

Pouvoir juridictionnel et plateformes numériques

Envisagé par Mark Zuckerberg en novembre 2018 et installé en octobre 2020, l'*Oversight board* a été présenté, originellement, comme la « cour suprême » de l'entreprise Facebook, devenue Meta¹. Vingt sommités² – d'éminents juristes, de hauts responsables politiques, un prix Nobel de la paix – issues des cinq continents jugent les faits et gestes des plateformes à la suite de recours introduits tant par les utilisateurs que par les dirigeants, en quête de conseils avisés. Elles statuent en se fondant sur les législations nationales ou régionales. La plateforme s'est engagée à respecter scrupuleusement les recommandations de cet *Oversight board* qui peuvent prendre la forme de modération de contenus, de bannissement ou de réhabilitation d'utilisateurs, de suggestions en matière d'innovation.

Cette forme privée³ mais universelle, globale de pouvoir juridictionnel défend-elle ardemment la liberté d'expression sur les réseaux sociaux ? Rien ne permet de l'affirmer. Continue-t-elle, par d'autres moyens, la guerre économique en veillant à ne pas faire fuir des utilisateurs qui seraient choqués par la présence ou par l'éviction de telle personnalité controversée ? Rien ne porte à l'exclure. Disons simplement que la défense de la liberté d'expression⁴ – premier objectif affiché de ce « conseil de surveillance »⁵ – ne saurait aller aisément jusqu'à compromettre le résultat commercial de l'entreprise qui rémunère ses « juges suprêmes », par le biais du *trust*. Quel serait le sort réservé à une décision provoquant un fléchissement significatif de la collecte de données et un recul des ventes de publicités ciblées ?

¹ F. G'SELL, « Libres propos. Liberté d'expression – Le Conseil de surveillance de Facebook et l'affaire Trump. Les limites du concept de "tribunal d'entreprise" », in *La Semaine Juridique – Édition générale*, n° 22 du 31 mai 2021, act. 566.

² Nommées par les administrateurs de Meta pour trois ans renouvelables deux fois. Elles bénéficient d'une dotation de 130 millions de dollars via un *trust*.

³ Voir sur ce point K. EL HILALI, *De la surveillance à la vigilance de l'État : Le contrôle des informations et des plateformes aux États-Unis*, Thèse droit, Paris II, 2023, dactyl.

⁴ Les « valeurs » de cette instance sont au nombre de cinq : la liberté d'expression, l'authenticité, la sécurité, le respect de la vie privée et le droit à la dignité.

⁵ Selon le site officiel de ce conseil de surveillance : « L'objectif du conseil est de promouvoir la liberté d'expression en prenant des décisions raisonnées et indépendantes concernant le contenu publié sur Facebook et Instagram, ainsi qu'en émettant des recommandations sur les règles Facebook relatives au contenu impactées » [En ligne : <https://www.oversightboard.com/>, consulté le 16 juin 2023].

Quoi qu'il en soit de la pertinence de cette institution, dont il n'est pas certain que l'adjectif « juridictionnelle » la qualifie exactement, pour réguler les réseaux sociaux, il importe de formuler quelques observations sur la spécificité de la liberté d'expression et de son influence sur la manière de trancher des différends qui peuvent s'élever à son propos.

Une première remarque porte sur la difficulté particulière d'administration de la preuve d'une allégation ou d'une imputation en la matière, que ce soit au pénal ou au civil. À partir de quand tel propos vient-il flétrir l'honneur ou la réputation de quelqu'un ? Une question qu'il est difficile de trancher objectivement, sur laquelle il est peu aisé de raisonner en faisant abstraction d'une part nécessairement excessive de subjectivité.

En deuxième lieu, ce qui relève de l'insulte ou de l'outrage pour l'un ne sera qu'une formule vive pour un autre, peut-être même un trait d'humour pour un troisième. La caractérisation de l'injure, de l'outrage ou des offenses suppose une infinie délicatesse, un subtil raffinement dans la compréhension du contexte, des habitudes et milieux sociaux, des « lois du genre » quand on chemine dans le domaine de « la parodie, [du] pastiche et [de] la caricature⁶ ». Délicatesse au double sens du substantif : à la fois très difficile et très raffiné. On retrouvera la question de la subtilité – ou plutôt de son absence – en traitant de la régulation sur les réseaux sociaux.

