *A&M*, 2002/3, p. 288. Voy., dans le même sens, Civ. Bruxelles (20<sup>e</sup> ch.), 14 février 2011, *A&M*, 2011/3, p. 391.

<sup>74</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 juin 2006, *A&M*, 2006/4, p. 355, concl. P. DE KOSTER ; *Arr. Cass.*, 2006, p. 1297 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1403, note F. JONGEN, « L'intervention du juge des référés dans le domaine de la liberté d'expression, suite et fin ? » ; *Pas.*, 2006, p. 1302, concl. P. DE KOSTER ; *Juristenkrant*, 2001/230, p. 9 (reflet) ; *R.W.*, 2009-2010, p. 320 (sommaire) ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 75 ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482 ; *J.T.*, 1983, p. 133, obs. L. GOFFIN et M. MAHIEU.

<sup>75</sup> Pour des références doctrinales, voy. les références citées lors du traitement de la question de l'extension du délit de presse à l'audiovisuel (*infra*, n° 1034). Voy. aussi, parmi d'autres, Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 14 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 995, note F. JONGEN, « Délit de presse et audiovisuel : le balancier » ; Civ. Liège (réf.), 3 mai 1992, cité par F. JONGEN, « Droit des médias. Chronique annuelle de jurisprudence », *Jour. proc.*, 1992/225, p. 21.

<sup>76</sup> S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 667-668, n° 926.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> Bruxelles (11<sup>e</sup> ch.), 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104, note F. JONGEN, « Le délit de presse, concept élargi » ; Corr. Bruxelles (45<sup>e</sup> ch.), 24 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1242, note F. JONGEN, « Des délits de presse aussi à la télévision ? » ; Corr. Bruxelles, 22 mars 1991, inédit, cité par E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias »,

## § 2. Responsabilité en cascade et Internet

**950.** Restée longtemps silencieuse sur la question de l'application des dispositions constitutionnelles aux nouveaux moyens de communication, la Cour de cassation, par deux arrêts du 6 mars 2012, a admis qu'il y avait délit de presse dès lors qu'une opinion est exprimée « dans un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire », incluant la diffusion numérique<sup>79</sup>. Cette définition « moderne » du délit de presse a été confirmée par la suite par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 29 janvier 2013, l'autre datant du 29 octobre 2013<sup>80</sup>. Toutefois, ces arrêts ne se prononcent que sur la compétence de la Cour d'assises, sans faire mention d'une éventuelle application de cette interprétation au regard du régime de responsabilité en cascade. Cependant, vu qu'un tel délit conditionne l'application du système établi à l'article 25 de la Constitution, on ne peut s'empêcher d'envisager sérieusement la possibilité d'actionner la cascade de responsabilités pour des écrits numériques, lorsque l'auteur est introuvable ou non domicilié en Belgique<sup>81</sup>.

**951.** La doctrine reste partagée sur cette question. Certains auteurs refusent d'étendre ce système à Internet. S'appuyant d'abord sur l'interprétation restrictive de l'article 25 de la Constitution<sup>82</sup>, ils estiment ensuite que le régime de responsabilité extracontractuelle tel qu'organisé par le Code civil permet de rencontrer plus opportunément les spécificités d'Internet : « [l]a plasticité des concepts et des principes régissant le régime de la responsabilité

---

*op. cit.*, p. 100, note 18 ; Corr. Bruxelles (44<sup>e</sup> ch.), 29 juin 1990, cité par F. JONGEN « Droit des médias. Chronique de jurisprudence annuelle », *Journ. proc.*, 1991/197, p. 15 ; Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 19 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 806, note J. CEULEERS, « De begrippen "pers" en "persmisdrijf" ».

<sup>79</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2012, *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *J.T.*, 2012, p. 505, note Q. VAN ENIS, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet – Le temps du "délit de presse 2.0" est-il (enfin) arrivé ? » ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790 ; *NjW*, 2012, p. 342, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *R.T.D.I.*, 2013, p. 81, note R. DEBILIO, « Quand internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise » ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2012, *A.P.T.*, 2012/2, p. 491 (sommaire) ; *A&M*, 2012/2-3, p. 253, note D. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuw: internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers ! » ; *NjW*, 2012, p. 341, note E. BREWAEYS, « Drukpersmisdrijven op internet » ; *N.C.*, 2012/3, p. 223 ; *Pas.*, 2012, p. 357 ; *R.A.B.G.*, 2012, p. 877 ; *R.T.D.I.*, 2013, p. 82, note R. DEBILIO, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse se précise » ; *R.W.*, 2012-2013, p. 144.

<sup>80</sup> Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 254 ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 255 ; *A&M*, 2014/2, p. 133, note E. CRUYSMANS, « L'image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? » ; Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 29 octobre 2013, *J.T.*, 2014, p. 391, note Q. VAN ENIS, « Entre interprétation restrictive du délit de presse et interprétation extensive de l'infraction de harcèlement : un régime en clair-obscur pour la vidéo en ligne ? » ; *A.P.T.*, 2014, p. 93 (sommaire) ; *NjW*, 2014, p. 406, note E. BREWAEYS, « Persmisdrijf via internet » ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 519 ; *T.Straf.*, 2014, p. 142, note J. VRIELINK, « Internet : spreken is zilver, schrijven is goud ? Drukpersmisdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak Belkacem » ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1944 ; *Pas.*, 2013, p. 2091 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 119 (sommaire) ; *R.W.*, 2014-2015, p. 702 (sommaire).

<sup>81</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 13 avril 2010, *A&M*, 2010/5-6, p. 579 ; Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2007, *A&M*, 2008/1, p. 78.

<sup>82</sup> J. ENGLEBERT, « Le statut de la presse : du "droit de la presse" au "droit à l'information" », *Rev. dr. ULB*, 2007/35, pp. 270 et s., n<sup>os</sup> 40 et s. ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 13, n<sup>o</sup> 179 et p. 14, n<sup>o</sup> 181. Voy. aussi Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2009, *A&M*, 2009/6, p. 639 ; *R.T.D.I.*, 2009, p. 105, note P.-F. DOCQUIR, « N'ayons plus peur de la liberté d'expression sur Internet : à propos d'une définition stricte des "discours de haine" ».

civile permet à la jurisprudence de faire preuve de créativité et d'adapter les règles aux litiges soulevés via le réseau »<sup>83</sup>. Cependant, cela aurait pour conséquence que l'auteur d'un article diffusé par la presse écrite devrait supporter seul la responsabilité de ses écrits, alors que ce même auteur, s'il choisit la diffusion numérique, pourrait ne pas se retrouver seul devant le juge. Cela revient *in fine* à organiser deux régimes de responsabilité différents, en fonction du moyen de communication utilisé.

Quelques juges partagent cette opinion. A titre d'exemple, la Cour d'appel de Bruxelles soutient que la responsabilité en cascade « n'est pas applicable aux intermédiaires des nouveaux réseaux de communications, tels les forums de discussion », tout en soulignant encore que la « responsabilité pénale relative à la diffusion par un internaute d'un texte sur un forum de discussion incombe à son auteur direct, soit à la personne qui a posté le message. Le gestionnaire du forum ne pourrait être poursuivi en qualité de coauteur ou de complice de cet internaute que dans l'un des cas de corréité ou de complicité énumérés limitativement par les articles 66 et 61 du Code pénal, et aux conditions légales desdits cas de figure. [...] Le gestionnaire du forum pourrait, par ailleurs, être poursuivi en qualité d'auteur de l'infraction envisagée si, notamment, il a lui-même posté le message délictueux, diffusé ou maintenu en connaissance de cause un message délictueux posté par un tiers identifié ou non, en l'absence même de tout concert préalable avec lui, ou personnellement modifié le message d'un internaute le rendant de la sorte infractionnel »<sup>84</sup>.

952. D'autres sont davantage favorables à la transposition de ce régime au domaine numérique<sup>85</sup>. La cascade devrait toutefois faire l'objet d'adaptations. L'auteur (ou l'émetteur) du message resterait le premier responsable. A défaut, l'éditeur (le responsable éditorial) verrait sa responsabilité engagée de plein droit. A défaut encore, le prestataire d'hébergement (le serveur) serait considéré comme responsable, ensuite le fournisseur d'accès et enfin l'opérateur de réseau<sup>86</sup>.

Plusieurs décisions jurisprudentielles appuient ce second courant doctrinal. Le tribunal de première instance de Bruxelles a estimé que « [l]e gestionnaire d'un site Internet sur lequel sont publiés des articles doit en être considéré comme l'éditeur et bénéficiaire à ce titre du principe de

---

<sup>83</sup> E. MONTERO et M. MARTIN-PRAT, « Quelle responsabilité du fournisseur (d'accès ou de service) par rapport au contenu d'un site ? Quelles clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité prévoir ? », actes du colloque E.F.E., 27 et 28 mars 1998, p. 9, référence citée par Y. JOMOUTON, « Réseau Internet et responsabilité extracontractuelle en droit belge », *R.E.D.C.*, 1999, p. 17.

<sup>84</sup> Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2009, *A&M*, 2009/6, p. 639.

<sup>85</sup> F. OLIVIER et E. BARBY, « Des réseaux aux autoroutes de l'information : révolution technique ? », *J.C.P.*, 1996, I, p. 185 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *op. cit.*, pp. 667 et s., n<sup>os</sup> 926 et s. ; D. VOORHOOF, « De regel van de getrapte verantwoordelijkheid : van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuw ? », note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 31 mai 1996, *R. Cass.*, 1996, pp. 387 et s. ; A. STROWEL, « La responsabilité des fournisseurs de services en ligne : développements récents », in B. DUBUISSON et P. JADOU (dir.), *La responsabilité civile liée à l'information et au conseil*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2000, pp. 229 à 233.

<sup>86</sup> E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 14, n<sup>o</sup> 181 ; D. FESLER, « Internet sous le regard du droit. Responsabilité en cascade ou la responsabilité aquilienne sur Internet », in P. MANDOUX et C. DOUTREPELONT (présid.), *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, éditions du jeune barreau de Bruxelles, 1997, p. 99 ; E. MONTERO, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, p. 104 ; Y. JOMOUTON, *op. cit.*, p. 17. Il faut préciser que ce dernier auteur exclut un maillon de la chaîne proposée ci-dessus. Le prestataire d'hébergement n'est pas compris dans la cascade.

Pour les avantages liés à la transposition d'un régime de responsabilité en cascade à l'ère d'Internet, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 14, n<sup>o</sup> 182. Voy. le n<sup>o</sup> 183 pour les inconvénients d'un système mal adapté à la réalité numérique.

responsabilité en cascade »<sup>87</sup>. Sa chambre correctionnelle a précisé que « [l]a notion de délit de presse et le régime de responsabilité en cascade qu'elle engendre trouvent également à s'appliquer lorsque la diffusion est effectuée par la voie de l'Internet. Lorsque l'auteur de l'écrit litigieux n'est pas domicilié en Belgique, l'éditeur d'un site Internet peut être poursuivi. Le webmaster, par contre, n'exerce qu'une fonction purement technique échappant donc à toute responsabilité en cascade »<sup>88</sup>. Deux arrêts plus anciens de la Cour d'appel de Bruxelles avaient déjà jugé que le régime établi par l'article 25, alinéa 2 de la Constitution devait être étendu aux nouveaux moyens de communication, à la condition « de rencontrer les traits fondamentaux de la presse au sens de la Constitution belge »<sup>89</sup>, c'est-à-dire « une expression écrite, à l'exclusion des images, reproduite à de multiples exemplaires par un moyen technique quelconque et à laquelle il est donné une publicité suffisante »<sup>90</sup>.

**953.** Toutefois, l'application de la responsabilité en cascade semble présenter quelques difficultés.

Premièrement, les modes d'expression sur Internet rendent malaisée l'identification des différents responsables. En outre, de nombreux écrits sur Internet sont anonymes ou simplement signés à l'aide d'un pseudonyme. « [L]es signatures sont parfois éphémères, un site pouvant être modifié à tout moment, voire supprimé ou délocalisé »<sup>91</sup>. Dès lors, les deux premiers échelons de la cascade de responsabilité sont souvent inconnus, ce qui aboutit à créer une responsabilité quasi automatique des intermédiaires techniques dont l'hébergeur. Cependant, cette responsabilité ne peut être envisagée. Par une directive européenne<sup>92</sup>, le législateur a organisé une exonération de responsabilité – tant civile que pénale<sup>93</sup> – pour certains intermédiaires de réseaux (*infra*, n° 1104). Alors que le système en cascade impute des responsabilités automatiques, la directive, transposée aux articles XII.1 à XII.23 du Code de droit économique<sup>94</sup>, organise des exonérations pour les prestataires intermédiaires « dont l'activité consiste à assurer que les contenus émanant de tiers soient transmis, hébergés et

---

<sup>87</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 23 janvier 2007, *A&M*, 2008/1, p. 78.

<sup>88</sup> Corr. Bruxelles (54<sup>e</sup> ch.), 23 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 123, note F. JONGEN, « Hiérarchie des normes ? ».

<sup>89</sup> Bruxelles, 25 mai 1993, *J.T.*, 1994, p. 104, note F. JONGEN, « Le délit de presse, concept élargi » ; Bruxelles, 19 février 1985, *R.W.*, 1985-1986, col. 806, note J. CEULEERS, « De begrippen "pers" en "persmisdrijf" ».

<sup>90</sup> M. HANOTIAU, *Droit de l'information et de la communication*, Vol. 1., *op. cit.*, pp. 59 et s., référence citée par Y. JOMOUTON, *op. cit.*, p. 17.

<sup>91</sup> T. VERBIEST, « La presse électronique. Droit d'auteur, délit de presse, responsabilité en cascade, droit de réponse, racisme et révisionnisme », *A&M*, 2000/1, p. 74.

<sup>92</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

<sup>93</sup> Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive (COM(1998)586 final, pp. 29 et 30) ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 19, n° 192, note 2 ; N. IDE et A. STROWEL, « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : actualités et questions de hyperliens », *RIDA*, juillet 2000, n° 185, pp. 3 à 167.

<sup>94</sup> Les matières traitées par ces articles l'étaient préalablement par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution. Ces lois ont été abrogées respectivement par l'article 5 de la loi du 15 décembre 2013 portant insertion du Livre XII, « Droit de l'économie électronique » dans le Code de droit économique, portant insertion des définitions propres au Livre XII et des dispositions d'application de la loi propres au Livre XII, dans les Livres I et XV du Code de droit économique, *Mon. b.*, 14 janvier 2014, et par l'article 3 de la loi du 26 décembre 2013 portant insertion du l'article XII.5 dans le Livre XII, « Droit de l'économie électronique » du Code de droit économique, *Mon. b.*, 14 janvier 2014. Voy. *infra*, n° 1104.

rendus accessibles par le biais des réseaux, en manière telle qu'ils servent de pont entre ceux qui produisent ou éditent pareils contenus et ceux qui y accèdent »<sup>95</sup>. Sont concernés par ce dispositif, moyennant le respect de conditions cumulatives, les prestataires ayant des activités de simple transport (art. XII.17 CDE), des activités de stockage (art. XII.18 CDE) ou des activités d'hébergement (art. XII.19 CDE)<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 16, n° 185.

<sup>96</sup> Pour le détail du régime juridique de ces exonérations, voy. *infra*, n° 1104.

# LA RÉGULATION DES *FAKE NEWS* ET AVIS FACTICES SUR LES PLATEFORMES

Enguerrand MARIQUE  
et Alain STROWEL<sup>1</sup>

*Résumé* : La contribution examine comment réguler la diffusion de la « désinformation » et des « avis factices » sur les plateformes digitales. Ces deux formes de désordres de l'information qui affectent respectivement les plateformes des réseaux sociaux et de l'économie collaborative résultent des nouvelles formes d'expression et de manifestation en ligne. Toute tentative de régulation nécessite de bien délimiter les pratiques les plus abusives et trompeuses qui seules méritent une attention et une régulation juridique. Cette contribution examine les initiatives ou législations prises par l'Union européenne et les États membres (Allemagne, Belgique, France, Royaume-Uni) pour limiter ces phénomènes. La transparence, notamment sur la source des financements publicitaires ou des avis, peut contribuer à limiter les désordres informationnels. La contribution propose plutôt des modifications de l'architecture des plateformes pour augmenter les coûts de propagation d'informations de mauvaise qualité.

- 1 La désinformation (les *fake news*)
  - 1.1 Lois affectant certaines formes de désinformation
  - 1.2 Code de conduite européen en matière de désinformation
  - 1.3 Autres mesures contre la désinformation
- 2 Les avis factices
- 3 En guise de conclusion

---

1. Enguerrand Marique, chercheur et doctorant à l'UCLouvain ; Alain Strowel, Professeur à l'UCLouvain et à l'Université Saint-Louis, Bruxelles. Tous les liens Internet ont été vérifiés le 23 avril 2019.

Sont les  
objectif

Rapprocher les problématiques des *fake news* et avis factices<sup>2</sup> et comparer les tentatives – et les difficultés – de régulation de ces disséminations d’informations biaisées sur les plateformes ~~est l’objectif~~ de notre contribution. C’est un exercice périlleux, car ces deux formes de désordres informationnels sont très différentes :

- les *fake news*, ou plutôt la « désinformation »<sup>3</sup>, se répand(ent) sur les plateformes de partage de *contenus* (les réseaux sociaux tels Facebook, YouTube et Twitter) ; de leur côté, les avis factices se retrouvent sur toutes les plateformes numériques, notamment celles de l’économie collaborative (Uber et Airbnb par ex.) qui facilitent le partage de *biens et services divers* ;
- la « désinformation » implique la pollution de l’*information générale*, par exemple sur des sujets politiques<sup>4</sup>, d’environnement<sup>5</sup> ou de santé<sup>6</sup> ; les avis factices sur les plateformes sont des *commentaires visant des produits et services*, et mettent en cause les fournisseurs de ceux-ci ;
- la désinformation relève du *débat d’opinions* ; les avis constituent un *moyen de policer des comportements* de marché, voire des interactions à but non lucratif et à finalité altruiste (en cas de véritable partage de biens ou compétences, notamment sur des plateformes de pair à pair<sup>7</sup>) ;
- la diversité et la liberté des opinions sont encouragées par les plateformes qui sont fort réticentes à intervenir en matière de désinformation, mais font tout pour accélérer la diffusion des informations et maximiser l’engagement des usagers ; en revanche, les avis, qui incluent essentiellement les 3R, pour *ratings* (évaluations), *reviews* (revues) et *recommendations* (recommandations)<sup>8</sup>, sont

2. On reviendra plus loin sur ces termes et la difficulté de bien identifier les problèmes les plus aigus qui seuls nécessitent une réponse : il n’est en effet pas possible, ni même souhaitable de « nettoyer » les plateformes de toute information tronquée (ainsi, une parodie va grossir certains traits, déformant donc pour partie des propos ou des bribes de réalité). À condition que la participation aux échanges en ligne soit ouverte à tous et que l’on évite les « bulles informationnelles » (concept popularisé par E. PARISER, *The Filter Bubble*, Londres, Viking, 2011), on peut anticiper que le bouillonnement des idées et opinions partagées sur les plateformes permettra de corriger pas mal de propos peu ou pas valides.
3. Voy. la discussion terminologique sous 1 *infra*.
4. Le terme *fake new* est entré dans le langage courant après l’élection du président Donald Trump, dont la campagne a été entachée de fausses nouvelles en partie relayées par des satellites du pouvoir russe. Ce même président, et d’autres hommes politiques à sa suite, ont discrédité le terme en l’utilisant à tort et à travers pour désigner toute (op)position ou opinion divergente. L’inflation dans l’usage de *fake news*, et sa dépréciation inéluctable, est le signe d’une tolérance réduite de certains hommes de pouvoir à l’égard de la diversité d’opinions.
5. Voy. sur la désinformation et le climatosepticisme, l’interview de A. Leiserowitz <https://www.sciencefriday.com/segments/building-an-immunity-to-fake-news/>.
6. Voy. sur la polémique relative aux vaccins : <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2019/02/27/32001-20190227ARTFIG00163-pinterest-facebook-googleles-reseaux-face-au-probleme-des-fake-news-sur-la-vaccination.php>.
7. C. BUSCH, « Crowdsourcing Consumer Confidence - how to Regulate Online Rating and Review Systems in the Collaborative Economy », in A. De FRANCESCO (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market – the Implication of the Digital Revolution*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2016, pp. 226-227.
8. P. BELLEFLAMME et M. PEITZ, « Ratings, Reviews, Recommendations and the Consumption of Cultural Goods », *CORE Working Paper*, 2019/6.

davantage prédéterminés et standardisés par les choix d'architecture des plateformes (par ex. l'évaluation binaire, *thumbs-up or down*, ou à 5 niveaux, les populaires *5 stars*)<sup>9</sup> ;

- s'agissant de la désinformation, c'est la *liberté d'expression* sur des questions d'intérêt général ou dans le cadre de processus démocratiques (les élections) qui est en jeu ; pour les seconds interviennent en outre les *libertés économiques*, dont celle de la publicité, qui permettent de vanter et comparer les mérites de certains produits ou opérateurs, à condition de ne pas porter atteinte à la réputation et de ne pas contrevenir aux pratiques honnêtes des entreprises.

Cela dit, *fake news* et avis factices ont en commun de constituer des dérives de l'information en ligne qui, comme les dérives de la presse, sont liées au nouveau pouvoir de communication que les réseaux électroniques confèrent. Non plus le quatrième pouvoir des médias, mais l'*empowerment* des citoyens et usagers<sup>10</sup>. C'est donc la face sombre d'une évolution positive qu'il faut réguler – d'abord en faisant la lumière sur des pratiques largement obscures. La transparence est due, mais loin d'être assurée aujourd'hui. Tout spécialement à l'égard des gardiens des nouveaux pouvoirs de communication de masse, les plateformes, ces nouveaux médias qui refusent d'en porter le titre et les charges.

Nous pensons que les problèmes ici évoqués, qui restent marginaux par rapport aux immenses bénéfices des plateformes, méritent un suivi réglementaire (le cas échéant un ajustement législatif à la marge). Cette intervention doit essentiellement viser les nouveaux intermédiaires économiques que sont les plateformes (plutôt que leurs utilisateurs). Elle doit aussi éviter que les mesures envisagées bloquent ou freinent l'essor de nouvelles plateformes. De nouvelles responsabilités pourraient d'ailleurs être définies selon la taille et l'importance des plateformes<sup>11</sup>.

L'imprécision des termes *fake news* et avis factices est à la mesure de la difficulté de cerner ces phénomènes complexes générés par les nouvelles formes d'expression et d'intervention en ligne. Toute tentative de les réguler nécessite toutefois

9. Th. BEAUVISAGE *et al.*, « Notes et avis des consommateurs sur le web. Les marchés à l'épreuve de l'évaluation profane », *Réseaux*, vol. 177, n° 1, 2013, pp. 137 et s.

10. Alors que la régulation juridique des médias, notamment à la suite des dérives de la propagande politique entre les deux dernières guerres mondiales, est ancienne et s'est affinée au fur et à mesure de l'évolution des médias (par ex. de la presse écrite vers les médias audiovisuels), la régulation des pouvoirs liés à l'Internet en reste à ses balbutiements, limitée qu'elle est face à la dimension globale et déterritorialisée des plateformes, à l'absence de droit international et de régulateur mondial en la matière, à la divergence d'approche entre les grands modèles de régulation (Europe v. US v. Chine), etc.

11. En matière de responsabilité des plateformes, la tendance en Europe est de définir des seuils, avec des responsabilités variables/croissantes : voy. par ex. le *Network Enforcement Act* en Allemagne (*infra*) ou la nouvelle directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (adoptée le 15 avril 2019). Voy. sinon pour une approche évitant la sur- et sous-régulation, A. STROWEL et W. VERGOTE, « Digital Platforms: To Regulate or Not to Regulate? Message to Regulators: Get the Economics Right First, then Focus on the Right Regulation », in B. DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy. Unraveling the Legal Status of Online Intermediaries*, Cambridge-Anvers-Portland, Intersentia, 2019, pp. 1-30.

de bien délimiter les pratiques les plus abusives et trompeuses qui seules méritent une attention et une régulation juridique. C'est ce que nous ferons respectivement dans les sections 1 et 2, tout en passant en revue les initiatives adoptées dans divers ordres juridiques.

## 1 LA DÉSINFORMATION (LES *FAKE NEWS*)

Pour éviter les abus de langage liés à la popularité du terme *fake news*, il faut lui préférer celui de « désinformation », couramment repris dans les rapports publics (notamment de la Commission européenne) et les publications scientifiques<sup>12</sup>. Les petits débordements de l'expression en ligne ne justifient pas une intervention publique, bien au contraire, certains déguisements parodiques de la réalité déclenchant le rire et la mise à distance sont salutaires, et il faut éviter que la lutte contre la désinformation empêche ces formes provocatrices de la liberté d'expression<sup>13</sup>. En revanche sont problématiques i) la mise en place de puissants incitants à propager la désinformation, à travers l'architecture des réseaux sociaux (qui pratiquent parfois la propagation de *désinformation by design*<sup>14</sup>, au point que Facebook a pu être qualifié par les députés anglais de *digital gangster*<sup>15</sup>), ainsi que ii) la manipulation intentionnelle par des hommes politiques ou des instances (étrangères) de propagande, tout spécialement en période électorale<sup>16</sup>. Ces pratiques manipulatives des plateformes et des acteurs extérieurs méritent l'attention des autorités (par ex. la Commission européenne dans le cadre de son code de pratiques en matière de désinformation<sup>17</sup>), voire de nouvelles règles (par ex. la loi française évoquée

12. Voy. C. WARDLE et H. DERAKHSHIAN, « Information Disorder: Toward an Interdisciplinary Framework for Research and Policy Making », *Council of Europe Report*, DGI(2017)09 ; House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, « Disinformation and “fake news” : Final Report », session 2017-2019, 14 février 2019, voy. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmmeds/1791/1791.pdf> (ci-après : UK House of Commons, 2019).
13. Voy. en France, [www.legorafi.fr](http://www.legorafi.fr) ; en Belgique, [www.nordpresse.be](http://www.nordpresse.be) ; aux États-Unis, [www.theonion.com](http://www.theonion.com) ; au Royaume-Uni, [www.thedailymash.co.uk](http://www.thedailymash.co.uk). Toutefois, certains sites satiriques sont parfois exploités pour diffuser intentionnellement des fausses informations, et les outils de *fact-checking* ou de décodage de l'information, combinés avec une modération active de ces sites, peuvent répondre à ces abus ponctuels (voy. [https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/10/25/les-sites-parodiques-du-rire-a-l-intox\\_5205763\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/10/25/les-sites-parodiques-du-rire-a-l-intox_5205763_4355770.html)). Dans l'audiovisuel, voy. l'affaire du journal télévisé *Bye Bye Belgium*, une fiction faussement présentée comme information (RTBF, 13 décembre 2006) qui a fait l'objet d'une décision du Conseil supérieur de l'audiovisuel (4 juillet 2007 : <http://www.esa.be/documents/653>).
14. Voy. les exemples dans le rapport du UK House of Commons, 2019, pp. 20 et s.
15. Voy. <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/18/a-digital-gangster-destroying-democracy-the-damning-verdict-on-facebook>.
16. Les récentes analyses des campagnes de désinformation dirigées par la Russie montrent qu'au-delà de l'immixtion bien établie dans la campagne électorale de 2016, diverses opérations sont menées par des opérateurs en ligne liés au pouvoir russe afin de miner la confiance dans les institutions démocratiques et d'exploiter les divisions dans la population. Voy. S. SPAULDING, D. NAIR et A. NELSON, « Beyond the Ballot. How the Kremlin Works to Undermine the U.S. Justice System », mai 2019, [https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/190430\\_RussiaUSJusticeSystem\\_v3\\_WEB\\_FULLL.pdf](https://csis-prod.s3.amazonaws.com/s3fs-public/publication/190430_RussiaUSJusticeSystem_v3_WEB_FULLL.pdf).
17. Voy. *infra* sous 1. Le code est accessible en ligne : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

ci-dessous). En définitive, le terme *fake news*, à traduire par « nouvelles fabriquées » (non pas « fausses nouvelles »), indique bien ce qui doit être visé par la régulation, et demeure pertinent malgré son usage à mauvais escient<sup>18</sup>. Aujourd'hui, ce sont les algorithmes de diffusion qui génèrent des problèmes, demain, les contenus eux-mêmes, comme en cas de *deep fakes*<sup>19</sup>, seront massivement et automatiquement générés par des algorithmes dont la puissance mettra à mal les capacités humaines de discernement.

Les mesures à prendre doivent donc essentiellement viser les abus algorithmiques<sup>20</sup>, ou du moins mitiger leurs effets toxiques. Les pays qui, contrairement à la Belgique, ont décidé de prendre des mesures de régulation, ont soit adopté des lois conférant de nouveaux pouvoirs aux tribunaux (Allemagne, France), voire à d'autres instances de régulation (France), soit mis en place des codes de conduite avec suivi des pratiques (Union européenne).

