Racisme, blasphème et liberté d'expression.

Apreçu de la jurisprudence « anti-*hate speech* » belge francophone

Edouard Cruysmans, Assistant à l'Université catholique de Louvain et à l'Université Saint-Louis - Bruxelles

Introduction

1. Le législateur belge a adopté diverses lois visant à lutter contre les propos racistes, discriminatoires et négationnistes. Pratiquement, il s'agit d'armer les individus en vue de faire face aux discours nauséabonds, aux pratiques douteuses, ainsi qu'aux comportements non dignes des valeurs démocratiques partagées par la grande majorité des citoyens. Le 30 juillet 1981, une loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie est adoptée et constitue la première pierre de l'arsenal législatif[1]. Seize années plus tard, le pouvoir législatif est venu ajouter une loi tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale[2]. En 2007[3], plusieurs lois modifient et complètent les deux premières dispositions: une loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie[4], une autre loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination[5], ainsi qu'une troisième loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes[6].

2. La présente contribution vise à présenter et analyser la jurisprudence belge francophone[7] relative à l'application de ces lois «anti-*hate speech*», c'est-à-dire les décisions portant sur les diverses formes de discrimination, de racisme, de blasphème et de négationnisme. Afin de limiter l'ampleur de cette brève étude, seules les décisions prises entre le 1er janvier 2009 et le 1er janvier 2016 constituent l'objet de cette revue[8].

À la suite d'une présentation des enseignements généraux portant sur le conflit potentiel entre le droit à la liberté d'expression et l'adoption des lois restreignant cette liberté fondamentale (I), la contribution propose une courte analyse des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle en 2009 (II). Ensuite, quelques lignes portent sur les précisions faites par la jurisprudence à propos du champ d'application des lois «anti-*hate speech*» (III). À la suite de ces propos davantage introductifs, différentes préventions inscrites dans les lois précitées sont analysées à travers les enseignements apportés par la jurisprudence (IV). Enfin, la contribution se termine par le développement de quelques indications jurisprudentielles relatives à la procédure (V).

I. Les lois «anti-*hate speech*» et la liberté d'expression

3. La liberté d'expression est l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et de son développement. Consacrée tant par la Constitution (art. 19 et 25), par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 10), que par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 11), elle n'est toutefois pas absolue. Bien qu'il soit communément admis qu'elle puisse aller jusqu'à protéger les informations ou idées qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction de la population[9] ainsi que des modes particuliers d'expression, tels la satire ou la

(1) Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 8 août 1981. La loi a été modifiée à plusieurs reprises.

(2) Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995.

(3) Outre les lois citées ci-après, voy. aussi la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007.

(4) Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, *M.B.*, 30 mai 2007.

(5) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

(6) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

(7) Pour la jurisprudence néerlandophone, voy. la contribution de P. BORGHS, dans ce numéro, pp. 91-104

(8) Pour une analyse des décisions antérieures au 1er janvier 2009, voy. J. VRIELINK, *Van haat gesproken ? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Anvers, Maklu, 2010, 796 p.

(9) Voy. Cour eur. D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, § 49. L'enseignement est, depuis, repris dans un nombre important d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

parodie – admettant une dose parfois importante de provocation ou d'exagération[10] –, cette liberté peut néanmoins être soumise à certaines limitations. Outre les restrictions répressives admises par la Constitution belge, l'article 10, § 2, de la Convention, d'une part, admet que des ingérences – tant préventives que répressives – soient admises moyennant le respect de conditions. D'autre part, l'article 17 de la Convention interdit le détournement des libertés garanties par les dispositions conventionnelles. Prenant appui sur cette disposition, le tribunal correctionnel de Liège a ainsi soutenu, dans une affaire relative à des propos tenus par Dieudonnné M'Bala M'Bala lors d'un spectacle à Herstal, que la liberté d'expression ne peut être utilisée pour mettre en péril d'autres droits fondamentaux: «[à] cet égard, le prévenu Dieudonné M'Bala M'Bala tente de détourner l'article 10 de la Convention de sa vocation en utilisant son droit à la liberté d'expression à des fins contraires à la lettre et à l'esprit de la Convention. De telles fins, si elles étaient admises, contribueraient à la destruction des droits et libertés garantis par la Convention»[11].

Les lois «anti-*hate speech*» constituent sans nul doute des ingérences à la liberté d'expression dès lors qu'elles déterminent, dans une certaine mesure, ce qui peut être exprimé. À cet égard, il a été jugé que «la tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte que, en règle, une société démocratique peut juger nécessaire de sanctionner toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance, le racisme ou la discrimination. Il s'indique toutefois de rechercher si les propos du prévenu sont tels qu'ils justifient en l'espèce l'exercice de l'action publique et une condamnation pénale»[12]. Dans la même affaire, il a encore été rappelé que «[l]e droit à la liberté d'expression ne peut être invoqué pour justifier des propos portant atteinte aux valeurs qui sous-tendent non seulement la Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales[13] mais, d'une manière plus générale, l'harmonie entre les êtres humains». Le juge ajoute que «[l]es discours qui incitent à la discrimination, à la haine ou à la violence fondée sur des préjugés religieux, ethniques, biologiques ou sexuels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques. Ils doivent être réprimés. Un État démocratique ne peut faire l'économie d'une condamnation pénale lorsqu'il est confronté à ce type de délinquance réfléchie et réitérée. La protection du genre humain et l'harmonie de la vie en société est à ce prix».

L'adoption de ces lois belges a d'ailleurs été suivie de recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, notamment en ce que ces réglementations semblaient violer la liberté d'expression (voy. *infra*, II). Dans la plupart des arrêts[14], les juges constitutionnels ont rejeté les recours reprenant plus ou moins clairement les conditions imposées par l'article 10, § 2.

Régulièrement, les juridictions de fond s'appuient sur ces enseignements afin notamment de donner quelques précisions sur ces conditions. En ce qui concerne l'objectif légitime devant être poursuivi par les ingérences établies par les lois, le tribunal correctionnel de Liège, dans la même affaire *Dieudonné*, indiquait qu'«"un stéréotype négatif visant un groupe ethnique (peut), à partir d'un certain degré, agir sur le sens de l'identité de ce groupe ainsi que sur les sentiments d'estime de soi et de confiance en soi de ses membres et [...], en cela, il (peut) être considéré comme touchant à leur vie privée"[15]. Il en va de même, estime le tribunal, des stéréotypes négatifs visant un groupe de personnes en raison de leur orientation sexuelle ou d'un handicap».

4. Ces discours particuliers ne peuvent généralement recevoir de justification par le recours à l'humour ou la satire. Bien que la protection de la liberté d'expression soit considérée comme étant plus large lorsque le ton utilisé est l'un de ceux cités, les juridictions considèrent que des propos négationnistes, discriminatoires ou racistes ne peuvent être justifiés de la sorte[16]. Ainsi, dans une affaire mettant en cause un licenciement abusif à la suite de relations tendues ayant abouties à une plainte pour harcèlement entre un employeur et une employée, la cour du travail de Bruxelles a souligné que «[n]i les lieux communs, ni l'humour, ni la condescendance ne peuvent atténuer le constat d'une attitude xénophobe ou raciste, dans la mesure où précisément ce sont ces modes d'expression et ces agissements qui instillent de graves atteintes à la dignité humaine et favorisent des ruptures du lien social»[17]. L'employeur avait exprimé «sans réserve des appréciations personnelles véritablement dégradantes, humiliantes et insultantes à l'encontre de per-

(10) Voy. not. Cour eur. D.H., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, § 45 ; Cour eur. D.H., 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, § 38.

(11) Corr. Liège (17e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358, note.

(12) Corr. Liège (17e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358, note.

(13) Cour eur. D.H. (déc.), 24 juin 2003, *Roger Garaudy c. France*.

(14) Voy. les références citées en note 25.

(15) Cour eur. D.H. (GC), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, § 200.

(16) Voy. *infra*, les nos 18 et 22.

(17) C. trav. Bruxelles, 18 septembre 2014, www.diversite.be. L'affaire porte aussi sur une discrimination à l'embauche. Voy. le jugement rendu en première instance, Trib. trav. (3e ch.), 3 septembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 676.

sonnes d'origines étrangères», en considérant toutefois qu'elles pouvaient être contrebalancées par d'autres appréciations davantage favorables.

5. La question de la validité des ingérences à la liberté d'expression dans le cadre de discours racistes, discriminatoires ou négationnistes se pose davantage encore lorsque les mesures prises interviennent préalablement à l'expression d'une telle opinion. Tel a été le cas pour un spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala qui devait se tenir dans une salle bruxelloise, celui-ci ayant fait l'objet d'une décision préventive d'interdiction. Ayant introduit un recours en extrême urgence devant le Conseil d'État, Dieudonné M'Bala M'Bala a obtenu gain de cause. Dans son arrêt du 23 mars 2009[18], la juridiction administrative, invoquant la liberté d'expression, estime que le collège des bourgmestre et échevins[19] «n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles»[20]. Ainsi, même si le spectacle devait contenir des propos tombant sous le coup de la loi du 30 juillet 1981, ceci ne pourrait en aucun cas justifier l'adoption de mesures préventives, dès lors que l'article 19 de la Constitution – tout comme l'article 25 – établit un régime d'ingérence répressive.

Pourtant, une décision d'interdiction a été confirmée par la même juridiction administrative à propos de l'organisation du «Premier Congrès européen de la Dissidence» à Bruxelles, événement au cours duquel plusieurs personnalités connues pour avoir proféré des propos heurtant certaines communautés – dont notamment la communauté juive – devaient prendre la parole[21]. Les motifs de l'interdiction n'étaient cependant pas identiques. Organisé par la tête de liste électorale pour les élections européennes du mouvement «Debout les Belges», l'événement devait réunir Jacob Cohe, Alain Soral, Laurent Louis et – à nouveau – Dieudonné M'Bala M'Bala. Analysant le recours en extrême urgence, le Conseil d'État a considéré que le requérant, qui contestait l'arrêté préventif d'interdiction, ne faisait pas état d'au moins un moyen sérieux susceptible, *prima facie*, de justifier l'annulation[22]. Rappelant que la liberté d'expression n'est pas absolue, la juridiction administrative estime que l'événement n'est pas dépourvu de risques pour la sécurité, ce que reconnaît d'ailleurs l'organisateur, ces risques ayant notamment été confirmés par l'OCAM. Elle souligne que les organisateurs n'ont pas jugé bon de prévenir préalablement les autorités communales, celles-ci n'ayant appris la tenue de cet événement que la veille, ce qui ne laissait pas d'autre choix au bourgmestre que d'interdire la tenue de ce Congrès. À cet égard, le Conseil d'État souligne que cette décision est suffisamment motivée et proportionnée, légitimée par un objectif de protection de la sûreté publique[23].

Pour d'autres cas de licenciement à la suite d'une plainte déposée par le travailleur pour harcèlement, voy. C. trav. Bruxelles, 30 juillet 2012, recevant partiellement l'appel formé à l'encontre de Trib. trav. Bruxelles, 19 avril 2010, et de Trib. trav. Bruxelles, 3 novembre 2008, les décisions sont disponibles sur le site www.diversite.be; C. trav. Bruxelles (4e ch.), 15 mai 2012, *J.T.T.*, 2012, p. 300. Voy. enfin, pour un licenciement pour motifs graves à la suite de la publication sur Facebook de propos racistes à l'encontre d'un autre membre du personnel d'une entreprise, Trib. trav. (2e ch.), 10 janvier 2011, www.diversite.be.

(18) C.E. (15e ch.), 23 mars 2009, n° 191.742. Voy. aussi C.E. (15e ch.), 20 novembre 2009, n° 198.081 (à défaut d'avoir introduit une requête en annulation, l'arrêt lève la suspension ordonnée par l'arrêt du 23 mars 2009).
Pour d'autres affaires plus anciennes concernant Dieudonné M'Bala M'Bala, voy. C.E. (6e ch.), 15 juillet 2005, n° 147.682 (arrêt rectifiant une erreur matérielle dans l'arrêt du 17 juin 2005); C.E. (7e ch.), 17 juin 2005, n° 146.226 (arrêt annulant l'interdiction d'un spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala), *R.R.D.*, 2005, p. 284; C.E. (7e ch.), 26 février 2004, n° 128.554; C.E. (7e ch.), 25 février 2004, n° 128.544 (arrêt suspendant l'interdiction d'un spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala), *A.P.M.*, 2004, p. 55 (sommaire); *A&M*, 2004/1, p. 60; *J.T.*, 2004, p. 198; *J.L.M.B.*, 2004, p. 482; *Journ. proc.*, 2004/liv. 476, p. 28, note F. JONGEN; *Rev. dr. commun.*, 2005, p. 41 (sommaire).

(19) L'arrêté d'interdiction se fondait sur l'article 130 de la Nouvelle loi communale. À cet égard, le Conseil d'État soutient que «la vie en société met inévitablement en présence les intérêts les plus divers et nécessite la solution de leurs antagonismes; que la manière de résoudre ceux-ci, requise par les principes démocratiques, ne consiste pas à privilégier brutalement et sans nuances les intérêts des uns à l'encontre de ceux des autres, mais réside dans un dialogue sincère, ouvert et respectueux de l'autre, seule alternative à la violence conçue comme moyen d'action politique; qu'ainsi se justifie l'importance de la liberté d'expression [...]».