Enfin, l'ensemble de la famille des provocations, incitations, apologies, incriminations conçues pour arrêter le bras d'inconséquents qui prendraient trop au sérieux ou au premier degré leur contenu brut laisse souvent très dubitatif : dans l'indignation de l'instant, submergé par l'émotion, on serait prêt aux condamnations les plus lourdes. Mais, après quelques semaines, quand le tollé général vient à passer, ces mêmes propos paraissent bien plus anodins. Que l'on songe aux apologies du terrorisme pour lesquelles ont été condamnés quelques (mauvais) plaisantins en 2015 à la faveur de la réintégration de cette incrimination dans le code pénal par la loi du 13 novembre 2014, autorisant alors la procédure de comparution immédiate, et de son éviction du droit spécial de la presse⁷ qui, fort sagement, l'exclut⁸. On pense à cet homme ivre, habitué des outrages aux forces de l'ordre, qui, pour avoir lancé aux policiers « il devrait y en avoir plus des Kouachi » est condamné à quatre ans d'emprisonnement⁹. En eût-il été de même s'il n'avait pas été jugé en comparution immédiate quelques semaines après les attentats de janvier 2015 contre le journal *Charlie Hebdo* et un hypermarché Cacher ? Un autre, peu après les attaques du 13 novembre, est condamné à un an ferme pour avoir assuré « Je suis Salah Abdeslam » détournant ainsi le « Je suis Charlie » repris en chœur quelques mois auparavant. Deux mois pour avoir menacé, en état d'ivresse toujours, de « tout faire péter » au motif que « François Hollande n'aurait pas dû bombardier la Syrie ». L'apologie du terrorisme est-elle ici caractérisée ? L'émotion, en la matière, est-elle le meilleur guide des magistrats ? Manifestation assez caractéristique d'un pouvoir juridictionnel exercé par des juges très professionnels

⁶ Lois du genre dont fait mention le Code de la propriété intellectuelle en son article L122-5, 4°.

⁷ Articles 53 et 54 de la loi du 29 juillet 1881. Entre la citation et la comparution, cinq jours minimum, douze en cas de diffamation.

⁸ Art. 397-6 du Code de procédure pénal.

⁹ L. IMBERT, « Apologie d'actes terroristes : des condamnations pour l'exemple », *Le Monde*, 13 janvier 2015.

du fait de leur formation et de leur éthique de vie¹⁰ mais guère moins sujets aux passions que d'autres citoyens.

Tel est bien l'un des problèmes importants posé par la question des incriminations de presse, et plus largement, de la liberté d'expression : elles n'existent que grâce à des métaphores et à des analogies. La question est de savoir qui, du juriste professionnel, de celui qui vit de sa plume, du haut responsable politique ou du simple citoyen, est le plus à même de mesurer la portée des métaphores et des analogies, ces figures littéraires qui font jaillir des images, qui permettent de saisir l'insaisissable par des rapprochements, qui se substituent aux démonstrations factuelles.

Première analogie : celle de la violence. De même que l'on porte des coups avec ses poings au visage d'autrui, de même l'on inflige des sévices par des insultes : le recul de la tête de la personne au moment où elle reçoit l'injure en pleine face vient matérialiser l'agression. Mais le magistrat, ici, n'est que le juge de l'analogie car le coup verbal – étonnant oxymore – ne laisse pas de traces tangibles.

Deuxième analogie : celle du vol. De même que l'on soustrait un objet matériel à autrui en le lui subtilisant, de même on le prive d'un bien qu'il regarde comme infiniment précieux en le diffamant, en le calomniant : sa réputation, son image, son honneur. À nouveau, le monde de la robe se fait juge d'un rapport de ressemblance car la flétrissure de l'honneur ne laisse aucune marque visible, quand bien même le traumatisme peut s'avérer profond, laisser des « psychatrices » prêtes à se rouvrir à tout moment.