## 1.1 Lois affectant certaines formes de désinformation

En **Allemagne**, la loi sur la mise en œuvre sur réseau (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*<sup>21</sup> ou NetzDG), entrée en application le 1<sup>er</sup> janvier 2018, s'applique exclusivement aux grands réseaux sociaux à but lucratif qui comptent, au minimum, 2 millions d'utilisateurs inscrits en Allemagne sur la plateforme<sup>22</sup>. La loi n'institue pas d'incrimination nouvelle qui viserait les *fake news* ; elle vise les contenus illicites par référence à diverses dispositions existantes du Code pénal (art. 86 et s.)<sup>23</sup>, lesquelles incluent la propagande pour des organisations ou à l'aide de symboles jugés contraires à la Constitution allemande, la diffamation à l'égard de groupes religieux ou idéologiques, d'autres atteintes aux personnes (insultes, etc.). De tels propos illicites

18. En ce sens étroit, le terme *fake news* garde une certaine pertinence. Voy. M. BERRICHE, « Pourquoi faut-il éviter d'utiliser le terme "fake news" », *Medium*, septembre 2018, sur <https://medium.com/@manonherriche/pourquoi-faut-il-eviter-dutiliser-le-terme-fake-news-8b837bda62fe> (consulté le 10 avril 2019).

19. Voy. sur les *deep fakes* : <https://www.theguardian.com/technology/2019/feb/14/elon-musk-backed-ai-writes-convincing-news-fiction> ; l'article *deep fakes* sur Wikipedia (<https://fr.wikipedia.org/wiki/Deepfake>) ; B. CHESNEY et D. CITRON, « Deep Fakes: A Looming Challenge for Privacy, Democracy, and National Security », *U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 692 ; *U of Maryland Legal Studies Research Paper* No. 2018-21, accessible sur : <https://ssrn.com/abstract=3213954>.

20. Sur la régulation des algorithmes, voy. E. MARIQUE et A. STROWEL, « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT*, octobre 2017, pp. 517-521.

21. *Network Enforcement Act* (NetzDG), Deutscher Bundesrat: Drucksachen [BR-Drs.] 536/17 (30 juin 2017). Voy. <https://en.wikipedia.org/wiki/Netzwerkdurchsetzungsgesetz>.

22. Aucune recherche sur la nationalité des utilisateurs ne doit être réalisée. La loi exclut les réseaux professionnels, les réseaux permettant la communication individuelle (WhatsApp et Skype), ainsi que ceux distribuant des contenus journalistiques ou spécifiques (art. 1, sect. 1 du NetzDG).

23. Voy. art. 1, sect. 1, § 3, du NetzDG, renvoyant à plusieurs articles du Code pénal allemand.

peuvent le cas échéant participer à une forme de désinformation que la loi ne vise donc qu'indirectement, à travers d'autres qualifications.

Les grandes plateformes (à condition qu'elles soient visées par plus de 100 plaintes annuelles) ont tout d'abord une obligation de *reporting*, dont le contenu est détaillé dans la loi (art. 2). Elles ont ensuite l'obligation de traiter les demandes selon une procédure elle aussi minutieusement détaillée. En cas de « contenus manifestement illicites », elles doivent les retirer dans les 24 heures de la réception de la demande, ce qui constitue un délai court ; sinon, elles ont 7 jours pour bloquer l'accès, sauf si l'évaluation du caractère illicite repose sur d'autres circonstances factuelles et que le réseau renvoie pour cette évaluation à une instance reconnue en matière d'autorégulation. Les sanctions sont importantes (jusqu'à 50 millions d'euros) et applicables même si l'infraction n'a pas été commise sur le territoire allemand<sup>24</sup>.

Cette loi a été critiquée, la célérité et les sanctions imposées pouvant inciter les plateformes à pratiquer le surblocage de contenus. Elle a en tout cas incité Facebook à engager plusieurs milliers de modérateurs<sup>25</sup>, même si Mark Zuckerberg juge que les outils d'intelligence artificielle constituent la panacée pour solutionner le problème<sup>26</sup>.

La France a, quant à elle, pris des mesures « anti-*fake news* » (dans un sens étroit) à travers la loi du 22 décembre 2018 visant à lutter « contre la manipulation de l'information » dans le cadre de campagnes électorales<sup>27</sup>. Comme en Allemagne, le législateur a adopté des mesures visant à améliorer la transparence des grandes plateformes actives sur le territoire français<sup>28</sup>. En effet, l'opacité constitue l'allié des maîtres de la manipulation, et la transparence celui d'une bonne gouvernance. Pendant les trois mois précédant un scrutin, les plateformes doivent inscrire dans un registre public en ligne l'identité des personnes qui versent de l'argent pour la promotion de contenus d'intérêt général, ainsi que les montants versés, et la manière

24. Art. 4, sections 2 et 3 du NetzDG.

25. Un sixième des modérateurs pour Facebook, dont le nombre dépasse 20.000, travailleraient sur le territoire allemand : <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidence-document/digital-culture-media-and-sport-committee/fake-news/oral/77564.html>. Voy. A. ARSHIT et D. ETCOVITCH, « The Human Cost of Online Content Moderation », *Harvard Journal of Law & Technology*, Online Commentary, 2 mars 2018, sur <https://jolt.law.harvard.edu/digest/the-human-cost-of-online-content-moderation>.

26. Voy. « AI Will Solve Facebook's Most Vexing Problems, Mark Zuckerberg Says. Just don't ask when or how », *The Washington Post*, 11 avril 2018, [https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/11/ai-will-solve-facebooks-most-vexing-problems-mark-zuckerberg-says-just-dont-ask-when-or-how/?utm\\_term=.2e7921d9c525](https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/11/ai-will-solve-facebooks-most-vexing-problems-mark-zuckerberg-says-just-dont-ask-when-or-how/?utm_term=.2e7921d9c525).

27. Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF* n° 0297, 23 décembre 2018.

28. Ce seuil a été fixé à cinq millions de visiteurs uniques par mois sur le territoire français par le décret n° 2019-297 du 10 avril 2019 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateforme en ligne assurant la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général, *JORF* n° 0086, 11 avril 2019, texte n° 40. Voy également l'art. L. 163-1 du Code électoral.

dont les données des utilisateurs sont utilisées dans ce cadre<sup>29</sup>. « [L]orsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière *délibérée, artificielle* ou *automatisée* et *massive* par le biais d'un service de communication au public en ligne » (soulignons les conditions de la diffusion visée), le juge des référés peut, dans un délai de 48 heures à compter de sa saisine, ordonner « toutes mesures proportionnées et nécessaires » pour faire cesser leur diffusion. Le Conseil constitutionnel français a validé ce dispositif au regard des principes de liberté d'expression et de communication<sup>30</sup>.

Contrairement au projet de départ, la loi ne s'aventure pas dans une tentative, vouée à l'échec, de définir et viser les « fausses informations »<sup>31</sup>, mais porte uniquement sur les propos susceptibles d'altérer le processus électoral et diffusés selon un mode déterminé.

Les plateformes doivent en outre mettre en œuvre des mesures complémentaires, et en rendre compte devant le régulateur désigné (le Conseil supérieur de l'audiovisuel). Ces mesures concernent « 1° La transparence de leurs algorithmes ; 2° La promotion des contenus issus d'entreprises et d'agences de presse et de services de communication audiovisuelle ; 3° La lutte contre les comptes propageant massivement de fausses informations ; 4° L'information des utilisateurs sur l'identité de la personne [...] leur versant des rémunérations en contrepartie de la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général ; 5° L'information des utilisateurs sur la nature, l'origine et les modalités de diffusion des contenus ; 6° L'éducation aux médias et à l'information »<sup>32</sup>.

Manifestement, la loi française vise avant tout à empêcher les interférences d'États étrangers dans le processus électoral<sup>33</sup>, elle ne s'attaque pas avec la même vigueur à d'autres formes de désinformation générées par les interactions entre usagers des réseaux sociaux.

29. Art. L. 163-1 du Code électoral.

30. Conseil constitutionnel, 20 décembre 2018, décision n° 2018-773 DC, *JORF* n° 0297, 23 décembre 2018.

31. Sous réserve toutefois que l'article 6 de la loi permette au Conseil supérieur de l'audiovisuel de suspendre des services de radiotélévision sous contrôle d'un État étranger diffusant « de manière délibérée, de *fausses informations* de nature à altérer la sincérité du scrutin ». Cet article a du reste été partiellement censuré, le Conseil constitutionnel exigeant que le « caractère inexact ou trompeur » des informations (ou le risque d'altération de la sincérité du scrutin) soit « manifeste » (§ 51 du préambule de la décision – article 1<sup>er</sup> de la décision). Mais seules de fausses informations affectant le processus électoral sont visées ici.

32. Art. 11 de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

33. Voy. l'art. 5 de la loi complétant l'art. 33-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

## 1.2 Code de conduite européen en matière de désinformation

À la suite du rapport d'un groupe d'experts<sup>34</sup> soulignant que la désinformation est un problème à multiples facettes, sans cause unique, et donc aussi sans solution unique, la **Commission européenne** a, sur la base d'une consultation en ligne, publié une communication<sup>35</sup> en avril 2018, avant d'annoncer en septembre 2018 l'adoption d'un « code de bonnes pratiques » en concertation avec certaines parties prenantes (dont Facebook, Google, Twitter, Mozilla et les annonceurs)<sup>36</sup>. Ce code complète le code de conduite que certaines grandes plateformes ont déjà signé dans le cadre de la lutte contre les discours de haine et les contenus illicites<sup>37</sup>. Le code de conduite définit la désinformation comme une « information fausse ou trompeuse qui, cumulativement :

- est créée, présentée et diffusée à des fins de profit économique ou dans le but de tromper intentionnellement le public ; et
- peut causer un dommage public » aux processus démocratiques ou aux biens publics tels que la santé (ex. une campagne anti-vaccination), l'environnement ou la sécurité.

Sont exclues du champ de la désinformation les erreurs de reportage, la satire et la parodie, les nouvelles partisanes clairement identifiées, ce qui est rassurant. La référence à une intention de tromperie ou à la condition de dommage public ouvre toutefois une marge d'interprétation.

Ce qui est encourageant, c'est la fixation d'engagements des signataires du code (avec indicateurs de performance) en ce qui concerne :

- le contrôle des placements publicitaires (pour réduire les revenus liés à la désinformation) ;
- les outils de transparence avec l'engagement de clairement identifier les annonces politiques ;
- les mesures pour assurer l'intégrité des services, ce qui implique de fermer les faux comptes et d'identifier les robots diffuseurs de désinformation ;

34. « A Multi-dimensional Approach to Disinformation », Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation, DG CNCT, mars 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>.

35. Communication de la Commission européenne, « Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne », 26 avril 2018, COM(2018) 236 final. Voy. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-18-1746\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1746_en.htm).

36. EU Code of Practice on Disinformation, 26 septembre 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>.

37. COM (2018) 236 final, 26 avril 2018, [https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=54300](https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54300).

- l'information des consommateurs à travers une amélioration de la lisibilité des contenus fiables, l'explication des raisons pour lesquelles les utilisateurs ont été ciblés, la transparence sur les paramètres de classement, etc.

En février 2019, la Commission déclarait, sur la base des rapports de mise en œuvre remis par Facebook, Google et Twitter, que « les plateformes en ligne [...] n'ont pas fourni suffisamment d'informations montrant qu'elles déploient en temps utile des stratégies et outils nouveaux [...] en y consacrant les ressources suffisantes » et que « les plateformes n'ont pas défini de critères de référence spécifiques permettant de suivre et de mesurer les progrès accomplis » (notamment en matière de transparence quant aux publicités à caractère politique)<sup>38</sup>. Les plateformes doivent encore intensifier leurs actions pour lutter contre la désinformation<sup>39</sup>. Pour stimuler les plateformes, la Commission agite le spectre d'une régulation par la loi<sup>40</sup>. D'autres mesures sont envisagées. Se fondant sur les analyses de la force spéciale sur la désinformation (East StratCom), créée en 2015 déjà par le Service européen d'action extérieure de la Commission<sup>41</sup>, les députés européens ont adopté le 13 mars 2019 une résolution sur la communication stratégique de l'Union visant à contrer la propagande dirigée par des tiers<sup>42</sup>. Le même jour, ils ont adopté des règles assorties de sanctions financières pour les partis politiques européens qui ne respecteraient pas les règles en matière de vie privée dans le cadre de leurs campagnes de ciblage politique en ligne (référence au scandale Cambridge Analytica)<sup>43</sup>. L'efficacité du code de conduite et des autres mesures prises doit encore faire l'objet d'une évaluation. La Commission a déjà préparé des rapports<sup>44</sup>, mais davantage de recul et d'analyse sont encore nécessaires.

- 
38. Commission européenne, « Statement on the Code of Practice Against Disinformation: Commission Asks Online Platforms to Provide More Details on Progress Made », 28 février 2019, accessible sur : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/first-results-eu-code-practice-against-disinformation>.
  39. Voy., par exemple, une étude de la société civile (Avaaz) publiée le 15 mars 2019 qui révèle que les *fake news* ayant circulé sur le mouvement des gilets jaunes (à l'initiative notamment de RT France, le média de l'État russe, qui possède la chaîne YouTube la plus consultée pour des infos sur ce mouvement) ont atteint plus de 105 millions de vues sur Facebook : <https://avaazimages.avaaz.org/Report%20Yellow%20Vests%20FINAL.pdf>.
  40. <https://www.euractiv.com/section/digital/news/commission-threatens-legislation-on-fake-news-ahead-of-2019-eu-election/>. Cette stratégie semble porter ses fruits : en date du 23 avril 2019, la Commission, accueillait positivement les engagements pris par les plateformes à la veille des élections européennes. Voy. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-19-2174\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-19-2174_en.htm).
  41. East StratCom aurait identifié plus de 5.000 cas de désinformation programmée par des États comme la Russie, la Chine, l'Iran et la Corée du Nord, qui cherchent à saper les principes des démocraties européennes.
  42. Voy. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2019-0187+0+DOC+XML+V0//FR>.
  43. Ces règles modifient le Règlement 1141/2014 du 22 octobre 2014 relatif au statut et financement des partis politique européens et des fondations politiques européennes, *JOUE* L 317, 4 novembre 2014, p. 1. Voy. <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20190308IPR30923/personal-data-misuse-in-political-campaigns-new-rules-for-financial-sanctions>.
  44. [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip\\_19\\_2914](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_19_2914).

### 1.3 Autres mesures contre la désinformation

Bien entendu, il ne faut pas négliger les autres acteurs de la lutte contre la désinformation, parmi lesquels : i) les médias dont le rôle est d'assurer des normes éthiques solides, de démystifier les sources et les contenus (par des « décodeurs de l'info »), d'améliorer la qualité des manchettes (lesquelles visent souvent le sensationnalisme), de ralentir les rumeurs, etc. ; ii) la société civile qui participe à la sensibilisation du public et au développement du sens critique et iii) le secteur de l'enseignement qui peut apprendre aux jeunes à utiliser correctement les médias sociaux, financer des recherches, etc. Mais l'on ne peut pas non plus s'en remettre aux seuls bons soins de ces acteurs. En raison de l'importance de la désinformation programmée, les propositions faites en **Belgique** par le groupe d'experts *fake news* sont très probablement insuffisantes : le rapport<sup>45</sup> du 17 juillet 2018 suggère de ne pas toucher à l'arsenal législatif (en tout cas en Belgique), mais d'adopter des mesures pour améliorer l'écosystème de l'information autour de quatre axes : cartographier et soutenir la recherche, offrir des outils pour les citoyens (*fact checking*, etc.), financer le journalisme de qualité et éduquer ces derniers aux médias. Si les bonnes pratiques doivent être soutenues et que, comme le note le rapport, « la désinformation ne s'efface pas par une loi », il est naïf d'écarter d'emblée les mesures législatives face à la désinformation (institutionnellement) organisée.

Nous sommes convaincus que la clé se trouve entre les mains des exploitants de plateformes digitales qui peuvent fournir des données aux chercheurs et gouvernements pour mieux appréhender la propagation de la désinformation, améliorer la transparence des algorithmes, éliminer les incitants financiers à la diffusion en modifiant l'allocation des revenus publicitaires, limiter l'amplification automatique des informations, offrir des outils de vérification de faits, assurer une diversité des contenus offerts aux usagers, laisser les usagers optimiser eux-mêmes les algorithmes qu'ils utilisent (quitte à réduire la pression des publicités).

Le **Royaume-Uni** a mené une enquête parlementaire de dix-huit mois sur la « désinformation et fausses informations » qui a débouché sur deux rapports<sup>46</sup>. Le premier rapport suggérait que l'Electoral Commission, la Commission chargée de la supervision des scrutins, publie des règles de conduite en matière de publicité pendant les périodes électorales. Ce rapport suggérait également de ne pas considérer les réseaux sociaux comme des « plateformes » ni des « éditeurs », mais

45. Rapport du Groupe d'experts belge sur les fausses informations et la désinformation, juillet 2018, <https://www.decreeo.belgium.be/fr/un-groupe-d%E2%80%99experts-formule-des-recommandations-pour-lutter-contre-les-fake-news>.

46. Un rapport provisoire a été publié en juillet 2018 (House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, « Disinformation and "fake news": Interim Report », session 2017-2019, 24 juillet 2018, voy. <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/363.pdf>), puis le rapport final en février 2019 précité (note 11, UK House of Commons, 2019). Sur le plan de la procédure, il est intéressant de noter que le rapport final de février 2019 suivait la tenue d'un International Grand Committee, ayant réuni des représentants d'une dizaine de parlements dans le monde.

de définir un nouveau statut juridique imposant non seulement la suppression de contenus après dénonciation (*notice-and-take down*), mais aussi une surveillance continue de certains contenus aisément identifiables<sup>47</sup>.

Dans son rapport final, la Commission parlementaire propose la création d'une autorité administrative indépendante pour réguler le fonctionnement des réseaux sociaux, notamment par un code d'éthique<sup>48</sup>. En outre, le gouvernement anglais a annoncé mettre en place une agence gouvernementale contre la désinformation<sup>49</sup>, mais sans que cette mesure soit encore suivie d'effet.

## 2 LES AVIS FACTICES

Les avis factices, et les litiges en découlant<sup>50</sup>, existent depuis que les consommateurs peuvent partager leurs commentaires sur des sites web, c'est-à-dire depuis le début de l'Internet<sup>51</sup>. La présente section examine les législations et mesures spécifiques prises en vue de limiter les informations erronées dans le cadre des systèmes 3R (*ratings, reviews and recommendations*) et tout spécialement des avis (*reviews*). Ces mécanismes visent à offrir une information utile afin d'encourager les transactions sur les plateformes. Il s'agit donc de créer de la confiance à travers le feed-back des usagers sur la qualité des services offerts par les fournisseurs et réciproquement (par ex. entre les propriétaires de logements et les hôtes sur Airbnb). Le mécanisme permet de produire et de protéger la réputation des parties à la transaction en permettant les avis positifs et en écartant les informations fausses. La particularité de la désinformation par les avis factices, au contraire de la désinformation évoquée sous la section 1, est qu'elle vise généralement un individu ou une entreprise déterminée. Aussi les mécanismes de protection doivent-ils être adaptés à cette échelle « micro ».

Parmi les avis factices, on peut distinguer<sup>52</sup> :

- Les feed-back visant à dénigrer des contenus ou des concurrents, qui mettent en jeu la réputation de ces derniers (alors que les auteurs des avis peuvent invoquer leur liberté d'opinion) ;

47. UK House of Commons, 2019, § 14.

48. UK House of Commons, 2019, §§ 37-40.

49. <https://www.bbc.com/news/uk-politics-42791218>.

50. Voy, par exemple, une affaire de 2008 dans laquelle une société de distribution de produits en ligne (Distribution Direct Intenational) avait retiré des commentaires dénigrants publiés en ligne sur les produits de la société L&S en les remplaçant par une mention indiquant que tous les commentaires, positifs comme négatifs, avaient été supprimés. La Cour d'appel de Paris a considéré que les avis négatifs, ainsi que le message qui les a remplacés, constituent un acte de dénigrement fautif : CA Paris, 19 mars 2008, RG n° 07/2506.

51. De même, les fausses rumeurs ou critiques d'entreprises existent depuis les débuts de l'Internet. Voy. l'affaire du mail diffusé en 1996 accusant Tommy Hilfinger de ne pas souhaiter que certaines minorités portent les vêtements sous sa marque, <https://www.youtube.com/watch?v=NgnEOmrntYs>.

52. Voy., à cet égard, par exemple, l'introduction de la norme ISO 20488(2018).

- Les feed-back visant à embellir la qualité de certains services. Ils peuvent avoir été réalisés par des personnes qui ont un lien avec l'entreprise ou qui ont reçu un incitant financier après avoir effectivement bénéficié du service. Parfois, des personnes sont payées pour rédiger des avis et noter massivement le fournisseur de services, même si aucun service n'a été effectivement rendu. L'information disponible auprès des utilisateurs est alors incomplète si cet incitant financier n'est pas dévoilé.

De nombreux cas illustrent la problématique dont la presse s'est fait l'écho<sup>53</sup>. Au **Royaume-Uni**, TripAdvisor a ainsi fait l'objet d'une interdiction d'utiliser les slogans « *Reviews you can trust* » (« Des avis auxquels vous pouvez faire confiance ») et « *Trusted advice from real travellers* » (« Des conseils de confiance par de vrais voyageurs »), car l'autorité anglaise de la publicité considérait que ces affirmations ne correspondaient pas à la réalité<sup>54</sup>. De façon similaire, l'association de consommateurs *Which?* a dénoncé la multiplication de faux avis sur Amazon UK, après la création de groupes Facebook permettant la diffusion et la rémunération d'annonces pour des faux avis<sup>55</sup>. Toutefois, le législateur anglais n'a pas souhaité adopter de règles spécifiques quant à la diffusion des avis factices en ligne. Les mesures de protection existantes, tel le droit des consommateurs et des pratiques déloyales, sont utilisées<sup>56</sup>.

En **France**, au contraire, de nouvelles obligations ont été adoptées pour lutter contre ces pratiques. Dans un premier temps, les tribunaux français ont ordonné des saisies chez des prestataires de services dénigrants et ont condamné des sites d'avis à des amendes pour pratiques commerciales trompeuses (identifiées par des enquêtes de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes)<sup>57</sup>. Une proposition de loi, déposée en 2013, envisageait de reconnaître la norme AFNOR (AF-Z 74501) sur les avis en ligne et de l'intégrer dans les standards législatifs. Elle a été écartée, car les pratiques commerciales trompeuses permettaient déjà de sanctionner les faux avis<sup>58</sup>. En 2016, la loi pour une République numérique a introduit un article L. 111-7-2 dans le Code de la consommation : toute plateforme qui collecte, modère ou diffuse des avis en ligne

53. Voy., par exemple, l'expérience réalisée par le journaliste O. Butler qui a créé un faux restaurant (The Shed) grâce à des avis factices pour dénoncer les défaillances de ces plateformes en Angleterre, accessible sur : [https://www.vice.com/en\\_uk/article/434gqw/i-made-my-shed-the-top-rated-restaurant-on-tripadvisor](https://www.vice.com/en_uk/article/434gqw/i-made-my-shed-the-top-rated-restaurant-on-tripadvisor), consulté le 13 avril 2019.
54. *KwikChex Ltd. c. TripAdvisor*, Advertising Standard Authority, 1<sup>er</sup> février 2012, plainte n° A11-166867, accessible sur : <https://www.asa.org.uk/rulings/tripadvisor-llc-a11-166867.html>.
55. [theguardian.com/money/2018/oct/20/facebook-fake-amazon-review-factories-uncovered-which-investigation](http://theguardian.com/money/2018/oct/20/facebook-fake-amazon-review-factories-uncovered-which-investigation).
56. Voy. le rapport de l'autorité de la concurrence anglaise (Competition and Market Authority) accessible sur : [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/436238/Online\\_reviews\\_and\\_endorsements.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436238/Online_reviews_and_endorsements.pdf).
57. Voy. le rapport de la DGCCRF, 22 juillet 2014, accessible sur : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/consommation/consolidation-par-secteur/e-commerce/faux-avis-consommateurs-sur-internet>.
58. Assemblée nationale, XIV<sup>e</sup> législature, session ordinaire de 2013-2014, compte rendu intégral, 102<sup>e</sup> séance, deuxième séance du lundi 9 décembre 2013, *JORF*, p. 12955, 2<sup>e</sup> colonne.

rédigés par des consommateurs doit informer les utilisateurs de manière loyale, claire et transparente sur le processus de publication des avis, et indiquer en particulier si le traitement comprend une modération des avis et, le cas échéant, le contrôle mis en œuvre dans ce cadre. La plateforme doit également motiver auprès du consommateur le refus de publication de l'un de ses commentaires. Enfin, les personnes qui font l'objet d'un avis peuvent demander, après motivation, le retrait d'un commentaire dont l'authenticité est douteuse. Par ces mécanismes nouveaux, la loi française cherche à encadrer la plateforme comme « point de contrôle » de la diffusion de l'information, dès lors qu'il est plus complexe de s'adresser directement aux auteurs responsables d'avis factices.

La **Belgique** n'est pas en reste puisque l'Inspection économique, se fondant sur le droit de la consommation, a également pris des mesures pour limiter les avis factices<sup>59</sup>. Toutefois, la jurisprudence belge a admis des propos erronés, voire calomnieux, sur les plateformes qui octroient un droit de réponse à la personne responsable du produit ou du service<sup>60</sup>. La Belgique fait ainsi preuve de pragmatisme pour garantir le respect de l'équilibre entre réputation et liberté d'expression.

Enfin, partageant la même position que la Cour suprême allemande, le ministre **allemand** des Affaires économiques a publié un livre vert sur les plateformes digitales<sup>61</sup> qui met en avant le besoin de réguler la transparence des « portails » de partage d'avis<sup>62</sup>. Ainsi, la Cour suprême a eu l'occasion d'insister sur le besoin de neutralité de la plateforme qui héberge les avis, qui peut exercer une modération des insultes et des contenus inauthentiques, sans avoir l'obligation de retirer des contenus en violation de la loi<sup>63</sup>.

Les mécanismes législatifs de protection contre les avis factices tentent d'assurer une information complète en imposant une transparence à l'égard des plateformes ou des auteurs des avis.

À côté des avis factices au sens strict, d'autres pratiques déloyales tendent plutôt à la suppression des commentaires négatifs reçus. Il s'agit alors de désinformation par la suppression d'un accès à l'information. Aux **États-Unis**, les affaires se sont multipliées<sup>64</sup> et une jurisprudence permettant aux entreprises d'obtenir des

59. <https://www.lalibre.be/actu/belgique/les-faux-avis-sur-internet-cauchemar-des-restaurateurs-et-commerçants-dans-le-visuel-de-l-inspection-economique-5bf9cb5cd70e3d2f6f7d00a>. Voy. aussi G. RUE, « Les faux avis de consommateurs sur Internet », *L'Écho*, 26 avril 2012, [https://www.cairnlegal.be/wp-content/uploads/2014/04/LECHO\\_20120426\\_Les-faux-avis-de-consommateurs-sur-internet.pdf](https://www.cairnlegal.be/wp-content/uploads/2014/04/LECHO_20120426_Les-faux-avis-de-consommateurs-sur-internet.pdf).

60. <http://www.lecho.be/economie-politique/belgique-general/Emettre-une-critique-negative-sur-TripAdvisor-Attention/9881383>.

61. Green Paper, *Digital Platforms*, accessible sur : <https://www.bmw.de/Redaktion/EN/Publikationen/green-paper-digital-platforms.pdf>.

62. A.S.Y. CHEUNG et W. SCHULZ, « Reputation Protection On Online Rating Sites », *Stanford Technology Law Review*, 2018, vol. 21, pp. 334 et s.

63. BGH, NJW 2015, nr 3443, *Hotelbewertungsportal*.

64. [https://www.washingtonpost.com/business/economy/how-merchants-secretly-use-facebook-to-flood-amazon-with-fake-reviews/2018/04/23/5dad1e30-4392-11e8-8569-26fda6b404c7\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/business/economy/how-merchants-secretly-use-facebook-to-flood-amazon-with-fake-reviews/2018/04/23/5dad1e30-4392-11e8-8569-26fda6b404c7_story.html).

dommages et intérêts pour la publication d'avis négatifs sur des sites tiers en violation des termes contractuels s'est ainsi développée<sup>65</sup>, déclenchant des appels à légiférer<sup>66</sup>. Le *Consumer Review Fairness Act* encadre depuis 2016 les avis en ligne au niveau fédéral. Cette loi interdit aux personnes qui fournissent des services de limiter, de quelque façon que ce soit<sup>67</sup>, la possibilité pour les utilisateurs de publier des avis<sup>68</sup>. Les entreprises restent protégées, puisqu'elles peuvent demander le retrait d'avis (souvent diffamatoires)<sup>69</sup>, ce qui permet un équilibre entre liberté économique et liberté d'expression.

### 3 EN GUISE DE CONCLUSION

Outre les mesures législatives et les décisions jurisprudentielles présentées ci-dessus, lesquelles devraient s'appuyer sur des bonnes pratiques (voire des standards) à promouvoir, deux grands axes d'action peuvent être envisagés pour lutter contre la pollution informationnelle, qu'il s'agisse de *fake news* ou d'avis factices.