(20) Voy. la même justification dans C.E. (7e ch.), 17 juin 2005, n° 146.226 (arrêt annulant l'interdiction d'un spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala), *R.R.D.*, 2005, p. 284; et dans C.E. (7e ch.), 25 février 2004, n° 128.544 (arrêt suspendant l'interdiction d'un spectacle de Dieudonné M'Bala M'Bala), *A.P.M.*, 2004, p. 55 (sommaire); *A&M*, 2004/1, p. 60; *J.T.*, 2004, p. 198; *J.L.M.B.*, 2004, p. 482; *Journ. proc.*, 2004/liv. 476, p. 28, note F. JONGEN; *Rev. dr. commun.*, 2005, p. 41 (sommaire).

(21) C.E. (15e ch.), 4 mai 2014, n° 227.249.

(22) Voy. l'actuel article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973 (*M.B.*, 21 mars 1973) qui érige cet élément comme une condition de la procédure en extrême urgence.

(23) En ce sens, c'est peut-être moins le droit à la liberté d'expression que le droit de se réunir, consacré à l'article 26 de la Constitution, qui est en cause. Le Conseil d'État admet que ce droit fasse l'objet de restriction préventive. À ce sujet, voy. P. NIHOUL, «Le droit de se réunir librement», in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (sous la dir. de), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de*

II. Les lois «anti-*hate speech*» et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle

6. La Cour constitutionnelle – anciennement Cour d'arbitrage[24] – a rendu plusieurs arrêts suite à des recours introduits contre les lois «anti-*hate speech*»[25]. Les plus récents datent de 2009 et méritent, compte tenu du champ d'application temporel de cette contribution, quelques développements.

La loi précitée du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 a fait l'objet de deux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle les 12 février 2009[26] et 11 mars 2009[27]. Le premier arrêt porte spécifiquement sur des dispositions de cette loi. Celle-ci est aussi l'objet du recours dans le second arrêt, ce dernier portant toutefois tant sur des articles de la loi du 30 juillet 1981 insérés par la loi précitée du 10 mai 2007, que sur deux autres lois adoptées le 10 mai 2007: celle tendant à lutter contre certaines formes de discrimination[28], et celle tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes[29].

Les deux arrêts s'attardent sur une série de notions, remises en cause par les requérants qui les estiment non suffisamment claires. La Cour va, méthodiquement, analyser chacune des notions pour *in fine* rejeter les recours en annulation. Les notions de «discrimination directe intentionnelle», de «discrimination indirecte intentionnelle», d'«injonction de discriminer», de «harcèlement», de «ségrégation», de «discrimination» sont notamment décomposées, et passent sans trop de problème le contrôle de la légalité en matière pénale. Les expressions sont, selon la Cour, suffisamment claires, précises, prévisibles, et donc compatibles avec le principe de légalité en matière pénale, moyennant parfois quelques indications d'ordre interprétatif. Ainsi, pour la Cour, «il ne peut être question de "discrimination indirecte intentionnelle" que lorsqu'est utilisé un autre motif de distinction que la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, mais qui puisse léser particulièrement des personnes caractérisées par l'un des motifs mentionnés dans la loi attaquée. Ensuite, il faut que ce motif soit utilisé afin d'établir une distinction sur la base d'un des motifs mentionnés dans la loi attaquée sans qu'existe pour ce faire une justification objective et raisonnable. Enfin, le caractère intentionnel doit être démontré [...]. Il ne suffit dès lors pas qu'une disposition, un critère ou une pratique puisse léser particulièrement une catégorie de personne caractérisée par des motifs mentionnés dans la loi attaquée. Il convient de démontrer que l'auteur de cette disposition, de ce critère ou de cette pratique savait, au moment des faits, que cette catégorie de personnes serait de ce fait lésée sans qu'existât pour ce faire une justification raisonnable et il convient également de démontrer qu'il a voulu ce préjudice. Par application des principes généraux du droit pénal, il appartient à la partie poursuivante d'en fournir la preuve, tout doute profitant au prévenu» (B.51.6. dans l'arrêt du 12 février 2009 et B.29.4. dans l'arrêt du 11 mars 2009). Sur la notion de «harcèlement», les deux arrêts soutiennent qu'il n'y a pas harcèlement sans intention de la part de son auteur: «on conçoit mal en effet qu'un tel comportement puisse ne pas avoir été adopté en connaissance de cause par son auteur» (B.53.4. dans l'arrêt du 12 février 2009 et B.33.4. dans l'arrêt du 11 mars 2009). Enfin, l'analyse par la Cour de l'infraction de «diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale» au regard du droit à la liberté d'expression permet, à nouveau, à la Cour de valider cette incrimination et d'en préciser les contours: «[p]our qu'il y ait infraction, un élément

la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1065 à 1078.

(24) Voy. la révision constitutionnelle intervenue le 7 mai 2007.

(25) Les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle sont les suivants: C. const., 11 mars 2009, n° 40/2009, *M.B.*, 6 mai 2009, p. 35264 (extraits); *R.W.*, 2008-09, p. 1366 (reflet); *Chron. D.S.*, 2010, p. 285 (sommaire); C. const., 12 février 2009, n° 17/2009, *A.P.T.*, 2009, p. 176 (sommaire); *A&M*, 2009/3, p. 291; *M.B.*, 12 mars 2009, p. 21664 (extraits); *NjW*, 2009, p. 359, note E. BREMS; *R.W.*, 2008-2009, p. 1366 (reflet); *R.W.*, 2009-2010, p. 1045 (sommaire), note; *Chron. D.S.*, 2010, p. 285 (sommaire); C.A., 6 octobre 2004, n° 157/2004, *A&M*, 2005/2, p. 154, note J. VELAERS; *T.B.P.*, 2004/10, p. 600 (voy. un bref commentaire de P. JOASSART, «La loi anti-discrimination et l'arrêt de la Cour d'arbitrage», *Journ. proc.*, 2004/493, pp. 8 à 11); C.A., 12 juillet 1996, n° 45/96, *M.B.*, 27 juillet 1996, p. 20027; *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, p. 338; *J.T.*, 1997, p. 95; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1068; *C.D.P.K.*, 1997, p. 599; *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 47, note F. RINGELHEIM; *R.W.*, 1996-97, p. 1222; *T. Vreemd.*, 1996, p. 139.

(26) C. const., 12 février 2009, n° 17/2009, *A.P.T.*, 2009, p. 176 (sommaire); *A&M*, 2009/3, p. 291; *M.B.*, 12 mars 2009, p. 21664 (extraits); *NjW*, 2009, p. 359, note E. BREMS; *R.W.*, 2008-2009, p. 1366 (reflet); *R.W.*, 2009-2010, p. 1045 (sommaire), note; *Chron. D.S.*, 2010, p. 285 (sommaire).

(27) C. const., 11 mars 2009, n° 40/2009, *M.B.*, 6 mai 2009, p. 35264 (extraits); *R.W.*, 2008-09, p. 1366 (reflet); *Chron. D.S.*, 2010, p. 285 (sommaire).

(28) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007.

(29) Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007.

moral spécifique doit être prouvé. Cet élément moral spécifique, qui est inclus dans les termes "diffuser", "haine raciale" et "supériorité raciale" porte plus précisément sur la volonté de diffuser des idées en vue d'attiser la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou en vue de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste. Les propos doivent dès lors avoir une portée méprisante ou haineuse, ce qui exclut de l'interdiction les propos scientifiques et artistiques, et ils doivent exprimer l'infériorité fondamentale d'un groupe» (B.74.5. dans l'arrêt du 12 février 2009 et B.70.2. dans l'arrêt du 11 mars 2009[30]).

III. Le champ d'application des lois «anti-*hate speech*»

7. Les articles 3 des lois du 30 juillet 1981 et du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations précisent de manière identique que ces textes ont vocation à créer, dans certaines matières visées aux articles 5 des deux lois, un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale[31], la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale.

Certaines matières visées aux articles 5 de ces deux lois – les articles étant similaires – ont fait l'objet de précisions complémentaires à travers trois affaires.

La première vise l'article 5, § 1er, alinéa 1er, 1°, qui fait entrer dans le champ de ces lois «l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public». Selon le tribunal de première instance de Bruxelles[32], «la mise à disposition de services bancaires tel que pratiqué par la banque T. constitue la fourniture d'un service accessible au public»[33]. Une discrimination fondée sur la fourniture d'un tel service entre donc dans le champ des lois précitées. Il s'agissait plus précisément de trois comptes qui avaient été ouverts auprès d'une institution bancaire aux fins de récolter des dons au bénéfice d'actions humanitaires. La banque avait toutefois averti, selon une procédure particulière, la cellule anti-blanchiment suite à plusieurs dons considérés comme douteux, pour finalement clôturer les trois comptes.

La deuxième affaire porte sur la même disposition. Elle concerne un litige découlant du refus d'un gérant de café de servir, sur sa terrasse, une dame portant le voile[34]. Considérant que la victime s'était vue refuser l'accès à un service, le tribunal bruxellois a estimé qu'un tel comportement entrait aussi dans le champ de l'article 5, § 1er, alinéa 1er, 1°.

Enfin, dans une troisième affaire, des précisions sont encore apportées sur ce 1° ainsi que sur le 8° de la même disposition. Ce dernier concerne «l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public». Une discrimination fondée sur le handicap d'un journaliste musical qui se voit refuser l'interview d'un artiste par une entreprise chargée de fournir un service d'attaché de presse entre dans le champ de la loi. Selon le tribunal[35], «il importe peu [...] que la possibilité d'interviewer un artiste n'est pas accessible à tout un chacun», dès lors que les services proposés par l'entreprise entrent «dans l'exercice de l'activité économique de l'ensemble des protagonistes».

8. Quant au champ d'application *ratione temporis*, la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt du 16 septembre 2013[36], qu'«[e]n règle, une nouvelle loi s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés. Toutefois, en matière de conventions, l'ancienne loi demeure applicable, à moins que la loi nouvelle ne soit d'ordre public ou impérative ou qu'elle n'en prévoie expressément l'application aux conventions en cours». Considérant les dispositions de la loi du 10 mai 2007 comme étant d'ordre public, la Cour soutient qu'une application de la loi nouvelle à une convention antérieure ne viole aucune règle

(30) Les arrêts reprennent en réalité le raisonnement qui avait été proposé par la Cour d'arbitrage dans son arrêt du 6 octobre 2004 (n° 157/2004). L'arrêt porte sur un recours en annulation introduit contre la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

(31) Voy. C. const., 2 avril 2009, n° 64/2009. L'arrêt annule l'article 3 de la loi du 10 mai 2007 en ce qu'il ne mentionne pas, parmi les «critères protégés», la conviction syndicale.

(32) Civ. Bruxelles (réf.), 13 juillet 2015, www.diversite.be.

(33) Pour d'autres affaires de discrimination dans le secteur bancaire, voy. Civ. Bruxelles (réf.), 13 juillet 2015, www.diversite.be ; Bruxelles (21e ch.), 26 mai 2012, *A.P.T.*, 2012/4, p. 701, note B. RENAULD.

(34) Civ. Bruxelles (comme en réf.), 22 décembre 2009, www.diversite.be.

(35) Civ. Bruxelles (réf.), 16 juillet 2014, *J.T.*, 2015, p. 20.

(36) Cass. (3e ch.), 16 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1678 ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 357, note B. MAES ; *Chron. D.S.*, 2014, p. 282, note ; *R.D.C.*, 2014, p. 116 (sommaire) ; *Bull. ass.*, 2014, p. 200, note C. DEVOET.

de droit. Ainsi, cette loi «s'impose aux effets actuels d'un contrat d'assurance groupe 'invalidité' qui avait été conclu et avait pris fin sous l'empire de la loi du 4 août 1978, laquelle ne s'appliquait pas aux régimes complémentaires de sécurité sociale. Une travailleuse atteinte d'une incapacité permanente à la suite d'un accident du travail survenu avant la fin du contrat d'assurance peut prétendre aux prestations jusqu'à son 65e anniversaire, nonobstant la clause qui fixait des âges différents pour les hommes et les femmes et induisait une discrimination contraire à l'article 12, § 1er, de la loi du 10 mai 2007»(37).

IV. Analyse des préventions prévues par les lois «anti-*hate speech*»

A. L'interdiction de discrimination

9. L'article 12 de la loi du 30 juillet 1981 et l'article 14 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination précisent tous deux que «toute forme de discrimination est interdite», entendant la discrimination comme la discrimination directe et indirecte, l'injonction de discriminer, le harcèlement ainsi que, seulement pour la loi du 10 mai 2007, le «refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée». De manière générale, la jurisprudence reprend les définitions de ces termes telles que proposées dans les lois(38). Le tribunal du travail de Bruxelles, dans un jugement rendu le 2 novembre 2010, a toutefois ajouté que «[s]i discriminer signifie établir une différence, la discrimination recouvre l'action d'isoler et de traiter différemment certains individus ou un groupe entier par rapport aux autres»(39).