Troisième analogie : celle de la complicité du coauteur de l'acte. Bien que ces éléments objectifs (l'aide active et l'intention d'assister l'auteur principal) ne soient pas réunis, on imagine que ce qui a poussé tel écervelé à commettre telle infraction ne peut être que le fait qu'il y a été incité, entraîné, stimulé en écoutant ou en lisant un propos incendiaire, comme l'on disait au XVIII^e siècle. Il arrive même que, dans certains cas, l'infraction matérielle ne soit pas nécessaire : ainsi en est-il de l'incitation non suivie d'effet ou encore de l'apologie. Les magistrats se font ici juges d'une fiction : on fait comme si l'incitation ou la provocation avaient eu des conséquences matérielles : des vols, des désertions, des attaques terroristes. Comment le prouver ? En ayant recours à l'intime conviction.

Or l'intime conviction a, si l'on peut dire, son « juge naturel » : le jury populaire, la Cour d'assises. Le recours au jury populaire n'est pas sans avantages. *Primo*, puisqu'il ne juge que très peu à partir de preuves, ou plutôt qu'il ne s'interdit pas, de ce fait même, de scruter son for intérieur, son impression toute personnelle au vu des éléments fournis par l'enquête et par les plaideurs, le jury peut être ce pouvoir juridictionnel idoine pour la liberté d'expression. Au fond, est-on mieux armé pour savoir ce qui est drôle, grave, méchant ou blessant quand on a fait l'école de la magistrature, le cours Florent ou que l'on pratique avec assiduité les blagues dites de comptoir ? *Secundo*, puisque ce juge est tiré du corps même du peuple, il peut apparaître – comme le signale Montesquieu seulement à propos du jury – invisible et nul¹¹. Puisque la justice est « terrible parmi les hommes », il faut que le

¹⁰ Dont l'évolution est mesurable d'ailleurs à la lecture des rapports annuels d'activité du Conseil supérieur de la Magistrature.

¹¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, XI, 6, 1748 : « La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire,

juge apparaisse comme n'étant pas un autre, le membre d'un corps, d'une caste ; il importe que chacun puisse se mettre à sa place et penser qu'il aurait jugé à peu près de la même façon qu'il l'a fait¹². D'autres arguments en faveur de l'attribution du contentieux de la liberté d'expression à des juges tirés au sort seront évoqués plus bas, en évoquant le XIX^e siècle.

Les développements qui suivent visent à rappeler ce qu'est le statut juridictionnel particulier réservé à la question de la liberté d'expression pour évaluer les solutions envisagées pour réguler les réseaux sociaux. On s'est orienté, au XIX^e siècle, à la demande des libéraux, vers des juges tirés au sort, non professionnels, invisibles et nuls. Puis l'on s'est détourné de ce modèle en 1944, ouvrant la voie à une forte spécialisation et une extrême technicisation de ce contentieux, lesquels ne sont pas sans lien avec le relâchement du législateur dans la précision des incriminations nouvelles ; on songe en particulier à propos de la provocation à la haine, introduite par la loi Pleven du 1^{er} juillet 1972, qu'il est plus facile de saisir des incitations à commettre des *faits* (vol, incendie, désertion, etc.), que ces actes soient ou non réalisés d'ailleurs, qu'à éprouver un *sentiment* (haine). Ce rappel est nécessaire pour comprendre que l'on s'oriente aujourd'hui – avec l'*Oversight board* de Meta ou avec le règlement européen *Digital services act* du 19 octobre 2022, vers un double phénomène : d'une part, une détechnicisation et une déspecialisation alarmantes des modérateurs de contenus, d'autre part, la privatisation des organes qui assument des fonctions quasi juridictionnelles.

I. LA VOLONTÉ D'ENFOUISSEMENT DE L'IRRÉDUCTIBLE ARBITRAIRE DU JUGE EN MATIÈRE DE LIBERTÉ D'EXPRESSION

La fragilité des jugements visant à sanctionner la licence, c'est-à-dire l'abus, en matière de liberté d'expression s'est traduite par une invisibilisation du juge qui a pris deux formes : la première en confiant ce contentieux à un juge sans mémoire, la Cour d'assises, la seconde, après la correctionnalisation de 1944, en s'efforçant de donner un tour extrêmement technique à un droit de la presse toujours suspecté d'être chargé politiquement.