Tout d'abord, de nouveaux choix d'architecture des interfaces pourraient réduire l'attrait et la facilité du partage de contenus pour éviter des propagations dommageables. Cette architecture heurte toutefois le modèle de plateformes qui accélèrent la diffusion pour accroître les expositions à la publicité ou le nombre de transactions. Le « partage » est même utilisé par les plateformes les plus capitalistes pour accroître leur position économique (voire devenir dominante<sup>70</sup>). Pour éviter ces dérives, on peut toutefois réintroduire une dose de friction (et de

- 
65. L.A. ROBERTS, « Brawling with the Consumer Review Site Bully », *U. Cin. L. Rev.*, 2016, vol. 84, p. 633.
  66. Voy., par exemple, F. PASQUALE, « Reputation Regulation: Disclosure and the Challenge of Clandestinely Commensurating Computing », in S. LEVMORE et M.C. NUSSBAUM (eds.), *The Offensive Internet: Speech, Privacy, and Reputation*, Harvard University Press, 2010, p. 107. Voy. également R. PRINGLE, « From Star Ratings to Video Views, Beware Fake Internet Stats », 14 janvier 2019, <https://www.cbc.ca/news/technology/internet-is-fake-ramona-pringle-1.4971834>.
  67. E. GOLDMAN, « Understanding the Consumer Review Fairness Act of 2016 », *Mich. Telecom & Tech. L. Rev.*, 2017, vol. 24, p. 8.
  68. *Consumer Review Fairness Act* 2016, 15 USC § 45b. En outre, certains États américains sanctionnent pénalement la rédaction d'avis factices. Voy. <https://ag.ny.gov/press-release/ag-schneiderman-announces-agreement-19-companies-stop-writing-fake-online-reviews-and>. Les États-Unis ne sont pas les seuls à avoir suivi cette voie pénale. L'Italie a également condamné des rédacteurs de faux avis. Voy. <https://www.independent.co.uk/travel/news-and-advice/tripadvisor-fake-reviews-paid-fraud-jail-legal-case-italy-promosalento-a8534006.html>.
  69. Boston Municipal Court, *Pageo v. Doe*, 15 September 2015, accessible sur : <https://cdn.arstechnica.net/wp-content/uploads/2015/09/Pltf.s-Reply-ISO-Motion-to-Compel-9-15-15.pdf>.
  70. Certaines réflexions de Mark Zuckerberg, consignées dans des emails produits en justice, en disent long sur le modèle du « partage à des fins de dominance » : « *The purpose of platform is to tie the universe of all the social apps together so we can enable a lot more sharing and still remain the central social hub* ». Voy. UK House of Commons, 2019, p. 34. C'est notamment grâce aux contrats de réciprocité entre Facebook et les développeurs d'applications (plus de 5 200 applications intégrées en 2013 dont Airbnb, Netflix, Lyft, etc.) que Facebook a accru son pouvoir de marché.

temps de réflexion ?) dans l'expérience en ligne en ajustant l'architecture et les algorithmes<sup>71</sup>.

En matière de désinformation, cela pourrait se traduire par le conditionnement du partage d'un message à l'ajout d'un commentaire additionnel ou à l'exigence d'une lecture intégrale. Les plateformes pourraient aussi imposer un moment de pause (avant un *retweet* par ex.), voire faire apparaître une alerte avant un *forward* de l'information ou encore désactiver les notifications<sup>72</sup>.

En matière d'avis factices, les algorithmes qui sollicitent l'envoi à chaud de notations traduisent une préférence pour l'engagement immédiat qui risque de réduire la qualité des évaluations et revues. Des règles ou standards pourraient imposer de la friction en exigeant de vérifier l'existence d'une transaction sous-jacente (par une photo d'un ticket de caisse par ex.) ou d'utiliser les techniques nouvelles de géolocalisation intégrées sur les smartphones<sup>73</sup> comme condition d'ajout d'avis lorsque le service n'a pas lieu exclusivement de façon électronique.

Un second axe pour améliorer la qualité des informations disponibles en ligne pourrait s'appuyer sur une obligation de transparence à l'égard des incitants (politiques ou financiers) à la diffusion des informations. Les expériences réglementaires en matière de désinformation de masse et d'avis factices tentent de rendre les utilisateurs conscients des raisons de la présence d'informations en ligne et de leur diffusion. Au risque toutefois d'accroître l'« infobésité » à charge des usagers<sup>74</sup>.

Accroître la transparence par un surplus d'informations n'est donc pas optimal. Des formes de *nudging* pour une bonne information implémentées dans l'architecture des plateformes semblent préférables.

### **ABSTRACT: THE REGULATION OF FAKE NEWS AND FAKE REVIEWS ON DIGITAL PLATFORMS**

*This contribution examines whether and how to regulate the circulation of “fake news” and “fake reviews” on digital platforms. Those two types of information disorder affecting the platforms of social networks and the collaborative economy, respectively, result from the new forms of online expression. Any attempt to regulate them requires carefully defining the most abusive and misleading practices that deserve to be taken into consideration and regulated. This contribution examines the initiatives or legislations adopted by the European Union and Member States (Belgium, France, Germany, the United Kingdom) to cope with information*

71. C'est tout le contraire de ce que souhaite Mark Zuckerberg par exemple, qui rêve d'une *frictionless experience* sur Facebook.

72. Voy., en ce sens, les suggestions du UK House of Commons, 2019, p. 86.

73. Certes, avec de nouveaux risques pour la vie privée des usagers.

74. Ce risque est présent dans le modèle actuel du droit de la consommation qui vise à protéger en informant toujours mieux le consommateur (paradigme de l'information).

*disorders. The promotion of transparency, in particular regarding the sources of funding for advertising campaigns or online reviews, can partly address the information disorder problems. This contribution in particular favors some changes to the platforms' architecture in order to increase the costs of spreading poor-quality information.*

**Mots clés :** désinformation/*fake news*, avis factices/*reviews/ratings*, pratiques abusives, friction, qualité de l'information, transparence

**Keywords:** fake news, fake reviews

## Colloquium Senaat “Persvrijheid in de 21<sup>ste</sup> eeuw”, 29 November 2019

### Sessie 2: De getrapte aansprakelijkheid bij drukpersmisdrijven

#### **Waarom een wijziging van art. 25, lid 2 van de Belgische Grondwet zich niet opdringt en via andere mechanismen de pers- en expressievrijheid in de media- en internetomgeving (nog) beter kan gewaarborgd worden**

© Dirk Voorhoof, Human Rights Centre, UGent en Legal Human Academy.

Voorlopige ontwerp tekst, versie 20 November 2019 (enkel voor Alain Strowel, Jan Velaers en Jacques Englebret, en de organisatoren van het colloquium. Deze tekst zal ik de volgende dagen verder afwerken en daarop steunend een synthese-presentatie voorbereiden van ca. 15 minuten)

#### **Artikel 25, lid 2 GW**

*‘Wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft, kan de uitgever, de drukker of de verspreider niet worden vervolgd’.*

#### **Verklaring tot herziening van de Grondwet, B.S. 23 mei 2019**

Kamer, Senaat én regering (Koning) verklaren art. 25 GW vatbaar voor herziening, *“om een lid toe te voegen teneinde de waarborgen van de drukpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”.*

#### **Toelichting bij / ratio legis van art. 25, lid 2 GW**

Terwijl art. 25, lid 1 GW censuur door de overheid verbiedt door expliciet te stellen “De drukpers is vrij, de censuur kan nooit worden ingevoerd (...)”, beoogt art. 25, lid 2 GW ook *privé-censuur* door uitgevers, drukkers en verspreiders te voorkomen. De regel van de getrapte aansprakelijkheid betreft aldus een “essentieel element van de grondwettelijke bescherming van de persvrijheid”<sup>1</sup>. Op die manier loopt de schrijver, auteur of journalist niet of althans minder het risico door de uitgever of werkgever/mediabedrijf te worden gecensureerd, aangezien deze immers niet aansprakelijk zijn. De regel van de getrapte verantwoordelijkheid geeft aan de uitgevers, drukkers en verspreiders het voorrecht om zich aan elke aansprakelijkheid (zowel strafrechtelijke als burgerrechtelijke) te kunnen onttrekken wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft<sup>2</sup>.

#### **Voorafgaande opmerking**

Op vraag van de organisatoren van het Colloquium in de Senaat “Persvrijheid in de 21<sup>ste</sup> eeuw” beperkt deze bijdrage zich tot het vraagstuk van de getrapte verantwoordelijkheid zoals bepaald in art. 25, lid 2 GW. De verklaring tot herziening van de Grondwet door Kamer, Senaat en regering heeft evenwel ook betrekking op het eerste lid van art. 25 GW (*De drukpers is vrij, de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers, of drukkers*). Dit impliceert dat de herziening van art. 25 GW en de toevoeging van een (derde) lid *“teneinde de waarborgen van de drukpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”* tegelijk betrekking kan

---

<sup>1</sup> Arbitragehof 22 maart 2006 (nr. 47/2006).

<sup>2</sup> Dit sluit evenwel de aansprakelijkheid niet uit als medeauteur of van de hoofdredacteur of uitgever in geval van een afzonderlijke fout of onrechtmatige daad, cfr. *infra*. Voor een grondige situering van de grondwettelijke bescherming van de pers- en uitingsvrijheid in België: Jan Velaers, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, Maklu Uitgevers, 1991. Zie ook Dirk Voorhoof, “Vrijheid van meningsuiting en drukpersvrijheid”, in Johan Vandelanotte, Geert Goedertier, Yves Haecq, Jürgen Goossens en Tom De Pelsmaecker, *Belgisch Publiek Recht*, Deel 1, Brugge, Die Keure, 2015, 577-613.

hebben op zowel het eerste als het tweede lid van art. 25 GW. Deze bijdrage focust enkel op de **draagwijdte en kenmerken van art. 25, lid 2 GW** en het vraagstuk van de (al dan niet) noodzakelijkheid, wenselijkheid of opportuniteit om de regel van de getrapte verantwoordelijkheid van toepassing te maken voor “andere informatiemiddelen” dan de (druk)pers. Overigens zal hierna verduidelijkt worden dat de regel van de getrapte verantwoordelijkheid in de actuele rechtspraak zich niet beperkt tot enkel toepassingen in verband met de “drukkers”, maar ook geldt in geval van aansprakelijkheid voor strafbare of onrechtmatige uitingen via sommige “andere informatiemiddelen”, zoals teksten openbaar gemaakt via internet.

De aandacht dient er op gevestigd dat het vraagstuk betreffende de toepassing van de getrapte aansprakelijkheid bedoeld in art. 25, lid 2 GW tegelijk in verband staat met de **notie “drukkersmisdrifft”** en de ermee verbonden bevoegdheid van de jury van het hof van assisen, met uitzondering van de drukkpersmisdrifften die ingegeven zijn door racisme of xenofobie (art. 150 GW). De problematiek betreffende de “drukkpersmisdrifften” wordt evenwel behandeld in een andere sessie van het colloquium aangezien ook art. 150 GW voor herziening vatbaar is verklaard. In deze fase volstaat het ervan bewust te zijn dat een wijziging aan de notie en/of aan de procedurele behandeling van de “drukkpersmisdrifften” zoals bedoeld in art. 150 GW repercussies kan hebben op het toepassingsgebied van de getrapte verantwoordelijkheid zoals vastgelegd in art. 25, lid 2 GW<sup>3</sup>.

Als voorafgaande opmerking wordt nog meegegeven dat ook in het verleden reeds herhaaldelijk de artt. 25 en 150 GW voor herziening vatbaar werden verklaard. Ook op het einde van de vorige eeuw, nog voor de introductie van internetplatforms, sociale media, weblogs en online-nieuwsplatforms, werd als toelichting meegegeven dat een herziening van de artt. 25 en 150 GW werd overwogen “teneinde de waarborgen van de drukkpers uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”<sup>4</sup>. Telkens opnieuw, wanneer men de problematiek grondig analyseert, blijkt de daadwerkelijke aanpassing van de bedoelde grondwetsartikelen in het kader van de actuele media-context een bijzonder **complexe oefening**<sup>5</sup>. Ondertussen heeft de rechtspraak alvast geprobeerd, soms met terughoudendheid, soms meer doortastend en evolutief-progressief, om de grondwetsartikelen die de waarborgen bieden inzake de pers- en expressievrijheid in dit land een dynamische toepassing te laten vinden, deels ook voor “de andere informatiemiddelen”. De vraag ligt nu voor of de hiaten, tegenstrijdigheden en moeilijkheden die de rechtspraak op zijn weg tegenkomt en ook zelf weerspiegelt kunnen weggerukt worden door een grondwetswijziging van de artt. 25 en 150 GW.

In een ruimer kader moet ook worden vastgesteld dat de grondwettelijke waarborgen die in 1831 in de Grondwet werden ingeschreven in grote mate zijn overvleugeld door de dwingende bepalingen met rechtstreekse werking in de Belgische rechtsorde van het Europees Mensenrechtenverdrag (EVRM), inzonderheid **art. 10 EVRM dat de expressie- en informatievrijheid waarborgt**. Hoewel bedoeld als minimumnorm (art. 53 EVRM) is de bescherming van de expressie- en informatievrijheid uitgegroeid tot basisnorm als waarborg voor de vrijheid van openbare communicatie. Art. 10 EVRM

---

<sup>3</sup> Zie Jacques Englebert, “La liberté d’expression à l’heure de l’Internet”, (*in druk*) in Actes du colloque *Vie privée, liberté d’expression et démocratie dans la société numérique*, Cahier du Crids, Larcier, 2019 en in de proceedings van het Senaatscolloquium van 28 November 2019 “*Persvrijheid in de 21<sup>ste</sup> eeuw*”.

<sup>4</sup> Zie o.m. de verklaringen tot herziening van de Grondwet van 8 november 1987, BS 9 november 1987, van 17 oktober 1991, B.S. 18 oktober 1991, van 7 april 1995, B.S. 12 april 1995, en van 29 april 1999, B.S. 5 mei 1999. Zie ook Dirk Voorhoof, ‘De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?’, *R. Cass.* 1996, 385-389.

<sup>5</sup> Zie vooral Quentin van Enis, *Repenser la liberté de la presse à l’heure de la convergence technologique, Doctoraal proefschrift*, Université de Namur, 2014 en Jacques Englebert, “Le statut de la presse: du ‘droit de la presse’ au ‘droit de l’information’”, *Rev. Dr. ULB* 2007, 229-288. Zie ook Jacques Englebert, *La procédure garante de la liberté de l’information*, Anthémis, 2013.

en de erop geënte rechtspraak van het Europees Mensenrechtenhof (EHRM) heeft een bijzondere en verstrekkende betekenis voor de rechtspraak en vormt daarom meer en meer de centrale basis waaraan in België (en in de rest van de lidstaten van de Raad van Europa) beperkende regelgeving betreffende en allerlei vormen van inmenging in vrijheid van expressie en informatie en mediaregulering dient te worden getoetst<sup>6</sup>. Een aantal (aspecten) van de grondwettelijke waarborgen inzake de (druk)pers zijn door de verregaande bescherming die art. 10 EVRM biedt aan de expressievrijheid via allerlei informatiemiddelen minder belangrijk geworden. Sterker: art. 10 EVRM kent een veel ruimer toepassingsgebied, want beperkt zich niet enkel tot de vrijheid een mening te uiten en de vrijheid van de drukpers, maar beschermt zowel het uiten, verspreiden en ontvangen van meningen én informatie (inlichtingen of denkbeelden), inclusief de vrijheid van nieuwsgaring en, onder bepaalde voorwaarden, het recht op toegang tot bestuursdocumenten<sup>7</sup>. Overigens beschermt art. 10 EVRM de expressie- en informatievrijheid niet enkel tegen overheidsinmenging, maar ook in private verhoudingen, hetgeen o.a. belangrijke repercussies heeft op de aansprakelijkheid van internetplatforms<sup>8</sup>. De rechtspraak van het EHRM betreffende art. 10 EVRM maakt ook duidelijk dat meer belang wordt gehecht aan de inhoud en de context van de boodschap, dan aan het medium of het technisch procedé waarmee een bepaalde boodschap openbaar is gemaakt<sup>9</sup>, hetgeen evenwel niet wegneemt dat de kenmerk van het kanaal of het medium via dewelke een boodschap tot bij een publiek komt, een zekere impact heeft op de toepassing en de eventuele inperkingen van de expressie- en informatievrijheid<sup>10</sup>. Art. 10 EVRM beschermt niet exclusief of specifiek de pers als instelling, noch bepaalde technische procedés, noch journalisten als een specifieke groep professionals<sup>11</sup>, maar vooral de democratische functie van de expressie- en informatievrijheid, waarbij de media, journalisten, en andere “publieke waakhonden” (zoals ngo’s, academische onderzoekers, schrijvers, bloggers en populaire gebruikers van sociale media) die informatie uiten of verspreiden met een maatschappelijk belang op een verregaande bescherming in toepassing van art. 10 EVRM kunnen rekenen<sup>12</sup>. Het EHRM heeft ook duidelijk

---

<sup>6</sup> Zie Dirk Voorhoof en Peggy Valcke, *Handboek Mediarecht*, Larcier, 2014, 37-76; Quentin van Enis, *Repenser la liberté de la presse à l’heure de la convergence technologique*, Doctoraal proefschrift, Université de Namur, 2014, 77-174 en Dirk Voorhoof, “Freedom of Expression, Media and Journalism under the European Human Rights System : Characteristics, Developments, and Challenges”, In Peter Molnár (ed.), *Free Speech and Censorship Around the Globe*, Central European University Press, 2015, 59-104.

<sup>7</sup> Zie Dirk Voorhoof, “Investigative Journalism, access to information, protection of sources and whistleblowers”, in Flutura Kusari and Andreas Lamm (ed.), *Promoting dialogue between the European Court of Human Rights and the media freedom community. Freedom of expression and the role and case law of the European Court of Human Rights: developments and challenges*, Proceedings of the ECPMFECTHR Conference 24 March 2017, Strasbourg, Conference e-book, introduction, presentations and conclusions, ECPMF, Leipzig, 2017, 33-60, <[https://ecpmf.eu/files/ecpmf-ecthr\\_conference\\_e-book.pdf](https://ecpmf.eu/files/ecpmf-ecthr_conference_e-book.pdf)>.

<sup>8</sup> Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries, 7 March 2018, <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14)>.

<sup>9</sup> Quentin van Enis, *Repenser la liberté de la presse à l’heure de la convergence technologique*, Doctoraal proefschrift, Université de Namur, 2014, 163-174.

<sup>10</sup> Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member States on a new notion of media, 21 September 2011,

<[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0)> en Dirk Voorhoof e.a. Tarlach McGonagle (Ed. Sup), *Freedom of Expression, the Media and Journalists: Case-law of the European Court of Human Rights*, IRIS Themes, European Audiovisual Observatory, Strasbourg, E-book, 2017, <<https://rm.coe.int/freedom-of-expression-the-media-and-journalists-iris-themes-vol-iii-de/16807c1181>>.

<sup>11</sup> Zie ook Dirk Voorhoof, “Krijgen journalisten een streepje voor in Straatsburg?”, *Mediaforum* 2008/5, 197-203.

<sup>12</sup> Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 8 november 2016, *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, No. 18030/11, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-167828>>, waarin het EHRM andermaal verwijst naar de rol van de media

gemaakt dat de waarborgen van art. 10 EVRM ook moeten toegepast worden in internetomgeving<sup>13</sup>. Door de directe werking van art. 10 EVRM in de Belgische rechtsorde moeten ook de Belgische (grond)wetgever, het bestuur en de Belgische rechtscolleges zich (minstens) afstemmen op de krachtens het EVRM gewaarborgde vrijheid van expressie en informatie<sup>14</sup>.

In wat volgt wordt specifiek ingegaan op een aantal **ontwikkelingen, kenmerken en knelpunten met betrekking tot de regel van de getrapte aansprakelijkheid** zoals bepaald in art. 25, lid 2 GW. Prof. Alain Strowel (UCL) zal vervolgens grondiger ingaan op de toepassing en de problemen van de toepassing van de getrapte aansprakelijkheid voor internet-platforms, internet-providers en audiovisuele mediadiensten, mede in het kader van aansprakelijkheidsregels in het Europees recht en de EU-richtlijnen inzake e-commerce, audiovisuele mediadiensten en auteursrecht.

### **De actuele toepassing en doorwerking van de getrapte aansprakelijkheid in persaanleggenheden: hoe in vijf stappen art. 25, lid 2 GW aan belang heeft gewonnen...**

Het is ondertussen al ruim 23 jaar geleden het Hof van Cassatie een einde heeft gemaakt aan de aanslepende discussie in de rechtsleer en de lastige verdeeldheid in de rechtspraak omtrent de vraag of de regel van de getrapte aansprakelijkheid van art. 25, lid 2 GW ook toepassing diende te vinden in het kader van de **civielrechtelijke aansprakelijkheid voor perspublicaties** in toepassing van de artt. 1382 BW en volgende<sup>15</sup>. Het **Hof van Cassatie** bevestigde in een arrest van **31 mei 1996** de stelling dat er geen valabele juridische argumentatie was om de toepassing van art. 25, lid 2 GW te beperken tot enkel de strafrechtelijke vervolging van drukpersmisdrijven<sup>16</sup>. Met dit cassatie-arrest kwam een einde aan de voortschrijdende erosie van de grondwettelijke regel van de getrapte verantwoordelijkheid in perszaken. Die erosie was het gevolg van drie factoren: primo ontwikkelde de rechtspraak een enge interpretatie van de notie “drukkersmisdrijf” en werd de regel van de getrapte verantwoordelijkheid enkel geacht toepassing te kunnen vinden in geval van aansprakelijkheid voor drukkpersmisdrijven *sensu stricto* (en dus niet voor zgn. drukkerij- of publicatiemisdrijven, of uitzendmisdrijven); secundo werd in de praktijk geen toepassing gemaakt van de getrapte aansprakelijkheid in strafzaken aangezien al decennialang geen effectieve vervolging gebeurde van de drukkpersmisdrijven wegens de bevoegdheid van het hof van assisen; en tertio was er de frequente niet-toepassing van de getrapte verantwoordelijkheid in geval van civielrechtelijke

---

de journalistiek en ngo's als “public watchdog”, en tegelijk eraan herinnert “that a high level of protection also extends to academic researchers (...) and authors of literature on matters of public concern (...). The Court would also note that given the important role played by the Internet in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information (...), the function of bloggers and popular users of the social media may be also assimilated to that of “public watchdogs” in so far as the protection afforded by Article 10 is concerned” (§ 168). Zie ook Dirk Voorhoof, “Recht op expressievrijheid en wobben door journalisten, ngo's en bloggers”, *Auteurs & Media* 2016/3, 219-227.

<sup>13</sup> Zie o.a. EHRM 18 december 2013, Ahmet Yildirim t Turkije; EHRM 1 december 2015 Cengiz e.a. t. Turkije; EHRM 2 februari 2016, Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt t. Hongarije; EHRM 28 augustus 2018, Savva Terentyev t. Rusland en EHRM 4 december 2018, Magyar Jeti Zrt t. Hongarije.

<sup>14</sup> Zie o.a. EHRM 24 februari 1997, De Haes en Gijssels t. België; EHRM 15 juli 2003, Ernst e.a. t. België; EHRM 17 november 2007, Tillack t. België en vooral EHRM 29 maart 2011, RTBF t. België.

<sup>15</sup> Cass. 31 mei 1996, *Auteurs & Media* 1996/3, 362 en *R.Cass.* 1996, 389. Zie ook Dirk Voorhoof, ‘De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?’, *R.Cass.* 1996, 385-389.

<sup>16</sup> Dirk Voorhoof, “De burgerlijke aansprakelijkheid voor drukkpersartikelen en de regel van de getrapte verantwoordelijkheid”, Noot onder Rb. Antwerpen 10 november 1983, *Rechtskundig Weekblad* 1984-1985, 1909-1913 en Dirk Voorhoof, “De vrijheid van drukkpers, de getrapte verantwoordelijkheid en de civiele rechter”, Noot onder Voorz. Kh. Brussel 1 maart 1991, *DAOR, Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 1991/21, 90-93. Zie ook Jan Velaers, “De actuele toepassing van de grondwettelijke waarborgen inzake de vrijheid van de media”, *Jaarboek Mensenrechten* 1995-1996, 83-109.

aansprakelijkheid voor onrechtmatige publicaties<sup>17</sup>. Door de combinatie van deze factoren had art. 25, lid 2 GW<sup>18</sup> als grondwettelijke waarborg voor de bescherming van de persvrijheid nauwelijks enige impact. Als gevolg evenwel van het cassatie-arrest van 31 mei 1996 werd art. 25, lid 2 GW in ere hersteld en kon de grondwettelijke regel van de getrapte verantwoordelijkheid in perszaken opnieuw effectief toepassing vinden in de Belgische rechtsorde.

Vervolgens kon door de zgn. correctionalisering in 1999 van de **door racisme of xenofobie ingegeven drukpersmisdrijven**<sup>19</sup> effectieve vervolging ingesteld worden tegen de auteurs/schrijvers van deze uitingsdelicten. De **grondwetswijziging van art. 150 GW in 1999 leidde** inderdaad tot een aantal strafzaken tegen de auteurs die via de pers, in gedrukte teksten en/of via het internet hadden aangezet tot haat, geweld of discriminatie ingegeven door racisme of xenofobie, uitingen die strafbaar zijn ingevolge de antiracismewet van 1981 of de anti-negationismewet van 1995<sup>20</sup>. Aangezien deze categorie van drukpersmisdrijven voortaan door de correctionele rechtbanken kon worden beoordeeld, kon aldus ook op strafrechtelijk vlak, althans voor dit soort drukpersmisdrijven, van de getrapte verantwoordelijkheid opnieuw toepassing worden gemaakt.

Tien jaar na het baanbrekende cassatie-arrest van 31 mei 1996 kregen zowel de *ratio legis* als de effectieve toepassing van art. 25, lid 2 GW opnieuw belangrijke ruggensteun met een **arrest van 22 maart 2006 van het Arbitragehof**<sup>21</sup>. Het Arbitragehof verwees naar het arrest van het Hof van Cassatie van 31 mei 1996 en benadrukte dat de regel van de getrapte verantwoordelijkheid aan de uitgevers, drukkers en verspreiders het voorrecht biedt om zich aan elke aansprakelijkheid (zowel strafrechtelijke als burgerrechtelijke) te kunnen onttrekken wanneer de schrijver bekend is en zijn woonplaats in België heeft. Het Arbitragehof benadrukte dat het een 'essentieel element van de grondwettelijke bescherming van de persvrijheid' betrof volgens hetwelk een **journalist exclusief aansprakelijk is voor een door hem gepubliceerde tekst, ook al is hij werknemer bij een persgroep of uitgeverijbedrijf**. De verantwoordelijkheid in perszaken met toepassing van artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet<sup>22</sup> bij de werkgever of het mediabedrijf leggen zou manifest in

---

<sup>17</sup> Cass. 4 december 1952, *Arr. Cass.* 1953, 195 en de rechtspraak aangehaald in Dirk Voorhoof, "De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?", *R.Cass.* 1996, 385-386.

<sup>18</sup> Sinds de grondwetswijziging van 1994 is art. 18 GW hernummerd tot art. 25 GW. Art. 14 betreffende o.a. de vrijheid van meningsuiting werd art. 19 GW en art. 98 betreffende de bevoegdheid van het hof van assisen voor o.a. drukpersmisdrijven werd art. 150 GW.

<sup>19</sup> Dirk Voorhoof, "Racisme op Internet : de correctionele rechtbank is voortaan bevoegd !", Noot onder *Corr. Brussel* 22 december 1999, *Auteurs & Media*, 2000/1-2, 137-138 en Dirk Voorhoof, "Aanzet tot racisme via Internet. Drukpersmisdrijf of geen drukpersmisdrijf : de correctionele rechtbank is bevoegd", Noot onder *Brussel* 27 juni 2000, *Auteurs & Media*, 2001/1, 144-147.

<sup>20</sup> Voor een overzicht zie Dirk Voorhoof en Peggy Valcke, *Handboek Mediarecht*, Larcier 2014, 113-167.

<sup>21</sup> Arbitragehof 22 maart 2006 (nr. 47/2006), *Auteurs & Media* 2006/3, 290, met noot Koen Lemmens; Dirk Voorhoof, "Getrapte verantwoordelijkheid geldt ook voor journalist-werknemer", *Juristenkrant* 2006/128, 17 en *Brussel* 31 mei 2005, *Auteurs & Media* 2005/4, 322. Het toenmalige Arbitragehof is omgevormd tot het Grondwettelijk Hof.

<sup>22</sup> Volgens artikel 18 van de arbeidsovereenkomstenwet (van 3 juli 1978) is een werknemer, die bij de uitvoering van zijn overeenkomst schade berokkent aan derden, enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zijn zware schuld. Voor lichte fout is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt. Met toepassing van artikel 18 AOW meenden twee journalisten van de krant *Le Soir* dat zij van aansprakelijkheid moesten worden vrijgesteld, aangezien zij werknemers waren bij de krant en aangezien er geen sprake was van bedrog, zware schuld of gewoonlijk voorkomende lichte schuld naar aanleiding van een lasterlijke of onrechtmatige publicatie. Zie ook Dirk Voorhoof, "Getrapte verantwoordelijkheid geldt ook voor journalist-werknemer", *De Juristenkrant* 2006/128, 16-17. De doorwerking van art. 25, lid 2 GW geldt overigens ook ten aanzien van art. 1384 BW dat de aansprakelijkheid bij de persoon legt die instaat voor anderen of anderen heeft aangesteld, wanneer de schade is berokkend door hun dienstboden of aangestelden in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben. Ook in geval de auteur, schrijver of journalist een aangestelde is in

tegenspraak zijn met artikel 25, lid 2 van de Grondwet. Dan zou de journalist het risico lopen dat zijn geschriften door zijn werkgever worden gecensureerd, aangezien die ervoor aansprakelijk zou zijn, terwijl het vermijden of voorkomen van de privé-censuur net het basisopzet is van art. 25, lid 2 GW. Het arrest van het Arbitragehof bevatte overigens wel een hint om artikel 25, lid 2 GW te actualiseren: het Hof vestigde er de aandacht op dat de actuele situatie van journalisten als werknemers met arbeidsovereenkomst wel erg verschilde van die in 1831. Maar het Hof liet er geen onduidelijkheid over bestaan dat het niet bevoegd was om 'een keuze van de Grondwetgever in het geding te brengen'.

