

Remarques préliminaires

Mandat

Le 19 août 1999, le Conseil de l'Europe a formellement confié à l'Institut suisse de droit comparé, à Lausanne, le mandat de rédiger un rapport sur les mesures juridiques, en particulier de nature pénale, destinées à combattre le racisme sur internet. Cette étude doit se fonder sur la situation dans une dizaine de pays membres du Conseil de l'Europe, à savoir l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Estonie, la France, l'Italie, la Norvège, la Pologne, la République tchèque, la Russie, la Suède et la Suisse.

Les termes du mandat ont été définis lors d'une rencontre entre le directeur adjoint de l'institut et la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (Ecri), le 15 juin 1999, à Strasbourg. La participation d'une représentante de l'institut à une réunion de la sous-commission internet de l'Ecri, le 5 novembre, à Paris, a permis de faire le point sur l'avancement des travaux et d'affiner l'objet des recherches.

Le 31 mars 2000, soit dans le délai convenu, l'institut a remis le présent rapport à l'Ecri en version bilingue, pour partie en français, pour partie en anglais.

En 2006, l'Institut suisse de droit comparé s'est vu confier la tâche d'actualiser le rapport.

Champ d'étude

Notre première remarque à cet égard concerne la limitation du mandat au droit pénal; elle se justifie par le fait que cette branche du droit est l'instrument privilégié de la lutte contre le discours haineux. Cela dit, nous avons jugé utile de faire, ici ou là, un détour par le droit civil ou encore le droit administratif, dans la mesure où ils offrent quelquefois des moyens efficaces, sous l'angle de la rapidité notamment, pour obtenir que l'accès à des sites racistes soit bloqué, voire que ces sites soient purement et simplement supprimés.

On notera ensuite que la présente étude se concentre sur les mesures juridiques destinées à combattre le racisme sur internet. Le terme juridique doit

toutefois être entendu dans un sens large, ne se limitant pas au seul droit positif constitué par les normes légales et la jurisprudence. Dans un domaine aussi mouvant et instable que le droit de l'internet (voir notre avertissement ci-dessous), la plupart des pays couverts par notre étude ont combiné l'approche normative classique et les mesures ressortissant à la «*soft law*». Bien que cela ne soit pas expressément prévu par le mandat, l'institut a estimé qu'il ne pouvait ignorer ces instruments plus souples que sont les codes de conduite, les prescriptions déontologiques, les recommandations ou encore les *hotlines*; et ce, en raison, si ce n'est de leur efficacité, du moins de leur importance stratégique.

S'agissant de l'approche classique, nous soulignerons d'emblée que les normes visant spécifiquement le racisme sur internet – ou même plus généralement les abus de la liberté d'expression sur le réseau des réseaux – font quasiment défaut. Certes, les propositions de solutions ne manquent pas, qu'elles émanent de la doctrine ou des autorités; pour éviter la dispersion et la confusion – tant ces propositions sont souvent divergentes et contradictoires –, nous n'avons, par principe, porté notre attention que sur les projets qui sont en voie de consécration; autrement dit, ceux qui sont en discussion devant le Parlement.

On relèvera en outre que la jurisprudence topique est elle aussi encore rare; qui plus est, sa précarité est grande, car à ce jour on ne dispose, à quelques exceptions près, que d'arrêts d'instances inférieures. Pour remédier à ce manque, notre étude prend en compte la jurisprudence concernant d'autres cas d'expressions illicites sur internet, pornographie et atteintes au droit d'auteur notamment. La grande similarité de la problématique, à commencer par la délicate question de la responsabilité «subsidaire» des opérateurs techniques (fournisseurs d'accès et fournisseurs d'hébergement), autorise, voire impose, pareille extension du champ d'investigation.