Quels arguments supplémentaires les libéraux du XIX^e siècle ont-ils avancé en faveur de la compétence des Cours d'assises pour statuer sur les délits de presse ?

Entre les juges professionnels qui apparaissent, aux yeux des citoyens, comme étant du côté du pouvoir¹³ (du fait du serment de fidélité qu'ils doivent prêter au régime) et les citoyens qui semblent du côté du peuple, il est difficile d'équilibrer le fléau de la balance. Certains libéraux préfèrent toutefois donner un avantage aux écrivains, aux journalistes, aux citoyens qui vocifèrent car ils n'ont pas, contrairement aux hommes politiques et aux agents publics, accès facilement à la

invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats. »

¹² Pour Royer-Collard, les jugements de presse étant « arbitraires, ils ne doivent pas être confiés à un tribunal permanent », in *Le Moniteur*, 26 août 1835.

¹³ Joseph-Pierre Chassan explique ainsi en 1838 : « Que serait-ce si la magistrature avait dans ses attributions les délits politiques et ceux de la presse ! Elle aurait beau rendre les décisions les plus éclairées, les plus libérales et les plus justes, elle passerait toujours pour n'être qu'un instrument de domination, *instrumentum regni*. », in J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, Paris, Videcoq, Colmar, Reiffinger, t. 2, 1838, p. 145.

« bonne » information : ils peuvent donc prêcher le faux pour savoir le vrai, se tromper sans être blâmables¹⁴. Sans le « soutien » d'une juridiction populaire, ils seraient immanquablement déclarés coupables. « Pour frapper ces délits essentiellement mobiles de la plume ou de la parole », affirme Cunéo d'Ornano lors de la discussion sur la loi de 1881, il faut « une juridiction mobile comme l'opinion elle-même, une juridiction qui sorte incessamment du peuple et qui y rentre, reflétant ainsi les impressions diverses de l'opinion publique¹⁵ ». On doit souligner que la société du XIX^e siècle aspire très généralement à la liberté d'expression, de sorte que donner le jugement de ces délits au peuple revient à accorder une faveur, un *a priori* positif à la parole libre contre la sanction ou la censure. C'est exactement la logique inverse qui anime les régulateurs des réseaux sociaux aujourd'hui : au nom de cette même liberté d'expression, on se méfie de la parole libre et ceux qui se voient chargés de filtrer les messages supposés haineux vont, pour des raisons institutionnelles et économiques, toujours préférer l'absence de risque à la mansuétude, immanquablement choisir d'ouvrir leur parapluie plutôt que de laisser s'affronter les vents contraires.

En outre, les délits de presse étant par définition imprécis et éthérés, les juges professionnels ont beaucoup à perdre de leur réputation et de leur respectabilité en se voyant confier ce contentieux. Édouard Laferrière notait en 1868 que l'on

force un tribunal à prononcer en dehors de toutes les habitudes judiciaires, sans définition précise, sans corps du délit, sans témoignages ni constatations matérielles¹⁶.

En réalité, précise-t-il, le procès de presse consiste à interroger « l'opinion du juge » au lieu d'interroger « la loi » ; dès lors, le magistrat professionnel « méconnaît son ministère » : « on rabaisse le juge au niveau d'un censeur¹⁷ », celui qui décide du bien et du mal. La *vox populi*, donc la *vox dei*, n'a à s'en prendre qu'à elle-même si elle se trompe, elle dresse ainsi un paravent protecteur devant le juge professionnel et le préserve du déficit de réputation qu'il aurait à subir compte tenu de la fatalité de l'arbitraire de tels jugements.