1. La discrimination basée sur le handicap

10. Comme indiqué ci-avant, la loi du 10 mai 2007 considère comme une forme de discrimination le fait de «refuser de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée»(40). Selon le président du tribunal de première instance de Bruxelles, ne pas prendre en compte le handicap d'un journaliste musical en chaise roulante pour lui permettre d'effectuer une interview constitue un comportement discriminatoire(41). En l'espèce, l'agent d'un artiste avait refusé d'envisager de déplacer l'interview hors de la loge de cet artiste, celle-ci étant inaccessible pour le critique. Dans le même sens, il a été jugé que constitue une discrimination directe, le fait de refuser de travailler avec une personne en raison de son handicap moteur(42).

Le handicap et la baisse de productivité qu'il peut induire fondent parfois le licenciement d'un travailleur. Une telle pratique constitue bien évidemment une discrimination. Tel a été la décision concernant un travailleur atteint de sclérose en plaque. Le tribunal du travail de Mons et Charleroi a souligné que cette maladie devait être considérée comme un handicap(43), entendu comme étant «toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive, d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant», ce terme couvrant de multiples situations différentes, le handicap pouvant être «moteur,

(37) L'extrait est repris du sommaire proposé sur le site www.jura.be. La loi du 4 août 1978 porte sur la réorientation économique (*M.B.*, 17 août 1978).

(38) Voy. les articles 4 des deux lois.

(39) Trib. trav. Bruxelles, 2 novembre 2010, R.G. n° 05/22188/1, *inédit*, se référant au dictionnaire *Le Petit Larousse illustré 2008*.

(40) Les aménagements raisonnables sont définis par l'article 4, 12°, de la loi : il s'agit de «mesures appropriées, prises en fonction des besoins d'une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de participer et progresser dans les domaines pour lesquels la loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée. Cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées».

(41) Civ. Bruxelles (réf.), 16 juillet 2014, *J.T.*, 2015, p. 20. Voy. aussi, sur la mise en place d'aménagements raisonnables, Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015, R.G. n° 14/436/A, www.diversite.be.

(42) Civ. Bruxelles (réf.), 16 juillet 2014, *J.T.*, 2015, p. 20.

(43) Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015, R.G. n° 14/436/A, www.diversite.be. Pour une affaire similaire, voy. Trib. trav. Bruxelles, 26 mars 2013, R.G. n° 10/18768/A, www.diversite.be.

(44) Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015, R.G. n° 14/436/A, www.diversite.be. Le tribunal se réfère au site www.sante-medecine.com, ainsi qu'au Protocole du 19 juillet 2007 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française en faveur des personnes en situation de handicap. Protocole relatif au concept d'aménagements raisonnables en Belgique en vertu de la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et de lutte contre le racisme, *M.B.*, 20 septembre 2007.

psychique, auditif, visuel, etc.»[44]. En l'espèce, le licenciement se fondait sur un formulaire d'évaluation mettant en lumière des résultats insuffisants. Il s'agissait de déterminer si cette baisse de productivité et d'efficacité ne devait pas s'expliquer par le handicap moteur du travailleur, d'autant plus que ses évaluations précédentes étaient bonnes[45]. Le travailleur avait en outre transmis des demandes d'aménagements raisonnables, celles-ci avaient été refusées par l'employeur au motif de «la nécessité de la continuité du service, sans autres précisions». Il a été jugé que l'employeur «n'explique pas en quoi l'aménagement de son travail sollicité par le demandeur en raison de son état de santé [...] n'était pas raisonnable et aurait représenté une charge disproportionnée compte tenu notamment de la structure de son personnel et des tâches et devoirs à assurer». Selon le tribunal du travail, ces aménagements consistent «non seulement en des aménagements matériels mais également en des aménagements immatériels tels que des adaptations d'horaires ou modification des tâches»[46], de tels aménagements ayant été possibles en l'espèce. L'employeur fut condamné pour licenciement irrégulier.

Aboutissant à la même conclusion dans des circonstances similaires, le tribunal du travail de Bruxelles a soutenu dans une autre affaire que la concession d'aménagements raisonnables ne devait pas être considérée comme une faveur octroyée à un employé. Dès lors, l'employeur qui refuse de prendre des mesures particulières sous prétexte qu'elles profiteraient à un travailleur, au détriment des autres, ne justifie pas correctement son attitude[47].

2. La discrimination basée sur le sexe

11. L'article 3 de la loi du 10 mai 2007 vise notamment la discrimination fondée sur une caractéristique physique. Interdire l'accès aux hommes à un service mis à la disposition du public constitue une discrimination au sens de l'article 14 de la même loi. Une telle interdiction avait été mise en place dans une salle de sport. Sa gérante indiquait que cette mesure avait été prise dans un but de relance économique, estimant que l'exclusion des hommes au profit des femmes aurait permis d'augmenter considérablement ce public cible. Considérant cette pratique comme discriminatoire, le tribunal de première instance de Liège rappelle, en se référant à l'article 7 de la loi, qu'«[e]n matière de fourniture de biens et service, une distinction entre les sexes peut être faite si elle est objectivement justifiée et si les moyens pour réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. Des difficultés économiques ne sont pas une justification objective d'une discrimination entre les sexes»[48].

3. La discrimination basée sur les origines

12. La discrimination fondée sur les origines s'inscrit dans les objectifs de la loi du 30 juillet 1981. Dans une affaire portée devant le tribunal de première instance de Liège[49], les défendeurs avaient refusé de louer un bien immobilier à des personnes d'origine étrangère, étant entendu que ce refus se basait sur la possibilité de «garantir le paiement volontaire ou forcé des loyers». Pour le tribunal, ce but bien que légitime ne pouvait être pris en compte pour écarter la discrimination : s'il «est exact qu'un étranger peut se soustraire aux poursuites en quittant le pays», «l'exclusion de tous les étrangers pour ce motif n'est pas un moyen nécessaire et approprié pour réaliser l'objectif des demandeurs, dès lors qu'un Belge peut, aussi bien qu'un étranger, se soustraire à toutes poursuites en partant à l'étranger ou en disparaissant sans laisser d'adresse et que tout étranger n'adopte pas ce comportement»[50]. Compte tenu de cette précision, le juge a ordonné la cessation du comportement discriminatoire.

A contratio, ne constitue pas une discrimination au sens de la loi, le fait d'affirmer que quelqu'un est «africain». Le tribunal de commerce de Neufchâteau[51] a soutenu que «l'Afrique est un continent. Y faire réfé-

Le tribunal du travail propose aussi une longue définition de la sclérose en plaques.

(45) Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015, R.G. n° 14/436/A, www.diversite.be.

(46) Le tribunal se réfère à SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, *Clé pour les aménagements raisonnables au profit des personnes handicapées au travail*, disponible sur le site www.emploi.belgique.be. Cette publication précise encore que «[c]et aménagement peut impliquer qu'on donne à un travailleur la possibilité de travailler à temps partiel, de commencer ou finir ses activités à un autre moment, d'interrompre périodiquement ses activités ou de modifier le moment auquel il effectue une tâche déterminée (p. 27).

(47) Trib. trav. Bruxelles, 26 mars 2013, R.G. n° 10/18768/A, www.diversite.be.

(48) Civ. Bruxelles (réf.), 23 janvier 2014, R.G. n° 13/4948/A, www.diversite.be.

(49) Civ. Liège, 6 mai 2014, *Échos log.*, 2015/2, p. 31, note.

(50) En revanche, il soutient qu'une discrimination fondée sur la fortune peut être considérée comme justifiée lorsqu'elle se base sur «une appréciation objective des possibilités des candidats locataires de payer le loyer demandé». Dans ce cas, «il n'y a pas lieu d'interdire aux défendeurs de refuser des locataires en raison de leur insolvabilité résultant d'une disproportion entre leurs revenus et le loyer demandé, même lorsque cette disproportion existe en général pour les personnes aidées par le CPAS ou les chômeurs».

(51) Comm. Neufchâteau (prés.), 3 mars 2009, R.G. n° 108/2008, www.diversite.be.

rence ne concerne ni une race, ne fait référence ni à une couleur de peau, une origine nationale ou ethnique. Faire référence au continent africain ou au continent asiatique ou européen ne démontrerait pas qu'à défaut d'autres indices, cette simple qualification suffit à rapporter la preuve d'une quelconque forme de distinction ou d'exclusion sur base des critères de la loi du 30 juillet 1981». L'affaire concernait le refus, par un bailleur, de conclure un contrat de location commerciale avec une personne, celle-ci estimant que le refus était motivé par son origine africaine. Le tribunal de commerce ainsi que la cour d'appel de Liège[52] ne lui ont pas donné raison. Dans un sens identique, il a été considéré que traiter deux personnes d'origine étrangère de «sales étrangers» ne constitue pas une infraction au sens de la loi du 30 juillet 1981[53]. Le tribunal consent toutefois à considérer ces propos comme étant grossiers et inacceptables.

13. Il est intéressant de développer plus largement l'affaire dite *Tintin au Congo*, du nom de l'album d'Hergé, qui avait été remise en cause, sur base de la loi du 30 juillet 1981, par un ressortissant d'origine africaine ainsi qu'une association (le Conseil représentatif des associations noires). Dans une décision du 10 février 2012, le tribunal de première instance de Bruxelles rejette les demandes introduites par les demandeurs, ceux-ci estimant que *Tintin au Congo* portait atteinte à leur dignité d'«homme noir»[54]. La plainte au pénal avait débouché sur un non-lieu. Le recours civil invoque l'article 18 de la loi du 30 juillet 1981 qui organise une action en cessation dans le cadre de laquelle le président du tribunal «constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant un manquement aux dispositions de la présente loi». Les demandeurs agissent à l'encontre du titulaire des droits d'auteur sur l'œuvre d'Hergé (la S.A. Moulinsart) et de l'éditeur de l'album (la S.A. Éditions Casterman), considérant que la bande dessinée pratique une discrimination directe, une injonction de discriminer et du harcèlement (art. 7, § 1er et 12 de la loi), qu'ils incitent à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe (art. 20, 3°, de la loi), qu'ils incitent à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe (art. 20, 4°, de la loi) et qu'ils diffusent des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale (art. 21 de la loi).

S'agissant de la discrimination directe définie comme «la situation qui se produit lorsque, sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait *dans une situation comparable*»[55], les demandeurs formulent plus particulièrement les critiques suivantes: représentation graphique caricaturale des personnages africains, utilisation du terme «nègre» dans la première édition de l'album, mauvaise maîtrise du français par les personnages africains, présentation des africains comme des paresseux et oisifs, paternalisme de Tintin, etc. Si ces représentations pouvaient correspondre à l'imaginaire colonial connu à l'époque, l'album étant publié intégralement pour la première fois en 1931, le tribunal est sollicité pour se prononcer sur la compatibilité de ces représentations avec les valeurs actuelles véhiculées dans la société belge, désormais beaucoup plus attentives à toute forme de discrimination raciale. Sur ce fondement, le tribunal rejette la demande fondée sur la discrimination directe au motif qu'elle ne prend pas en considération une situation comparable. De même, le grief d'injonction de discriminer est rejeté par le juge qui considère que la vente de la bande dessinée créée au temps du colonialisme n'a pas pour objet – ni sans doute pour effet – de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement dégradant ou offensant. Les griefs fondés sur des infractions pénales (voy. art. 20 et 21 de la loi) sont aussi rejetés au motif que l'élément intentionnel fait défaut. La décision s'appuie ici sur les considérations de la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 12 février 2009[56].

Cette affaire a été portée devant la cour d'appel de Bruxelles qui a confirmé, le 28 novembre 2012[57], l'absence de caractère raciste et xénophobe de cet album. La cour rappelle que toute infraction pénale est constituée d'un élément matériel et d'un élément moral, et que ce dernier fait en l'espèce défaut. La preuve de cet élément «doit être recherchée dans le chef du créateur de l'œuvre [...] et à l'époque de la première diffusion de la bande dessinée, sous forme de feuilleton, en 1930». Il faut donc se placer au moment de la parution de la première édition pour établir l'existence de l'élément moral. La cour souligne qu'«Hergé ne pouvait avoir en 1930 le même état d'esprit que celui qui allait inspirer, un demi-

(52) Liège, 29 juin 2010, n° 2009/RG/679, www.diversite.be, confirmant Comm. Neufchâteau (prés.), 3 mars 2009, R.G. n° 108/2008, www.diversite.be.

(53) Corr. Eupen (4e ch.), 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1918 (sommaire).

(54) Civ. Bruxelles (cess.), 10 février 2012, *A&M*, 2012/4, p. 374; *J.L.M.B.*, 2012, p. 806. Voy. aussi, sur ce jugement, J. VRIELINK, «'Kuifje in Afrika' en de Antiracismewet», *NjW*, 2012, pp. 530 à 534.

(55) Nous soulignons.

(56) C. const., 12 février 2009, n° 17/2009, *A.P.T.*, 2009, p. 176 (sommaire); *A&M*, 2009/3, p. 291; *M.B.*, 12 mars 2009, p. 21664 (extraits); *NjW*, 2009, p. 359, note E. BREMS; *R.W.*, 2008-2009, p. 1366 (reflet); *R.W.*, 2009-2010, p. 1045 (sommaire), note; *Chron. D.S.*, 2010, p. 285 (sommaire).