Een vierde belangrijke ontwikkeling in de rechtspraak volgde kort daarop<sup>23</sup>. Men name is geleidelijk aan de rechtspraak de notie "drukkersmisdrif" ook gaan toepassen in geval van **strafbare teksten die zijn openbaar gemaakt via het internet**. Volgens een arrest van 14 juni 2011 van het hof van beroep te Gent, en korte tijd later volgens **twee arresten van het Hof van Cassatie d.d. 6 maart 2012**, gevolgd door een cassatiearrest van 29 oktober 2013, levert laster, eerroof of beledigingen (art. 443-448 Sw.) geuit via (tekst via) weblogs, online nieuwsgroepen, internetfora of websites de kwalificatie drukkpersmisdrif op zoals bedoeld in art. 150 GW. Meteen betekent dit in de praktijk de feitelijke straffeloosheid van laster, eerroof of beledigingen via openbare onlinepublicaties, want reeds ruim 70 jaar worden in België geen vervolgingen meer ingesteld voor het hof van assisen wegens drukkpersmisdrif<sup>24</sup>. Het gevolg hiervan is dat in plaats van het indienen van een strafklacht en het instellen van strafrechtelijke vervolging, doorgaans burgerlijk wordt gedagvaard tegen lasterlijke, eerroevende of beledigende perspublicaties op basis van art. 1382 BW, toepassing makend van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. Op die manier werd, in navolging van het cassatie-arrest van 31 mei 1996, in toenemende mate in civiele zaken omtrent aansprakelijkheid voor perspublicaties en teksten via internet toepassing te worden gemaakt van de getrapte aansprakelijkheid zoals bepaald in art. 25, lid 2 GW<sup>25</sup>.

Er is nog een **vijfde ontwikkeling** in de rechtspraak die zorgde voor een ruimer toepassingsgebied van art. 25, lid 2 GW. Sinds de kogel door de kerk was met het cassatie-arrest van 31 mei 1996 is de rechtspraak in verband met onrechtmatige daad in toepassing van art. 1382 BW gaandeweg de getrapte verantwoordelijkheid in civiele procedure gaan toepassen in zaken **buiten de quasi-delictuele aansprakelijkheid, en dus in verband met onrechtmatige uitingen die niet als drukkpersmisdrif te beschouwen zijn**. Deze loskoppeling tussen art. 25, lid 2 GW en art. 150 GW heeft zich geleidelijk doorgezet, waardoor aan de notie "drukkpersmisdrif" van art. 150 GW vaak geen bijzondere betekenis meer wordt toegekend in civiele zaken voor wat de toepassing van art. 25, lid 2 GW betreft. De burgerlijke rechtspraak lijkt daarmee de visie te onderschrijven "dat de getrapte

---

de zin van art. 1384 BW moet toch toepassing worden gemaakt van art. 25, lid 2 GW, met dus de exclusieve aansprakelijkheid van de auteur/schrijver of journalist als deze bekend is en zijn woonplaats in België heeft.

<sup>23</sup> Zie hierover Bram Delbecq, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrif in België, 1831-1914*, Doctoraal proefschrift, Kortrijk, KULeuven, 2010 en Bram Delbecq, "De lange schaduw van de grondwetgever. Perswetgeving en persmisdrif in België, 1831-1914", *Auteurs & Media* 2010/5-6, 458-465.

<sup>24</sup> Op één uitzondering na die evenwel niet geleid heeft tot een veroordeling wegens een drukkpersmisdrif: Hof van assisen Bergen 28 juni 1994, *JLMB* 1994, 520, noot F. JONGEN, "Un délit de presse devant la Cour d'assises".

<sup>25</sup> Zie Dirk Voorhoof, 'De notie drukkpersmisdrif van de 19<sup>de</sup> naar de 21<sup>ste</sup> eeuw : internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers', Noot onder Gent 14 juni 2011 en Cass. 6 maart 2012, *Auteurs & Media* 2012/2-3, 254-259 en Dirk Voorhoof, "Strafbare uitingen op internet, de kwalificatie drukkpersmisdrif en het misdrif belaging", Noot onder Corr. Antwerpen 30 maart 2012 en Corr. Antwerpen 2 mei 2012, *Auteurs & Media* 2012/5, 484-486. Zie ook Hannes Cannie, 'Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken: een stand van zaken', *Auteurs & Media* 2009/1-2, 192-201.

verantwoordelijkheid moet worden losgekoppeld van het drukpersmisdrijf en worden uitgebreid tot alle onrechtmatige journalistiek, los van het eventueel strafbare karakter ervan”<sup>26</sup>.

Door eerst art. 25, lid 2 GW toepassing te laten vinden in geval van quasi-delictuele aansprakelijkheid voor perspublicaties in civiele procedures (Cass. 31 mei 1996), door drukpersmisdrijven die zijn ingegeven door racisme of xenofobie effectief strafrechtelijk te vervolgen via de correctionele rechtbanken met toepassing van de getrapte verantwoordelijkheid (GW-wijziging 1999), door de toepassing van de getrapte aansprakelijkheid in perszaken te bevestigen ook indien de journalist een werknemer (of aangestelde) is, met benadrukking van de *ratio legis* van art. 25, lid GW tot het voorkomen van privé-censuur door uitgevers, drukkers of verspreiders (Arbitragehof 22 maart 2006), door de notie drukpersmisdrijf en de ermee verbonden regel van de getrapte verantwoordelijkheid ook te laten gelden voor teksten op internet (Cass. 6 maart 2012) en door vervolgen van getrapte verantwoordelijkheid (bijna) veralgemeend toe te passen in civiele procedures betreffende alle onrechtmatige uitingen via pers en internet, los van de notie drukpersmisdrijf en losgekoppeld van de quasi-delictuele aansprakelijkheid, heeft de regel van de getrapte verantwoordelijkheid in de praktijk een ‘revival’ gekregen, vooral dus voor wat de civielrechtelijke aansprakelijkheid betreft van onrechtmatige uitingen via teksten openbaar gemaakt via de pers en internet.

### **... maar de toepassing van de getrapte aansprakelijkheid toch nog een beperkt toepassingsgebied kent**

Bij de **strafrechtelijke vervolging** van journalisten en/of uitgevers omwille van feiten die niet als drukpersmisdrijf te kwalificeren zijn (zoals bv. bij de strafbare publicatie van een foto van een minderjarige in strijd met art. 433bis Sw., de publicatie van identiteitsinformatie van slachtoffers van seksuele delicten (art. 378bis Sw.), seksadvertenties in krant, strafbare weigering tot publicatie recht van antwoord, inbreuken op het auteursrecht en de naburige rechten ) vindt de regel van de getrapte verantwoordelijkheid geen toepassing. Er is dus geen exclusieve aansprakelijkheid van de auteur of schrijver in geval van vervolging voor de correctionele rechtbank van **publicatiemisdrijven, drukkerijmisdrijven of uitzendmisdrijven**, waardoor naast de auteur of schrijver, ook andere personen kunnen worden vervolgd (uitgever, directeur, producent van het programma).

In geval van strafrechtelijke vervolging vindt art. 25, lid 2 GW effectief enkel toepassing bij de correctionele vervolging van **drukpersmisdrijven (inclusief voor teksten via internet) die ingegeven zijn door racisme of xenofobie**<sup>27</sup>. Een zeer beperkt toepassingsgebied dus voor wat de strafvervolging betreft, en dus ook een beperkte weerslag op het vermijden van privé-censuur door uitgevers, drukkers of verspreiders, uitgerekend bovendien op het domein van “*hate speech*” waar

---

<sup>26</sup> Hannes Cannie, “Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken: een stand van zaken”, *Auteurs & Media* 2009/1-2, 198-200, waarin aan de hand van verschillende voorbeelden uit de rechtspraak een “veralgemeende toepassing van de getrapte verantwoordelijkheid” wordt vastgesteld, ook in zaken waarin geen sprake is van quasi-delictuele fout. Zie ook Quentin Van Enis, *Repenser la liberté de la presse à l’heure de la convergence technologique, Doctoraal proefschrift*, Université de Namur, 2014 60-62, die deze ontwikkeling aanmerkt als een “*décloisonnement*”, een loskoppeling van de waarborgen bedoeld in art. 25 GW en de notie drukpersmisdrijf in relatie tot de bevoegdheid van het hof van assisen in art. 150 GW.

<sup>27</sup> Door het feit dat ook toepassing kan worden gemaakt van art. 22 van de Antiracismewet kunnen evenwel ook andere personen worden gestraft die niet zelf de auteur of de schrijver zijn van de gewraakte teksten, nl. degenen die behoren tot of medewerking verlenen aan een groep of vereniging die in het openbaar, kennelijk en herhaaldelijk discriminatie of segregatie wegens nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst of nationale of etnische afstamming verkondigt, bv. door middel van gedrukte teksten. Voor een toepassing zie Gent 21 april 2004, *Auteurs & Media* 2004/2, 170 en Cass. 9 november 2004, *Auteurs & Media* 2005/1, 24 en Dirk Voorhoof, “Het Vlaams Blok-arrest: de antiracismewet is geen loutere symboolwet”, *TvMR* 2004/2, 9-11.

het toezicht of de controle door de uitgever, drukker of (internet)verspreider onder bepaalde voorwaarden kan worden verantwoord<sup>28</sup>.

Ter **relativering** van de doorwerking van de regel van de **getrapte verantwoordelijkheid in civiele procedures** dient te worden opgemerkt:

- dat nog steeds volgens sommige rechtspraak art. 25, lid 2 GW enkel toegepast kan worden ingeval de feiten ook voor de civiele rechter als drukpersmisdrif te kwalificeren zijn in het kader van de quasi-delictuele aansprakelijkheid. M.a.w. een vordering louter op basis van artikel 1382 BW waarbij de feiten enkel als een onrechtmatige daad worden gekwalificeerd, betreft niet de civielrechtelijke “vervolgning” van een drukpersmisdrif en induceert dus niet de toepassing van de getrapte verantwoordelijkheid<sup>29</sup>;
- dat dit niet uitsluit dat ook de **hoofredacteur, eindredacteur en/of uitgever mee aansprakelijk** kunnen worden gesteld als medeauteur of wanneer zij zelf een bijdrage hebben geleverd aan het onrechtmatige karakter van de publicatie<sup>30</sup> ;
- dat de uitgever, het mediabedrijf, een internetplatform of internetprovider kan worden gedagvaard in het kader van **andere procedures**, zoals bijvoorbeeld in het kader van een vordering voor de kortgedingrechter of in het kader van een stakingsvordering in toepassing van de bepalingen van het Wetboek economisch recht of in toepassing van de Antiracismewet (art. 18), de Antidiscriminatiewet (art. 20) of de Genderwet (art. 15);
- dat van de regel van de getrapte verantwoordelijkheid geen toepassing wordt gemaakt voor strafbare of onrechtmatige uitingen via **audiovisuele media**<sup>31</sup>;
- dat bij de publicatie of verspreiding van **beelden, tekeningen, foto's en spotprenten** evenmin de regel van de getrapte verantwoordelijkheid wordt toegepast;
- dat de toepassing van de regel van de getrapte verantwoordelijkheid bij uitingsdelicten of onrechtmatige teksten **via Internet** problematisch of onduidelijk is<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> EHRM (Grote Kamer) 16 juni 2015, *Delfi AS t. Estland*.

<sup>29</sup> Gent 20 september 2006, *Auteurs & Media* 2007/4, 386 en Rb. Brussel 25 april 2008, *Auteurs & Media* 2008/3, 225. Zie hierover ook Hannes Cannie, “Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken: een stand van zaken”, *Auteurs & Media* 2009/1-2, 198-200. Voor een toepassing, zie het vonnis van de rechtbank te Brussel van 14 februari 2011, met daarin de overweging: “Opdat de regel van de getrapte verantwoordelijkheid van toepassing zou zijn, dient het verweten feit als een drukpersmisdrif gekwalificeerd te kunnen worden in het kader van de quasi delictuele aansprakelijkheid. Wanneer een vordering louter op artikel 1382 BW gesteund is, betekent dit niet noodzakelijk dat het om een civielrechtelijke vervolging van een drukpersmisdrif gaat en is de getrapte verantwoordelijkheid hier dan ook niet van toepassing”: Rb. Brussel 14 februari 2011, *Auteurs & Media* 2011/3, 391.

<sup>30</sup> Cass. 29 juni 2000, *Journ.proc.* 2000/398, 24, noot François Tulkens en Alain Strowel, *Auteurs & Media* 2000/4, 443, noot Eric Brewaeys en R. Cass. 2001/1, 35, noot Dirk Voorhoof en Rb. Brussel 14 februari 2011, *Auteurs & Media* 2011/3, 391. Zie ook Jogchum Vrieling, “Cascadeaansprakelijkheid, onjuiste berichtgeving en de Antiracismewet”, *Auteurs & Media* 2014/3-4, 210-220.

<sup>31</sup> Van de schrijver, uitgever of drukker is immers in deze context geen sprake en bovendien sluit de rechtspraak radio en televisie uit van de grondwettelijke waarborgen vervat in art. 25 en art. 150 GW.

<sup>32</sup> Een regeling inzake de aansprakelijkheid van Internetproviders is uitgewerkt in de zgn. Richtlijn “e-commerce”: Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt (art. 12-15) en in het Wetboek economisch recht, Boek XII Recht van de elektronische economie (art. XII.17-XII.20). Zie ook Sandrien Mampaey en Evi Werkers, “Drukpersmisdrijven in

## Hoe nu verder met een eventuele herziening van art. 25, lid 2 GW?

Met het (andermaal) voor herziening vatbaar verklaren van **art. 25, lid 2 van de Grondwet** stelt zich nu opnieuw de vraag of de Grondwetgever de kans moet te baat nemen om de regel van de getrapte aansprakelijkheid in perszaken, waarvan de kenmerken, de ontwikkelingen en een aantal knelpunten hierboven werden gesitueerd, **te actualiseren, uit te breiden, in te krimpen of gewoon af te schaffen**.

De vraagstelling kan op verschillende manieren worden geformuleerd:

- 1.- Zijn er voldoende pertinente redenen om vast te houden aan de regel van de getrapte aansprakelijkheid voor de toepassingen die de regel nu kent, zoals hierboven geschetst? Anders uitgedrukt: zijn er gegronde redenen om aan te nemen dat de regel van de getrapte aansprakelijkheid toegepast op teksten die via de pers en internet worden openbaar gemaakt ook effectief een dam opwerpt **tegen privé-censuur** van uitgevers, drukkers en verspreiders?
- 2.- Indien het antwoord positief is op deze vraag, stelt zich de vraag of er **aanpassingen** nodig of wenselijk zijn aan de manier waarop de regel is geformuleerd, m.a.w. wordt vastgehouden aan de volgorde en de begrippen “schrijver, uitgever, drukker en verspreider”, en *quid* met de voorwaarde dat de uitgever, drukker of verspreider achtereenvolgens enkel aansprakelijk kunnen worden gesteld als de schrijver “bekend is en zijn woonplaats in België heeft”.
- 3.- Indien het antwoord positief is op de eerste vraag stelt zich de volgende vraag naar de wenselijkheid tot **uitbreiding van het toepassingsgebied** van de getrapte verantwoordelijkheid op die domeinen waar de regel tot nu geen toepassing vindt (**radio, televisie, audiovisuele mediadiensten, prenten/tekeningen, auditieve boodschappen en beelden via internet**), in lijn dus met de verzuchting van de preconstituante tot het uitbreiden van de waarborgen van de drukpers tot “de andere informatiemiddelen”.
4. Indien de wenselijkheid van een aanpassing en een uitbreiding van het toepassingsgebied van de grondwettelijke regel van de getrapte verantwoordelijkheid zou blijken dient vervolgens ook de vraag te worden beantwoord of een dergelijke aanpassing/uitbreiding in overeenstemming is met internationaal rechtelijke verplichtingen, en met name met de **Europese regelgeving betreffende internetaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van audiovisuele mediadiensten**.
5. Mocht tenslotte worden gekozen voor een niet uitbreiding van de regel van de getrapte verantwoordelijkheid voor radio, televisie, audiovisuele mediadiensten en internettoepassingen, stelt zich de vraag of het behoud van de getrapte aansprakelijkheid voor enkel strafbare of onrechtmatige teksten via de (druk)pers en internet nog verantwoord kan worden voor enkel dit **bepaalde toepassingsgebied**. Op die manier belanden we terug bij vraag 1, waarop eventueel ook een negatief antwoord mogelijk is. Dit zou impliceren dat men *tabula rasa* maakt van art. 25, lid 2 GW, dan wel een nieuw systeem van aansprakelijkheid grondwettelijk vastlegt, met een ruim toepassingsgebied of toegespitst op situaties waar effectief privé-censuur dreigt door uitgevers of internet platforms.

---

de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 Gw.”, *Auteurs & Media* 2010/2, 147-160 en C. De Gallatay, “Les responsabilités liées aux messages postés sur Internet: l’extension du régime de l’exonération de responsabilité des intermédiaires aux acteurs du web 2.0.”, *Auteurs & Media* 2013/3-4, 166-182 en Quentin van Enis, *Repenser la liberté de la presse à l’heure de la convergence technologique*, *Doctoraal profefschrift*, Université de Namur, 2014, xxx.

Evenwel, voor zover men zich dient te houden aan de **intentieverklaring van Kamer, Senaat en regering (preconstituante)** dat een eventuele aanpassing ertoe moet leiden om de waarborgen in verband met de drukpers “uit te breiden tot de andere informatiemiddelen”, kan een aanpassing enkel in de richting gaan van een uitbreiding van art. 25, lid 2 GW en staat het inkrimpen, afschaffen of anderszins wijzigen van art. 25, lid 2 GW niet op de agenda. In dat geval zijn enkel vraagstelling 3 en 4 aan de orde.

### Commentaar, beschouwingen en andere voorstellen tot het verbeteren van (de waarborgen inzake) de expressie- en informatievrijheid

Hier zal ik enkele voorstellen/pistes/thema's formuleren ter optimalisering van het regulerend kader ivm de media- en expressievrijheid

- depenalisatie van laster, eeroof en belediging (zie PACE en rechtspraak EHRM)
- anti-slapp of andere maatregelen tegen procesmisbruik iqv intimiderende vorderingen tegen (onderzoeks)journalisten (zie voorbeelden Apache)
- einde maken aan eenzijdig verzoekschrift tot publicatie/uitzendverbod in mediazaken
- creëren van wat het EHRM noemt een “enabling environment”, bescherming journalisten tegen geweld en intimidatie, stimuleren van pluralisme in de media en steun aan projecten en platforms van onderzoeksjournalistiek en journalistieke ethiek (RaadvdJournalistiek, Conseil de déontologie), betere sociale bescherming van werknemers-journalisten en freelancers, stimuleren van redactiestatuten die onafhankelijkheid van redacties beogen
- het niet verder afbouwen van het grondwettelijk recht op openbaarheid van bestuur, want GWHof is de voorbije jaren al een paar keer op de bres moeten springen om de wetgevers in dit land terug te fluiten wegens te verregaande inperking van het GW recht op toegang tot bestuursdocumenten. Al jaren wordt aangedrongen op vluggere en betere procedures voor WOBEN door journalisten, afschaffen van absolute uitzonderingsgronden en meer actieve openbaarheid van bepaalde overheidsdiensten en ministeries.
- bronnengeheim niet inperken, ook tov inlichtingen- en veiligheidsdiensten, garanties iqv bulk surveillance (cfr. EHRM Big Brother Watch ea t. UK)
- opgepast met wetsvoorstel ivm geclassificeerde informatie
- bescherming klokkenluiders, oa in toepassing nieuwe EU-richtlijn + toepassingsgebied uitbreiden tot buiten EU-recht
- alerte en correcte implementatie van de rechtspraak van het EHRM ivm art. 10 EVRM (en training van ambtenaren, politie, parketten en magistraten ivm rechtspraak EHRM)

(..)

### Slotbeschouwing

De Grondwetgever van 1831 heeft in art. 25 GW de boodschap geïntegreerd dat hoe dan ook de censuur “nooit” mag worden ingevoerd, zijnde een belangrijke en nadrukkelijke morele, maar juridisch-niet afdwingbare oproep om “nooit” het censuurverbod van art. 25, lid 1 GW op te heffen. De Grondwetgever hecht niet hetzelfde belang aan de regel van de getrapte verantwoordelijkheid, want art. 25, lid 2 GW bevat niet de oproep tot alle toekomstige grondwetgevers om de grondwettelijke regel van de getrapte aansprakelijkheid, te beginnen met de schrijver en vervolgens de uitgever, de drukker en de verspreider, onaangeroerd te laten.

Bovendien doet België het niet slecht op het vlak van de persvrijheid. Volgens de ranking door Reporters zonder Grenzen (RSF) zit België al sedert 2017 in de top tien van de landen met de beste waarborgen en praktijk inzake pers- en expressievrijheid. Vijf jaar geleden zat België niet eens in de top 20. België bevindt zich nu drie opeenvolgende jaren net achter de Scandinavische landen en Nederland, Zwitserland en Nieuw Zeeland. In 2019 is België van plaats 7 naar 9 gezakt, nu ook Jamaica net iets beter doet dan België volgens de RSF-barometer. Deze verworven top tien-plaats is

uiteraard prima, al kan het dus nog stukken beter vooraleer we tussen Noorwegen, Finland, Zweden, en Denemarken terechtkomen.

Het feit dat we op enkele jaren van plaats 23 binnen de top tien zijn geraakt kan ook te maken hebben met de situatie in een reeks andere landen, waar het met de pers- expressie- en internetvrijheid achteruit gaat. Of België deze top tien positie mede te danken zou hebben aan art. 25, lid 2 GW, is evenwel zeer de vraag. Dat België deze top tien positie dreigt te verliezen door art. 25, lid 2 GW op te heffen, is allermint vanzelfsprekend. Zoals hierboven aangestipt zijn er ongetwijfeld andere factoren die een veel belangrijker rol spelen bij het waarborgen en stimuleren van een hoge mate van pers- en expressievrijheid. Laat daar de (grond)wetgever en de rechtspraak mede in toepassing van art. 10 EVRM vooral daarop inzetten.

**Eindadvies:** Art. 25, lid 1 GW als volgt: *“De media zijn vrij: de censuur kan nooit worden ingevoerd” en art. 25, lid 2 GW (voorlopig) ongewijzigd laten .*

De regel van de getrapte verantwoordelijkheid leidt dan wel tot een paradoxale situatie: een regel die journalisten beoogt te beschermen tegen censuur, impliceert dat zij zelf en niet de uitgever alle verantwoordelijkheid over zich krijgen en (civielrechtelijk) veroordeeld kunnen worden ingeval van foutieve, schadeverwekkende berichtgeving. Laat het nu uitgerekend de uitgevers of directies van kranten en weekbladen zijn die door hun redactioneel beleid en organisatie van de redacties (mee) aan de basis liggen van foute of onrechtmatige berichtgeving of onzorgvuldige journalistiek<sup>33</sup>. Het is dus zeer de vraag of de *ratio* achter de regel van de getrapte verantwoordelijkheid als grondwettelijke waarborg voor de persvrijheid uitgedacht in 1831, nl. het vermijden van privé-censuur, in de huidige context van de media en de journalistiek nog stand kan houden. Hier schuilt echter een nieuwe paradox: recente ontwikkelingen in de media- en internetomgeving, inclusief internetplatforms en sociale media, wijzen op een toegenomen monitoring, controle en inmenging op allerlei inhoud, alsmede het blokkeren of verwijderen van online content. Deze inmenging in de expressie- en informatievrijheid gebeurt niet door de overheid<sup>34</sup>, maar door private actoren met sterke tot dominante posities in de sector van online media, internetproviders, sociale media en internetfora. De vraag is dan of toch niet via grondwettelijke waarborgen deze nieuwe vormen van privé-censuur moeten worden ingedamd of toch minstens aan strenge voorwaarden worden onderworpen<sup>35</sup>. Of is hier juist flexibiliteit op zijn plaats waardoor eerder de gewone wetgever én de rechtspraak (in toepassing van het EU-recht en de rechtspraak in toepassing van art. 10 EVRM<sup>36</sup>) in voldoende mate de gevaren van privé-censuur kunnen helpen ontwijken?

---

<sup>33</sup> Dirk Voorhoof, “De regel van de getrapte verantwoordelijkheid: van de 19de naar de 21ste eeuw?”, *R.Cass.* 1996, 385-389; Koen Lemmens, “Het Arbitragehof oordeelt dat enkel de journalist aansprakelijk is voor zijn geschriften”, *Auteurs & Media* 2006/3, 292; Jan Ceuleers, “Hoogst wenselijk: een herkeuring van het Belgisch persrecht”, *Auteurs & Media* 2006/5-6, 409-410; Hannes Cannie, “Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken: een stand van zaken”, *Auteurs & Media* 2009/1-2, 192-201 en Sandrien Mampaey en Evy Werkers, “Drukpersmisdrijven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 Gw.”, *Auteurs & Media* 2010/2, 147-160.

<sup>34</sup> Hoewel in sommige landen de overheid deze toenemende vorm van privé-censuur stimuleert naar aanleiding van specifieke wetgeving tot het bestrijden van zgn. ‘fake news’, ‘hate speech’ of terrorisme:

<sup>35</sup> *Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries*, 7 March 2018, <[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14)>.

<sup>36</sup> Zie Eva Lievens en Dirk Voorhoof, “Internetportalen niet aansprakelijk voor de verspreiding van beledigende – maar niet ‘duidelijk onrechtmatige’ – commentaren van gebruikers”, *Mediaforum* 2016/7, 182-185.

Tom Bauwens  
Advocaat  
Eubelius

**“Naar een adequaat vervolgingsstelsel voor drukpersmisdrijven.”**

**De effectieve vervolging en bestraffing van misbruiken van de vrijheid van meningsuiting vormen de beste bescherming en hoogste erkenning ervan.**

*“Vrije meningsuiting mag niet worden aangetast,  
zij is boven alles vrij, maar dient niet onaantastbaar te zijn”.*

*“When men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe  
... that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the  
competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes can  
safely be carried out.*

*That, at any rate, is the theory of Constitution.  
It is an experiment, as all life is an experiment.”*

Justice Wendell concurring opinion

US Supreme Court, November 1919

Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919)

*“The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot  
be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.”*

Oliver Holmes Jr. (1881)

*“The provisions of the Constitution are not mathematical formulas that have their essence in  
form, they are organic, living institutions transplanted from [the] soil. Their significance is  
vital, not formal; it is to be gathered not simply by taking the words and a dictionary but by  
considering their origin and the line of their growth.”*

Gompers v United States, 233 U.S. 604, 610 (1914)

In november 1919 definieerde de Amerikaanse rechter in het Hooggerechtshof Wendell de grondslagen van de vrijheid van meningsuiting. Exact 100 jaar later dient de Belgische Senaat zich te buigen over twee Grondwetsartikelen die binnen onze rechtstaat een specifieke vorm van de vrijheid

van meningsuiting beschermen: de meningen en opinies geuit door geschriften waaraan openbaarheid wordt gegeven.

Hoger aangehaalde citaten gelden als bevestiging en herinnering dat het recht, de wet, en ook de Grondwet, geen vast-gebeitelde dogma's mogen of kunnen uitmaken. Zij dienen, net als mens en maatschappij, te evolueren, waarbij met een kritische blik de intentie van de oorspronkelijke grondwetgever moet worden geplaatst tegenover de hedendaagse, geëvolueerde maatschappij. Deze nood aan analyse en zo nodig aanpassing heeft zowel betrekking op de notie "drukkers" (art. 25 G.W.), en de beperktheid van het begrip, als de procedurele waarborgen die worden voorzien (art. 150 G.W.).

Het opzet van voorliggende bijdrage is gericht op een analyse van de procedurele waarborgen die de grondwetgever vervatte in artikel 150 G.W. Het past evenwel, kort, stil te staan bij het andere voor herziening vatbare verklaarde artikel uit onze grondwet, waaraan gemeenzaam de definitie van drukpersmisdrijf wordt toegewezen, hoewel artikel 25 G.W. deze definitie niet vervat en enkel stelt dat drukpers vrij van censuur dient te zijn, om vervolgens een getrapte verantwoordelijkheid in te voeren.

De notie drukpers werd, noodgedwongen en bij gebreke aan definitie in de wet, door het Hof van Cassatie gedefinieerd als "de inbreuk op de strafwet d.m.v. een mening die wordt geuit via de pers en waaraan een zekere openbaarheid wordt gegeven" (Cass. 17 januari 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 309).