Le dernier argument en faveur du jury, pendant du précédent, est lié à l'incompétence des magistrats professionnels en matière d'expression. Ou plutôt, une compétence qui n'est pas supérieure à celle du peuple compte tenu précisément de l'extrême volatilité, de l'omniprésence de l'aléa dans de telles appréciations. Le peuple peut tout aussi bien que des juristes séparer ce qui se dit de ce qui ne se dit pas, sentir ce qu'est l'évolution du sens de l'honneur, de la réputation ou de l'image, ce qu'est la nocivité de tels mots ou l'innocuité de tels autres. Lors du débat de 2018 relatif à la loi sur la manipulation de l'information, une députée a critiqué le recours en urgence pour faire cesser la diffusion de *fake news* en soulignant que si « le juge des référés, qui est celui de l'évidence, n'aura à juger que les informations évidemment fausses », il ne servira à rien car « les Français ne sont pas

¹⁴ Voir sur ce point P. BLAIN, *Penser les délits de presse (1789-1794)*, Mémoire Master 2, Paris II, 2016, p. 54 et s. Royer-Collard affirme en 1835, alors que l'on débat sur une loi visant à restreindre la liberté de la presse peu après l'attentat contre Louis-Philippe : « Le bien et le mal de la presse sont inséparables ; il n'y a pas de liberté sans quelque licence. », in *Le Moniteur*, 26 août 1835.

¹⁵ Séance du 24 janvier 1881 (*Journal officiel*, 25 janvier 1881, « Débats et documents parlementaires », p. 36).

¹⁶ É. LAFERRIÈRE, *La censure et le régime correctionnel*, Paris, Le Chevalier, 2^e éd., 1868, p. 258.

¹⁷ *Ibid.*

complètement imbéciles : ils n'auront pas besoin de la décision d'un juge des référés pour savoir qu'une telle information est évidemment fautive¹⁸ ».

Malgré tout, l'institution du jury disparaît après la Seconde Guerre mondiale¹⁹ au profit du tribunal correctionnel²⁰, pour une raison, qu'on le veuille ou non, bien peu libérale : il s'agit que les jurys ne soient pas tentés par la mansuétude, par un excès d'indulgence à l'égard des journaux et des journalistes collaborationnistes.

Une fois confié à des juristes professionnels comme gênés d'avoir à vider un contentieux flottant et insaisissable – il suffit de voir comment furent traités les spécialistes de la transgression que sont Jean-Marie Le Pen ou Dieudonné M'Bala M'Bala à la fois très souvent condamnés et très souvent relaxés – le droit de la presse va prendre un tour extrêmement technique. Contrairement aux temps de la désinvolture des jurys populaires, l'heure est à la précision chirurgicale pour qualifier juridiquement les faits injurieux, offensants, diffamatoires ou provocateurs. Le *pouvoir* juridictionnel se manifeste ici par un souci de dompter, de domestiquer l'arbitraire pour n'être pas taxé d'agir en juges politiques, qui apprécient les faits au doigt mouillé.

Il faut préciser que le législateur ne l'a guère aidé en introduisant, à partir de 1972 (loi Pleven²¹), l'incrimination de provocation à la discrimination, à la haine, à la violence ethnique ou raciale dans un premier temps, puis à partir des années 2000, sexiste, d'orientation sexuelle, à l'égard du handicap ou de l'appartenance religieuse. En effet, l'incitation ou la provocation est déjà en elle-même parfois difficile à caractériser, mais le fait d'inviter quelqu'un à éprouver un sentiment fût-il un sentiment abject – la haine – est encore plus difficile à saisir de façon un tant soit peu objective²². Cette incrimination a d'ailleurs obtenu un succès significatif, faisant d'elle la porte d'entrée principale du prétoire en matière de presse même si les actions en justice sont loin d'aboutir à des condamnations systématiques.

Bref, en se faisant de plus en plus *visible* du fait même de l'élargissement des incriminations et, partant, du recul de la liberté d'expression, le pouvoir juridictionnel a voulu se rendre *invisible* par la technicité de son appréciation. Il se rend d'ailleurs parfois difficilement audible – mais peu lui importe – tant il y a toujours deux procès dans les grandes affaires : à côté du jugement des juges, celui de l'opinion occupe une large place. Tel polémiste, tel homme politique peut être relaxé devant ses juges, s'il a choqué ceux qui le défendent habituellement, il ne réitérera peut-être pas le dérapage. Au contraire, le même peut être condamné à de nombreuses reprises par les tribunaux correctionnels, si ses partisans sont convaincus qu'il est dans son bon droit, rien ne le convaincra de tenir sa langue à l'avenir. D'autant moins que, dans la plupart des cas en la matière, les peines ne

¹⁸ E. MÉNARD, commission des lois, séance du 2 octobre 2018 [En ligne : https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_lois/l15cion_lois1819002_compte-rendu# consulté le 20 juin 2023]

¹⁹ Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse, *Journal Officiel* du 20 mai 1944, p. 401.