(57) Bruxelles (9e ch.), 28 novembre 2012, R.G. n° 2012/AR/470, *inédit*.

siècle plus tard, la loi de 1981». Elle soutient que rien ne permet d'établir qu'Hergé considère les Africains comme une «race» inférieure aux blancs. L'auteur s'est limité à reproduire les stéréotypes véhiculés durant cette époque colonialiste et nous gratifie, selon la cour, d'un «témoignage de l'histoire commune de la Belgique et du Congo à une époque donnée». Tout ceci concorde à l'absence d'élément moral, et dès lors à l'absence d'infraction pénale. La cour met en outre en cause le raisonnement qui aboutirait à interdire la publication d'ouvrages anciens au regard de valeurs actuelles. En effet, «s'il fallait suivre les appelants [...], il faudrait alors interdire aujourd'hui, par exemple, la publication de certaines œuvres de Voltaire, dont le racisme, notamment à l'égard des noirs et des juifs était inhérent à sa pensée [...], ainsi que des pans entiers de la littérature, ce qui ne peut être admis, dès lors que l'écoulement du temps doit être pris en compte».

Le raisonnement adopté par la cour est convaincant. À chaque époque ses valeurs. Interdire *a posteriori* la commercialisation et la diffusion d'ouvrages anciens parce qu'ils ne concordent plus aux mœurs actuelles aboutirait à renier une partie importante de la littérature, et en définitive à renier son passé et les valeurs qui y ont été véhiculées.

4. La discrimination basée sur les convictions religieuses ou philosophiques

14. De nombreuses décisions concernent les convictions religieuses, et plus particulièrement le port du voile. Une discrimination fondée sur ce critère constitue, s'il n'est pas justifié, une violation de la loi du 10 mai 2007.

Ainsi, il a été jugé que le fait, pour un cafetier, de ne pas vouloir servir une dame portant le voile constitue une discrimination directe. Le tribunal correctionnel de Bruxelles[58] indique «[q]u'à l'instar de la kippa, d'une croix, du foulard porté par le sikh, etc., le voile islamique constitue [...] une forme extérieure d'appartenance et de conviction religieuses d'une personne», soulignant encore que «le port du voile constitue un acte motivé ou inspiré par une religion ou une conviction»[59]. Il considère en outre que la discrimination n'est pas justifiée quand bien même le cafetier affirme «qu'il agirait de la même manière avec toute autre personne arborant un symbole religieux et se présentant dans son établissement». Le jugement précise à cet égard «[q]u'une telle position de principe, qui serait dans cette hypothèse, apparemment neutre, constitue une discrimination indirecte». À défaut d'une justification objective par des moyens appropriés et nécessaires, le juge a ordonné la cessation de ce comportement discriminatoire ainsi que la publication du jugement. Aboutissant à la même conclusion, le tribunal de première instance de Huy a condamné un établissement dans lequel une dame avait été interpellée précisément parce qu'elle portait un foulard en raison d'un traitement chimiothérapique[60]. La porte d'entrée du restaurant était affublée d'une pancarte mentionnant ceci: «Par souci de courtoisie vis-à-vis de la clientèle, les couvre-chefs sont interdits dans notre établissement. La direction se réserve le droit d'entrer». La mesure était justifiée par des objectifs d'hygiène et d'image de marque. Après avoir confirmé que la loi du 10 mai 2007 trouvait bien application dans le cadre des brasseries, tavernes, restaurants ou débits de boissons (art. 5, § 1er, de la loi), le tribunal soutient que cette réglementation interne porte «préjudice à différentes catégories protégées de personnes», dont notamment les personnes atteintes d'une maladie – la dame étant atteinte d'un cancer – ainsi que les femmes de confession musulmane. Lors de sa défense, le défendeur a nuancé son règlement, en précisant que les dames portant «élégamment» le foulard ou des personnes malades pouvaient être autorisées à garder leur couvre-chef. Selon le tribunal, «[c]'est donc de manière discrétionnaire, voire arbitraire, que sur base du règlement qu'elle a mis en place la défenderesse admet ou non dans son établissement des consommateurs issus d'une catégorie protégée par la loi. [...] Si l'objectif poursuivi par la défenderesse peut être qualifié de légitime (le souci de l'hygiène et d'éviter des situations désobligeantes pour d'autres client(e)s), il reste que les moyens utilisés pour l'atteindre sont totalement disproportionnés».

15. Le port du voile a aussi été au centre de plusieurs affaires dans le cadre de relations de travail.

Dans une première jugée par le tribunal du travail le 18 mai 2015[61], une jeune femme s'était vue refuser le port du voile dans son activité de caissière-réassortisseuse. Le souhait de porter le voile avait

(58) Civ. Bruxelles (comme en réf.), 22 décembre 2009, R.G. n° 2009/12.031/A, www.diversite.be.

(59) Le jugement fait ici référence à la jurisprudence européenne (Cour eur. D.H., 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquie*, § 78).

(60) Civ. Huy (réf.), 26 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1061 ; *Juristenkrant*, 2010/271, p. 1 (reflet). Le jugement a fait l'objet d'un appel (Liège (1re ch.), 22 février 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1061 ; *Juristenkrant*, 2011/225, p. 4). L'affaire ne concerne pas le port du voile, comme signe religieux, mais son raisonnement s'inscrit dans la logique des litiges relatifs au foulard, ce qui explique qu'il soit analysé à cet endroit.

(61) Trib. trav. Bruxelles, 18 mai 2015, R.G. n° 14/5803/A, www.diversite.be.

été fait, après plusieurs années de travail, lors d'un entretien téléphonique, à la suite duquel la demanderesse ne s'était plus présentée au travail. À titre principal, cette dernière requérait le paiement de dommages et intérêts pour discrimination basée sur les convictions religieuses. Afin de juger correctement l'affaire, le tribunal du travail a fait écho à plusieurs décisions rendues précédemment et notamment un arrêt de la cour du travail d'Anvers rendu dans des circonstances tout à fait similaires. Selon le tribunal, «[d]ans ce cas, la cour a considéré qu'il n'y avait pas de discrimination directe, puisque il ne peut être question de discrimination que s'il apparaît que la réceptionniste a été traitée moins favorablement qu'un autre travailleur comparable (hypothétique ou non) de l'entreprise. Toujours selon la cour, l'interdiction de porter des signes extérieurs de convictions religieuses ou philosophiques ne constitue pas non plus une discrimination directe de la travailleuse concernée au motif qu'elle est croyante (par rapport aux travailleurs non croyants). En outre, la cour a considéré que le fait d'avoir une "ascendance", un "âge", une "couleur" ou un "état civil" constitue une caractéristique générique neutre que tous les travailleurs de l'entreprise possèdent et ne permet pas en soi de faire une distinction entre certains (groupes de) travailleurs, contrairement à un critère tel que le "handicap". Ainsi, selon la cour, cela n'a dès lors aucun sens de prétendre qu'un travailleur ou un groupe de travailleurs est l'objet d'une discrimination parce qu'il a des "convictions religieuses ou philosophiques", une "ascendance", un "âge", une "couleur" ou un "état civil". Il ne peut dès lors être question de discrimination que lorsque certaines personnes sont traitées moins favorablement que d'autres, parce qu'elles ont ou n'ont pas certaines convictions religieuses ou philosophiques. La cour a également estimé que l'existence d'une discrimination indirecte était sérieusement contestable. Dans ce cas, il appartenait à la réceptionniste en question de démontrer qu'en tant que musulmane ou pratiquante d'une religion qui comporte des prescriptions vestimentaires, elle était défavorisée par rapport à d'autres travailleurs de l'entreprise qui ont d'autres convictions religieuses ou philosophiques, ce qu'elle ne fait pas. La cour rajoute que, par hypothèse, lorsqu'une discrimination indirecte manifeste est prouvée, l'entreprise dispose toujours de la possibilité de justifier objectivement et raisonnablement l'interdiction. La cour considère enfin qu'il est sérieusement contestable que l'interdiction porte atteinte à la liberté individuelle et/ou à la liberté de culte. Selon la cour, l'obligation de neutralité constitue certes une limite de la liberté individuelle et de la liberté de culte de la travailleuse, mais elle ne suffit pas pour conclure que l'interdiction imposée est illicite. La cour conclut qu'il n'est pas manifestement déraisonnable que l'employeur ait choisi de mener une politique de "neutralité" au sein de son entreprise, à comprendre comme une interdiction de porter des signes extérieurs de convictions philosophiques, religieuses ou politiques sur le lieu de travail; et qu'il n'est pas manifestement déraisonnable que l'employeur ait licencié la réceptionniste suite à son refus persistant de travailler non voilée. À cet égard, la cour a attiré notamment expressément l'attention sur le fait que la travailleuse a respecté la règle de neutralité pendant trois ans sans la moindre protestation»[62]. Le tribunal du travail, s'appuyant sur ce raisonnement, a conclu à l'absence de discrimination directe et indirecte, soulignant qui plus est que «même si discrimination devait y avoir, celle-ci pourra se justifier si l'objectif poursuivi peut être considéré comme raisonnable et proportionnel au but poursuivi, en l'occurrence la politique de neutralité», objectif que la demanderesse connaissait.

Des circonstances quasiment identiques ont amené le tribunal du travail de Bruxelles à la même conclusion[63]. À la suite d'un congé de maternité, une employée de confession musulmane avait décidé de porter le voile sur son lieu de travail, ce qu'elle ne faisait pas avant son interruption de carrière. Le tribunal du travail va effectuer un raisonnement en deux étapes.

Premièrement, tout en rappelant préalablement que «la liberté de religion implique nécessairement celle de pouvoir l'exprimer et la manifester vis-à-vis de l'extérieur», il estime qu'il n'y a, en l'espèce, pas de discrimination directe. À la question de «savoir si l'obligation de neutralité dans la tenue vestimentaire est directement inspirée d'une volonté de viser explicitement l'expression d'une conviction religieuse ou philosophique», une réponse négative est apportée, considérant qu'«[a]ttendre de son personnel qu'il porte une tenue décente et neutre traduit davantage le souhait d'un service à la clientèle ou d'une image de marque».

Deuxièmement, il s'interroge sur l'existence d'une discrimination indirecte, dès lors que «sous une apparence de neutralité et de justification objective, une mesure peut se révéler discriminatoire parce que, *in fine*, son but inavoué vise bien à interdire à une personne ou à un groupe de personnes, de manifester leurs convictions religieuses ou philosophiques. [...] Il ne fait pas de doute qu'interdire à une personne de porter un foulard [...] constitue une différence

(62) Voy. C. trav. Anvers, 23 décembre 2011, R.G. n° 2010/AA/453 et n° 2010/AA/467. Voy. aussi C. trav. Bruxelles, 15 janvier 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 140.

(63) Trib. trav. Bruxelles, 2 novembre 2010, R.G. n° 05/22188/A, www.diversite.be.

de traitement. Pourtant, à elle seule, cette différence n'est pas encore porteuse de discrimination. En effet, il ressort de la définition usuelle de ce terme, qu'il est chargé d'une connotation négative (une "discrimination négative" serait un pléonasme), voire péjorative et peut-être même humiliante. C'est cette dimension subjective qui permet de qualifier une distinction de discriminatoire, sous peine de rendre discriminatoires toutes les différences qui pourraient exister entre chacun de nous». En l'espèce, l'obligation de neutralité implique l'interdiction du port du foulard, et donc une limitation à la liberté de manifester ses convictions religieuses. À nouveau, comme pour la discrimination directe, «d'un point de vue téléologique, ce sont bien les convictions religieuses qui doivent être *in fine* visées, pour qu'il puisse être question d'une discrimination indirecte. [...] Cette question est intimement liée à celle de l'existence d'une justification objective et raisonnable, puisque ce n'est qu'à cette condition que la différenciation ne constituera par une discrimination indirecte». Sur l'existence d'une telle justification, le tribunal du travail soutient que «la nature d'une activité professionnelle et les conditions de son exercice visent certainement les circonstances dans lesquelles le travail doit être effectué, ainsi que le contenu lui-même des tâches à accomplir, la notion de nature d'une activité professionnelle peut tout autant viser son caractère commercial et sa dimension de contact avec le public et la clientèle potentielle. Ainsi, le critère de neutralité [...] constitue un objectif légitime. Il n'appartient pas au tribunal de s'immiscer dans ces choix (philosophiques ou de pur marketing) de l'employeur». Le tribunal va encore plus loin en considérant qu'«[i]l n'appartient pas au travailleur de constater que Bruxelles constitue un creuset multiculturel et de postuler qu'à ce titre, le port du foulard ne pourrait choquer la clientèle». Afin de conclure sur ce point, il estime qu'«en vue de fidéliser une clientèle ou de ne pas en chasser une autre, l'exigence d'une tenue vestimentaire sobre et dépourvue de tout signe ostentatoire indiquant une conviction philosophique ou religieuse, peut paraître essentielle et déterminante pour la réalisation de cet objectif. À ce titre également, l'obligation qui est ainsi faite au personnel de ne pas porter de voile pendant les heures de travail, ne paraît pas disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi. Ce faisant, l'employeur ne contraint pas le travailleur à renoncer à sa foi, ni à influencer celle-ci par des moyens de pression. Il ne s'agit pas non plus de prosélytisme à rebours. Une conviction religieuse, si elle peut se marquer par un signe extérieur, ne requiert pas ce signe pour exister et pour être intimement liée à son auteur». En définitive, il n'y a donc pas de discrimination indirecte en l'espèce[64].