Cette extension du champ matériel de notre étude compense-t-elle un rétrécissement de son champ géographique? Le lecteur constatera que le présent rapport ne s'attarde guère sur la situation dans les quatre pays de l'Europe centrale et orientale envisagés par notre mandat (Estonie, Pologne, République tchèque et Russie¹⁶³). Ce relatif silence n'est la conséquence ni

163. La législation russe ne contient pas, à ce jour, de normes spécifiques concernant la diffusion de propos racistes et xénophobes par le biais d'internet. Pour autant, cela ne signifie pas que de tels actes ne sont pas punissables. Les poursuites peuvent en effet être intentées sur la base de l'article 282 du Code pénal russe («incitation à la haine, atteinte à la dignité humaine»), norme de droit commun. Selon ce texte, la diffusion de propos racistes et xénophobes ou incitant à la haine, ou dégradant la dignité d'une personne ou d'un groupe de personnes sur la base de leur sexe, race, nationalité, langue, origine, attitude à l'égard de la religion, appartenance à un groupe social particulier, est pénalement répréhensible dès lors que ces propos ont été tenus publiquement ou par le biais des médias de masse. Ainsi, le caractère public des propos est un critère essentiel de l'élément

d'un oubli de notre part ni de l'absence de messages racistes sur les réseaux de ces pays. De fait, nous avons multiplié les contacts avec les milieux concernés par le racisme sur internet dans ces pays (autorités de poursuite, fournisseurs d'accès et organisations de défense des droits de l'homme). En vain. Aucune prescription spécifique en la matière n'a été rapportée, qu'elle soit de nature normative classique ou de «*soft law*»¹⁶⁴; quant à la jurisprudence topique, elle serait inexistante.

Enfin, notre étude abordera également la situation au niveau de l'Union européenne. Non que cette organisation supranationale soit en train d'attaquer de front la problématique du racisme sur internet; loin de là. Reste que la Directive 2000/31/CE¹⁶⁵ du 8 juin 2000 sur le commerce électronique pose certains standards en matière de responsabilité des intermédiaires techniques, standards qui s'imposent aux pays membres et qui ne sont pas sans effet sur la lutte contre la circulation des contenus illicites, notamment racistes.

objectif de l'infraction. Cela implique la diffusion des idées incitant à la haine raciale, nationale ou religieuse parmi un nombre illimité de personnes. Internet présente toutes les caractéristiques nécessaires pour produire cet effet de diffusion générale. Ainsi, la loi ne faisant pas de distinction selon le moyen de diffusion ou de retransmission des propos offensifs, l'acte de diffusion est punissable dès lors que l'élément objectif de l'infraction est constitué (publication), nonobstant le fait que ces propos soient publiés sur internet ou sur un autre support. La diffusion des propos racistes par le biais d'internet est passible soit d'une amende d'un montant équivalent aux revenus annuels perçus par le condamné pendant une période de 1 à 2 ans, soit d'une privation du droit d'exercice de certains postes ou de certaines activités pendant 3 ans maximum, soit d'un travail forcé pour une période de 180 heures, soit d'un travail d'utilité publique pour une période d'un an, soit d'une privation de liberté pour une période de 2 ans maximum.

Selon les informations fournies par les associations non gouvernementales de sauvegarde des droits de l'homme, les poursuites pour l'incitation à la haine raciale sur internet au titre de l'article 282 du Code pénal russe sont rares. Les juges et les auxiliaires de justice mettent en avant le problème de détermination de l'auteur de la plupart des publications incitant à la haine nationale, ethnique et raciale. Il existe cependant un nombre important d'affaires pendantes depuis janvier 2005 devant les tribunaux régionaux contre les activistes des partis radicaux ayant diffusé des informations à caractère xénophobe sur internet.

Pour davantage d'information, voir le rapport du Bureau des droits de l'homme de Moscou «Le racisme, la xénophobie, l'antisémitisme, la discrimination ethnique dans la Fédération de la Russie en 2005», Academia, 2006, texte disponible sur: http://antirasizm.ru/publ_060.doc, ainsi que le portail «Contre la haine sur internet» du Centre analytique d'information «SOVA»: <http://xeno.sova-center.ru/13B565E/70783E1>.

164. Il est vrai que les principaux fournisseurs d'accès, qui sont des filiales d'entreprises étrangères comme IBM, AT&T en Croatie ou FREEnet en Russie, se réfèrent aux codes de conduite des maisons mères, le plus souvent américaines.
165. 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 («directive sur le commerce électronique»; texte disponible sur http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/l_178/l_17820000717fr_00010016.pdf).

Démarche

Nous avons pris le parti de ne pas présenter une compilation de rapports par pays, compilation qui aurait finalement égaré le lecteur dans la jungle des spécificités nationales, avant tout institutionnelles et procédurales. Aussi avons-nous opté pour une démarche horizontale, mieux à même de mettre en regard problèmes et tentatives de solutions.