²⁰ Le mouvement de « correctionnalisation » a été entamé plus tôt : les lois scélérates de 1893 et 1894 abandonnèrent aux tribunaux correctionnels les délits liés à l'anarchisme, la loi du 10 janvier 1934 fit de même avec les délits de provocation et celle du 30 octobre 1935 pour ceux de fausses nouvelles.

²¹ Loi n° 72-546 du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

²² Voir sur ce point F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, thèse droit, Paris II, 2012, dactyl., p. 193 et s.

sauraient être aggravées en cas de récidive. Dans un esprit de grand libéralisme, l'article 63²³ du texte de 1881 avait posé en principe que « l'aggravation des peines résultant de la récidive ne [serait] pas applicable aux infractions prévues par la présente loi ». Le fait de pouvoir gagner devant l'opinion en ayant échoué à la barre ou l'inverse n'est pas sans importance : le jugement arbitraire – l'arbitraire de l'opinion s'entend – conserve beaucoup de force... ce qui est loin d'être indifférent sur les réseaux sociaux.

II. EN MARCHÉ VERS LA PRIVATISATION DU POUVOIR JURIDICTIONNEL SUR LES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

Il importe de rappeler rapidement ce qui caractérise l'expression sur les réseaux sociaux. Le nombre des contenus publics y est absolument considérable, sans commune mesure avec ce qui a pu être conçu auparavant, soit que le nombre d'émetteurs fût limité (écrivains, journalistes de presse, de radio ou de télévision), soit que la diffusion le soit également (la conversation entre personnes physiques). Multiplication exponentielle doublée d'une parfaite instantanéité : une information chasse l'autre, un « post » est enfoui sans délai sous le suivant, la plupart des contenus, dérisoires, sont oubliés aussi vite qu'ils ont été diffusés. Ce qui repose la question – déjà bien connue en matière de diffamation – de savoir s'il faut préférer l'oubli au contentieux, lequel donnera peut-être une publicité à ce que l'on espérait cacher. Ces flux massifs ne circulent pas seulement à la faveur de l'intérêt spontané du public pour la teneur de tel message, les plateformes opèrent des choix stratégiques sous forme de hiérarchisation automatisée pour pousser un contenu et l'élever au rang de « tendance », décisions largement motivées par l'optimisation de leurs profits. Ces résolutions sont alimentées par des études de psychologie grâce auxquelles des biais peuvent être utilement identifiés. Ainsi, par exemple, les contenus négatifs ou haineux sont plus volontiers partagés que les autres. Marc Zuckerberg a reconnu que l'emoji (ou émoticône) « colère » est cinq fois plus valorisé que ceux du « sourire » ou de la « joie »²⁴. À quoi on doit ajouter que l'expression sur les réseaux est modérément subtile et nuancée, l'emoji se substitue progressivement au dictionnaire de l'Académie française tandis que l'expression d'une simple émotion sous la forme d'une image tient lieu d'opinion ou d'argumentation. Il faut enfin évoquer rapidement les bulles de filtre, résultant de l'action des algorithmes, lesquels augmentent la visibilité des contenus supposés reçus comme favorables ou agréables à ceux à qui ils sont suggérés. L'habitude de ne pas être confronté à un message aux antipodes de ce l'on pense conduit à éprouver de la frustration ou de la souffrance quand tel n'est pas le cas. Les utilisateurs des réseaux finissent par concevoir comme « haineuses » ou « hostiles » des prises de position qui sont simplement autres ou opposées sans véhiculer d'agressivité particulière.