Enfin, le principe de neutralité a encore fait l'objet de quelques précisions complémentaires dans le cadre d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Mons[65] à propos du port du voile dans une école, une enseignante s'étant vue refuser l'accès à ses cours en raison de son foulard. La juridiction a jugé en l'espèce que le port du voile ne pouvait être interdit dès lors que cette limitation au droit de manifester ses convictions religieuses ou philosophiques ne se justifie pas par une volonté de garantir le maintien de l'ordre, ni par le fait que l'enseignante aurait eu une attitude prosélyte, ni encore que la décision aurait été guidée par des éléments concrets inhérents à son comportement. La cour ajoute encore que «[l]e port du voile devant les élèves ou dans les écoles ne peut donc faire l'objet d'une interdiction de principe par les directeurs d'école, qui n'ont pas le pouvoir d'adopter des dispositions générales, ajoutant des restrictions non prévues par la loi, sans que cela exclue qu'il puisse l'interdire ponctuellement au titre de mesures de police administrative, limitées au strict nécessaire, dans le temps et dans l'espace, et justifiées par la survenance de données concrètes».

5. Le harcèlement[66]

16. Les articles 4, 10°, des lois du 30 juillet 1981 et du 10 mai 2007 définissent le harcèlement comme un «comportement indésirable qui est lié à l'un des critères protégés, et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant». Selon le tribunal de première instance de Bruxelles, «il faut nécessairement que divers actes soient posés»[67] pour créer l'environnement tel que décrit par la disposition précitée. En l'espèce, une a.s.b.l. reprochait à une institution bancaire d'avoir clôturé ses comptes, et que diverses autres ins-

(64) Le jugement reproduit encore, «[p]ar souci d'exhaustivité», un extrait, allant dans le même sens de l'absence de discrimination d'un arrêt rendu par la cour du travail de Bruxelles, le 15 janvier 2008 (*J.T.T.*, 2008, p. 140).

(65) Voy. Mons, 10 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 549, réformant Civ. Charleroi (réf.), 15 décembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 87. En ce qui concerne la neutralité, voy. notamment X. DELGRANGE, «La neutralité de l'enseignement en Communauté française», *A.P.T.*, 2007-2008, pp. 119 à 160; X. DELGRANGE, «La démocratie voilée», note sous C.E. (12e ch.), 18 octobre 2007, n° 175.886, *R.R.D.*, 2007, pp. 370 à 384; P. BOUVIER, «Un voile à l'école, des juges et de la neutralité», *R.R.D.*, 1995, pp. 542 à 553.

(66) D'autres décisions traitent du harcèlement: Corr. Bruxelles, 25 juin 2014, www.diversite.be; Liège (4e ch.), 14 juin 2011, R.G. n° 210/CO/199, www.diversite.be.

(67) Civ. Bruxelles (réf.), 13 juillet 2015, www.diversite.be.

titutions bancaires avaient fait de même dans le passé. La juridiction a considéré qu'il ne pouvait y avoir harcèlement dès lors que les comportements adoptés par les diverses institutions ne s'inscrivaient pas dans une «communauté d'intention».

B. Les dispositions pénales des lois «anti-*hate speech*»

17. Les lois du 30 juillet 1981 et du 10 mai 2007 tendant à réprimer certaines formes de discriminations contiennent plusieurs incriminations pénales. Sont pénalement réprimées, l'incitation à la discrimination à l'égard d'une personne (art. 20, 1°, de la loi du 30 juillet 1981 et art. 22, 1°, de la loi du 10 mai 2007), l'incitation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne (art. 20, 2°, de la loi du 30 juillet 1981 et art. 22, 2°, de la loi du 10 mai 2007)[68], l'incitation à la discrimination ou à la ségrégation à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres (art. 20, 3°, de la loi du 30 juillet 1981 et art. 22, 3°, de la loi du 10 mai 2007)[69], et l'incitation à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres (art. 20, 4°, de la loi du 30 juillet 1981 et art. 22, 4°, de la loi du 10 mai 2007).

Les infractions contenues dans les dispositions précitées impliquent en réalité la réunion de plusieurs éléments, dont certains font l'objet de quelques développements dans la jurisprudence.

1) Premièrement, il faut un comportement susceptible d'inciter à la discrimination, à la ségrégation, à la haine ou à la violence. Dans une affaire portant sur des critiques acerbes portées à l'encontre d'un homme politique, il a été jugé que des réactions virulentes à la suite de la diffusion par cet homme politique dans le journal *Le Soir* d'une opinion tranchée sur un sujet controversé, constituaient en réalité un échange d'opinions opposées qui, quoique pouvant être considérées comme choquantes voire insultantes, ne laissait en rien transparaître une incitation à la haine, la violence ou la discrimination[70]. En revanche, un texte diffusé sur internet qui «énumère sans nuance les défauts que son auteur impute au peuple juif dans son ensemble (corrompu, ambitieux, sournois, égaré, indigne, désobéissant, vil, lâche, faible, arrogant, porc, singe, ...) et l'accuse d'avoir semé le trouble et répandu la corruption sur terre» constitue bien une incitation à la haine et à la violence, et n'est nullement protégé par la liberté de religion[71]. Les prévenus soutenaient toutefois que ce texte était formé d'extraits de textes religieux anciens. La cour d'appel de Bruxelles, confirmant sur ce point le jugement rendu en première instance, a rejeté l'argument estimant que ces extraits avaient été «instrumentalisés dans le seul but de faire accroire que le devoir de tout musulman est, à l'heure actuelle, de combattre physiquement les juifs». En revanche, eu égard à d'autres extraits diffusés sur le même site internet, la cour d'appel considère, *a contrario* du tribunal de première instance, qu'il n'y a pas d'incitation à la haine et/ou à la violence, même si elle reconnaît que «l'on peut regretter le radicalisme et le manque de nuances de certaines de ses affirmations», le texte n'apparaissant pas «avec certitude comme une incitation à la xénophobie mais plutôt à la dénonciation des valeurs matérialistes, mercantiles et colonialistes guidant, suivant son auteur, les régimes politiques occidentaux»[72]. Suivant ce même constat, un troisième extrait qui avait été condamné en première instance fut considéré comme «doctrinaire» mais non xénophobe par la cour d'appel, dès lors qu'il existait un doute quant à l'intention réelle de son auteur[73].

Il a aussi été reconnu par le tribunal correctionnel de Bruxelles que la rédaction, sur un blog, d'un billet révisionniste constitue bien une infrac-

(68) Pour un cas d'application, voy. Corr. Dinant (12e ch.), 16 janvier 2014, www.diversite.be. Voy. aussi les nombreux cas de coups et blessures, injures, etc. avec pour mobile la haine (ces décisions sont toutes disponibles sur le site www.diversite.be): Corr. Bruxelles (61e ch.), 6 mai 2014; Corr. Dinant (10e ch.), 7 février 2013; Bruxelles (14e ch.), 13 novembre 2012, confirmant Corr. Bruxelles, 28 juin 2012; Liège (18e ch.), 19 mars 2012, recevant l'appel formé contre Corr. Liège, 10 septembre 2010; Liège (8e ch.), 19 décembre 2011, confirmant Corr. Marche-en-Famenne, 23 février 2011; Bruxelles (11e ch.), 5 janvier 2011, confirmant Corr. Bruxelles, 6 février 2009; Corr. Liège (11e ch.), 3 mars 2011; Corr. Bruxelles, 1er décembre 2011; Corr. Arlon (6e ch.), 5 octobre 2009.

(69) Pour un cas d'application, voy. Corr. Bruxelles (61e ch.), 27 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 10.

(70) Civ. Bruxelles (ch. cons.), 10 janvier 2012, *A&M*, 2012/4, p. 373.

(71) Bruxelles (12e ch.), 23 janvier 2009, *A&M*, 2009/6, p. 639; *R.D.T.I.*, 2009, p. 105, note P. Docquir; réformant en partie Corr. Bruxelles (61e ch.), 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 591; *A&M*, 2006/5-6, p. 491.

(72) Le texte, intitulé «La conscience américaine et le jeu américain», contenait notamment les propos suivants: «Les occidentaux sont tous pareils: leur conscience est pourrie et leur civilisation trompeuse»; «Je hais tous les occidentaux et je les méprise tous sans exception, les anglais, les français et enfin les américains...».

(73) Le texte, intitulé «Considérer les juifs et les chrétiens comme des mécréants» contenait notamment les propos suivants: «... ils sont des incrédules et qu'ils sont les habitants du feu de l'enfer...»; «qu'ils sont des mécréants et qu'ils sont des habitants de l'enfer».

tion à l'article 20, § 1er, 4°, de la loi du 30 juillet 1981 (sanctionné en outre par l'article 1er de la loi du 23 mars 1995). Faisant le parallèle avec la jurisprudence antérieure, il rappelle à cet égard, «[q]u'il a été jugé que des livres offerts à la vente dans lesquels on pouvait lire qu'on ne peut parler de génocide vu l'absence de chambre à gaz sont des outils d'incitation à la discrimination, à la haine, à la violence et au racisme envers un groupe, une communauté ou les membres de ceux-ci»(74). De même, «en présentant la communauté juive et ses membres comme pseudo-victimes, réveillant ainsi la haine et le mépris à l'égard de toute une frange de la population, il apparaît que les motifs sous-jacents des expressions et publications incriminées sont clairement d'inspiration raciste»(75). Enfin, dernier exemple, la diffusion de messages hostiles à l'égard de la communauté homosexuelle a été jugée comme étant un comportement incitant non seulement à la discrimination, mais aussi à la haine dès lors que les messages diffusés par le prévenu témoignaient d'une gradation certaine(76).

2) Les infractions des articles 20 de la loi du 30 juillet 1981 et 22 de la loi du 10 mai 2007 nécessitent ensuite une intension dolosive. À ce titre, exhorter des manifestants «à marcher en criant Allah wakbar et, à tout le moins, à boycotter l'Amérique», constitue la manifestation d'une telle intention: en l'espèce, le prévenu incitait «à haïr l'autre, en l'occurrence tout individu de nationalité américaine et a dépassé le domaine de la liberté d'expression»(77). La circonstance selon laquelle le prévenu ne se serait pas rendu compte de la gravité de ses actes et de ses conséquences ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion. Dans une autre affaire, le tribunal correctionnel de Charleroi(78) a condamné un conseiller communal représentant le Front National (à 1.100 EUR ainsi qu'à une restriction pendant cinq ans de ses droits civils et politiques) pour avoir exécuté le salut fasciste lors de sa prestation de serment. Le juge soutient «qu'il ne suffit pas de tendre le bras en avant pour que d'office l'on induise un acte incitant à la discrimination ou à la ségrégation et/ou la haine». Toutefois, il apparaît en l'espèce, compte tenu des circonstances, que «c'est sciemment, avec l'intention d'inciter à la haine, qu'il a posé ce geste perçu comme une référence explicite à l'idéologie fasciste, qui a prôné la suprématie d'une race par rapport à d'autres et a poursuivi l'extermination desdites races, le gant de cuir noir porté à la main droite participe à cette symbolique; [q]ue cette référence implique en soi l'incitation à la haine, la discrimination, la violence ou la ségrégation raciale».

3) Troisièmement, les infractions doivent recevoir une certaine publicité. L'article 444 du Code pénal indique plusieurs circonstances dans lesquelles cette publicité est accomplie. L'une d'elles, visée à l'alinéa 5 de la disposition pénale, mentionne que l'imputation doit être faite «par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés et vendus, mis en vente ou exposés au regard du public». Il a été considéré, par le tribunal correctionnel de Bruxelles, le 23 juin 2015, que «la rédaction d'un billet de blog sur un site internet accessible au grand public, sans restriction aucune, constitue une telle imputation»(79) publique. Le jugement fait écho à une décision rendue par le tribunal correctionnel d'Anvers qui indique que «l'information et les publications [...] dont le contenu est décrit sur un site web, sont disponibles pour un très grand public et répondent indéniablement au prescrit de l'article 444 du Code pénal relatif à la diffusion et à la publicité»(80).

18. L'une des incriminations énumérées aux articles 20 de la loi du 30 juillet 1981 et 22 de la loi du 10 mai 2007, a fait l'objet de développements importants dans le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Liège mettant en cause Dieudonné M'Bala M'Bala, ce dernier étant défaillant lors de la procédure(81). Ce jugement concerne l'incitation à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres en raison de la nationalité, d'une prétendue race, de la couleur de peau, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique (selon les critères de la loi du 30 juillet 1981), ainsi qu'en raison de l'âge, de l'orientation sexuelle, de l'état civil, de la naissance, de la fortune, de la conviction religieuse ou philosophique, de la conviction

(74) Anvers, 14 avril 2005, *A&M*, 2005/4, p. 320.