Waar aanvankelijk een letterlijke interpretatie werd gevolgd, en het diende te gaan om elke vorm van publicatie waardoor geschriften kunnen worden gepubliceerd door middel van methoden die met de drukpers gelijkenissen vertonen (Cass. 25 oktober 1909, *Pas.*, 1909, I, 416) evolueerde de rechtspraak naar elk mechanisch of chemisch procedé waardoor strafbare meningsuitingen in een groot aantal exemplaren kan worden vermenigvuldigd, ook als drukpers wordt beschouwd (Brussel, 1 juni 1991, *Rev. Dr. Pén.*, 1991, 131). Daarbij geldt dat het drukpersmisdrijf niet beperkt is tot strafbare uitlatingen van de pers doch elke vorm van meningsuiting die de grenzen van het toelaatbare overschrijdt.

Expressievormen die geen uiting krijgen via een "geschrift", worden uitgesloten zodat tekeningen, beelden, schetsen of cartoons niet onder de kwalificatie kunnen vallen, tenzij deze beelden een geschrift begeleiden en hieraan hun delictueel karakter ontleiden (Cass. 2 maart 1964, *Pas.*, 1964, I, 697). In de meest recente evolutie interpreteerde het Hof van Cassatie tot slot de notie "geschrift" op dergelijke wijze dat een fysiek gedrukte tekst niet langer onontbeerlijk is, waardoor de drukpersmisdrijven van toepassing werden op de gehele digitale wereld (Cass. 6 maart 2012, Nr.

P.11.1374,N) waarbij anderzijds ook de notie "mening" werd verduidelijkt als elke mening of opinie waarbij het niet noodzakelijk is dat deze mening enige maatschappelijke relevantie of gewicht heeft (*Ibidem.*). Een banale tweet werd aldus onder het toepassingsgebied van artikel 25 G.W. gebracht en is, zo blijkt, praktisch vogelvrij.

Indien de rechtspraak zich aan de evolutie van de maatschappij aanpaste, botste zij ook op limieten. Behoudens hoger aangehaalde uitzondering (die reeds van vergaande creativiteit met de woorden van de grondwet getuigd) blijven beelden, tekeningen, schetsen en cartoons buiten schot en zijn ook radio en televisie, alsmede Youtube-filmpjes en hun gelijken, niet onder het raamwerk van artikel 25 G.W. te brengen. Daarbij heeft ook het in artikel 25 § 2 G.W. ontwikkelde cascadesysteem, zeker in de digitale wereld, elke relevantie verloren.

Kortom, artikel 25 G.W. zelfs op de wijze waarop het thans in de praktijk wordt toegepast en geïnterpreteerd, laat vanuit zijn historische oorsprong in onze actuele digitale maatschappij een leemte na die niet naar recht, noch naar rede, laat staan naar redelijkheid, verantwoord is. De vraag moet derhalve worden gesteld of het artikel niet eerder dient te worden afgeschaft, rekening houdende met de bescherming van de vrijheid van mening in algemene termen in artikel 19 G.W., alsmede in talloze internationale verdragen, waaronder, met rechtstreekse werking, artikel 10 E.V.R.M.

Samen met Ceuleers valt een afschaffing van artikel 25 G.W., gepaard met een aanpassing en aanvulling van artikel 19 G.W., te verkiezen. Ceuleers stelt hierbij voor artikel 19 G.W. te beperken tot de vrijheid van meningsuiting, doch ten opzichte van de huidige vorm ruimer op te vatten en te definiëren, waarbij anderzijds de overige rechten (vrijheid van eredienst en uitoefening van eredienst) worden ondergebracht in een nieuw artikel (artikel 25 G.W. kan hiertoe worden gerecupereerd).

Naar analogie met internationale verdragen, zou artikel 19 G.W. dan luiden:

*“§1 De vrijheid van meningsuiting is gewaarborgd. Dit recht omvat de vrijheid een mening te hebben en te uiten, de vrijheid van informatie en denkbeelden te vergaren en te verspreiden, zonder inmenging, ongeacht het medium en ongeacht grenzen.*

*§2 Alleen de wet of het decreet kunnen aan de uitoefening van dit recht voorwaarden of beperkingen verbinden, echter uitsluitend als die noodzakelijk zijn voor de veiligheid van het land, de bescherming van de openbare orde en de goede zeden, of voor de bescherming van de gezondheid, de goede naam en het recht van anderen om de verspreiding van vertrouwelijke*

*gegevens te voorkomen, of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen” (J. CEULEERS, o.c., 409).*

Wetstechnisch is de ingreep alvast logisch, nu het verdedigbaar is het geheel van aspecten verbonden aan vrije meningsuiting onder te brengen in één artikel, de beschermde waarde is essentieel genoeg om gecentraliseerd en eenduidig te worden bevestigd. Ook rechtsfilosofisch kan de wijziging overtuigen: de bescherming én de erbij horende limieten en verantwoordelijkheden, worden van toepassing op elke burger, elke vorm van meningsuiting, via welk procedé dan ook. Beelden, woorden, geschriften, tekeningen en welk potentieel ander procedé, openbaar gemaakt via welk communicatiemiddel dan ook: allen gelijk voor de wet, waardoor de uitwerking van het nieuwe artikel 19 G.W. de bevestiging van het principe vervat in artikel 10 G.W. uitmaakt.

Voorgestelde schrapping van artikel 25 G.W., gecombineerd met een aanpassing van artikel 19 G.W. (dat evenwel niet tot herziening vatbaar werd verklaard tot op heden), brengt naast duidelijkheid ook de automatische oplossing op het vlak van de thans bestaande problematiek van inadequate (lees: afwezigheid van) vervolgingen van drukpersmisdrijven omwille van de procedurele bescherming vervat onder artikel 150 G.W.

Vanuit de organisatie van het door de Senaat georganiseerde colloquium werd mij een werktitel toebedeeld waarin de term “vervolgingssysteem” zit vervat. Iets wat provocerend, doch welbewust en overwogen, zal ik pogen in wat volgt aan te tonen dat ons Belgisch wettenarsenaal reeds dergelijk “systeem” kent onder de vorm van het strafwetboek en het wetboek van strafvordering en dat dit algemeen geldende systeem veelal (en alle kritiek ten spijt), werkt en adequaat is. Hoewel historisch te begrijpen, ben ik de mening toegedaan dat het maken wel welk “systeem” dan ook, dat een apart regime voorziet tot vervolging en berechting van een specifieke vorm van wanbedrijven die worden weggehaald bij hun natuurlijk rechter, geen rechtvaardige grondslag (meer) heeft.

Als advocaat kan ik het misschien niet eens zijn met de visie van het openbaar ministerie of met de uitspraak van een rechtbank in ene of andere zaak, ik blijf vertrouwen hebben in beide functies die essentieel zijn in onze rechtstaat en democratie. Is het dan niet bevreedend dat de (grond)wetgever heden ten dage, door het handhaven van een apart vervolgingssysteem voor drukpersmisdrijven, blijvend uiting zou geven aan een wantrouwen en dus nood aan een hybride systeem, ten aanzien van instellingen en functies die zij zelf instelt en waarborgt?

Op basis van artikel 150 van de grondwet dienen de drukpersmisdrijven berecht te worden door het hof van assisen, “behoudens diegene die ingegeven zijn door racisme of xenofobie” (C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en Procesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2011, 190). In principe zal het dus een 12-koppige jury zijn die zal oordelen over de schuldvraag na verwijzing door de kamer van inbeschuldigingstelling, die op haar beurt slechts op vordering van het Parket-generaal bij de zaak kan worden betrokken (Art. 217 Sv.; Parl.St. Senaat 1997-98, nr. 1837/1; 2; M. DE BUSSCHER, J. MEESE, D. VAN DER KELEN, en J. VERBIST, *Wet en duiding: Strafprocesrecht*, Brussel, Larcier, 2010, 330). Het resultaat is dat drukpersmisdrijven aan elke effectieve vervolging ontsnappen, niet in het minst nu men de logge, tijdrovende en inefficiënte procedure voor een volksjury wenst te vermijden (A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 62; E. VAN FRAECHEM, *Een rechter spreekt*, Leuven, Davidsfonds, 2004, 182; F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht en strafprocesrecht voor bachelors: Deel I*, Antwerpen, Maklu, 2014, 40). Bovendien brengt een assisenprocedure ook perverse effecten met zich: men geeft, door de aard van de procedure, aan het gewraakte opiniestuk (en de auteur) net een bijzonder zichtbaar forum (D. VOORHOOF, “De ‘correctionalisering’ van racistische drukpersmisdrijven, naar een effectieve strafvervolging”, in *De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen: de wet als tweesnijdend zwaard?*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 38; Parl. St. Senaat 1997-98, nr. 1837/1, 2; B. DELBECKE, “Waarom drukpersmisdrijven niet meer voor de jury komen”, *NJW* 2010, (807) 807; E. FRANCIS, “Bedenkingen bij de ‘correctionalisering’ van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven”, *RW* 1999, (377) 386; B. DELBECKE, “Waarom drukpersmisdrijven niet meer voor de jury komen”, *NJW* 2010, (807) 807.; B. DELBECKE en K. LEMMENS, “Honderdvijftig jaar perszaken voor de burgerlijke rechter”, *Juristenkrant* 2013, afl.262, (13) 13).

Daarnaast zijn er eveneens belangrijke proceseconomische redenen waarvoor de assisenprocedure maar schaars wordt gebruikt. Een enkele assisenzaak betekent immers dat de zaken die de voorzitter en de assessoren anders zouden behandelen uitgesteld moeten worden (Advies over de wet van 21 december 2009 tot hervorming van het hof van assisen van de Hoge Raad voor de Justitie, goedgekeurd door de algemene vergadering op 30 november 2011, 14; R. BOONE en I. MORIAU, “Ik heb hoop: ooit wordt assisen afgeschaft [Interview met Jean-Luc Cottyn]”, *Juristenkrant* 2009, afl. 183, (8) 9). De impact op de organisatie van de rechtbank is groot.

Het is dan ook mede tegen deze achtergrond dat de beperkende interpretatie van het begrip drukpersmisdrijf door het Hof van Cassatie moet worden begrepen. Het plaatst uitdrukkelijk de strafbare meningsuitingen geuit via radio, televisie of afbeeldingen niet onder artikel 25 G.W. waardoor het een aantal categorieën van misdrijven binnen het bereik van de gewone strafgerechten

weet te houden (P. LEMMENS, *Vrijheid van meningsuiting: een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden*, Deventer, Kluwer, 2005, 14).

Het resultaat van deze kwesties is dat sinds de Tweede Wereldoorlog nog amper drukpersmisdrijven voor de jury zijn gebracht. Het laatste geval dateert van 1994, waar een vereniging werd veroordeeld die op manifeste en herhaalde wijze via gedrukte geschriften discriminatie en rassenintegratie had verkondigd (Assisen Bergen 28 juni 1994, JLMB 1994, 552, noot F. JONGEN; CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak, Brussel, CGKR, 1999, 38; S. MAMPAEY en E. WERKERS, "Drukpersmisdrijven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W", AM 2010, (147) 148; J. VRIELINK, "Beging Belkacem toch een persmisdrijf?", De Juristenkrant 2013, afl.278, (10) 10.) waarbij vandaag dergelijk proces, dat handelt over een feiten ingegeven door racisme, correctioneel zou plaatsvinden (P. MARTENS, *Mediarecht voor journalisten*, Antwerpen, Garant, 2005, 26).

De in België bestaande immuniteit van vervolging was onhoudbaar geworden zeker rekening houdend met de door België aangegane internationale verbintenissen, zoals het VN-verdrag van 7 maart 1996 inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie en artikel 26 van het Internationaal Verdrag van 19 december 1996 inzake burgerlijke en politieke rechten (CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak, Brussel, GGKR, 1999, 40; E. FRANCIS, "Bedenkingen bij de 'correctionalisering' van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven", RW 1999, (337) 384; D. VOORHOOF, "De 'correctionalisering' van racistische drukpersmisdrijven naar een effectieve strafvervolging", in De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen: de wet als tweesnijdend zwaard?, Gent, Mys & Breesch, 2001, 42; L. GYSELAERS, "(Digitale) drukpersmisdrijven en de bevoegdheidsproblematiek: tijd voor een wettelijke correctionalisatie?", Limb.Rechtsl. 2013, (97) 99).

Onder andere het "UN-Committee on Elimination of Racial Discrimination", het orgaan voor de uitvoering en tenuitvoerlegging van het VN-Verdrag van 1996, formuleerde de volgende kritiek: "*The Committee expressed serious concerns about case law in Belgium which interprets as a press offence any written material containing a criminal expression which is printed, reproduced and distributed.*" Het Comité drong er op aan dat: "*the Belgian legislative system should ensure greater consistency in formulating new laws and, in particular, that adjustments should be made in the Constitution and the laws to permit more effective criminal prosecutions of racist, negatory or discriminatory writings as such*" (D. VOORHOOF, "De 'correctionalisering' van racistische drukpersmisdrijven naar een effectieve

strafvervolging” in De Gordiaanse knoop van de antidemocratische partijen: de wet als tweesnijdend zwaard?, Gent, Mys & Breesch, 2001, 54-55).

Om tegemoet te komen aan deze problematiek en over te gaan tot een effectieve strafvervolging in de strijd tegen racisme en vreemdelingenhaat, werd artikel 150 opgenomen in de herzieningsverklaring van de Grondwet van 12 april 1995 (Wet 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; Parl.St. Kamer 1998-99, nr. 1852/1; Parl.St. Senaat 1989-99, nrs. 1231 en 1328; CGKR, De wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden: rechtspraak, Brussel, CGKR, 1999, 38; P. LEMMENS, Vrijheid van meningsuiting: een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden, Deventer, Kluwer, 2005, 23; E. FRANCIS, “Bedenkingen bij de ‘correctionalisering’ van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven”, RW 1999, (377) 387) met als resultaat dat drukpersmisdrijven ingegeven door racisme of xenofobie sedert de wet van 7 mei 1999 tot wijziging van artikel 150 G.W. vervolgd worden door de correctionele rechtbank, waarbij het de uitdrukkelijke overweging van de (grond)wetgever was om “een eerste stap te [zetten] om de achterstand van de Belgische wetgeving ten opzichte van onze buurlanden inzake het bestrijden van racisme en extremisme te verkleinen” (Parl.St; Kamer 1998-99, nr. 1852/1).

Ondanks deze aanpassing blijft, heden ten dage, het grootste probleem dat de strafrechtelijke aanpak van drukpersmisdrijven is veranderd in een louter theoretische kwestie. In de praktijk wordt er voor dit soort misdrijven nooit meer een assisenprocedure opgestart, wat voor de daders een feitelijke strafrechtelijke immuniteit en een straffeloosheid met zich meebrengt (L. GYSELAERS, “(Digitale ) drukpersmisdrijven en de bevoegdheidsproblematiek: tijd voor een wettelijke correctionalisatie?”, Limb.Rechtsl. 2013, (97) 98). De oorzaken hiervan leggen bij eenvoudig organisatorische redenen is evenwel te eenvoudig, nu ook het moeilijke evenwicht tussen vrijheid van meningsuiting en persvrijheid in het licht van beperkingen hierop en bestraffingen van excessen, steeds delicaat is (en gelukkig maar).

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) beschouwt de vrijheid van meningsuiting als “één van de essentiële functies van een democratische maatschappij” (EHRM 29 maart 2001, nr. 38432/97, Thoma/Luxemburg; EHRM 14 maart 2002, nr. 26229/95, Gaweda/Polen; EHRM 30 maart 2004, nr. 53984/00, Radio France e.a./Frankrijk) zodat de beperking ervan nooit evident mag zijn, en aan bepaalde voorwaarden moet voldoen (P. LEMMENS, Vrijheid van meningsuiting: een grondrecht ingebed in plichten en verantwoordelijkheden, Deventer, Kluwer, 2005, 27; D. VOORHOOF, “Vrije meningsuiting en satire”, Juristenkrant 2015, afl. 302, (16) 16).

Het gevolg hiervan is dat het parket niet geneigd zal zijn een strafvordering in te stellen (E. VAN FRAECHEM, Een rechter spreekt, Leuven, Davidsfonds, 2004, 182; E. FRANCIS, “Bedenkingen bij de ‘correctionalisering’ van racistisch geïnspireerde drukpersmisdrijven”, RW 1999, (377) 386). Zij zullen eerder opteren om de strafvordering te laten verjaren of de zaak te seponeren (J. CEULEERS, “Voor een modernisering van het persrecht”, TBP 1998, (165) 168). Al te vaak hanteert het openbaar ministerie bovendien de mogelijkheid de feiten anders te kwalificeren, en aldus weg te blijven van de kwalificatie drukpersmisdrijf, al gaat dit vaak met kunst en vliegwerk gepaard (S. MAMPAEY en E. WERKERS, “Drukpersmisdrijven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W.”, AM 2011, (147) 149; M. JUSTAERT, “Assisen voor elke beledigende tweet is stap achteruit”, De Standaard 26 december 2014, [www.standaard.be/cnt/dmf2014225\\_01446999](http://www.standaard.be/cnt/dmf2014225_01446999)).

Wanneer een beslissing tot seponering wordt genomen, aarzelt het parket er soms ook niet voor om in uitdrukkelijke bewoordingen aan te geven waarom niet tot vervolging wordt overgegaan. Zo werd in de persmededeling omtrent de zaak van het videospel “Minder minder minder” van Vlaams Belang-politicus Filip DE WINTER duidelijk vermeld dat “Dewinter niet wordt vervolgd voor de feiten, aangezien het om een drukpersmisdrijf gaat waarover enkel een volksjury kan oordelen” (KLD, “Online spelletje Dewinter moet van internet”, De Standaard 10 Februari 2015, [www.standaard.be/cnt/dmf20150210\\_01522057](http://www.standaard.be/cnt/dmf20150210_01522057)). Op zich een nonsensicale motivering van een sepot, doch, in de praktijk, vaststaande gebruiken. Een andere parketmagistraat formuleerde het duidelijker en eerlijker door de sepot te motiveren met de volgende overweging: “Het is proceseconomisch niet verantwoord verdere procedures hiervoor op te starten, de wetgeving is op dit vlak wellicht aan evolutie toe” (B. KRUISMANS, “Batibouw in het paleis”, Juristenkrant 2015, afl. 305, (10) 10), KLD, “Online spelletje Dewinter moet van internet”, De Standaard 10 februari 2015, [www.standaard.be/cnt/dmf20150210\\_01522057](http://www.standaard.be/cnt/dmf20150210_01522057)). Bovendien hebben advocaten en adviseurs (ook medioadviseurs en spindoctors) kennis van dergelijk vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie en wordt erop ingespeeld. In plaats van proberen te vermijden dat hun cliënt voor het hof van assisen dient te verschijnen zullen zij immers vaak zelf de feiten proberen te kwalificeren als een drukpersmisdrijf om zo een sepot van het parket uit te lokken of de onbevoegdheid van de correctionele rechter te suggereren.

Kortom, een rechtsgoed van dergelijk belang als de vrije meningsuiting, die wordt omzwermd door dergelijke procedurele *spielereien*, is een rechtstaat onwaardig.

Gezien de vereiste dat het regime van het drukpersmisdrijf enkel kan worden gebruikt in geval van een geschrift, wordt er bovendien nog een ander onverantwoord onderscheid gemaakt. Naar gelang de vorm waarmee een mening wordt verkondigd zal er immers een verschillend berechttingsregime van toepassing zijn. Het drukpersmisdrijf kan immers enkel worden gebruikt in geval van een mening verspreid via de geschreven pers. (Rb. Waals-Brabant (1e k.) 16 oktober 2014, JLMB 2014, afl. 41, 1981 en <http://jlmbi.larcier.be/> (22 december 2014); S. MAMPAEY en E. WERKERS, "Drukpersmisdriven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W.", AM 2010, (147) 148-149; E. BREWAEYS, "Van Gutenberg tot internet (noot onder Brussel 17 maart 2010)", T.Strafr. 2011, (448) 448.) De restrictieve interpretaties van wat een drukpersmisdrijf is, staan daarnaast ook al enige tijd op gespannen voet met de rechtspraak van het EHRM. (J. VRIELINK, "Beging Belkacem toch een persmisdrijf?", De Juristenkrant 2013, afl. 278, (10) 10.) Het Europees Hof ziet immers ook loutere informatie, afbeeldingen en prenten als meningsuitingen. Dit werd duidelijk in het RTBF-arrest, over het censuurverbod van artikel 25 G.W., waarin België door Straatsburg werd veroordeeld. (EHRM 29 maart 2011, RTBF/België, J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, 111.) Het Hof van Cassatie had in deze zaak geoordeeld dat het censuurverbod niet van toepassing was op tv-uitzendingen, aangezien dit geen meningsuitingen zijn via gedrukte geschriften. Het EHRM oordeelde echter dat voor het onderscheid tussen gedrukte en audiovisuele media in dit geval een onvoldoende wettelijke basis voorhanden was. Het Hof van Cassatie bleef niet doof voor deze veroordeling. In de twee arresten van 6 maart 2012 verklaarde zij al dat weblogs en websites ook onder de waarborgen van het persmisdrijf vallen. (Cass. 6 maart 2012, AR P.11.1374.N; Cass. 6 maart 2012, AR P.110855.N.) Een gedrukte tekst is dus niet langer onontbeerlijk. Zij bleef echter vasthouden aan het feit dat enkel teksten beschermd zijn. (J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, 219; J. VRIELINK, « Internet : spreken is zilver, schrijven is goud? Drukpersmisdrijf (art. 150 Gw.), de audiovisuele media en de zaak Belkacem », T.Strafr., 2014, afl. 2, (143) 145.)

Verschillende auteurs pleiten in dit opzicht dan ook voor een uitbreiding naar afbeeldingen. (J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, 204 ; H. CANNIE, « Getrapte verantwoordelijkheid in perszaken : een stand van zaken », AM 2009, (192) 198; E. CRUYSMANS, "L'image et le délit de presse: la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? », AM 2014, (134) 136.) Het is immers duidelijk dat de persvrijheid ook op deze manier tot uiting kan komen. (E. CRUYSMANS, "L'image et le délit de presse: la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? », AM 2014, (134) 136.)

Nu binnen onze rechtsorde, via de werking van de klassieke strafrechtbanken en de garanties die worden geboden door enerzijds de onafhankelijkheid van de magistratuur en de procedureme waarborgen vervat in internationale en nationale wetgeving, mede in het licht van de Europese Rechtspraak (en de ons omringende landen), ben ik de mening toegedaan dat enkel de volledige correctionalisering van alle drukpersmisdrijven een adequate oplossing voor de gerezen problematiek van straffeloosheid met zich kan brengen. Op deze manier zullen de delicten die te maken hebben met de expressievrijheid correctioneel worden berecht, door beroepsrechters met beroepsmogelijkheid en wordt de juiste, wetsconforme, vrijheid van expressie ook effectief beschermd. (J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Limal, Anthemis, 2014, 217; J. CEULEERS, « Hoogst wenselijk : een herkeuring van het Belgische persrecht », AM 2006, (407) 410; R. BOONE en I. MORIAU, "Ik heb hoop: ooit wordt assisen afgeschaft [Interview met Jean-Luc Cottyn]", *Juristenkrant* 2009, afl. 183, (8) 9.)

In talloze bijdragen vallen, vanuit de hoek van de journalistiek, overwegingen te lezen die oproepen tot het behoud van artikel 150 G.W. en dus het behoud van de feitelijke strafrechtelijke immuniteit, nu zij zich anders beperkt en gefnuikt zouden voelen om kritiek op de rechterlijke macht te uiten. Dergelijke argumentatie overtuigt niet. Elke advocaat die een rechtsmiddel instelt tegen een vonnis waarin zijn cliënt in het ongelijk werd gesteld, doet niets minder dan kritiek uiten op de eerste rechter ten overstaan van een hogere rechtbank. Hierop argumenteren dat deze advocaat voor de rechter die hij in een ander dossier bekritiseerde, geen aanspraak zou kunnen maken op een correcte behandeling van zijn dossier raakt, nog meer dan een aantasting van het recht op vrije meningsuiting, aan de grondvesten van onze rechtstaat. Bovendien kan deze kritiek eenvoudig via enkele procedurele ingrepen, worden ondervangen waarbij de techniek van wraking dan wel gewettigde verdenking de meest voor de hand liggende is, en waartoe geen wetgevend optreden vereist is.

GYSELAERS opteert voor een algemene onttrekking van de drukpersmisdrijven aan de bevoegdheid van het hof van assisen maar met een nuance. Zij stelt terecht voor dit te compenseren met een monopolie voor het Openbaar Ministerie betreffende het op gang brengen van de strafvordering, met uitsluiting van de burgerlijke partij. (L. GYSELAERS, "(Digitale) drukpersmisdrijven en de bevoegdheidsproblematiek: tijd voor een wettelijke correctionalisatie?", *Limb. Rechtsl.* 2013, (97) 100.)

Ook in een voorstel van mevrouw Milquet in 1998 voor de Senaat wierp zij het idee op om artikel 150 Gw. te wijzigen. (Parl.St. Senaat 1997-98, nr. 1837/1, 3.) teneinde drukpersmisdrijven voor de correctionele rechtbank te brengen, maar dit zonder enige vorm van beperking van de persvrijheid. Zij

voorzag in een aantal specifieke procedurele maatregelen voor de berechting van deze misdrijven, aangezien sommige elementen van de procedure voor het hof van assisen wel degelijk voordelen boden. Zo werd het verbod van voorlopige hechtenis en de onmogelijkheid van rechtstreekse dagvaarding overgenomen terwijl afscheid werd genomen van de getrapte verantwoordelijkheid. (Parl.St. Senaat 1997-98, nr. 1837/1, 3.) Ondanks de goed doordachte aard van dit voorstel heeft dit echter geen uitwerking gekregen in de praktijk. Kort nadien werden immers enkel de drukpersmisdrijven ingegeven door racisme en xenofobie gecorrectionaliseerd, hoewel in het voorstel van mevrouw Milquet duidelijk werd aangegeven dat: “het verkeerd zou zijn alleen voor de wet tegen racisme en xenofobie in een afwijking te voorzien” (Parl.St. Senaat 1997-98, nr. 1837/1, 2.).

Geïnspireerd door voormelde auteurs meen ik dan ook te moeten besluiten dat een efficiënte en adequate vervolging van misbruiken van het recht op vrije meningsuiting (de zogeheten opiniedelicten) enkel kan worden gewaarborgd door een afschaffing van de procedurele bescherming zoals vervat in het huidige artikel 150 G.W., waarbij enkele bijzondere procedurele waarborgen kunnen worden behouden. Zo kan, via een aanpassing van de wet op de voorlopige hechtenis, worden bepaald dat detentie uitgesloten is, net zoals rechtstreekse dagvaarding niet mogelijk kan of mag zijn. Een rechtsgoed dat tot de essentie van het maatschappelijk bestel behoort, dient beschermd te worden door die partij in het strafproces die de bescherming van deze maatschappij tot doel en opdracht heeft, het openbaar ministerie. Zo gepast geacht kan zelfs de toestand van gewettigde verdenking worden uitgebreid, door te oordelen (in analogie met de regels bij voorrecht van rechtsmacht) dat in zoverre de feiten die voorliggen te maken hebben met de werking van een rechtbank, de vervolging slechts kan plaatsvinden voor een rechtbank van een ander ressort. Meer algemeen, zeker in zoverre vervolgingen zouden gericht zijn op journalisten, kan worden geopteerd de beroepsorganisatie een mogelijkheid tot tussenkomst, dan wel een adviesbevoegdheid te geven.

Kortom, elke kritiek op de afschaffing van artikel 150 G.W. kan worden tegemoetgekomen met ofwel reeds bestaande wettelijke mogelijkheden, dan wel de creatie van nieuwe mechanismen die geen vergaande hervormingen behoeven.

Het handhaven van de feitelijke strafrechtelijke immuniteit heeft, anderzijds, slechts één verliezer: de vrijheid van meningsuiting zelf, die als essentieel rechtsgoed in de praktijk zonder effectieve bescherming valt tegen misbruiken en op deze wijze van binnenuit wordt uitgehouden.

# La liberté d'expression à l'heure de l'Internet<sup>1</sup>

## Jacques Englebert

Avocat spécialisé en droit des médias

Professeur à l'Université Libre de Bruxelles

Assesseur à la section de législation du Conseil d'État

### I. La liberté d'expression protégée par le droit : les garanties accordées au délit de presse

1. La possibilité d'exprimer librement ses opinions en toutes matières a fait l'objet d'une attention protectrice toute particulière du Constituant belge de 1831. La liberté d'expression – et pas seulement la liberté de la presse – était largement reconnue et devenait la règle. Seule la répression des délits commis à l'occasion de l'exercice de cette liberté reste envisageable, nous dit l'article 19 de la Constitution<sup>2</sup>. Mais encore, pas n'importe quelle répression. En effet, le Constituant et à sa suite le législateur ont mis en place un régime procédural exorbitant du droit commun ayant pour objet de garantir une liberté d'expression effective. C'est le régime du *délit de presse*<sup>3</sup>.