L'environnement particulier des réseaux sociaux pèse considérablement sur la saisie par le droit de l'expression qui y circule : compte tenu de la masse, le contentieux devrait grossir au point de saturer le rôle de la 17^e chambre correctionnelle du tribunal de Paris. Pour autant, il s'agirait d'une myriade

²³ La loi Pleven de 1972 avait renversé le principe en prévoyant que « l'aggravation des peines résultant de la récidive ne sera applicable qu'aux infractions prévues par les articles 24 (alinéa 5), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3) de la présente loi ».

²⁴ G. BRONNER (dir.), *Les Lumières à l'ère numérique*, Rapport remis au président de la République, janvier 2022, p. 46.

d'affaires minuscules portant sur un mot en trop, une émoticône mal venue, une révélation déshonorante qui a été depuis longtemps oubliée, au moins par la plupart des utilisateurs. Trop petites, potentiellement trop nombreuses, dont les peines éventuelles auraient un impact dérisoire : le cadre de la loi de 1881, applicable en la matière, semble globalement inadapté pour faire face à cette réalité nouvelle. Il y a des exceptions comme l'affaire dite Mila – une jeune femme menacée de viol et de mort sur les réseaux sociaux pour avoir tenu des propos hostiles à l'Islam en 2016 et en 2020 après avoir refusé des avances d'un internaute et essuyé des injures à raison de son orientation sexuelle – qui donnera lieu à des poursuites et à des condamnations, notamment en 2021, sur le fondement d'incriminations qui ne relèvent pas toutes de la liberté d'expression, raison pour laquelle le procès s'est tenu devant la 10^e chambre, généraliste.

En 2020, le législateur a voulu discipliner les plateformes en leur confiant la responsabilité du retrait des propos « haineux » au sens de la loi Avia²⁵, c'est-à-dire un florilège d'incriminations de la parole publique, qui y circulerait. Le 18 juin de cette même année, le Conseil constitutionnel a censuré la quasi-totalité du dispositif : les définitions du caractère illicite manquaient de précision (il eût fallu que le législateur précisât que les contenus devaient être « manifestement » illicites²⁶), le fait notamment de confier à des opérateurs privés le soin de « censurer » les contenus sur les réseaux « alors même que les éléments constitutifs de [certains] d'entre [eux] peuvent présenter une technicité juridique²⁷ » portait une atteinte excessive à la liberté d'expression.

Le juge constitutionnel estime donc que les réseaux sociaux souhaitant éviter les amendes voire les peines de prison vont avoir tendance – en cas de doute – à retirer le contenu litigieux plutôt qu'à ne pas le faire, à l'issue d'un examen tout sauf technique, professionnel, approfondi. On en revient à cette sage réflexion de Benjamin Constant, qui n'a pas pris une ride :

[La] situation [du censeur] est en sens inverse de celle des juges et des jurés dans les tribunaux. Ceux-ci se félicitent d'absoudre : le censeur qui condamne est seul en repos ; retrancher est pour lui le parti le plus sûr. S'il laisse passer une phrase déplacée, on l'accuse de négligence ; s'il en efface dix qui ne le méritent point, on trouve son zèle excessif ; mais on est toujours disposé à pardonner l'excès de ce zèle²⁸.

L'employé de telle plateforme chargé des contenus litigieux risque d'arbitrer toujours en faveur du retrait plutôt que du maintien, car il y a tout intérêt, s'il veut éviter à son employeur d'éventuelles difficultés : le censeur est comme structurellement porté à l'excès de prudence. Il faut ajouter que le niveau de recrutement desdits censeurs – quand ce ne sont pas simplement des algorithmes – n'est pas celui des fines lames du droit de la presse : le Conseil constitutionnel évoque la « technicité juridique », on ose y ajouter la finesse de l'appréhension

²⁵ Laquelle s'appuie sur la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004 : ces propos haineux visent l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale ainsi que la pornographie infantile, l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que les atteintes à la dignité humaine.

²⁶ Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, cons. 7.

²⁷ *Ibid.*, cons. 15.