(75) Cass. (2e ch.), 13 septembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 1632; *A&M*, 2006/2, p. 199, note; *NjW*, 2005, p. 1348, note E. BREWAEYS; *Pas.*, 2005, p. 1637; *Rev. dr. pén.*, 2006, p. 574, note A. JACOBS.

(76) Corr. Bruxelles, 25 février 2014, www.diversite.be. Pour une autre affaire dans laquelle il est constaté une certaine gradation dans les propos diffusés, voy. Corr. Bruxelles (61e ch.), 27 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 10. Pour diverses agressions avec, pour mobile, l'incitation à la haine et l'homophobie, voy. Corr. Bruxelles, 28 juin 2012, R.G. n° 11.L.2.758/12, www.diversite.be; Corr. Liège (11e ch.), 3 mars 2011, www.diversite.be.

(77) Corr. Bruxelles (61e ch.), 11 avril 2013, www.diversite.be, jugement rendu sur opposition de Corr. Bruxelles (61e ch.), 14 février 2013, *inédit*. Le jugement reprend les développements proposés par la Cour d'arbitrage sur les notions d'«incitation à», de «haine» et de «violence».

(78) Corr. Charleroi (9e ch.), 15 juin 2009, www.diversite.be.

(79) Corr. Bruxelles (45e ch.), 23 juin 2015, www.diversite.be.

(80) Corr. Anvers (4e ch.), 9 septembre 2003, *A&M*, 2004/1, p. 83.

(81) Corr. Liège (17e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358, note.

politique, de la conviction syndicale, de la langue, de l'état de santé actuel ou futur, d'un handicap, d'une caractéristique physique ou génétique ou de l'origine sociale (selon les critères de la loi du 10 mai 2007). Méthodiquement, le juge va décomposer cette prévention en analysant plusieurs éléments constitutifs.

1) Premièrement, cette prévention nécessite une «incitation à la haine ou la violence», celle-ci devant viser un groupe, une communauté ou leurs membres, en se fondant sur l'un des critères énumérés par les deux lois. Selon le tribunal, cette prévention «ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux dès lors que les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination suffisent pour que la lutte contre le discours raciste prime une liberté d'expression utilisée de manière irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou groupes de la population».

En confrontant les faits aux critères énumérés dans la loi du 30 juillet 1981, le tribunal correctionnel considère établis ces premiers éléments constitutifs de l'infraction: il y a incitation à la haine et à la violence[82] à l'égard de la communauté juive et de ses membres en raison d'une prétendue race. Selon le juge, l'ensemble du spectacle est entaché d'allusions et de propos antisémites à l'encontre du peuple juif. Se raccrochant aux enseignements apportés par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Perinçek c. Suisse*[83] et faisant une brève allusion à l'époque troublée dans laquelle nous vivons depuis les attentats du 11 septembre 2001[84], le tribunal correctionnel considère le spectacle comme «un catalogue de clichés et injures antisémites grossiers»: le prévenu «présente les juifs comme des êtres sans scrupules, détenant le pouvoir en France via l'Elysée et Matignon, possédant la presse pour manipuler l'opinion publique et la fortune pour acheter l'impunité. Il s'en dit victime, prétendant que ses spectacles sont interdits par les autorités municipales sur injonction directe de Jérusalem»[85]. De plus, «il attribue la mort du Christ à la responsabilité des juifs, assimile ces derniers à des rats et nourrit à son tour la thèse du grand complot juif. Bref, une phraséologie qui évoque sans ambiguïté de vieilles rengaines national[es]-socialistes».

Prenant ensuite les critères de la loi du 10 mai 2007, le tribunal estime qu'une telle incitation a bien eu lieu à l'égard des personnes atteintes de trisomie 21 ainsi que des homosexuels. Les propos tenus lors du spectacle de l'humoriste «excèdent la simple critique ou polémique. Ils s'avèrent en l'espèce méchants, haineux et stigmatisants. Ils prennent la forme d'un encouragement ou d'une instigation à la haine, le prévenu nourrissant clairement l'intention d'inciter son public à des comportements haineux»[86]. Il fonde son jugement sur plusieurs extraits du spectacle. À l'égard des trisomiques, il relève que «le mois de mai en France, même les trisomiques en ont marre. J'ai un copain trisomique, un copain trisomique [...]. Francis, il est trisomique de père et de mère. C'est très rare. Normalement, on ne les laisse pas vivre mais lui, il est passé sur le

(82) Il y a incitation à la violence dès lors que le spectacle contient un appel au génocide: il «invite les chrétiens et les musulmans à s'unir pour tuer tous les juifs avec la bénédiction de Dieu. Une fois le travail effectué, l'on s'apercevra qu'Hitler, en comparaison, était un gentil garçon et que, s'il n'était pas adhérant à l'islamisme, il était néanmoins parti d'un bon sentiment...».

(83) Cour eur. D.H., 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*. L'arrêt énonce plusieurs critères à prendre en compte dans l'analyse d'une ingérence d'un État pour des propos antisémites dans l'exercice du droit à la liberté d'expression. Il s'agit de «savoir si les propos ont été tenus dans un contexte politique ou social tendu» (§ 205), de «savoir si les propos [...] peuvent passer pour un appel direct ou indirect à la violence ou pour une justification de la violence, de la haine ou de l'intolérance» (§ 206), de vérifier «la manière dont les propos ont été formulés et dans leur capacité, directe ou indirecte, à nuire» (§ 207). Sur cet arrêt, voy. la contribution de D. VOORHOOF, dans ce numéro, pp. 4-18.

(84) «Dans l'époque troublée que nous vivons à l'heure actuelle, où les tensions religieuses et philosophiques sont particulièrement exacerbées depuis les attentats terroristes du 11 septembre 2001, l'État doit non seulement apporter son soutien aux personnes de bonne volonté désireuses de jeter des points entre les communautés mais également lutter par la voie légale contre tous ceux qui seraient tentés d'exacerber la haine, la rancœur, la violence, la discrimination entre les citoyens».

(85) Outre ces propos, de nombreuses personnalités ayant une origine juive sont égratignées: Dominique Strauss-Kahn, Jean-François Kahn, Woody Allen, Roman Polanski, Anne Sinclair et Bernard Henri-Levy.

(86) Il est intéressant de comparer ce jugement avec l'arrêt rendu par la cour d'appel de Liège à l'égard de propos tenus par l'humoriste François Pirette dans le cadre d'un sketch diffusé sur la RTBF (Liège (20e ch.), 13 janvier 2011, *A&M*, 2012/1-2, p. 122; *For. ass.*, 2011, p. 134, note B. MOUFFE; *J.L.M.B.*, 2011, p. 519; *R.G.A.R.*, 2011, n° 14.759). Il a été jugé que «[d]ans le cadre d'un spectacle comique, il est permis d'émettre des propos qui choqueraient s'ils étaient retirés de leur contexte et prenaient place dans un débat sérieux. Il n'existe aucune raison d'exclure, *a priori*, la possibilité de faire rire en mettant en scène des personnes atteintes d'un handicap physique ou mental, aussi longtemps que ne sont pas tenus des propos qui encourageraient la moquerie ou l'exclusion, ou laisseraient transparaître du mépris ou une intention méchante». Voy. aussi la note B. MOUFFE, «Droit à l'humour: peut-on se moquer (sans risques) des handicapés?», note sous Liège (20e ch.), 13 janvier 2011, *For. ass.*, 2011, pp. 135 à 139.

côté». Pour le tribunal, ces propos incitent à la haine dès lors qu'ils considèrent que les personnes atteintes de ce handicap n'ont pas droit à la vie, qu'ils sont «indignes de la vie humaine». En outre, ils constituent une adhésion à une thèse nationale-socialiste de la part du prévenu, dès lors que «le premier programme de meurtres planifié et organisé à grande échelle par l'État hitlérien [...] visait à débarrasser l'Allemagne de ses handicapés mentaux». À l'égard des homosexuels ensuite, plusieurs propos tenus tendent à présenter les homosexuels «comme des êtres essentiellement lubriques, dégénérés, contre-nature, n'ayant aucun égard pour la pudeur d'autrui dans les lieux publics. [Le prévenu] en parle avec des propos acerbes, envisageant les homosexuels dans leur ensemble comme des personnes déguisées en femme, portant des chaussures à talon aiguille, le corps huilé et en string, s'embrassant, déféquant, pratiquant la fellation et la sodomie en public. Et de terminer en invoquant non seulement la honte qu'il a ressentie en les voyant, jugeant dès lors l'homosexualité comme un comportement honteux»[87]. Par ces mots, le prévenu témoigne, selon le tribunal, d'une «deuxième sympathie» pour les thèses nationales-socialistes lorsqu'il stigmatise les homosexuels, comme l'avait fait en son temps le régime hitlérien.

Pour justifier ces propos incitant à la haine et à la violence, Dieudonné M'Bala M'Bala invoque son droit à l'humour, argument toutefois rejeté par le tribunal correctionnel de Liège qui soutient que la loi du 10 mai 2007 «n'exige pas que les propos illégaux aient pris telle ou telle forme déterminée. Elle incrimine les discours haineux sans distinction selon qu'ils sont tenus sur un ton affirmatif, interrogatif, agressif, urbain, badin, humoristique ou qui se veut tel. Le prévenu ne peut dès lors se retrancher derrière l'argument du spectacle prétendument humoristique lorsque ses propos sont clairement incitatifs à la haine et à la violence. Admettre pareille thèse reviendrait à vider la loi de sa substance».

2) Deuxièmement, le tribunal considère que l'élément moral ne fait pas défaut. Le juge souligne que «[l]a loi ne prévoit pas la forme de l'élément moral constitutif de l'infraction. Il se déduit toutefois implicitement du comportement incriminé. La notion d'incitation renvoie à celle d'intention. L'on n'incite pas à la haine ou à la violence imprudemment ou par défaut de prévoyance ou de précaution». En outre, «il n'est nullement requis qu'il ait eu la volonté manifeste d'amener un public ou un individu à commettre des actes concrets, déterminés ou déterminables de haine ou de violence. Il suffit qu'il ait été animé par la volonté d'inciter à la haine ou à la violence», ce qui en l'espèce est bien le cas.

3) Enfin, la condition de publicité ne fait en l'espèce aucun doute, l'article 444, alinéa 3 visant des imputations faites «en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s'y assembler ou de le fréquenter». Tel est bien le cas d'une salle de spectacle.

C. La diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine

19. Seule la loi du 30 juillet 1981 incrimine, en son article 21, la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale. Dans son jugement rendu dans l'affaire mettant en cause Dieudonné M'Bala M'Bala, le tribunal correctionnel de Liège a analysé cette infraction pénale en retenant trois conditions cumulatives. Outre la condition de publicité pour laquelle le raisonnement est en tout point comparable à celui proposé pour les préventions d'incitation à la haine, l'article 21 implique d'une part la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine, d'autre part, une intention.

En ce qui concerne la diffusion d'idées, le tribunal soutient que «[l]es propos tenus doivent avoir une portée méprisante ou haineuse, ce qui exclut de l'interdiction, selon la Cour constitutionnelle, les propos scientifiques ou artistiques, et exprimer l'infériorité fondamentale d'un groupe». Le prévenu s'emploie, durant son spectacle à exposer une telle infériorité notamment dans ses propos à l'égard de la communauté juive. Aucune justification ne peut emporter la diffusion de telles idées, de sorte que le tribunal rejette l'argument invoqué du droit à l'humour. Se rattachant à la jurisprudence européenne relative au même prévenu, le tribunal soutient «qu'une prise de position haineuse et antisémite, caractérisée, travestie sous l'apparence d'une production artistique, est aussi dangereuse qu'une attaque frontale et abrupte qui ne mérite pas la protection de l'article 10 de la Convention»[88].

Il faut ensuite un élément moral: le jugement mentionne qu'«[à] défaut d'exigence d'un dol spécial, explicite ou implicite, l'agent tombe sous le coup de la loi lorsqu'il a été animé par la volonté de diffuser des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale. La loi n'exige pas que l'agent ait agi en vue d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain ou en vue de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste, à peine d'ajouter à la loi un élément constitutif qu'elle ne requiert pas et à confondre l'élément moral de l'infraction avec le mobile de l'agent. Si, sans doute, la plupart du temps, l'auteur qui diffuse intentionnellement des

(87) Au passage, le prévenu dresse aussi la communauté musulmane contre la communauté homosexuelle par diverses comparaisons.

(88) Voy. Cour eur D.H. (déc.), 10 novembre 2015, *Dieudonné M'Bala M'Bala c. France*, § 40.

idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale agit dans le but d'attiser la haine à l'égard d'un groupe humain ou de justifier la mise en place, à son égard, d'une politique discriminatoire ou ségrégationniste, les cours et tribunaux ne peuvent subordonner l'incrimination du comportement à l'existence de ce mobile». Cela étant précisé, le juge considère qu'en l'espèce, Dieudonné M'Bala M'Bala était animé d'une volonté de diffuser de telles idées.