2. En résumé, ce régime procédural se distingue par une série de règles protectrices de l'auteur de l'expression, dont la première, la plus importante et la plus connue est la compétence spéciale du jury pour juger les délits de presse (art. 150 de la Constitution). Mais cette dérogation essentielle au droit commun (les délits relevant en principe

---

<sup>1</sup> La version originale de ce texte a été rédigée dans le cadre du colloque international organisé par le REHnam le 28 novembre 2019 à l'UNamur, sur le thème « Vie privée, liberté d'expression et démocratie dans la société du numérique – Espoirs ou menaces ? Transparences et opacités ».

<sup>2</sup> « La liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière, sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés ».

<sup>3</sup> Pour une analyse détaillée de ce régime procédural et du statut particulier qu'il octroie à la liberté d'expression, voy. J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, Anthémis, 2013, pp. 16 à 99.

de la compétence des tribunaux correctionnels), ne doit pas occulter d'autres particularités du régime répressif du délit de presse, et notamment :

- l'interdiction de toute mesures d'information ou d'instruction susceptible de violer le secret des sources ;
- l'interdiction de la mise en détention préventive ;
- l'interdiction, pour les juridictions d'instruction, d'ordonner l'internement du prévenu poursuivi pour délit de presse ;
- le bénéfice d'un régime particulier (et particulièrement court) de prescription ;
- le bénéfice d'un régime particulier en matière de publicité des débats judiciaires.

L'objectif poursuivi est à la fois de laisser à l'opinion publique, via le jury d'assises, le soin de juger l'expression et de garantir la publicité de ces procès ; d'épargner les personnes qui s'expriment de toutes mesures grandement dissuasives (détention préventive ou internement) avant tout jugement ; et enfin, de restreindre les poursuites par un régime de courtes prescriptions.

**3.** Le tarissement des poursuites de l'expression devant le jury d'assises, depuis la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, est à l'origine d'une dépenalisation de fait du délit de presse. Je réfute la notion d'impunité, avancée très généralement par la doctrine pour décrire cette évolution. L'expression ne bénéficie d'aucune impunité dès lors que celui qui s'exprime sera toujours susceptible de devoir rendre compte d'une expression fautive devant les juridictions civiles. Pour le surplus, l'absence de poursuites pénales résulte pour l'essentiel d'un choix de politique pénale. Les parquets ont pu légitimement estimer que les délits de l'expression ne nécessitaient plus une répression pénale. Ce choix ne semble pas avoir bouleversé la société<sup>4</sup>. L'observateur honnête doit bien reconnaître qu'il n'est pas lié à la lourdeur des assises. En effet, les poursuites pénales sont également inexistantes à l'égard de la presse

---

<sup>4</sup> J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, op. cit., pp. 33 à 36.

audiovisuelle qui, étant exclue par la Cour de cassation du bénéfice de l'article 150 de la Constitution, pourrait être jugée en correctionnel<sup>5</sup>.

J'ai déjà exprimé, manifestement sans convaincre<sup>6</sup>, mon opinion sur cette évolution : « le fait que les procès de presse se règlent de manière purement civile est un signe de l'évolution et de la maturité d'une civilisation. Il en va de même du contentieux de la diffamation. Certains contentieux ont vocation à quitter le champ répressif pour celui de la justice civile. Ce n'est pas un recul, mais une avancée »<sup>7</sup>.

4. Le régime judiciaire du délit de presse explique que, depuis 1831, des débats se sont développés à propos des contours de ce délit, que tant le Constituant que le législateur se sont bien gardés de définir, dans l'espoir, pour celui qui s'exprime, de bénéficier du régime procédural protecteur. Depuis quelques années, l'expression numérique a pris une place prépondérante dans ces débats.

Ces discussions doctrinales et jurisprudentielles n'ont pas permis de dégager, à ce jour, un statut cohérent du délit de presse. Mais plus encore, 190 ans après le vote de la Constitution, toutes les controverses sur les contours de la notion même de délit de presse ne sont pas closes.

5. Tenant compte du cadre nécessairement restreint de la présente contribution, je concentrerai mon propos sur la façon dont la jurisprudence s'accommode ou non du régime protecteur du délit de

---

<sup>5</sup> En ce sens, F. Jongen, « Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias) », in *Mélanges offerts à Michel Hanotiau*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 62, qui ne croit pas que l'absence de poursuite pénale dans l'audiovisuel s'expliquerait par le fait que le journaliste de radio ou de télévision commettrait moins d'infractions que son collègue de la presse écrite.

<sup>6</sup> Voy. e.a. : F. Jongen et A. Strowel, *Droit des médias et de la communication*, Larcier, 2017, p. 725, n° 1044 ; M. Isgour, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet ? », note sous Corr. Liège, div. Liège, 7 septembre 2018, *R.D.T.I.*, 2018, n° 72, pp. 79 et s., spéc. p. 88.

<sup>7</sup> J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, op. cit., pp. 38 et 39.

presse lorsque l'expression numérique porte atteinte à la vie privée des personnes qu'elle met en cause, entendue dans son acception large, c'est-à-dire en ce compris les atteintes à leur honneur et à leur réputation.

## II. Internet, l'espoir déçu

6. En résumé, le délit de presse est un délit de droit commun commis par voie de presse. Il implique l'expression publique d'une opinion par un écrit imprimé.

Sur la base d'une jurisprudence fort contestable et contestée, l'expression audiovisuelle, n'étant pas « écrite », a été de longue date exclue du bénéfice des règles protectrices du délit de presse<sup>8</sup>.

Par ailleurs, pour éviter la publicité d'un procès d'assises aux images pornographiques<sup>9</sup>, la diffusion d'images (dessins ou photographies) en a aussi été exclue dès 1839, sous l'insoutenable prétexte que les images ne seraient « que la représentation d'objets matériels, et ne sont pas *directement* l'expression de la pensée ou la manifestation d'une opinion »<sup>10</sup>.

Quel sort allait être réservé, dans ce contexte, à l'expression délictueuse sur Internet ? Celle-ci présentant deux particularités tout à fait

---

<sup>8</sup> Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, pp. 482 à 487. Confirmé notamment par Cass., 7 décembre 2004, RG n° P.04.1006.N et Cass., 2 juin 2006, RG n° C.03.0211/F, qui énonce laconiquement : « Les émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés ».

<sup>9</sup> B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever - Perswettegving en persmisdrijven in België (1831-1914)*, Gent, Academia Press, 2012, p. 77 ; M.-A. Meyers, *La Répression de la Pornographie*, Bruxelles, impr. de l'Office des Publicités, 1924, p. 18.

<sup>10</sup> Cass., 28 mars 1839, *Pas.*, 1839-1840, p. 56. Jurisprudence constamment confirmée depuis lors, voy. not. Cass., 8 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 336 et Cass., 28 juin 2004, RG n° C.02.0412.F. Manifestement la Cour de cassation n'a jamais entendu parler des caricatures, notamment celles de Mahomet.

extraordinaires dans ce débat : d'une part, elle brouillait les clivages traditionnels entre presse écrite et presse audiovisuelle et entre l'image et l'écrit, en mixant, dans le même média, le texte, le son et l'image, fixe ou animée ; d'autre part, l'expression numérique n'est plus l'apanage des professionnels de l'information mais offre à « n'importe qui »<sup>11</sup> la possibilité de s'exprimer publiquement sur n'importe quel sujet.

a. *L'avancée des arrêts du 6 mars 2012 et du 29 janvier 2013*

7. Une première réponse à ces questions a été donnée par la Cour de cassation dans deux arrêts prononcés le 6 mars 2012<sup>12</sup>.

Depuis une dizaine d'années, les cours et tribunaux étaient saisis de procédures judiciaires, essentiellement pénales, concernant des propos diffamatoires ou injurieux diffusés via Internet. De façon très largement majoritaire, la jurisprudence, poursuivant l'interprétation extensive de la notion d'*écrit imprimé*, considérait qu'il s'agissait bien de délits de

---

<sup>11</sup> L'expression est de la députée Valérie Deom, « Rapport fait au nom de la commission par M. Wathelet », *doc. parl.*, Chambre, n° 51 0024/010, pp. 21 et 22.

<sup>12</sup> Cass., 6 mars 2012, deux arrêts : premier arrêt n° P.11.0855.N, *Procureur général Gand et L.L. c. A.F.C.V.G. et Ter Dijk, J.T.*, 2012, p. 505, avec note de Q. Van Enis, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet – Le temps du 'délict de presse 2.0' est-il (enfin) arrivé ? », pp. 505 et s. ; *R.D.T.I.*, 2013, n° 50, p. 81, avec note de R. Debilio, « Quand Internet s'invite dans la jurisprudence de la Cour de cassation : l'élément matériel du délit de presse », pp. 83 à 92 ; *A.P.T.*, 2012, p. 491 ; *NjW*, 2012, p. 341 ; deuxième arrêt, n° P.11.1374.N, *F.D.S. c. M.E.*, publié sur le site de la Cour de cassation ([www.cass.be](http://www.cass.be)) avec les conclusions du ministère public ; *R.W.*, 2012, pp. 144 et s., avec les conclusions du ministère public ; *A&M*, 2012, p. 253 avec note de D. Voorhoof, « De notie drukpersmisdrijf van de 19de naar de 21ste eeuw : internetmedia, weblogs en websites zijn ook drukpers ! », pp. 254 et s. ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790 ; *R.D.T.I.*, 2013, n° 50, p. 82, avec note de R. Debilio et *NjW*, 2012, p. 342 ; D. Voorhoof, « Weblogs en websites zijn voortaan ook drukpers », *De Juristenkrant*, 2012/246, pp. 4 et 5.

presse au sens de l'article 150 de la Constitution<sup>13</sup>.

La Cour de cassation a confirmé cette tendance en énonçant que « le délit de presse requiert l'expression d'une opinion punissable *dans un texte* reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire. La diffusion numérique constitue pareil procédé similaire. Le moyen qui en cette branche est déduit de la prémisse que seule la propagation et la diffusion d'une opinion punissable *par voie d'imprimerie* peuvent constituer un délit de presse manque en droit ». Il serait vain de tenter de chercher dans ces arrêts ce qui ne s'y trouve pas. Ce ne sont manifestement pas toutes les expressions sur Internet qui sont assimilées par la Cour de cassation au délit de presse, mais seules celles qui sont reproduites *par écrit*<sup>14</sup>.

C'est dès lors avec un excès d'optimisme que la doctrine a parfois présenté ces deux arrêts comme constituant « un revirement spectaculaire » de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>15</sup>. Au contraire, la Cour de cassation avait de longue date abandonné l'interprétation restrictive de la condition d'*imprimé* retenue comme moyen d'expression nécessaire à l'existence d'un délit de presse<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Pour un relevé exhaustif de la jurisprudence et de la doctrine sur cette question, voy. Q. Van Enis, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet – Le temps du 'délit de presse 2.0' est-il (enfin) arrivé ? », *op. cit.*, ici spéc. notes 9 et 10.

<sup>14</sup> Pour une analyse de ces deux arrêts, voy. J. Englebort *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 200 et 201.

<sup>15</sup> François Tulkens, « Liberté d'expression, liberté de presse : les procédures préventives et répressives sont-elles en voie d'extinction juridique ? », in *Droits fondamentaux en mouvement – questions choisies d'actualité*, C.U.P., Anthesis, 2012, pp. 9 et s., ici p. 23 ; dans le même sens, mais de façon plus nuancée, Q. Van Enis, « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet – Le temps du 'délit de presse 2.0' est-il (enfin) arrivé ? », *op. cit.*, pp. 505 et 506.

<sup>16</sup> Cass., 24 juin 1912, *Pas.*, 1912, I, p. 365 ; Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 388 ; Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 12 ; Cass., 17 janvier 1990 (*Journ. proc.*, n° 169, 23 mars 1990, p. 33) ; sur l'évolution de l'interprétation de la notion de *presse imprimée* par la Cour de cassation, voy. Fr. Tulkens et M. Verdussen, « La radio et la télévision, le délit de presse et le droit de réponse »,

La seule avancée est que la Cour de cassation admet à présent que la reproduction de l'écrit en de multiples exemplaires par un procédé technique similaire à l'impression est acquise lorsque le texte est diffusé en version numérique via Internet. Ce n'est pas rien. Mais au vu de sa jurisprudence antérieure, cette solution s'imposait.

Par contre, l'*écrit* était toujours resté, pour la Cour de cassation, une condition indispensable au délit de presse.

8. Par deux arrêts du 29 janvier 2013<sup>17</sup>, la Cour a confirmé que « le délit de presse requiert l'expression punissable d'une opinion *dans un texte* reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire. La diffusion numérique constitue pareil procédé similaire ».

9. L'intérêt des arrêts de 6 mars 2012 et 29 janvier 2013 ne résidait pas tant, à mon sens, dans le fait que la Cour de cassation admettait que l'*écrit numérique* constituât un *imprimé*, mais bien dans le fait qu'ils mettaient parfaitement en lumière l'intenable incohérence de sa jurisprudence.

Internet présentant la particularité fondamentale de mélanger de façon inextricable le texte, l'image, le son et la vidéo, en ce compris les émissions de télévision ou de radio, qui sont aujourd'hui toutes également diffusées en ligne, il semble face à un tel média, radicalement impossible d'encore tenter de distinguer le *texte* qui – même diffusé via Internet – bénéficierait des protections constitutionnelles précitées, de l'image (fixe ou animée) qui, diffusée par la même voie, n'en bénéficierait pas. Avec l'hypothèse, rapidement soulevée par la doctrine, de la diffusion simultanée, par l'écrit et l'image, d'une même

---

*op. cit.*, p. 66 et C.-J. Van Houte et W. Callewaert, *Belgisch strafrecht*, Gand, Story-Scientia, 1965, p. 313, n° 605.

<sup>17</sup> Cass., 29 janvier 2013 (formule identique dans les deux arrêts). Premier arrêt, n° P.12.1961.N, *Procureur du Roi près le tribunal de première instance de Termonde c. T.F.*; deuxième arrêt, n° P.12.1988, *Procureur du Roi près le tribunal de première instance de Gand c. J.D.Z. et I.V.D.*

information, qui conduirait à l'application absurde de deux régimes juridiques distincts.

10. J'avais cru pouvoir annoncer, il y a quelques années, que la reconnaissance du délit de presse sur Internet provoquerait, à terme, la disparition de toute distinction entre l'écrit et les autres modes d'expression d'une opinion<sup>18</sup>.

J'avais décelé les prémices de cette évolution précisément dans un des deux arrêts de la Cour de cassation du 29 janvier 2013<sup>19</sup>. En effet, la Cour de cassation, saisie d'une requête en règlement de juges, constate pour justifier la compétence de la cour d'assises, que « la procédure semble indiquer que l'action publique concerne la reproduction et la diffusion numérique *d'images et de textes* pouvant comporter une expression punissable d'opinion »<sup>20</sup>. La Cour de cassation mettait ainsi pour la première fois sur le même pied la diffusion d'images et de textes et semblait bien considérer que les deux comportent une expression punissable d'opinion<sup>21</sup>. Cet arrêt renfermait la possibilité d'un revirement qui aurait pu, cette fois-ci, être qualifié de considérable.

---

<sup>18</sup> En ce sens, S. Hoebeke et B. Mouffe, *Le droit de la presse*, Anthémis, 3<sup>ème</sup> éd., p. 726, n° 994 ; M. Verdussen, « Contour et enjeux du droit constitutionnel pénal », Bruylant, 1995, p. 648. D'autres sont arrivés à la même conclusion, mais pour s'en inquitier : voy. spéc. Ch. Behrendt, « Le délit de presse à l'ère numérique », *R.B.D.C.*, 2014, p. 308.

<sup>19</sup> Cass., 29 janvier 2013, n° P.12.1988.N.

<sup>20</sup> Je souligne. La version originale, en néerlandais, ne diffère pas : « [...] de vermenigvuldiging en digitale verspreiding *van beelden en tekst* die een strafbare meningsuiting kunnen inhouden ». Dans le même sens, F. Jongen et A. Strowel, *Droit des médias et de la communication*, *op. cit.*, n° 1033, p. 715.

<sup>21</sup> Même si, pour certains auteurs, un doute subsistait. Ainsi, selon E. Cruysmans, « s'il peut sembler admis que des images et un texte puissent ensemble comporter une opinion punissable [...] la Cour ne lève pas définitivement l'incertitude quant à savoir si une image, prise seule, peut constituer le véhicule d'une telle opinion » (« L'image et le délit de presse : la Cour de cassation amorcerait-elle une réconciliation ? », *A&M*, 2014, pp. 134 à 137.

11. Étais-je trop optimiste ? En tous cas, à ce jour, la Cour de cassation ne s'est pas engagée dans cette voie. Au contraire, par son arrêt du 29 octobre 2013, dans l' « affaire Belkacem »<sup>22</sup>, elle a réaffirmé l'exclusion des images audiovisuelles (en l'espèce des vidéos diffusées sur *YouTube*) du bénéfice de la protection constitutionnelle du délit de presse.

b. *Le retour du balancier*

12. À l'inverse de l'évolution que j'esquissais et, je l'avoue, que j'espérais, on observe actuellement au contraire une remise en cause clairement exprimée par certains juges du fond, de la jurisprudence de la Cour de cassation de 2012 qui, en incluant l'*écrit numérique* dans la notion d'*écrit imprimé*, lui accordait la protection reconnue au délit de presse.

Il ressort de cette jurisprudence que certains juges de fond estiment manifestement inacceptable que toute expression injurieuse, diffamatoire ou harcelante, diffusée sur le net et particulièrement sur les réseaux sociaux, puisse échapper à toute poursuite pénale en raison de la compétence exclusive de la cour d'assises pour connaître des délits de presse, conjuguée au refus des parquets de convoquer des sessions d'assises pour juger les expressions délictueuses.

13. Pour écarter le bénéfice de la compétence du jury, les tribunaux correctionnels ont compris qu'il n'était pas raisonnable de contester que l'*écrit numérique* correspondait bien à l'exigence de l'*écrit imprimé*, tel qu'interprété par la Cour de cassation comme condition du délit de presse. C'est dès lors par le biais de la condition de l'expression d'une *opinion* qu'ils ont retrouvé la possibilité de se déclarer compétent.

---

<sup>22</sup> Cass., 29 octobre 2013, RG n° P.13.1270.N. A propos de cette affaire, voy. J. Englebort, « La répression des excès de l'expression raciste ou blasphématoire : lorsque l'idéologie prend le pas sur le droit », *A&M*, 2016, pp. 37 à 70, ici pp. 51 à 57.

L'argument avait pourtant été soulevé, dans une des deux affaires ayant donné lieu aux arrêts du 6 mars 2012<sup>23</sup> et rejeté par la Cour. Répondant au moyen qui, pour critiquer l'arrêt attaqué aux termes duquel « toute opinion, même sous la forme de simple injures, peut être considérée comme étant constitutive du délit de presse », soutenait que « la notion de délit de presse ne vise pas des conflits ou des discussions purement interpersonnels, absolument distincts du débat social et sans aucune pertinence journalistique pour le développement d'une société pluraliste », la Cour de cassation avait précisé que « l'expression d'une opinion punissable requise par le délit de presse, au sens que la Constitution attache à ce terme, vise toute pensée ou opinion. Il n'est pas nécessaire que cette opinion présente une quelconque pertinence ou importance sociale ».

En s'exprimant ainsi, la Cour ne faisait que confirmer une jurisprudence bien établie sur la condition de l'expression d'une *opinion*. Depuis l'origine, la notion d'*opinion* a bénéficié d'une interprétation extrêmement large. Le délit de presse suppose, énonçait-elle, que l'on puisse déceler l'expression « d'une pensée, d'un sentiment ou d'une opinion »<sup>24</sup>. Ce qui a fait écrire à M. Hanotiau qu'« un examen attentif de la jurisprudence donne au lecteur le sentiment que, sauf exceptions assez rares [...], nos cours et tribunaux présument que tout texte, même fort court, comporte normalement l'expression d'une opinion »<sup>25</sup>. Ainsi, la simple injure ou la simple imputation d'ordre général et imprécise peut, selon la Cour de cassation<sup>26</sup>, contenir une appréciation ou être l'expression d'une opinion<sup>27</sup>, même si elle s'avère

---

<sup>23</sup> Dans l'affaire RG n° P.11.1374.N

<sup>24</sup> Cass. 21 décembre 1903, *Pas.* 1904, I, 85.

<sup>25</sup> M. Hanotiau, « Le délit de presse : insolite, arbitraire et fragile », *Journ. proc.*, n° 169, 1990, p. 36. Dans le même sens, M. Isgour, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et çà la réputation commises sur Internet ? », *op. cit.*, p. 82.

<sup>26</sup> Cass., 22 février 1965, *Pas.*, 1965, I, 636 ; Cass., 25 septembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 12.

<sup>27</sup> Dans son arrêt du 7 février 1995, la Cour de cassation admet implicitement que la publication, dans un journal publicitaire, du texte suivant ; « [X] a quitté le domicile conjugal depuis 18 mois aux fins d'engager des relations avec plusieurs

« rudimentaire, voir implicite »<sup>28</sup>. La simple diffusion d'informations a également été, à juste titre, considérée comme renfermant une opinion<sup>29</sup>. Tant il est vrai, comme l'énonce M. Verdussen, que « toute information publiée contient, peu ou prou, une part de subjectivité telle – fût-ce dans le choix de sa diffusion – qu'elle s'apparente partiellement à une opinion »<sup>30</sup>.

14. La conjugaison de cette jurisprudence sur l'opinion avec celle de l'écrit numérique assurait à toute expression sur Internet le bénéfice des protections procédurales reconnues au délit de presse. Mais ce qui semblait encore acceptable en 2012, suscite la controverse et, au-delà, le rejet, en 2018.

15. Par un jugement du 7 septembre 2018<sup>31</sup>, le tribunal correctionnel de Liège annonce qu'il « ne partage pas [l'] avis » de la Cour de cassation sur les contours de la notion d'*opinion* et estime qu'au contraire « il n'y a pas lieu de retenir une définition aussi extensive de l'élément intellectuel (la manifestation d'une pensée ou d'une opinion), du délit de presse ». Faisant ainsi il est vrai écho à la préoccupation déjà exprimée par F. Jongen et A. Strowel selon lesquels, « à l'heure

---

femmes», pouvait être considéré comme un délit de presse (et donc recéler une opinion) relevant de la compétence de la cour d'assises (*A.J.T.*, 1995-1996, pp. 248 et s. et note de D. Voorhoof, « Drukpersmisdrijven en de bevoegdheid van het Hof van Assisen », pp. 249 et 205).

<sup>28</sup> Cass., 22 octobre 1941, *Pas.*, 1941, I, 388.

<sup>29</sup> Ainsi, dans son arrêt du 31 mai 1937, la Cour de cassation a considéré que la diffusion d'une information inexacte de nature à ébranler la confiance dans le franc, en l'espèce qu'à la date du 23 septembre 1936 « le Trésor était en déficit de 300 millions et que la Trésorerie avait en outre absorbé, entre le 23 mai 1935 et le 23 septembre 1936, les 4 milliards 350 millions constituant le produit de la réévaluation de l'encaisse de la Banque nationale ; le Gouvernement ayant dépensé la totalité de ces fonds », « était l'expression d'une pensée » dont la poursuite relevait de la cour d'assises (*R.D.P.C.*, 1937, pp. 841 et s.).

<sup>30</sup> M. Verdussen, « Contour et enjeu du droit constitutionnel pénal », *op. cit.*, p. 649.

<sup>31</sup> Corr. Liège, div. Liège, 7 septembre 2018, *R.D.T.L.*, 2018, n° 72, pp. 67 et s., avec une note d'observation de M. Isgour ; *A&M*, 2018-2019, pp. 161 et s., avec une note d'observations de S. Carneroli ; *J.L.M.B.*, 2018, pp. 1817 et s., avec une note d'observations de Q. Pironnet, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », pp. 1825 et s.

actuelle, la plupart des décisions de justice ont tendance à présumer, peut-être un peu trop rapidement et trop systématiquement, que tout texte comporterait une opinion »<sup>32</sup>.

Cette tendance n'est pas isolée<sup>33</sup>, mais ne fait pas encore l'unanimité<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> F. Jongen et A. Strowel, *Droit des médias et de la communication*, Larcier, 2017, n° 1031, p. 712.

<sup>33</sup> Dans une affaire soumise à la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles, à propos d'insultes diffusées par un internaute sur son mur Facebook, notamment à propos de C. Fourest, l'avocat général avait, dans un réquisitoire soutenant la compétence du tribunal correctionnel, estimé que les expressions « faites comme caroline Fourest rejoignez les islamophobes d'Europe et fabriquez des Anders Breivik », ou encore qualifiant C. Fourest d'être « une femme vil, infecte, laide, abject, nauséabonde, lâche, petit et j'en passe [...] [qui] rêvent ouvertement de nous imposer une dictature de la pensée unique, pensée jetable, qui n'est que le vrai visage du radicalisme raciste, fasciste, dangereux pour notre humanité [...] », ne constituait pas « l'expression d'une opinion politique ou autre mais bien des propos tendant à porter atteinte à l'honneur et à la réputation de la partie civile ». Comme si l'un excluait nécessairement l'autre. La question n'a pas été explicitement tranchée par la chambre des mises, qui s'est contentée, pour confirmer le non-lieu, de constater l'absence d'intention méchante (Ch. mises acc., Bruxelles, RG 2016/RP/175, du 11 mai 2017, inédit). Dans une affaire opposant une ASBL hébergeant des chevaux à l'AFSCA, le tribunal correctionnel de Namur (12<sup>ème</sup> chambre E), a, par jugement du 22 février 2019 (inédit), estimé que « les propos tenus sur Facebook par les prévenus dépassent la simple expression d'une opinion argumentée et révèlent l'intention de nuire à autrui de sorte que nous ne sommes pas face à des délits de presse ». Témoignant ainsi d'une confusion manifeste entre l'expression d'une opinion et l'éventuelle intention de nuire. Par ailleurs, il ressort du dossier que les propos tenus sur Facebook étaient développés et argumentés, même s'ils contenaient par ailleurs des appréciations éventuellement insultantes à l'égard de l'AFSCA.

<sup>34</sup> Le 13 février 2019, le tribunal correctionnel de Liège s'était déclaré incompétent pour juger, sur citation directe, du caractère diffamatoire pour le bourgmestre de Sprimont de 27 messages postés sur Facebook le qualifiant « de voleur » et de « pomme pourrie » (cité par L. Wauters, « Pour la Justice, un post Facebook n'est pas l'autre », *lesoir.be*, 13 février 2019. Par un arrêt inédit du 11 septembre 2018 (n° C/980/2018), la chambre néerlandophone des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles a réformé le jugement de la chambre du conseil qui avait renvoyé un internaute en correctionnel pour des insultes proférées sur internet à l'égard d'un particulier, en relevant que conformément à l'article 150 de la Constitution et aux arrêts de la Cour de cassation du 6 mars 2012, seule la cour d'assises est compétente pour connaître du litige.

La Cour de cassation pourrait elle-même avoir déjà évolué sur cette question. Dans un de ses deux arrêts déjà cités, prononcés le 29 janvier 2013<sup>35</sup>, si la Cour de cassation confirme que « la diffusion numérique » d'un texte constitue bien un procédé similaire à la reproduction par voie d'imprimerie, elle constate néanmoins qu'en l'espèce, « il ne ressort pas des pièces auxquelles [elle] peut avoir égard qu'il s'agirait de reproduction et de diffusion numérique d'une expression punissable d'opinion » et estime dès lors que c'est à tort que le tribunal correctionnel de Termonde s'est déclaré incompétent pour connaître des poursuites. L'arrêt ne donne toutefois aucune précision quant à la teneur précise de l'expression poursuivie. On ne peut dès lors rien en déduire de concret, si ce n'est que, contrairement à ce qu'on aurait pu déduire de sa jurisprudence antérieure, toute expression ne renferme pas nécessairement une opinion.

De même, elle a déjà énoncé en 2004 que la diffusion par la presse d'extraits d'un dossier répressif « ne requiert pas l'appréciation d'une opinion et, partant, ne constitue pas un délit de presse »<sup>36</sup>.

**16.** C'est toutefois, actuellement à l'évidence l'expression numérique qui pose problème<sup>37</sup>. Alors même qu'il est de plus en plus fréquemment constaté que les internautes s'autorisent tous les excès sur les réseaux sociaux et que des abominations les plus infâmes y sont quotidiennement déversées, n'importe qui<sup>38</sup> pourra-t-il continuer à

---

<sup>35</sup> Cass., 29 janvier 2013, *Procureur du Roi près le tribunal de première instance de Termonde c. T.F.*, n° P.12.1961.N

<sup>36</sup> Cass., 7 décembre 2004, RG n° P.04.1006.N.

<sup>37</sup> Comme la Cour européenne l'a relevé dans son arrêt *Delfi AS c. Estonie (GC)*, du 16 juin 2015 : « Des propos clairement illicites, notamment des propos diffamatoires, haineux ou appelant à la violence, peuvent être diffusés comme jamais auparavant dans le monde entier, en quelques secondes, et parfois demeurer en ligne pendant fort longtemps » (§ 110).

<sup>38</sup> Ou les « milliers de quidams quasi immunisés » selon l'expression de Ch. Behrendt, « Le délit de presse à l'ère numérique », *op. cit.*, p. 301. Voy. aussi *infra*, n° 30 et note de bas de page 70.