C'est ainsi que nous commençons par exposer les différentes difficultés, techniques et juridiques, liées à la recherche des auteurs de délits d'expression raciste. Nous passons ensuite à l'examen des possibilités de responsabiliser d'autres acteurs que les auteurs, par des mesures juridiques classiques d'abord, par des mesures de «*soft law*» ensuite. Après un bref détour par les instruments de droit international éventuellement pertinents, notre étude se termine par une synthèse de la problématique et surtout par un bref catalogue des instruments que nous jugeons opportuns ou au contraire inopportuns. A chaque fois, nos considérations d'ordre général sont précisées par des fenêtres présentant des développements significatifs dans l'un ou l'autre des pays étudiés.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, quelques données d'ordre technique sont cependant nécessaires; en particulier, il importe de préciser le rôle joué par les différents acteurs qui interviennent dans le processus de diffusion des communications sur internet; de même, il n'est pas inutile de rappeler les différents services offerts par internet. Ces différences entraînent en effet des nuances et des distinctions dans le régime juridique applicable.

Enfin, nous nous devons de signaler que la présente étude ne passe pas en revue les diverses normes pénales des pays concernés, destinées à combattre le racisme en général. Ces informations sont en effet disponibles dans un précédent rapport de l'institut, également commandité par le Conseil de l'Europe. Intitulé *Mesures juridiques existantes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe en vue de combattre le racisme et l'intolérance*, ce rapport a été publié en 1998 par l'Ecri et est également disponible sur internet¹⁶⁶.

Avertissement

Il nous importe de balayer le mythe d'un internet sans foi ni loi; ce mythe du vide juridique, entretenu par certains politiciens alarmistes, amplifié par la presse et exacerbé par quelques déclarations d'indépendance inconsidérées d'internautes avides de liberté absolue, ne résiste pas à l'examen. Moyen de communication comme un autre, internet n'échappe pas au droit. En

166. Voir www.coe.int/t/f/droits_de_l'homme/ecri/1-ecri/3-thèmes_généraux/3-mesures_juridiques_nationales/.

règle générale, les normes régissant le droit de la communication sont libellées de façon techniquement neutre, prenant en compte toute diffusion quel que soit le support; elles sont par conséquent pleinement applicables aux messages diffusés sur internet. La problématique relève donc moins d'une absence de normes matérielles adéquates que, comme nous le verrons, d'obstacles érigés à leur application par ces caractéristiques propres au réseau des réseaux que sont notamment sa structure polycentrique, son ubiquité et le couvert de l'anonymat.

Cela est d'autant plus vrai que, pour en revenir à l'expression raciste, notre précédent rapport a montré que tous les pays européens se sont dotés d'un arsenal législatif, plus ou moins efficace, réprimant le discours haineux. Ce standard minimum est d'ailleurs imposé par la Convention internationale des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dont l'article 4 exige l'adoption, entre autres, d'une norme sanctionnant la propagation, au-delà d'un cercle strictement privé, de la haine raciale. Rédigées en termes généraux, ces normes pénales sont applicables au discours haineux diffusé par le biais d'internet.

Il y a toutefois une exception au standard commun: elle concerne le négationnisme, par quoi il faut entendre la remise en cause de l'existence d'un génocide. Outre la France qui incrimine la «contestation de crimes contre l'humanité»¹⁶⁷, seules la Suisse, l'Allemagne, la Belgique et l'Autriche répriment ce délit; et encore, dans ces trois derniers pays, l'incrimination est limitée à la négation des génocides commis par les nazis. Cette différence d'approche mérite d'être relevée car les sites révisionnistes fleurissent sur internet.

Reste enfin à attirer l'attention du lecteur sur un dernier point d'importance: le caractère fluctuant ou plutôt éphémère de la présente étude. La technologie évolue à grande vitesse – qui, au début des années 1990, aurait pu prédire le développement fulgurant d'internet? – et le droit de la communication, même s'il peine à suivre le rythme, évolue lui aussi très rapidement. Les problèmes dont nous faisons état n'en seront peut-être plus dans quelques années, voire dans quelques mois; tout aussi volatiles sont d'ailleurs les solutions préconisées. Dans cette perspective, il importe enfin de relever que les liens que nous faisons vers divers sites internet indiqués en notes de bas de page sont à jour au 6 août 2008.

167. Article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881, modifiée par la loi du 13 juillet 1990.