D. La négation, minimisation, justification ou approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale

20. La jurisprudence relative à l'application de la loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale[89] n'est pas nombreuse. En outre, elle vise généralement tant des infractions à la loi de 1995 qu'à la loi du 30 juillet 1981 ainsi qu'à ses modifications ultérieures. Dans le présent point, seules les préventions tirées de la loi du 23 mars 1995 seront analysées.

Constituant une restriction importante à la liberté d'expression dès lors qu'elle vise une conception de l'Histoire, la loi a fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle[90], dont les enseignements sont régulièrement repris dans les décisions se référant à ce texte législatif. La loi fait en effet écho à une série d'actions et de termes qui, à première lecture, peuvent sembler flous et vagues[91]. Sans entrer dans les détails de ces arrêts, il convient simplement de préciser que la Cour a estimé, en se rapportant aux travaux préparatoires du texte législatif, que «le législateur était pleinement conscient de l'importance fondamentale du droit à la liberté d'expression puisqu'il a volontairement cherché à définir l'objet de la répression de manière restrictive et sans équivoque», en ajoutant que «de façon générale la loi litigieuse exige une interprétation restrictive, en ce qu'elle porte atteinte à la liberté d'expression et en ce qu'elle est une loi pénale» (B.7.8.). La Cour conclut à la conformité du texte au regard du droit à la liberté d'expression.

21. S'appuyant notamment sur cet arrêt de la Cour constitutionnelle, le tribunal correctionnel de Bruxelles a considéré, le 21 juin 2006[92], que la diffusion d'une vidéo intitulée «Nazisme et Sionisme ne font qu'un» constitue une minimisation grossière des actes commis par le régime hitlérien et par conséquent, viole l'article 1er de la loi du 23 mars 1995[93]. La vidéo faisait «une assimilation d'un ministre israélien et donc du gouvernement israélien à Adolf Hitler et aux atrocités que son régime a commis durant la Seconde Guerre mondiale»[94], en insérant notamment dans ces images la Croix de David, créant ainsi un amalgame de mauvais goût. Le tribunal souligne que, bien que la vidéo ait été enlevée à la suite d'une plainte, son caractère infractionnel demeure évidemment présent. Dans cette affaire, deux prévenus sont en cause: d'une part, l'auteur de la vidéo, d'autre part, le gestionnaire du site internet sur lequel la vidéo avait

(89) Loi du 23 mars 1995 tendant à réprimer la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale, *M.B.*, 30 mars 1995.

(90) C.A., 12 juillet 1996, n° 45/96, *M.B.*, 27 juillet 1996, p. 20027; *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, p. 338; *J.T.*, 1997, p. 95; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1068; *C.D.P.K.*, 1997, p. 599; *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 47, note F. Ringelheim; *R.W.*, 1996-97, p. 1222; *T. Vreemd.*, 1996, p. 139. Sur cet arrêt, voy. J. Velaers, «Het Arbitragehof, de vrijheid van meningsuiting en de wet tot bestraffing van het negationisme en het revisionisme», *C.D.P.K.*, 1997, pp. 573 à 580; D. Batselé, «Racisme et liberté d'expression. Examen de législation et de jurisprudence belges», *Rev. trim. D.H.*, 2001, spéc. pp. 323 à 326, nos 4 à 6. Un recours en suspension (C.A., 12 juillet 1995, n° 62/95, *M.B.*, 12 août 1995, p. 23436) avait préalablement été introduit.

(91) Voy. à ce propos les préventions développées dans le jugement rendu par Corr. Bruxelles (61e ch.), 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 591, note M. Van Doosselaere; *Bull. ass.*, 2006, p. 491: les prévenus indiquent que la loi serait inconstitutionnelle estimant que celle-ci est «floue et vague et menace, par son imprévisibilité d'application le citoyen dans sa sécurité et le soumet à l'arbitraire de la répression et aux critères subjectifs déterminés *a posteriori* par le juge».

(92) Le tribunal correctionnel a refusé de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, estimant qu'elle avait d'ores et déjà répondu aux questions (voy. à propos de cette possibilité de ne pas poser de question préjudicielle, l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle [*M.B.*, 7 janvier 1989]).

(93) Outre la disposition tirée de la loi du 23 mars 1995, le tribunal décide que la vidéo viole aussi l'article 1, 2°, de la loi du 30 juillet 1981.

(94) Voy. Corr. Bruxelles (61e ch.), 21 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 591, note M. Van Doosselaere; *A&M*, 2006/5-6, p. 491; p. 591; *Bull. ass.*, 2006, p. 491. Concrètement, la vidéo «met en parallèle des images d'un discours de l'ancien ministre israélien des affaires étrangère, David Levi, avec celles d'un discours d'Adolf Hilter; que le slogan de ce film est "même racisme, même criminalité, même histoire"; que ces images sont entrecoupées d'images de la Seconde Guerre mondiale montrant des attaques ainsi que des enfants mutilés, qu'apparaît également sans équivoque la Croix de David avant de se terminer par un tourbillon de quatre images insérées dans la croix gammée».

été diffusée. Selon le tribunal, les deux prévenus sont responsables, le gestionnaire semblant être modérateur du site[95] et que, par conséquent, il ne pouvait ignorer ce contenu à caractère illégal. L'argument de la liberté d'expression est ensuite balayé par le tribunal correctionnel de Bruxelles, rappelant que cette dernière n'était pas absolue. Enfin, la juridiction considère que l'absence de précaution autour de la diffusion de cette vidéo conforte son caractère illégal. En effet, les prévenus avaient indiqué que «comparer les crimes de l'armée israélienne et ceux des nazis, ce n'est pas justifier les chambres à gaz, mais affirmer que les deux sont inacceptables». Le tribunal semble admettre qu'une indication claire de cette affirmation aurait pu, éventuellement, légitimer la diffusion de la vidéo[96].

Non satisfait de la décision rendue en première instance, les prévenus ont fait appel. Dans un arrêt rendu le 23 janvier 2009[97], la cour d'appel de Bruxelles réfute la conclusion du tribunal correctionnel de Bruxelles. Elle considère que les prévenus n'avaient pas pour intention de nier, minimiser, justifier ou approuver le génocide. Au contraire, souligne-t-elle, ils souhaitaient «en rappeler l'horreur et [...] souligner de la sorte, par une comparaison, qui peut paraître choquante, [les actions] qu'ils reprochaient au gouvernement israélien durant son offensive au Liban». La cour souligne qu'à l'origine, la vidéo est l'œuvre d'étudiants libanais et a, essentiellement, une vocation politique[98]. Ainsi, dans son ensemble, la vidéo doit être davantage considérée comme une critique politique que comme une minimisation grossière du génocide commis durant la Seconde Guerre mondiale. Soulignant l'existence d'un doute quant à la volonté réelle des prévenus, admettant que la manière de présenter cette critique peut paraître «caricaturale, excessive et choquante» et à ce titre est «moralement répréhensible», la cour soutient cependant que cette critique s'inscrit dans la liberté d'expression, celle-ci protégeant non seulement le contenu en ce compris les idées et opinions qui «heurtent, choquent ou inquiètent» l'État ou une partie de sa population, d'autre part, des formes particulières d'expression telles que «la caricature, le pamphlet ou la comparaison exagérée, voire choquante».

En 2011, la cour d'appel de Bruxelles[99] a confirmé le jugement prononcé en première instance le 19 juin 2008[100] condamnant deux prévenus (dont seulement un s'est pourvu en appel) pour avoir distribué ou diffusé des tracts, revues et autocollants niant, minimisant, justifiant ou approuvant le génocide commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale. Ces différents supports affirmaient entre autres qu'«il n'y avait aucune preuve de l'existence des "chambre à gaz" dans les camps hitlériens» et que ces «chambres» devaient être considérées comme un mythe, que le nombre de juifs disparus durant la guerre avait été grossièrement exagéré, que Jean-Marie Le Pen avait tort, précisant que «[l]es chambres à gaz ce n'est pas un "détail". C'est un bobard». Les prévenus ont été condamnés tant au civil (condamnation à des dommages et intérêts) qu'au pénal (condamnation à une peine d'emprisonnement ainsi qu'à une amende)[101].

Faisant aussi écho aux propos de l'homme politique français cité ci-avant, l'une des chambres correctionnelles du tribunal de première instance de Bruxelles[102] s'est penchée sur plusieurs déclarations faites par Laurent Louis sur son site internet (www.deboutlesbelges.be) en 2014. Il y mentionnait notamment ceci: «[c]ertes Jean-Marie Le Pen a dit que les chambres à gaz n'étaient qu'un détail de l'Histoire de la Seconde Guerre mondiale et cela peut choquer mais en y réfléchissant un peu, est-ce si faux que cela? Quand on étudie les travaux du professeur F. par exemple, il y a de quoi penser que cette affirmation est bien plus proche de la réalité que de l'offense [...]», soutenant encore que «même s'il est impossible de savoir exactement le nombre de victimes et que le chiffre de six millions de juifs morts entre 1940 et 1945 est remis en question, preuves à l'appui par certains [...]». Le tribunal considère qu'il s'agit ici d'une minimisation grossière du génocide condamnée par l'article 1er de la loi[103]. Se référant

(95) Le tribunal souligne qu'il «faisait partie du groupe des sages chargé de déterminer les textes ou vidéos qui seraient insérés sur ce site, que ce poste lui offrait la possibilité de contrôler le contenu du site».

(96) Selon le tribunal correctionnel, «les prévenus [...] auraient dû prendre l'élémentaire précaution d'indiquer l'objectif qu'ils poursuivaient plutôt que de se contenter d'insérer sans plus la vidéo».

(97) Bruxelles (12e ch.), 23 janvier 2009, *A&M*, 2009/6, p. 639; *R.D.T.I.*, 2009, p. 105, note P. Docquir.

(98) La vidéo entendait «dénoncer la politique [...] expansionniste et violente du gouvernement israélien, et plus particulièrement la politique dudit gouvernement lors de la guerre du Liban en 1982».

(99) Bruxelles (11e ch.), 21 septembre 2011, www.diversite.be.

(100) Corr. Bruxelles (61e ch.), 19 juin 2008, *inédit*.

(101) Au pénal, il a été établi que les différentes préventions ont été commises «avec une même intention délictueuse et constituent un délit collectif à ne sanctionner que par une seule peine, la plus forte».

(102) Corr. Bruxelles (45e ch.), 23 juin 2015, www.diversite.be.

(103) À la demande faite durant l'audience de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de la loi, le tribunal refuse dès lors que la Cour y a déjà répondu dans l'arrêt précité du 12 juillet 1996 (le jugement faisant toutefois erronément écho à un arrêt du 12 juillet 2006).

à un jugement rendu par une chambre flamande du tribunal correctionnel de Bruxelles, le juge soutient que «minimiser grossièrement le génocide [...] signifie que l'on doute du caractère systématique de l'extermination et du nombre de morts ou que l'on mette en doute l'existence des chambres à gaz. Le faits que l'intéressé se soit exprimé de manière subtile en se raccrochant à des prétendues études scientifiques n'enlève rien à l'existence du délit»[104]. En l'espèce, le tribunal souligne que l'article se réfère aux travaux du Professeur F. «plusieurs fois condamné par la justice française pour ses théories négationnistes», celui-ci émettant «publiquement des réserves sur le nombre exact de victimes juives de l'holocauste». Selon les travaux préparatoires de la loi que le juge reprend, «[i]l n'y a pas lieu de poursuivre la personne qui critique le nombre de personnes tuées dans les chambres à gaz, mais bien celle qui nie l'existence des chambres à gaz»[105]. Enfin, l'argument de la liberté d'expression n'est pas pris en compte dès lors que la révision ou la négation de «faits historiques clairement établis tels que l'Holocauste» échappe à la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme[106]. Ce type de discours entre en revanche dans le champ d'application de l'article 17 de la Convention[107].

22. Une dernière affaire doit être mentionnée dans l'analyse de la jurisprudence relative à la loi du 23 mars 1995. Le 25 novembre 2015, le tribunal de première instance de Liège a rendu une décision concernant des propos tenus par Dieudonné M'Bala M'Bala (défaillant lors de la procédure) durant l'un de ses spectacles à Herstal[108]. En l'espèce, et à nouveau de manière très méthodique, le juge s'est employé à analyser chaque prévention. En ce qui concerne la violation de l'article 1er de la loi du 23 mars 1995, il soutient que l'infraction suppose deux éléments particuliers ainsi qu'une condition de publicité[109].

1) Le premier consiste précisément en la négation, minimisation, justification ou approbation du génocide. À cet égard, le juge rappelle que «[n]ier ou approuver le génocide nazi consiste à le contester dans sa totalité ou, au contraire, à l'approuver, souscrivant de la sorte à l'idéologie nazie. Chercher à le justifier tend, par une réécriture des données historiques, à la présenter sous un jour acceptable et à légitimer ainsi l'idéologie nazie. Le minimiser grossièrement tend à le minimiser à l'extrême et, par là même, de manière grave, outrancière ou offensante»[110]. L'objectif ne réside nullement dans une limitation des recherches scientifiques pouvant être effectuées sur cette période de l'Histoire. Le législateur souhaitait viser plus particulièrement les «manifestations d'opinions infamantes et offensantes pour la mémoire des victimes du génocide, pour leurs survivants et en particulier pour le peuple juif lui-même», de telles négations de l'Holocauste étant dangereuses[111].