écrire n'importe quoi, sans jamais devoir répondre (pénalement) des délits commis à l'occasion de ces expressions ?<sup>39</sup>

C'est la réalité que dénonce le tribunal correctionnel de Liège : « Aujourd'hui, vu l'interprétation extensive de la Cour de cassation, chaque particulier disposant d'un compte Facebook ou twitter est susceptible de commettre un [délit de presse], éventuellement sous le couvert de l'anonymat, et à l'inverse des [journalistes et écrivains], il n'existe aucun garde-fou de nature à prévenir ces délits (déontologie, réglementation du droit de réponse, encadrement professionnel...) ».

17. En déniait à l'expression délictueuse la formulation d'une *opinion* le tribunal retrouve sa compétence pour traiter l'expression qui verse dans l'insulte, la diffamation ou le harcèlement.

Comme je l'ai déjà souligné, cette approche oblige là aussi le juge du fond à une confrontation directe avec la Cour de cassation. Moins technique que la question de l'*écrit*, il semble manifestement plus à l'aise à s'affranchir de l'interprétation à son estime trop généreuse de la condition d'*opinion*, lorsqu'il se trouve confrontée à de pures insultes qui lui apparaissent de surcroît gratuites et donc méchantes.

18. Pour se justifier, le tribunal correctionnel de Liège – et après lui la cour d'appel de Liège qui confirmera ce jugement<sup>40</sup> – revendique une interprétation plus « conforme de l'élément intellectuel du délit de

---

<sup>39</sup> La question reste posée dès lors que dans son arrêt *Delfi AS c. Estonie (GC)*, du 16 juin 2015, déjà cité, la Cour européenne n'appelle pas à la répression pénale des expressions « clairement illicites », ou des propos « diffamatoires, haineux ou appelant à la violence » (§ 110). En effet, « tout en reconnaissant les avantages importants qu'Internet présente pour l'exercice de la liberté d'expression, la Cour considère qu'il faut en principe conserver la possibilité pour les personnes lésées par des propos diffamatoires ou par d'autres types de contenu illicite *d'engager une action en responsabilité* de nature à constituer un recours effectif contre les violations des droits de la personnalité ». L'action en responsabilité n'implique pas la répression pénale.

<sup>40</sup> Liège, 28 mai 2019, *R.D.T.I.*, 2019, n° 72, pp. 74 et s. et *J.L.M.B.*, 2019, pp. 1436 et s.

presse, à la définition que revêtait cette infraction à l'origine » fondée selon le tribunal, qui se réfère à une étude de G. Rosoux<sup>41</sup>, sur « l'idée d'une certaine noblesse, du délit commis par voie de presse, qui s'identifie nécessairement à une presse d'opinion, qui forge les opinions et les consciences du peuple souverain ». En outre, selon le tribunal, « dans l'esprit du constituant seuls les journalistes et écrivains étaient pratiquement les seuls concernés car le délit de presse ne visait que les publications dans la presse écrite ».

Ainsi, les atteintes à l'honneur, à la réputation et à la vie privée des individus, commises par d'autres individus qui ne sont ni journalistes, ni écrivains, ne mériteraient pas les garanties constitutionnelles et procédurales accordées au délit de presse, qui devraient être réservées à la « noble presse d'opinion ».

19. Rien n'est plus faux. L'article 19 de la Constitution proclame « la liberté de manifester ses opinions en toute matière » sans restreindre d'une quelconque façon le bénéfice de cette liberté aux seules opinions nobles ni aux seuls professionnels de l'expression (journalistes et écrivains). Plus encore, les articles 25 de la Constitution, qui énonce notamment que « la presse est libre » et 150, qui réserve le délit de presse à la compétence du jury, ne sont, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, que les « corollaires »<sup>42</sup> du droit reconnu à tout citoyen d'exprimer librement ses opinions en toute matière.

Dès 1839, la Cour de cassation souligne que « pour apprécier ce que l'on doit entendre par délit de presse, il faut déterminer le sens précis et la portée des dispositions constitutionnelles qui ont consacré la liberté de la presse ». Or, « *le principe fondamental de cette liberté* est écrit

---

<sup>41</sup> G. Rosoux, « Brèves considérations sur l'obsolète notion de délit de presse », note sous Cass., 7 décembre 2004, *Rev. Dr. Pén.*, 2005, pp. 1270 à 1289, ici p. 1272.

<sup>42</sup> C'est-à-dire la « proposition qui découle à titre de conséquence immédiate d'une autre déjà démontrée » ou encore la « vérité qui découle d'une autre, conséquence nécessaire, suite naturelle » (*Trésor de la langue française informatisé*, <http://atilf.atilf.fr>).

dans l'article 19 de la Constitution, qui garantit la libre manifestation des opinions en toute matière ». La Cour ajoute « que c'est comme conséquence, comme développement du droit de manifester ses opinions, que l'article 25 de la Constitution a décrété la liberté de la presse »<sup>43</sup>. De même, par un arrêt du 21 décembre 1903, la Cour de cassation précise « que la liberté de la presse, inscrite à l'article 150 de la Constitution, est le corollaire de la liberté de manifester ses opinions en toute matière, garantie par l'article 19 »<sup>44</sup>. Les articles 25 et 150 ne peuvent en aucun cas être invoqués pour restreindre la liberté reconnue à chaque citoyen de manifester ses opinions en toutes matières. Ils ne constituent que le développement de cette liberté.

Mieux encore, toujours dans son arrêt du 28 mars 1839, la Cour de cassation a souligné que « les mots *liberté de la presse* doivent donc s'entendre, [...] dans le sens légal que leur assignent les dispositions combinées des articles [19] et [25] de la Constitution, c'est-à-dire dans ce sens que *les Belges* ont le droit d'exprimer librement leurs opinions par le moyen de la presse ». « Les Belges » c'est-à-dire n'importe quel citoyen.

**20.** C'est donc à tort que la cour d'appel de Liège soutient que « la volonté du législateur originelle n'a pu être celle, à l'ère numérique, d'assurer un privilège de juridiction [...] aux particuliers alimentant sur la Toile, 'le café du commerce' ».

Certes, en 1831, peu de citoyens avaient effectivement le privilège d'accéder à un média de masse pour pouvoir exprimer publiquement leurs opinions « en toutes matières ». Avec l'apparition d'Internet, « la liberté de s'exprimer n'est plus un droit principalement exercé par l'intermédiaire des mots prononcés ou imprimés ou des formes

---

<sup>43</sup> Cass., 28 mars 1839, *Pas.*, 1839-1840, 55. La Cour confirme cette jurisprudence par un arrêt du 22 février 1864, qui précise que l'article 25 « complète » l'article 19 (*Pas.*, 1864, I, 102).

<sup>44</sup> Cass., 21 décembre 1903, *Pas.*, 1904, I, 85. Confirmé cent ans plus tard, à nouveau à propos de l'article 25, par Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 482, et encore Cass., 29 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 420 et Cass., 28 juin 2004, RG n° C.02.0412.F.

d'expressions traditionnelles comparables utilisant les médias ; il s'agit aussi d'un droit dont l'utilisation est 'passée en ligne' et devenue de plus en plus interactive »<sup>45</sup>. Internet réalise définitivement le projet révolutionnaire de nos constituants<sup>46</sup>. Il en démontre la modernité et son caractère visionnaire. Dorénavant, tout citoyen dispose effectivement de la possibilité de manifester à l'attention d'un public indéterminé ses opinions en toute matière. Pour la Cour européenne, il est « un fait incontesté » que « la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression »<sup>47</sup>.

Il serait hautement paradoxal qu'au moment où tout citoyen a effectivement accès au *principe fondamental de la liberté d'expression* reconnu par la Constitution depuis près de deux cents ans, il s'imposerait de restreindre cette liberté en faisant notamment du délit de presse un simple délit de droit commun.

21. Il est également faux de prétendre que seule l'expression des journalistes et des écrivains bénéficierait de « garde-fou de nature à prévenir ces délits (déontologie, réglementation du droit de réponse, encadrement professionnel...) ». Je n'ai jamais entendu parler de la déontologie des écrivains, ni de leur encadrement professionnel. Je n'ai jamais vu de droit de réponse opposé à un livre, ni d'ailleurs à un article de presse qui ne serait diffusé que sur Internet<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> *Le journalisme ouvert, Iris plus*, 2013-2, Observatoire européen de l'audiovisuel, p. 27.

<sup>46</sup> Et, avant eux, des rédacteurs de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 qui énonçait déjà en son article 11 que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi ».

<sup>47</sup> Arrêt CEDH, *Delfi AS c. Estonie (GC)*, 16 juin 2015, § 110.

<sup>48</sup> Outre que ni le droit de réponse, ni l'« encadrement professionnel » sont de nature à empêcher la commission d'un délit de presse. Pas plus que la déontologie.

22. Enfin, l'application des garanties constitutionnelles de l'expression n'aboutit pas à une impunité en termes de responsabilité<sup>49</sup>.

Tous ceux qui contribuent à la diffusion de l'information sont soumis aux « devoirs et responsabilités » et répondent de leurs fautes sur base du critère traditionnel du *diffuseur d'informations ou d'opinions* normalement prudent et diligent, sous réserve du caractère nécessaire dans une société démocratique de l'ingérence dans l'exercice de leur liberté d'expression.

C'est très précisément à ce contrôle que s'est livré le tribunal de première instance de Bruxelles, dans un jugement du 15 octobre 2009 : « La faute susceptible d'engager la responsabilité d'un journaliste, *ou de toute personne à l'origine de la diffusion d'informations litigieuses*, peut consister en une infraction (il s'agira alors d'un « délit de presse ») ou en une simple faute aquilienne, résultant soit de la violation d'une disposition légale quelconque [...], soit de l'obligation qui pèse sur tout journaliste normalement prudent et avisé (respect des règles professionnelles, des règles de comportement généralement admises, obligation de prudence, devoir de vérification de l'information, etc.) *ou de [lire : sur] toute personne à l'origine de la diffusion d'informations. [...]* »<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> B. Frydman et C. Bricteux, « L'arrêt RTBF c. Belgique : un coup d'arrêt au contrôle judiciaire préventif de la presse et des médias », *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 331 et s., ici p. 348.

<sup>50</sup> Civ. Bruxelles, 15 octobre 2009, *J.T.*, 2010, pp. 254 et s. Je souligne.

### III. Pour un nouveau critère fondé sur la notion d'expression d'intérêt général

a. *Nécessité d'une répression des excès de certaines expressions ?*

23. Ne serait-ce pas faire « preuve d'angélisme »<sup>51</sup> que d'octroyer purement et simplement à « n'importe quel » internaute qui s'exprime sur le net, le bénéfice de ce régime protecteur et de ces jurisprudences ? Ne faudrait-il pas, au contraire, admettre « que les médias du début du XXI<sup>e</sup> siècle ne sont plus ceux que connaissait le Constituant de 1831 » et que l'apparition des nouvelles technologies, « mais aussi l'effet amplificateur des réseaux sociaux »<sup>52</sup>, devraient conduire à admettre que face aux dérapages des réseaux sociaux l'« impunité » pénale serait devenue « intolérable »<sup>53</sup> et l'unique régime de réparations civiles insatisfaisant ?

24. Avant d'envisager cette question, il s'impose d'abord de sérieusement relativiser cette évolution. Il est inexact de soutenir que le Constituant n'aurait pas eu à l'esprit en 1831, la prise en compte d'intérêts concurrents et spécialement ceux relatifs à l'honneur et à la vie privée des individus, lorsqu'il a mis en place le régime dérogatoire en faveur de l'expression, exposé ci-avant. Les membres du Congrès national ont notamment refusé, après en avoir débattu, d'admettre une

---

<sup>51</sup> F. Jongen, « Préventif, répressif ou curatif ? Le juge des référés et la liberté des médias en Belgique », *op. cit.*, n° 25.

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> Q. Pironnet, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *op. cit.*, p. 1827.

exception à ce régime dans le but de protéger les droits d'autrui<sup>54</sup>, en ce compris la vie privée<sup>55</sup>.

Ensuite, il faut cesser de croire que l'expression publique est subitement devenue agressive et attentatoire aux droits d'autrui avec l'apparition d'Internet. Lors d'un débat à la Chambre, il y a 140 ans (en 1879), ont été dénoncées les dérives de la presse de l'époque. La forme n'est plus celle d'aujourd'hui, mais les faits dénoncés correspondent : « Quel est l'homme public ou de notoriété, *souvent même le citoyen le plus obscur*, qui n'ait souffert des coups de ces sycophantes modernes et n'ait été blessé dans ses sentiments les plus intimes ou dans les êtres qui lui sont plus chers que lui-même ? Qui alors n'éprouve contre ces plumes indignes et leurs odieuses diatribes un mouvement de révolte intérieure, et cédant à un légitime ressentiment, ne se sente porté à demander la réparation la plus sûre et la plus prompte ? »<sup>56</sup>.

25. Cela étant, si en 2013, je pensais encore pouvoir raisonnablement plaider pour une dépénalisation totale de l'expression<sup>57</sup>, je perçois bien aujourd'hui une tendance contraire qui

---

<sup>54</sup> La rédaction initiale du projet de l'article 25 de la Constitution réservait l'atteinte aux « droits de l'individu », a été clairement rejetée par le Constituant en tant qu'elle ouvrait la porte à une possible restriction de la liberté de presse, qu'il souhaitait garantir de la manière la plus large, la plus complète et la plus entière (De Gerlache, *Discussions du Congrès National de Belgique [1830-1831]*, mises en ordre et publiées par Huytens, Bruxelles, 1844, t. I, pp. 650 à 658).

<sup>55</sup> La proposition de compromis, défendue par certains, de réserver le cas « d'atteinte à la vie privée » est rejetée pour les mêmes raisons (*Discussions du Congrès National de Belgique [1830-1831]*, *op. cit.*, pp. 651 et 654).

<sup>56</sup> A. Nothomb, *Rapport fait au nom de la section centrale à propos de propositions de lois sur « Dommages et intérêts et visites domiciliaires en matière de presse »*, 6 juin 1879, *Doc. parl.*, Chambre, n°162 (1879), p. 18. Je souligne.

<sup>57</sup> J. Englebort, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, pp. 33 à 39. Si, en 2007, « le Conseil de l'Europe avait appelé ceux des États membres qui prévoyaient toujours une peine de prison en cas de diffamation à abolir cette sanction sans délai » (Résolution 1577 (2007) de l'Assemblée Parlementaire, *Vers la dépénalisation de la diffamation*, cité par *Internet: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe/CEDH, juin 2015, p. 35), la tendance actuelle n'est plus aussi ferme. L'article 2.4.2 de la *Recommandation CM/Rec(2016)5* du Comité des Ministres aux Etats membres sur la liberté

traduit apparemment un nouveau besoin de répression sociale de certaines expressions. Celles de la haine et des insultes, souvent gratuites, qui nourrissent et pourrissent les réseaux sociaux.

Peut-on encore d'emblée soutenir que la répression pénale de ces expressions, qui n'apportent rien aux débats d'intérêt général ni à la vie démocratique, ne répondrait pas à un nouveau besoin social : celui de signifier aux internautes qu'on ne peut pas, impunément, haïr, insulter et harceler sur Internet ?

**26.** Je crois que ce serait une grave erreur d'éviter aujourd'hui ce débat en continuant à défendre une conception radicale de la liberté d'expression. Même si je persiste à penser que la réponse pénale n'est pas la plus adéquate pour combattre les dérives de l'expression. La haine qui s'exprime sur les réseaux sociaux est avant tout un révélateur culturel et économique avant d'être un délit. Et la réponse pénale nécessairement individuelle qui lui est donnée est d'une rare médiocrité sociale<sup>58</sup>. Mais je crains que si on ne recherche pas une voie médiane, toutes les expressions, en ce compris celles des chiens de garde de la démocratie, vont subir les effets d'une nouvelle répression.

---

d'internet, du 13 avril 2016 énonce : « L'Etat n'impose aucune restriction induite à la liberté d'expression sur internet dans sa législation. Les lois sur la diffamation sont spécifiques et leur champ d'application est étroitement défini. Elles n'empêchent ni le débat public, ni les critiques à l'encontre des organes de l'Etat, et n'imposent ni amendes excessives, ni dommages-intérêts ou frais de justice d'un montant disproportionné. Des sanctions sévères, notamment des peines d'emprisonnement, ne sont prononcées qu'en cas d'atteinte grave aux droits fondamentaux d'autrui, par exemple en cas d'incitation à la violence ou à la haine.

<sup>58</sup> En ce sens, R. Vaneigem, *Rien n'est sacré, tout peut se dire*, éd. La Découverte, 2003, pp. 25 et s. : « La liberté d'expression est une valeur humaine dans sa liberté de dire l'inhumain. Les opinions racistes, xénophobes, sexistes, sadiques, haineuses, méprisantes ont autant le droit de s'exprimer que les nationalismes, les croyances religieuses, les idéologies sectaires, les clans corporatistes qui les encouragent ouvertement ou sournoisement selon les fluctuations de l'ignominie démagogique. Les lois qui les répriment, telle, en France, la loi Gayssot de 1992, s'en prennent au 'puéril revers des choses' sans toucher aux causes. Elles exorcisent le mal au lieu de le prévenir et de le guérir. Elles substituent la sanction à l'éducation ».

Il faut à cet égard garder à l'esprit qu'au-delà de la répression des torrents d'insultes et de haine des réseaux sociaux, une large partie de la doctrine préconise, depuis déjà de nombreuses années, une correctionnalisation généralisée du délit de presse, visant ainsi également et très précisément toute la production journalistique<sup>59</sup>. Il ne serait pas surprenant que l'argument de la nécessité de sanctionner les dérives de certaines expressions sur les réseaux sociaux ne leur serve de prétexte pour enfin faire aboutir leur funeste dessein.

27. À défaut de proposer un nouveau cadre juridique le plus précis possible quant à la répression pénale de certaines expressions, le danger est aussi de voir la jurisprudence dérapier sur la *pente glissante*<sup>60</sup> que générera chaque nouvelle dérogation ponctuelle à la protection du délit de presse<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Ch. Behrendt, « Le délit de presse à l'ère numérique », *op. cit.*, p. 311 ; F. Jongen et A. Strowel, *Droit des médias et de la communication*, *op. cit.*, n° 1044, p. 725, et les références citées en note de bas de page 2534 ; François Tulkens, « Liberté d'expression, liberté de presse: les procédures préventives et répressives sont en voie d'extinction juridique ? », in S. Van Drooghenbroeck et P. Wautelet (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement : Questions choisies d'actualité*, Anthemis, 2012, pp. 9 et s. ; K. Lemmens, *La presse et la protection juridique de l'individu – Attention aux chiens de garde!*, Larcier, 2004, p. 501, n° 736 ; O. De Theux, « La liberté d'expression de la presse face à la protection civile de la vie privée et de l'honneur et la réputation », *Ann. Dr. Louvain*, 2002, p. 318 ; F. Jongen, « Quand un juge mord un journaliste (contribution à une réhabilitation de la responsabilité pénale des médias) », *op. cit.*, pp. 66 et s. ; V. Ost, « Le raciste, le diffamateur et le nouvel article 150 de la Constitution », *A&M*, 2000, pp. 27 à 35 ; François Tulkens, « Pour un droit constitutionnel des médias », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 13 à 22 ; B. Dejemeppe, « La responsabilité pénale », in A. Strowel et F. Tulkens (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Larcier, 1998, pp. 137 à 145.

<sup>60</sup> Il est fait ici allusion à la théorie de la *pente glissante* (*slippery slope*) bien connue de la Cour suprême des États-Unis, selon laquelle « il est peu probable qu'une exception à la liberté d'expression demeure un cas isolé. Elle risque, au contraire, d'être invoquée comme précédent afin de justifier d'avantage de limitations » (A. Robitaille-Froidure, « La liberté d'expression face au racisme : étude de droit comparé franco-américain », Paris, L'Harmattan, 2011, p. 48).

<sup>61</sup> Sans doute faudrait-il également mettre en place une procédure extra-judiciaire permettant d'identifier les auteurs d'expressions litigieuses anonymes. En effet,

28. Touchant à une liberté fondamentale d'ordre public, indissociable de la démocratie<sup>62</sup>, il faut toutefois faire preuve de la plus grande prudence dès lors que la méfiance régulièrement exprimée, les critiques et la volonté de conditionner l'expression relèvent en réalité d'une défiance qui est nourrie par l'*intelligentsia* et les tenants des leviers politiques et socio-économiques à l'égard des possibilités grandissantes qu'ont les individus de discuter désormais publiquement du fondement des légitimités qui semblent *a priori* s'imposer dans la vie politique au sens large.

Comment ne pas apercevoir en effet que c'est la volonté de maîtriser l'intensité de la vie démocratique qui est à l'œuvre de cette vigilance particulière manifestée à l'endroit des modes d'expression. Que c'est la crainte de la politisation des masses qui prend le masque de l'évitement du chaos. Et que les vellétés visant à prévenir les « abus » de l'expression, « la tyrannie de l'opinion », ou le « populisme », participent fondamentalement du refus de l'égalité entre les individus et les *institutions*, jalouses de leur monopole dans l'énonciation du réel, et en définitive relèvent de ce que Jacques Rancière nomme « la haine de la démocratie »<sup>63</sup>.

#### *b. Le critère de l'intérêt général*

29. J'avais, en 2013, relevé que dans ses arrêts d'avril 2012, la Cour de cassation donnait à la notion d'opinion et ainsi à celle de délit de presse, une portée sensiblement plus large que la jurisprudence de la

---

actuellement, certaines plaintes pénales ne sont déposées que dans le seul but d'obtenir cette identification.

<sup>62</sup> B. Frydman et C. Bricteux, « L'arrêt RTBF c. Belgique: un coup d'arrêt au contrôle judiciaire préventif de la presse et des médias », *op. cit.*, p. 348. De son côté, la Cour européenne « *ne cesse de rappeler* que la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (arrêt *Ileana Constantinescu c. Roumanie*, 11 décembre 2012, § 30 – je souligne).

<sup>63</sup> J. Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, éd. La Fabrique, 2005.

Cour européenne, lorsqu'elle conditionne le bénéfice d'une protection accrue en faveur à la liberté d'expression au fait que la mise en cause des tiers intervienne dans la cadre d'un débat d'intérêt général<sup>64</sup>.

J'ai également déjà souligné l'importance de la prise en compte de l'intérêt général pour arbitrer le conflit de valeur entre liberté d'expression et respect de la vie privée<sup>65</sup>.

Il me semble que la même notion pourrait utilement servir à l'élaboration d'un nouveau périmètre protecteur de l'expression.

**30.** L'option prise, depuis l'origine, par la Cour de cassation, d'interpréter très largement la notion d'opinion est salutaire et doit être préservée.

Le choix de revenir sur cette large interprétation<sup>66</sup> apparaît malheureux, dès lors qu'il est difficilement contestable de soutenir qu'une simple injure ou qu'une vile expression de haine, ne renferment pas une opinion, fut-elle sommaire, ou comme le précise la Cour de cassation, une *pensée* ou un *sentiment*<sup>67</sup>.

Il est également dangereux. Outre qu'il offre une large place à l'arbitraire<sup>68</sup>, il introduit en réalité un critère de classe. En effet, comme l'estime le tribunal correctionnel de Liège, l'expression peut être « haineuse ou même répugnante » pour autant qu'elle soit servie par

---

<sup>64</sup> J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>65</sup> J. Englebert, « L'intérêt général, véritable arbitre entre liberté d'expression et respect de la vie privée », note sous Paris, 19 décembre 2013, *J.T.*, 2014, pp. 368 à 372.

<sup>66</sup> En ce sens, M. Isgour, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet ? », *op. cit.*, p. 87 ; Q. Pironnet, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *op. cit.*, p. 1829.

<sup>67</sup> Cass. 21 décembre 1903, Pas. 1904, I, 85.

<sup>68</sup> Le jugement inédit du tribunal correctionnel de Namur (12<sup>ème</sup> chambre E), du 22 février 2019 (cité *supra* note 32) en est une parfaite illustration.

une « forme de logique argumentative »<sup>69</sup>. Pour la cour d'appel de Liège, « l'expression d'une pensée, qui est requise par l'infraction [...], ne peut être considérée [...] comme n'importe quelle pensée, sans tenir compte de sa pertinence, telles les simples injures ou calomnies. Il doit y être retrouvé une logique argumentative, une manière de voir développée, un pamphlet »<sup>70</sup>.

Malheur donc à celui qui est intellectuellement privé de cette *logique argumentative* pour insulter ou haïr son prochain. En d'autres termes, ce ne sont que les insultes des illettrés, nécessairement primaires, qui se révèlent ne pas être une opinion. D'ailleurs, l'illettré a-t-il des opinions ?

Le mépris que sous-tend ce critère à l'égard d'une large partie de la population, parfaitement illustré par la référence pleine de dédain<sup>71</sup> faite par la cour d'appel de Liège aux discussions « de café du commerce »<sup>72</sup>, justifie qu'il soit écarté sans autres développements.

---

<sup>69</sup> Corr Liège, 7 septembre 2018, *R.D.T.I.*, 2018, n° 72, p. 70. L'argument est repris par Q. Pironnet, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *op. cit.*, p. 1829.

<sup>70</sup> Liège, 28 mai 2019, *R.D.T.I.*, 2018, n° 72, p. 74.

<sup>71</sup> Le même dédain se perçoit dans le recours au terme péjoratif de *quidam*, c'est-à-dire d'une « personne dont on ignore le nom ou qu'on ne veut pas nommer » (*Trésor de la langue française informatisé*, <http://atilf.atilf.fr>), dans le chef de la cour d'appel pour qualifier le prévenu, comme dans celui d'une partie de la doctrine, qui le préfère manifestement à celui plus noble de *citoyen* (voy. not. Q. Pironnet, « Des insultes sur les réseaux sociaux ne relèvent pas du délit de presse », *op. cit.*, p. 1827, Ch. Behrendt, « Le délit de presse à l'ère numérique », *op. cit.*, p. 301 ; M. Isgour, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet ? », *op. cit.*, p. 87).

<sup>72</sup> Selon *Lintern@ute*, l'expression est utilisée « pour définir tout endroit où des personnes s'adonnent au commérage et à l'échange d'informations » ([www.linternaute.fr/expression/langue-francaise/15498/cafe-du-commerce/](http://www.linternaute.fr/expression/langue-francaise/15498/cafe-du-commerce/)).

L'expression a été popularisée par la chronique « Le café du commerce », tenue par Marcel Dassault dans l'hebdomadaire *Jour de France*, de 1981 à 1989, « où abondaient les idées simplistes qui faisaient rire toute la France. Sous forme de dialogue entre deux habitués accoudés à un zinc » (B. Peeters, « Bienvenu au café du Commerce : propos ethnoréthoriques », *Publifarum*, 2015, n° 23, 2.3.4). Pour B. Peeters, « les propos tenus dans un café du Commerce sont persuasifs jusqu'à

31. La différence de traitement en fonction de la qualité de celui qui s'exprime est également indéfendable.

Comme le souligne M. Isgour – mais sans les nuances qui s'imposent<sup>73</sup> – « la protection du régime favorable du délit de presse ne pourrait plus être fondée uniquement sur l'origine de l'opinion : la presse ou le particulier qui s'exprime via un média »<sup>74</sup>.

Il faut en effet inlassablement rappeler que les journalistes n'ont pas le monopole de l'expression d'intérêt général. Ou pour le dire autrement, que le journalisme n'est pas une profession mais une fonction, qui peut – n'en déplaise à certains<sup>75</sup> – être endossée par *n'importe qui*. C'est-à-

---

ce qu'une analyse en expose la pauvreté intellectuelle » (*ibidem*, 2.3.1). Selon M. Mould, il s'agit de « debate of low intellectual quality » (*Dictionary of cultural references in modern French*, Abingdon, Routledge, 2011). Le sociologue M. Maffesoli, relève toutefois que le « café du commerce » est « le lieu où l'on apprend le plus sur la culture vécue au jour le jour ». Il ajoute : « Certes, il peut y avoir des éléments abjects, il peut y avoir une grande banalité dans les discussions du café du commerce, mais je n'arrive pas à me convaincre que le peuple est débile ou encore qu'il sent mauvais ». (M. Maffesoli, C. Bourseiller, *Qui êtes-vous, Michel Maffesoli ? Entretiens avec Christophe Bourseiller*, Paris, éd. François Bourin, 2010).

<sup>73</sup> « Il est clair qu'au regard de ces contours définis par les plus hautes juridictions nationales ou internationales, l'auteur de propos à caractère calomnieux, diffamatoires, injurieux ou harcelants, postés sur les réseaux sociaux, ne devrait clairement pas bénéficier du privilège de juridiction prévu pour la presse par l'article 150 de la Constitution et, de la sorte, de l'impunité de fait pour les actes punissables qu'il a commis » (« Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet ? », *op. cit.*, p. 88). Ce faisant, M. Isgour oppose l'*information* à la *calomnie* alors que l'information peut être calomnieuse et que l'injure peut parfois contribuer à un débat d'intérêt général. Le critère doit être mieux précisé.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>75</sup> Comme par exemple le journaliste français Olivier Duhamel qui, à propos des réactions diffusées sur Internet à la suite du décès du jeune militant d'extrême gauche Clément Méric, mort sous les coups d'un militant d'extrême droite, le 6 juin 2013, a déclaré : « Ce qui m'a beaucoup frappé, c'est l'envahissement du commentaire [...]. Chacun se sent investi, enfin beaucoup de gens se sentent le droit de nous donner le fin mot de la raison de cette tragédie. Je trouve cela très

dire par chaque citoyen. C'est ce qu'a rappelé la Cour constitutionnelle lorsqu'elle a purement et simplement effacé toute référence au « journaliste » de la loi sur la protection du secret des sources journalistiques<sup>76</sup>. Ainsi, selon l'article 2 réécrit de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, est protégée « toute personne qui contribue directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public ».