²⁸ B. CONSTANT, *De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considérée sous le rapport de l'intérêt du gouvernement*, Paris, Belin, 2^e éd., 1814, p. 10. Cette référence nous a été signalée par Elisabeth Buisson, qu'elle en soit remerciée.

d'une branche du droit qui n'est que délicatesse et subtilité. On en revient à la question d'une forme d'arbitraire de ces quasi ou pseudo-juges de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux, mais un arbitraire qui, contrairement à celui qu'assumaient les jurés des Cours d'assises du XIX^e siècle, va tourner en faveur de la censure, contre la liberté. D'ailleurs, non pour des raisons d'amour de la censure la plupart du temps, mais de rentabilité économique résultant de la réputation positive dudit réseau, auprès des acheteurs d'espaces publicitaires et/ou de *data*. De surcroît, les véritables censeurs ne sont pas seulement ceux qui effectuent les retraits sans réfléchir sérieusement à la portée de leurs actes, mais sans doute autant les utilisateurs qui leur signalent les contenus qu'ils réprouvent. On pourrait penser que c'est là réinventer le modèle démocratique du XIX^e siècle en laissant à la société, comme dans le modèle des jurés, le soin d'arbitrer entre l'indicible et l'admissible. Il n'en est rien : celui qui dénonce ne se fait pas garant de la liberté, mais accusateur, un procureur qui, en outre, ne défend nullement la société, mais entend se faire justice à lui-même par le truchement de modérateurs frileux.

Ces préventions du Conseil constitutionnel n'ont pas été celles du législateur européen, qui les a proprement balayées et relayées au domaine de l'histoire du droit. Le DSA (*Digital services act*²⁹) poursuit une logique de *compliance* en invitant notamment les très grandes plateformes à identifier les risques systémiques auxquels elles sont confrontées, à concevoir des remèdes internes avant de soumettre l'adéquation risques/remèdes à des cabinets d'audit indépendants qui les examineront avec attention, vraisemblablement sans négliger leur espoir de voir ce « marché » reconduit. Ici, la liberté d'expression échappe doublement à son juge « étatique » : la régulation interne est le fait de ces employés qui avaient naguère éveillé la méfiance du Conseil constitutionnel et les audits des plateformes, celui de collaborateurs de cabinets de conseil qui ne les ont sans doute pas recrutés pour leurs qualités de juristes.

*
**

Le pouvoir juridictionnel en matière de liberté d'expression peut être arbitraire s'il est démocratique, tel est le cas du jury³⁰. Il peut être aristocratique s'il est technique et relève de l'orfèvrerie, tel est le tribunal correctionnel. La régulation de l'expression promise par le DSA n'est pas démocratique, car ceux qui se voient chargés de retirer les contenus ainsi que les auditeurs sont des employés recrutés ; elle n'est pas technique, car les uns comme les autres, dans leur approche globale, ne savent rien des subtilités du droit de la presse qui, dans chaque État, a été forgé avec patience et minutie. Mais elle est cupide, car le plus ou le moins de liberté n'est pas, n'est plus un enjeu juridique libéral et démocratique³¹, mais l'intensité

²⁹ Règlement (UE) *Digital Services Act* présenté par la Commission européenne, adopté par le Parlement européen le 5 juillet 2022 et adopté par le Conseil le 19 octobre 2022. Les obligations prévues par ce texte doivent entrer en application le 17 février 2024. Les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche sont concernés dès le 25 août 2023.

³⁰ E. BUISSON, *La liberté d'expression en débats (1819-1881-2020). Réflexions sur l'anxiété constitutionnelle du législateur*, mémoire de Master 2, dirigé par F. Saint-Bonnet, Université Paris-Panthéon-Assas, 2021, p. 151.

³¹ Voir notre article, F. SAINT-BONNET, « **Le jury et la liberté d'expression. La justification démocratique d'une prétention libérale** », in *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, Vol. 4, 2012,

du flux circulant sur des plateformes qui vendent leurs données et leurs espaces publicitaires. Si la justice militaire est à la justice ce que la musique militaire est à la musique, il n'est pas interdit de suggérer que la justice privée est à l'art judiciaire ce que les armées privées sont à l'art militaire.

François Saint-Bonnet

| Professeur à l'université Paris Panthéon-Assas

p. 9-27. [En ligne : <https://www.droitphilosophie.com/article/lecture/le-jury-et-la-liberte-d-expression-la-manifestation-democratique-d-une-aspiration-liberale-71> consulté le 21 juin 2023]

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)