Appliquant ces éléments théoriques au cas d'espèce, le juge conclut à la présence de ce premier élément constitutif de l'infraction. Le prévenu remet en cause, à plusieurs moments de son spectacle, «la réalité, l'ampleur et la gravité de la persécution des Juifs [...]. Loin de se limiter à une critique politique ou idéologique du sionisme ou de la politique de l'État d'Israël, le prévenu tourne en dérision, minimise et procède même à une remise en cause des crimes contre l'humanité commis par les nazis envers la communauté juive». Pour le juge, les propos tenus[112] entrent directement dans le champ de l'article 17 de la Convention, ne permettant pas de les justifier, en ce compris par le droit à l'humour[113]: en effet, «la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation de la Shoah est, plus fondamentalement, l'apologie de la négation même du genre humain». Dès lors, de tels propos, même présentés sous la forme d'une satire, ne peuvent rele-

(104) Corr. Bruxelles (52e ch.), 12 décembre 2008, *A&M*, 2009/4, p. 440, confirmé par Bruxelles (13e ch.), 15 septembre 2010, *A&M*, 2011/1, p. 79.

(105) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 557/5, p. 8.

(106) Cour eur. D.H. (GC), 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*.

(107) Sur l'application de cette disposition, voy. aussi Corr. Bruxelles (61e ch.), 27 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 10.

(108) Corr. Liège (17e ch.), 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 358, note. Voy. aussi les commentaires faits ci-avant sur cette affaire.

(109) En l'espèce, l'analyse de la condition publicité est en tout point similaire avec le raisonnement opéré précédemment (voy. *supra*, n° 17 et 18).

(110) Le jugement renvoie à l'arrêt précité rendu par la Cour d'arbitrage le 12 juillet 1996 (n° 45/96).

(111) Voy. la référence faite par le tribunal à Cour eur. D.H. (GC), 15 octobre 2015, *Perinçek c. Suisse*, § 243.

(112) À titre d'exemple le prévenu a affirmé ceci: «il y a des versions de l'histoire que tu ne remets pas en cause. Ça, c'est clair. C'est comme l'histoire des chambres à gaz. Les chambres à gaz, tu ne vas pas commencer à dire: on pourrait voir les plans?»; «Hitler est un joyeux fanfaron. Quand les blancs sont arrivés sur les côtes africaines, ils ont massacré. En ce temps-là, le mot extermination n'avait pas tellement une dimension commerciale. Et là, je ne vise personne en particulier, non»; qualifiant l'avocat Serge Klarsfeld de «président d'honneur de cette association des beaux-frères et belles-sœurs de déportés et de leurs chats»; etc.

(113) Sur le droit à l'humour, voy. B. MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Collection Création. Information. Communication, Bruxelles, Larcier, 2011, 592 p.

ver de la protection de l'article 10[114]. Quant au droit à l'humour, le tribunal souligne que «[l]a loi n'exige pas que les propos illégaux aient pris telle ou telle forme déterminée. Elle incrimine les discours négationnistes sans distinction selon qu'ils sont tenus sur un ton affirmatif, interrogatif, agressif, urbain, badin, humoristique ou prétendu tel. La forme de l'expression est sans incidence. Le législateur a d'ailleurs voté cette législation afin de combattre une forme insidieuse de racisme par la négation grossière de faits historiques incontestables et portant outrage à la mémoire collective[115], les députés ayant été conscients de ce que le révisionnisme actuel est parfois difficile à identifier, prenant la forme d'un "révisionnisme insidieux, soft et apparemment inoffensif qui dissimule sa finalité agressive"[116]».

2) Le second élément particulier concerne l'intention de nier, minimiser, justifier ou approuver le génocide. En d'autres termes, il n'y a pas infraction si de tels propos sont «le fruit de l'imprudence, de la négligence, d'un défaut de prévoyance ou de précaution». Selon le tribunal correctionnel, l'intention est bien présente dans le chef du prévenu, ce dernier s'étant «exprimé en connaissance de cause, intentionnellement, avec la volonté de tout à la fois nier et approuver le génocide».

Le prévenu Dieudonné M'Bala M'Bala a été condamné[117], tant civilement (condamnations à plusieurs euros symboliques au profit de plusieurs associations) que pénalement (deux mois d'emprisonnement ferme ainsi qu'une amende portée à 9.000 euros), en prenant en compte la peine la plus forte, étant celle issue de la loi du 23 mars 1995[118]. Le jugement reconnaît en effet que l'ensemble des préventions constituent en réalité «la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse», aboutissant à n'appliquer que la peine la plus lourde.

V. De quelques règles particulières de procédure

A. Les personnes habilitées à agir en justice

23. L'article 4 de la loi précise que «[l]e Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, créé par l'accord de coopération du 12 juin 2013, ainsi que toute association jouissant de la personnalité juridique depuis au moins cinq ans à la date des faits, et qui se propose, par ses statuts, de défendre les intérêts moraux et l'honneur de la résistance ou des déportés, peuvent ester en justice dans tous les litiges auxquels l'application de la présente loi pourrait donner lieu». Le tribunal de première instance de Bruxelles a considéré qu'«il n'apparaît pas que la possibilité d'ester en justice serait réservée aux seules organisations ayant un siège d'activité en Belgique»[119].

B. La charge de la preuve

24. Les articles 28 de la loi du 10 mai 2007 tendant à réprimer certaines formes de discriminations et 30 de la loi du 30 juillet 1981 établissent un régime de preuve particulier. Ils énoncent que «[l]orsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêt, invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination». En d'autres termes, la charge de la preuve est renversée. Cette modalité particulière s'explique par «la difficulté de la preuve» en matière de discrimination[120]. Quelques précisions sont apportées, à ce propos, par la jurisprudence.

Dans une première affaire, l'employée avait subtilisé un projet de rapport dont le contenu établissait expressément «une pensée construite sur de nombreux préjugés et de graves considérations toutes empreintes de distinctions fondées sur une prétendue race, sur

(114) Le jugement se réfère à la décision rendue le 10 novembre 2015 par la Cour européenne des droits de l'homme, mettant en cause Dieudonné M'Bala M'Bala.

(115) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 557/5, p. 20.

(116) Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M. Landuyt, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 1991-1992, n° 557/5, p. 14.

(117) À la suite du jugement, Dieudonné M'Bala M'Bala et son conseil ont témoigné leur volonté de faire opposition.

(118) Il y a lieu de rappeler que le jugement s'appuie aussi sur des préventions établies dans les lois anti-discrimination. Voy. les commentaires proposés ci-avant.

(119) Corr. Bruxelles (45e ch.), 23 juin 2015, www.diversite.be. Le prévenu, Laurent Louis, contestait la recevabilité de la constitution, comme partie civile, de deux associations. Le tribunal a rejeté les arguments et a considéré que la constitution était tout à fait recevable.

(120) C. trav. Bruxelles (4e ch.), 18 septembre 2014, www.diversite.be.

la couleur de la peau, sur l'ascendance nationale ou ethnique». Un tel document obtenu irrégulièrement n'est toutefois pas une preuve, mais est «un élément qui, parmi d'autres, permet à la victime d'amener des éléments de nature à faire présumer la discrimination, avec la conséquence que lorsque la présomption est avérée, la charge de la preuve se transmet à l'employeur mis en cause». En l'espèce, il a été ajouté que la valeur probante de ce document «se limite donc à contribuer à établir avec d'autres faits une présomption», sans pour autant altérer les exigences fondamentales de la procédure. Ce système implique donc que la victime ne soit «pas tenue de prouver la discrimination dont elle fait état. Il lui suffit de (mais il faut) l'invoquer de manière tel que le tribunal puisse présumer l'existence»[121], en alléguant, comme l'indique les articles 28 et 30, divers faits.

Dans une seconde affaire[122], un journaliste avait enregistré une conversation téléphonique à l'insu de son interlocuteur, la conversation ayant par la suite été transcrite. Tout en reconnaissant que cet enregistrement n'était pas illégal[123], la juridiction a considéré que la retranscription permettait de présumer l'existence d'une discrimination, sans pour autant prouver celle-ci. Ainsi, «[é]carter la retranscription reviendrait en réalité à refuser [au journaliste] le droit d'invoquer la discrimination qui découlerait des propos qui ont été tenus».

C. Le délit de presse

25. Depuis deux arrêts de la Cour de cassation rendus le 6 mars 2012, un texte numérique peut constituer un délit de presse. La Cour a indiqué 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»[124]. Outre cette condition de l'écrit, ce dernier est constitué d'une infraction de droit commun, de la manifestation d'une opinion, celle-ci ayant fait l'objet d'une publicité réelle et effective. Résumant ses enseignements, la Cour de cassation a indiqué le 20 octobre 2013 qu'un tel délit «requiert [désormais] l'expression punissable d'une opinion dans un texte reproduit par voie d'imprimerie ou par un procédé similaire, telle la diffusion numérique. La diffusion d'opinions punissables orales ou audiovisuelles ne constitue pas un délit de presse parce qu'il ne s'agit pas en l'occurrence de textes écrits»[125].

26. Plusieurs décisions confirment à bon escient la compétence du tribunal correctionnel en cas de délit de presse inspiré par le racisme et la xénophobie[126]. Un doute pouvait encore subsister face au délit de presse inspiré par les infractions reprises dans la loi du 23 mars 1995. La jurisprudence a admis l'extension de la correctionnalisation inscrite à l'article 150 de la Constitution aux délits inspirés par le négationnisme. En ce sens, le tribunal correctionnel de Bruxelles – en s'appuyant sur des enseignements de la Cour de cassation – a rappelé que «le négationnisme, étant basé sur le racisme, les propos visant la négation diffusés sur internet tombent sous le champ d'application de l'exception prévue à l'article 150 de la Constitution et relèvent en conséquence de la compétence de tribunal correctionnel»[127].

(121) Civ. Bruxelles (réf.), 13 juillet 2015, www.diversite.be ; Civ. Bruxelles (réf.), 16 juillet 2014, *J.T.*, 2015, p. 20. Voy. encore Trib. trav. Mons et Charleroi, 9 mars 2015, R.G. n° 14/436/A, www.diversite.be.

(122) Civ. Bruxelles (réf.), 16 juillet 2014, *J.T.*, 2015, p. 20.

(123) Dans le même sens, voy. Liège, 29 juin 2010, R.G. n° 2009/RG/679, www.diversite.be, confirmant Comm. Neufchâteau (prés.), 3 mars 2009, R.G. n° 108/2008, www.diversite.be.

(124) Cass. (2e ch.), 6 mars 2012, *NjW*, 2012, p. 341, note E. Brewaeys ; *J.L.M.B.*, 2012, p. 790 ; *J.T.*, 2012, p. 505, note Q. Van Enis ; *R.D.T.I.*, 2013/50, p. 81, note R. Debilio ; et Cass. (2e ch.), 6 mars 2012, *NjW*, 2012, p. 342 ; *N. C.*, 2012, p. 223 ; *R.D.T.I.*, 2013/50, p. 82, note R. Debilio ; *A&M*, 2012/2-3, p. 253, note D. Voorhoof ; *Juristenkrant*, 2012/246, p. 4 ; *NjW*, 2012, p. 341, note E. Brewaeys.
Cette définition «moderne» du délit de presse a été confirmée par la suite : voy. Cass. (2e ch.), 29 octobre 2013, *A.P.T.*, 2014, p. 93 (sommaire) ; *J.T.*, 2014, p. 391, note Q. Van Enis ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1944 ; *NjW*, 2014, p. 406, note E. Brewaeys ; *Pas.*, 2013 ; p. 2091 ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 519, note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 119 (sommaire) ; *R.W.*, 2014-2015, p. 702 (sommaire), note ; *T. Strafr.*, 2014, p. 142, note J. Vrielink ; Cass. (2e ch.), 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1961.N, *Pas.*, 2013, I, p. 254 ; Cass. (2e ch.), 29 janvier 2013, R.G. n° P.12.1988.N, *Pas.*, 2013, I, p. 255 ; *A&M*, 2014/2, p. 133, note E. Cruysmans.

(125) Cass. (20e ch.), 20 octobre 2013, *A.P.T.*, 2014, p. 93 (sommaire) ; *J.T.*, 2014, p. 391, note Q. Van Enis ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1944 ; *NjW*, 2014, p. 302, note E. Brewaeys ; *Pas.*, 2013, p. 2091 ; *R.A.B.G.*, 2014, p. 519, note ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2015, p. 119 (sommaire) ; *R.W.*, 2014-2015, p. 702 (sommaire) ; *T. Strafr.*, 2014, p. 142, note J. Vrielink.
Sur l'extension du délit de presse à internet, voy. aussi Corr. Bruxelles (54e ch.), 23 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 123, note F. Jongen.

(126) Les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie ont été correctionnalisés à la suite d'une modification constitutionnelle intervenue le 7 mai 1999 (*M.B.*, 29 mai 1999).

(127) Corr. Bruxelles, 23 juin 2005, le jugement se référant à Cass. (2e ch.), 13 septembre 2005, *Larcier Cass.*, 2005, p. 233.