C'est également ce que soulignait le représentant de l'O.S.C.E. pour la liberté des médias, D. Mijatović : « The right to free expression and free media as human rights is not reserved for media companies or editorial offices alone ; they belong to everyone. These rights shall be equally applicable to all forms of journalism, not just traditional media »<sup>77</sup>.

Dans son arrêt *Tietosuoja- ja valtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que peuvent être qualifiées d'*activités de journalisme*, au sens de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre

---

choquant et très irrespectueux du travail normal des journalistes » ([www.europe1.fr/MediaCenter/Emissions/Mediapolis/Sons/Mediapolis-08-06-13-1544511/](http://www.europe1.fr/MediaCenter/Emissions/Mediapolis/Sons/Mediapolis-08-06-13-1544511/)).

<sup>76</sup> Au grand dam des associations professionnelles de journalistes qui avaient œuvré, avec succès, au cours de travaux parlementaires précédant le vote de la loi, pour restreindre la définition du journaliste. Ainsi, on peut lire dans le rapport fait au nom de la commission de la Justice du Sénat par M. Mahoux que « quiconque exerce la liberté d'expression par voie de publication est considéré comme un journaliste, ce qui est une dérive impensable » (*doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, 3-670/6, p. 12). Sur les travaux parlementaires précédant le vote de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques et sur la portée de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 91/2006 du 7 juin 2006, voy. J. Englebert, « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*, *Rev. Fac. Dr. ULB*, vol. 35, Bruylant, 2008, pp. 229 à 288.

<sup>77</sup> *Recommendations from the Internet 2013 Conference: Shaping policies to advance media freedom*, O.S.C.E., [www.osce.org/fom/100112](http://www.osce.org/fom/100112) (Recommandation n° 2).

1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, celles qui « ont pour finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit. Elles ne sont pas réservées aux entreprises de média et peuvent être liées à un but lucratif »<sup>78</sup>.

La Cour européenne a de son côté étendu sa jurisprudence traditionnelle en matière de presse aux manifestations nouvelles de diffusions d'informations par des non-professionnels, spécialement sur Internet<sup>79</sup>.

Dans un premier temps, la Cour a précisé que si « l'ouverture d'espaces de débat public fait partie du rôle de la presse [...] *l'exercice de cette mission n'est pas réservée aux médias ou aux journalistes* »<sup>80</sup>.

C'est toutefois par son arrêt du 8 novembre 2016, rendu en Grande chambre, dans l'affaire *Magyar Helsinki Bizottsag c. Hongrie*, quelle va confirmer l'extension du bénéfice de l'article 10 à l'expression numérique. Après avoir rappelé, sans la moindre ambiguïté, que les associations dont les activités sont un élément essentiel d'un débat public éclairé sur des sujets d'intérêt général<sup>81</sup>, les chercheurs

---

<sup>78</sup> Arrêt CJUE (G.C.), *Tietosuoja-vahtuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy*, du 16 décembre 2008, n° C-73/07, § 61.

<sup>79</sup> Voy. A. Adam et J. Englebert, « Le néo-journaliste au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, n° 21 et s. ; N. Vajic et P. Voyatzis, « The Internet and freedom of expression : a 'brave new world' and the ECtHR's evolving case-law », *op. cit.*, p. 405 ; voy. égal ; T. Mcgonagle, « Contenu généré par les utilisateurs et actualités audiovisuelles : les hauts et les bas d'une relation incertaine », *Le journalisme ouvert, Iris plus*, 2013-2, Observatoire européen de l'audiovisuel, pp. 15 et s.

<sup>80</sup> Arrêts CEDH, *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, du 14 avril 2009, § 27 ; *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land-und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c. Autriche*, du 28 novembre 2013, §§33 et 34.

<sup>81</sup> Outre les arrêts cités en note 46, voy. arrêts CEDH, *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie*, du 27 mai 2004, §42 ; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005,

universitaires et les auteurs d'ouvrages portant sur des sujets d'intérêt public, bénéficient du même niveau élevé de protection que celui reconnu à la presse, la Cour européenne ajoute, de façon tout à fait déterminante que, « compte tenu de ce que les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la diffusion de l'information, la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de 'chien de garde public' en ce qui concerne la protection offerte par l'article 10 » (§168).

Enfin, dans son arrêt *Braun c. Pologne*, du 4 novembre 2014, la Cour européenne confirme que la question de savoir si le requérant était un journaliste au sens du droit interne n'est pas particulièrement pertinente dès lors que « the Convention offers a protection to all participants in debates on matters of legitimate public concern. » (§47).

**32.** Le seul critère pertinent apparaît en effet être celui de la contribution de l'expression litigieuse à un débat d'intérêt général.

Si l'expression participe peu ou prou à un débat d'intérêt général *lato sensu*, il convient de lui reconnaître le bénéfice des règles procédurales protectrices de la liberté d'expression, peu importe la qualité de son auteur, le média qui la véhicule et la forme éventuellement sommaire qu'elle prend.

L'abondante jurisprudence de la Cour européenne sur la notion d'expression apportant une contribution à un débat d'intérêt permet d'en cerner avec une précision suffisante les contours.

Tout ce qui concerne le débat politique et les questions relative à la gestion de la citée, les questions relatives à la santé, les questions relatives à l'environnement, l'administration et le fonctionnement de la justice, en ce compris les procédures judiciaires en cours, tout ce qui

---

§89 ; *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, G.C., du 22 avril 2013, §103 ; *Youth Initiative for Human Rights c. Serbie*, du 25 juin 2013, §20 ; *Braun c. Pologne*, du 4 novembre 2014.

concerne la police, les questions d'atteintes aux mœurs, les questions relatives au crime organisé, au terrorisme, au trafic de stupéfiants, à la fraude fiscale, économique ou sociale, à l'immigration, sans que cette énumération soit exhaustive, relève de l'intérêt général<sup>82</sup>.

**33.** Par contre, ne participe pas à un débat d'intérêt général l'expression qui ne porte que sur des questions ou des intérêts privés.

Jusqu'à l'avènement d'Internet et plus spécifiquement des réseaux sociaux, ces expressions ne bénéficiaient d'aucune publicité. On pouvait, sans crainte d'être poursuivi, dire tout le mal que l'on pensait de son voisin, de ses collègues ou de son patron, de son ex, en somme de n'importe qui, au téléphone à un ami, à table lors d'un repas familial ou au restaurant avec quelques convives. N'atteignant pas les personnes mises en cause, cette expression restait sans effet et n'engageait pas la responsabilité de son auteur. Les réseaux sociaux ont eu entre autres pour effets de rendre publique la vie privée de millions d'internautes qui s'exposent et parfois s'expriment non plus dans le cercle restreint de la famille ou des amis, mais au vu et au su de tous. Rien ne justifie que cette expression-là qui n'avait pas vocation à devenir publique et qui ne contribue en rien à un débat sur des questions d'intérêt général, puisse bénéficier d'un régime protecteur exorbitant du droit commun.

M. Isgour ne dit rien d'autre lorsqu'il espère que le jugement du tribunal correctionnel de Liège, du 7 septembre 2018 marque « une prise de

---

<sup>82</sup> En paraphrasant l'arrêt CEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France (Gr. Ch.)*, 10 novembre 2015, pour vérifier si une expression contribue à un sujet d'intérêt général, il convient de l'apprécier dans sa globalité et de rechercher si, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, elle se rapporte majoritairement, malgré d'éventuelles digressions d'ordre purement privé, à une question d'intérêt général. Si tel est le cas, cette expression est en droit d'être portée à la connaissance du public, qui peut légitimement s'y intéresser en ce qu'elle éveillera son attention ou le préoccupera sensiblement, notamment parce qu'elle concerne le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité (voy. « Droit à l'information : la notion d'intérêt général précisée », *dalloz-actudiant.fr*, 3 avril 2017).

conscience de la justice » que la jurisprudence précitée de la Cour de cassation « rend [...] impossible la poursuite pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet et en particulier sur les réseaux sociaux, alors que ces atteintes ne cessent de se multiplier et sont, dans la très grande majorité des cas, non pas commises par la presse ou par des personnes qui véhiculent des informations d'intérêt public, mais par des personnes qui sont loin de jouer un rôle essentiel dans la protection de la démocratie »<sup>83</sup>.

Il convient toutefois de veiller à ce que l'expression citoyenne reste protégée, au même titre que celle de la presse, chaque fois qu'elle s'inscrit, fût-ce incidemment, dans un contexte qui dépasse l'expression privée.

34. À l'aune de ces critères, l'expression injurieuse du promoteur immobilier qui avait insulté sur son mur Facebook, pendant plusieurs années, l'échevine en charge de l'urbanisme de sa commune, au motif qu'il estimait qu'elle s'opposait « de manière systématique et obsessionnelle depuis plusieurs années, à toute proposition ou demande émanant de la société B. dont il est l'administrateur », relevait incontestablement du délit de presse.

Selon les critères strasbourgeois, une expression mettant en cause un responsable politique en raison de l'exercice de son mandat public sera toujours considérée comme contribuant à un débat d'intérêt général<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> M. Isgour, « Va-t-on vers la fin d'une impunité pénale des atteintes à l'honneur et à la réputation commises sur Internet ? », *op. cit.*, p. 79.

<sup>84</sup> A. Guedj, « L'homme public et la presse – étude de la jurisprudence rendue par la Cour européenne des Droits de l'Homme », in *Libertés, justice, tolérance Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruylant, 2003, pp. 917 à 935, ici p. 924. Voy. not. arrêts CEDH, *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986 ; *Oberschlick c. Autriche*, 29 mai 1991 ; *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000 ; *Lindon et autres c. France (GC)*, 22 octobre 2007 ; *Roumanie Ivanova c. Bulgarie*, 14 février 2008 ; *Kuliš c. Pologne*, 18 mars 2008 ; *kita c. Pologne*, 8 juillet 2008 ; *Tarsasag A Szabadsagjogokert c. Hongrie*, 14 avril 2009 ; *Bacanu et Sc « R » SA c. Roumanie*, 3 mars 2009.

35. Cet aspect est totalement occulté dans le jugement du tribunal correctionnel de Liège du 7 septembre 2018 de même que dans l'arrêt de la cour d'appel du 28 mai 2019 qui le confirme. Les juges ne retiennent que le caractère à l'évidence gravement insultant des expressions litigieuses sans tenir aucun compte du contexte qui a nourri le ressentiment de celui qui s'exprime. Alors même que ces circonstances ne sont pas ignorées. Au contraire, rappelant les faits, l'arrêt de la cour d'appel de Liège précise que « A.B. est administrateur d'une société de promotion immobilière dénommée [...] qui elle-même est la propriétaire d'un centre commercial [...] situé sur la commune d'Awans. Le développement dudit centre commercial fait l'objet d'un contentieux entre A.B. et la commune d'Awans au sein de laquelle C.S. exerce les fonctions d'échevine de l'urbanisme et des travaux publics. En raison de leurs fonctions respectives, les protagonistes sont entrés plusieurs fois en contact et leurs relations ont été amenées à se dégrader. A.B. reproche à la commune d'Awans, plus particulièrement en la personne de C.S. de faire opposition systématique à l'extension du centre commercial géré par la société dont il est l'administrateur. Il fait connaître son mécontentement via le panneau led du [...] shopping [...] et/ou par des publications sur sa page 'facebook' ».

Mais *in fine*, la cour n'en retient rien : « les propos publiés par A.B. sur un 'mur Facebook' » [...] ne sont pas des articles émettant une pensée critique ou argumentée mais sont en réalité des insultes, dépourvues d'esprit humoristique ou satirique, émanant d'un quidam, publiés [...] sur la page du réseau social ouverte au nom d'une personne en particulier. *Ces éléments, pris dans leur ensemble*, démontrent que les faits reprochés au prévenu ne constituent pas un délit de presse ». Or, un élément essentiel est oublié : l'expression litigieuse a pour objet de faire connaître le « mécontentement » d'un acteur économique à l'égard de décisions d'un responsable politique local<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> La cour d'appel se contentera d'observer que « les écrits du prévenu, par leur nombre et leur contenu injurieux, vont bien au-delà du simple litige urbanistique, que le prévenu allègue » (*R.D.T.I., op. cit.*, p. 77)

36. En d'autres termes, si la forme est à l'évidence outrancière et déplacée, l'invective n'était pas *gratuite*<sup>86</sup>, en ce sens qu'elle s'inscrivait dans un conflit politique et économique entre le promoteur immobilier et l'échevine mise en cause.

Cela ne signifie pas que l'expression ne serait pas fautive. Cela signifie que dans le processus de l'appréciation de la faute et le cas échéant, de la sanction, il appartenait au juge de prendre en compte cet élément.

#### IV. L'absence de *culture de la liberté d'expression* au sein des juridictions correctionnelles

37. Confrontées depuis de nombreuses années au contentieux de la liberté d'expression, les juridictions civiles, incitées par les plaideurs, ont actuellement clairement intégré tant la *culture de la liberté d'expression* que la foisonnante jurisprudence de la Cour européenne concernant l'article 10 de la Convention<sup>87</sup>.

Tel n'est par contre manifestement pas le cas des juridictions correctionnelles, ni du parquet.

---

<sup>86</sup> Sur la portée de la notion « d'attaque personnelle gratuite » dans la jurisprudence de la Cour européenne, voy. not. les arrêts CEDH, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, du 28 septembre 2000, §34, *Kuliš c. Pologne*, du 18 mars 2008, §§51 à 53, *De Lesquen du Plessis-Casso c. France*, du 12 avril 2012, § 40, *Koutsoliontos et Pantazis c. Grèce*, 22 septembre 2015, § 43. Voy. aussi la décision *Meslot c. France*, du 1<sup>er</sup> février 2018, § 48.

<sup>87</sup> Dans un arrêt du 23 mai 2011 (RG n° C.09.0216.F), rendu en matière civile, la Cour de cassation rappelle à cet égard qu'« Il doit ressortir de la décision du juge qu'il a examiné le droit à la liberté d'expression par rapport à d'autres droits visés à l'article 10.2 de la Convention, comme le droit à une bonne réputation, mais aussi que la restriction imposée, compte tenu du contexte dans lequel l'opinion est émise, de la qualité des parties et des autres circonstances particulières de la cause, répond à une nécessité sociale impérieuse, est pertinente et qu'à la suite de la restriction imposée, la proportionnalité est respectée entre le moyen utilisé et l'objectif poursuivi ».

**38.** Ainsi, le tribunal correctionnel de Liège et la cour d'appel à sa suite, dans l'affaire des insultes contre l'échevine de la commune d'Awans, ignoraient manifestement qu'il faille « admettre – selon la jurisprudence strasbourgeoise – que l'invective politique déborde sur le plan personnel car ce sont là les aléas du jeu politique et du libre débat d'idées, garants d'une société démocratique »<sup>88</sup>.

Quant au ton utilisé par celui qui s'exprime, il ne ressort pas de leurs décisions qu'ils aient tenu compte du fait que « l'utilisation de phrases vulgaires en soi n'est pas déterminante dans l'appréciation d'une expression offensante, car elle pourrait bien servir à des fins purement stylistiques. Pour la Cour, le style fait partie de la communication en tant que forme d'expression et est en tant que tel protégé de même que le contenu de l'expression »<sup>89</sup>.

Ou encore qu' « un style polémique, sarcastique, incisif et provocateur » et des expressions « vis[ant] à tourner en dérision la personne » mise en cause, « ne justifie pas à lui seul une restriction à la liberté d'expression. En effet, le rôle des juridictions internes dans une procédure de diffamation ne consiste pas à indiquer à l'intéressé le style à employer lorsque celui-ci exerce son droit de critique, même de manière acerbe. Les tribunaux internes sont plutôt appelés à examiner si le contexte de l'affaire, l'intérêt du public et l'intention de l'auteur des propos litigieux justifiaient l'éventuel recours à une dose de provocation ou d'exagération »<sup>90</sup>.

Toutes considérations absentes des décisions liégeoises précitées.

**39.** Il en va de même de la *culture de la liberté d'expression*. C'est-à-dire de la reconnaissance du rôle essentiel qu'elle joue dans la société

---

<sup>88</sup> Not. arrêts CEDH, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, 28 septembre 2000, § 34 ; *Kuliš c. Pologne*, 18 mars 2008 et *De Lesquen du Plessis-Casso c. France*, 12 avril 2012, § 40.

<sup>89</sup> Arrêt CEDH, *Uj c. Hongrie*, 19 juillet 2011, § 20. Dans le même sens, *Jimenez Losantos c. Espagne*, 14 juin 2016, § 50.

<sup>90</sup> Arrêt CEDH, *Koutsoliontos et Pantazis c. Grèce*, 22 septembre 2015, § 43.

démocratique et, en conséquence, de la nécessité d'envisager toute ingérence à cette liberté avec la plus grande prudence et la plus grande mesure.

Le juge doit toujours avoir à l'esprit que selon la jurisprudence constante de la Cour européenne, la condition de « nécessité dans une société démocratique » commande de déterminer si l'ingérence qu'on lui demande de prononcer – notamment la sanction pénale – correspond à un besoin social impérieux et si elle est proportionnée au but légitime poursuivi. Il doit par ailleurs fournir « des motifs pertinents et suffisants » pour la justifier<sup>91</sup>.

40. À aucun moment, tant devant le tribunal correctionnel que devant la cour d'appel, la question de *la nécessité* de l'ingérence, au sens de l'article 10.2 de la Convention européenne, n'a été ne fut-ce qu'abordée.

Quant à *la proportionnalité* de la sanction, l'affaire du promoteur immobilier d'Awans est exemplaire de la dérive dans laquelle la répression de l'expression peut facilement verser. Si le premier juge avait estimé adéquat de prononcer une peine de travail<sup>92</sup>, le juge d'appel y substitue une peine d'emprisonnement de 10 mois fermes (le parquet avait requis un an).

Avec une telle peine, on quitte le territoire de l'arbitrage entre la liberté d'expression et le but légitime poursuivi par l'ingérence, pour verser dans une volonté de répression à l'égard de l'expression qui ne peut que révolter le juriste qui cherche à inscrire sa pratique dans les fondamentaux démocratiques.

---

<sup>91</sup> Not., parmi beaucoup d'autres, arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, § 62 et *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France* [GC], 10 novembre 2015, § 92.

<sup>92</sup> La lecture du jugement tel qu'il est publié, ne permet pas de connaître les détails de cette peine de travail.

41. Participe à cette même volonté de répression, l'arrestation le 10 septembre 2019 d'un internaute qui avait posté la veille sur sa page Facebook le message suivant : « Un bon flic et un flic mort »<sup>93</sup>, suivi d'une série d'émojis hilares, faisant allusion à un policier liégeois blessé par balle à Jupille, le même jour. Répondant ensuite à quelques personnes qui s'étaient insurgées de ce premier message, il a ajouté : « Quoi des assassins qui meur moi ca me choque pas aller peter un coup les tocard »<sup>94</sup>.

Dans un communiqué du 13 septembre 2019<sup>95</sup>, le parquet de Bruxelles précise que cet individu « a été privé de liberté le 10 septembre » et qu'« il a été auditionné par les services de police et par le procureur du Roi ». Il ajoute que « Vu la gravité des faits et leur caractère inadmissible, il est cité à comparaître devant le tribunal correctionnel de Bruxelles le 1er octobre 2019 »<sup>96</sup>.

Il est pourtant difficilement contestable que cet internaute ait exprimé une opinion à l'égard de la police. Sans doute est-elle abjecte, mais c'est bien ce qu'il pense. Il n'est par ailleurs pas exclu que cette opinion s'inscrive dans un cadre plus large, celui des violences policières qui occupent les réseaux sociaux depuis de nombreux mois et qui suscitent parfois des réactions, elles-mêmes violentes.

42. Cette opinion sur les forces de l'ordre relève à l'évidence de la compétence du jury.

---

<sup>93</sup> Il faut très vraisemblablement lire « est » et non « et ». Voy. J.T., « "Un bon flic est un flic mort" : une faute d'orthographe pourrait bénéficier à l'auteur », *DHnet.be*, 16 septembre 2019.

<sup>94</sup> *DHnet.be*, 13 septembre 2019.

<sup>95</sup> [www.om-mp.be/fr/article/communique-presse-bruxelles-calomnie-corps-constitue](http://www.om-mp.be/fr/article/communique-presse-bruxelles-calomnie-corps-constitue).

<sup>96</sup> Le communiqué précise encore que le prévenu est poursuivi pour calomnie envers un corps constitué, infraction visée par l'article 446 du Code pénal. La calomnie étant l'imputation d'un fait précis, il me semble qu'en l'espèce, les faits recèlent plutôt une injure qu'une calomnie.

43. Par ailleurs, l'article 9 du décret sur la presse, du 20 juillet 1831, énonce que « le prévenu d'un délit, commis par la voie de la presse, et n'entraînant que la peine de l'emprisonnement, ne pourra, s'il est domicilié en Belgique, être emprisonné avant sa condamnation [...]. Le juge, dans ce cas, ne décernera contre lui qu'un mandat de comparution, qui pourra être converti en mandat d'amener, s'il fait défaut de comparaître ». En d'autres termes, le prévenu d'un délit de presse doit préalablement être invité à comparaître devant le juge, de manière non coercitive. Ce n'est que s'il ne se présente pas qu'un mandat d'amener pourra être délivré. En toute hypothèse, à l'issue de l'audition, le prévenu doit nécessairement être remis en liberté, la détention préventive n'étant pas envisageable.

La loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive a donné au Procureur du Roi le pouvoir de faire arrêter une personne à l'égard de laquelle il existe des indices sérieux de culpabilité, pour une durée de maximum quarante-huit heures. La personne arrêtée doit être remise en liberté dès que la mesure cesse d'être nécessaire sauf si, à l'issue de l'arrestation, elle est placée en détention provisoire.

En privant de liberté l'internaute suspecté d'être l'auteur des messages précités, le parquet a, à l'évidence, poursuivi une mesure d'intimidation, contraire sinon à la lettre (depuis la réforme de la détention préventive), en tous cas à l'esprit du décret de 1831 : si un juge d'instruction ne peut *a priori* pas délivrer un mandat d'amener en cas de délit de presse, on peut raisonnablement soutenir que dans les mêmes circonstances, le Procureur du Roi ne peut pas user de son pouvoir d'arrestation judiciaire. Il devait dans un premier temps inviter, par une convocation non contraignante, le suspect à se présenter à ses services. A la suite de cette audition, le parquet pouvait parfaitement le convoquer à une audience, dans le cadre de la procédure accélérée à laquelle a été recouru en l'espèce. Ce n'est que s'il ne s'était pas présenté à la convocation, qu'une arrestation en vue d'être auditionné – équivalent à un mandat d'amener –, pouvait être envisagée.

Le signal donné est très clair : chaque internaute doit comprendre qu'en cas de messages « graves et inadmissibles », pour reprendre les termes du communiqué du parquet, et donc à ce stade selon la seule appréciation du ministère public, il s'expose à être arrêté et mis à la disposition du Procureur du Roi pendant quarante-huit heures.

Si, comme je l'écrivais en 2013, le maintien de l'interdiction de toute détention préventive « est loin de n'être que symbolique particulièrement depuis qu'il est admis par la Cour de cassation que les écrits diffusés par Internet relèvent de la notion de délits de presse »<sup>97</sup>, encore faut-il que l'esprit de cette interdiction soit respecté par les parquets.

44. Si l'expression de cet internaute est abjecte, elle témoigne principalement de la bêtise de celui qui s'exprime. Je doute que la répression de la bêtise réponde à un besoin social impérieux dans une société démocratique. Quelques minutes passées sur les réseaux sociaux permettent par ailleurs de constater que la tâche serait incommensurable. Elle présente par contre le risque majeur, dénoncé ci-dessus, que ce soient uniquement ceux qui ne disposent pas des facultés intellectuelles suffisantes pour présenter leur expression sous une « forme logique argumentative », qui feront à l'avenir l'objet de cette répression.

45. Ces exemples de répression pénale de l'expression illustrent l'effet dissuasif qu'elle produit nécessairement sur les citoyens, mais aussi sur les professionnels. La Cour européenne a souvent dénoncé l'effet dissuasif excessif que générerait la sanction pénale<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> J. Englebert, *La procédure garante de la liberté de l'information*, op. cit., p. 19.

<sup>98</sup> Voy. not., *Internet: la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe/CEDH, juin 2015, pp. 35 à 37. On observe toutefois que dans la *Recommandation CM/Rec(2018)2* du Comité des Ministres aux États membres sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet, l'article 1.3.6 invite les autorités nationales à « veiller à ce que les sanctions qu'elles imposent aux intermédiaires pour non-respect des cadres réglementaires soient proportionnées, car des sanctions disproportionnées pourraient entraîner une restriction de contenu légal et avoir un effet dissuasif sur le droit à la liberté

Comment ne pas voir encore une illustration de cette nouvelle volonté dissuasive dans le procès fait, au civil mais à l'initiative de la police<sup>99</sup>, aux organisateurs de l'exposition de photographies « Don't Shoot »<sup>100</sup>, qui avait précisément pour « objectif d'illustrer et de mettre en débat les atteintes aux libertés de manifestation et d'expression dont sont victimes certains mouvements sociaux, activistes et journalistes »<sup>101</sup> ?

**V. Pour conclure : *Il n'y a ni bon ni mauvais usage de la liberté d'expression, il n'en existe qu'un usage insuffisant***<sup>102</sup>

**46.** L'expression a de tout temps dérangé, spécialement les Pouvoirs, quels qu'ils soient. C'est pour ce motif qu'elle n'est – en principe – libre qu'en démocratie.

Ce sont les expressions qui heurtent, choquent ou inquiètent, tout ou partie de la population, qui doivent être protégées, comme l'a si souvent rappelé la Cour européenne<sup>103</sup>. Précisément parce qu'elles heurtent, choquent ou inquiètent. Il ne convient dès lors pas de faire le tri entre la « bonne » et la « mauvaise » expression.

---

d'expression », sans toutefois expressément exclure la sanction pénale (voir *supra*, n° 25).

<sup>99</sup> L'action est introduite par la Zone de police Bruxelles-Capitale-Ixelles et par quatre policiers.

<sup>100</sup> ZIN TV, le Collectif Krasnyi, la Ligue des Droits de l'Homme et le photographe Frédéric Moreau de Bellaing, [www.zintv.org/DON-T-SHOOT-exposition-collective](http://www.zintv.org/DON-T-SHOOT-exposition-collective).

<sup>101</sup> Communiqué de l'AJP, 30 septembre 2019, « Menaces sur la liberté d'expression et la liberté d'informer », [www.ajp.be/menaces-sur-la-liberte-dexpression-et-la-liberte-dinformer/](http://www.ajp.be/menaces-sur-la-liberte-dexpression-et-la-liberte-dinformer/).

<sup>102</sup> R. Vaneigem, *Rien n'est sacré, tout peut se dire*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>103</sup> B. Frydman, « Introduction : Les propos qui heurtent, choquent ou inquiète », *Rev. Dr. ULB*, vol. 35, 2007-1, pp. 7 à 17.

Face à la montée, partout en Europe, d'un discours populiste qui dénonce en substance le juridisme *droits-de-l'homme*<sup>104</sup>, il faut réaffirmer haut et fort qu'en démocratie l'expression est libre, qu'elle appartient à tous et que la répression des délits ou des fautes, commis à l'occasion de son exercice, ne peut se concevoir qu'à la marge, pour autant qu'elle réponde à un besoin social impérieux et que l'éventuelle sanction soit proportionnée au but poursuivi.

47. Comme le soulignait Julian Assange, lors d'une conférence à Oxford, il y a plus de dix ans déjà, « la capacité offerte par Internet, pour la première fois dans l'histoire, de permettre à un seul homme de diffuser des informations à des milliers d'autres est l'antidote face à la tentation des pouvoirs en tous genres d'exercer une surveillance massive sur la population »<sup>105</sup>.

La libre expression numérique, le droit d'exprimer sur *la Toile* ses opinions en toute matière, doit être protégé comme une garantie essentielle des démocraties. Le traitement des excès et des dérives de ce droit doit rester marginal. N'oublions en effet pas qu'une exception à la liberté d'expression ne demeure jamais un cas isolé. Chaque fois, elle sera invoquée comme précédent afin de justifier davantage de limitations.

1<sup>er</sup> octobre 2019

---

<sup>104</sup> Voy. not. Ch. Leprince, « "Droit-de-l'homme" : histoire d'un néologisme péjoratif », *Savoirs*, France Culture, 12 décembre 2018.

<sup>105</sup> Cité dans l'émission *Le secret des sources*, France Culture, 4 mai 2013 : « Le journaliste peut-il toujours refuser de livrer ses sources ? ».

Éditeur responsable : Gert Van der biesen, secrétaire général du Sénat

Imprimerie de la Chambre des Représentants

