

## NATURE TRANSFRONTIERE DU RESEAU INTERNET ET ORDRE PUBLIC

Alexis GUEDJ\*

Docteur en droit, Université Paris II

Si l'internet doit être perçu comme un vecteur de connaissance - et donc de progrès - pour l'homme, son utilisation contribue également de manière indéniable à la diffusion de messages racistes, incitant à la discrimination. Il semble en effet que le réseau internet soit le *medium* le plus utilisé, ces dernières années, par les groupuscules négationnistes "car d'un coût modeste, il offre l'avantage de l'internationalité, de la rapidité et surtout d'une absence apparente de législation"<sup>1</sup>.

"L'internet raciste" a d'ailleurs été le thème de réflexion autour duquel a été organisé le Forum international contre l'intolérance, l'antisémitisme et la xénophobie, organisé à Stockholm le 29 janvier 2001<sup>2</sup>. Comme l'a indiqué en guise de propos d'ouverture Mary ROBINSON, Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme : "*l'internet se transforme, dans les mains de quelques-uns, en une arme pour le racisme en diffusant des messages de haine et des préjugés*"<sup>3</sup>. Ce constat n'est pas nouveau, et ne fait qu'actualiser les connaissances que nous pouvions déjà avoir en la matière. Il souligne cependant que les organisations intergouvernementales poursuivent leurs efforts de réflexions sur les questions (et les paradoxes) que pose l'internet aujourd'hui.

Le danger qu'est susceptible de représenter internet avait déjà été souligné au sein des Nations Unies et notamment par le Rapporteur spécial pour la liberté d'expression. M. Habid HUSSAIN avait estimé que les préoccupations des États quant à la diffusion de "documents réalisés par des groupes néonazis et/ou d'autres groupes animés par la haine" étaient légitimes. Le meilleur moyen de les conjurer consiste, selon le Rapporteur, "en

---

\* L'auteur est membre du Centre de Recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (Paris II) et tuteur pédagogique au sein du DIU de 3e cycle "Les Droits Fondamentaux". Thèse, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international*, Paris II, déc. 2000 (prix des droits de l'homme de la Société française pour le droit international).

<sup>1</sup> G. Panczer, "L'internationale négationniste sur le net", texte consultable sur le site [www.amnistia.net](http://www.amnistia.net).

<sup>2</sup> V. "L'ONU attaque le racisme en ligne", *Le Monde* du 30 janvier 2001 ; "Les cyber-nazis tissent la toile de la haine depuis les États-Unis", dépêche A.F.P. du 2 février 2001. Ce forum a été organisé à l'initiative du Premier ministre suédois, et a réuni pendant deux jours, les représentants de 40 États.

<sup>3</sup> Ce constat est corroboré par celui dressé par le Centre Simon Wiesenthal (Los Angeles), selon qui, l'internet abrite actuellement plus de 2000 sites néonazis ; c'est-à-dire plus du double de ce qui avait pu être constaté un an auparavant.

l'application judicieuse des normes internationales régissant la liberté d'opinion et d'expression et le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations"<sup>4</sup>.

Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité des Ministres a clairement posé les termes de cette problématique à travers sa Déclaration "relative à une politique européenne pour les nouvelles technologies de l'information"<sup>5</sup>. Il est demandé aux gouvernements des États membres "d'assurer le respect des droits de l'homme et de la dignité humaine notamment de la liberté d'expression ainsi que (...) *la protection de l'individu contre toute forme de discrimination raciale dans l'utilisation et le développement des nouvelles technologies de l'information* (...)"<sup>6</sup>.

Lors de la Conférence ministérielle sur les droits de l'homme de Rome (3-4 novembre 2000), la Résolution II insistera à son tour sur les dangers que peut engendrer l'internet et va à ce titre inviter les États membres à "*poursuivre leurs travaux visant à contrecarrer des activités qui menacent les droits de l'homme sur internet, telles que, notamment, des activités liées au racisme et aux mouvements extrémistes*"<sup>7</sup>.

Enfin, dans le cadre subrégional, nous retiendrons que le Parlement de l'Union Européenne a exprimé en avril 1997 ses préoccupations vis-à-vis de la nature de certains messages véhiculés par le biais de l'internet et a appelé les États membres à envisager une action européenne et internationale *pour éliminer le matériel raciste d'internet*<sup>8</sup>.

L'ensemble de ces travaux témoigne du degré de préoccupation que constitue l'usage du réseau internet au sein de la société internationale. Cette manifestation se traduit à travers du pré-droit dont le contenu repose sur une solide assise juridique : si l'ensemble des instruments conventionnels de protection des droits de l'homme protège le droit à la liberté d'expression, ils énoncent également que ceux qui se prévalent de cette liberté se doivent de respecter certaines règles dont le contenu définit les contours d'un *Ordre*

<sup>4</sup> Le rapporteur spécial poursuit cependant en estimant que ces normes peuvent également être jugées comme dangereuses, car elles nient "la capacité de discernement inhérente aux individus et aux sociétés et méconnaissent la capacité de résistance et la faculté des individus (...) d'opérer dans bien des cas des ajustements". V. Commission des droits de l'homme, Rapport dressé par M. Abid Hussain, *Promotion et protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 18 janvier 2000, E/CN.4/2000/63, 66 p., spéc. pp. 21-22, §§ 56-57.

<sup>5</sup> Le Comité va inscrire les termes de cette déclaration dans le prolongement des travaux élaborés sur ce thème lors de la Cinquième Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse ; v. le Sous-thème 1 qui avait pour objet l'étude de l'impact des nouvelles technologies de la communication sur les droits de l'homme et les valeurs démocratiques", in *Activités du Conseil de l'Europe dans le domaine des médias*, DH-MM (2000) 1.

<sup>6</sup> V. *Recommandations et Déclarations adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans le domaine des médias*, DH-MM (2000) 2.

<sup>7</sup> V. Bulletin d'information sur les droits de l'homme, n°50, Résolution II, *Le respect des droits de l'homme, facteur-clé de stabilité démocratique et de cohésion en Europe : question d'actualité*, pp. 38-40, spéc. point 32 iii.s. V. également la Recommandation 1466 (2000) adoptée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, sur *L'éducation aux médias*, dont le point 5 insiste sur le fait que les médias (dont internet) peuvent devenir des instruments d'incitation à la haine raciale.

<sup>8</sup> En avril 1996, dans un document de politique générale intitulé "Communication sur la diffusion de matériel préjudiciable et illégal sur Internet", la Commission européenne avait déjà exprimé des craintes sur ce sujet ; v. Paul Sturges, *La liberté d'expression et les réseaux de communication*, Rapport établi pour le Conseil de l'Europe, Conseil de la coopération culturelle, juin 1998, CC-Cult (98) 18.

*Public International* qu'il convient de respecter dans toute société qui se prétend démocratique.

Ainsi tant l'article 19 § 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 que l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme envisagent le principe de la liberté d'expression et d'information en prenant le soin d'édicter une série de restrictions dont l'objet principal est de protéger les droits [moraux] de la personne humaine ainsi que l'ordre public<sup>9</sup>. Cette assise juridique repose également sur certains instruments conventionnels spécifiques dont le contenu vise à lutter contre la discrimination raciale. C'est spécialement le cas de la Convention de New York de 1965 dont le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) - gardien du traité - est organiquement destiné à lutter contre l'ensemble des phénomènes racistes, xénophobes et discriminatoires<sup>10</sup>.

C'est donc au sein de cette synergie anti-discriminatoire que vient s'inscrire sur le plan national *l'affaire YAHOO*, opposant le géant américain de l'internet à la justice française<sup>11</sup>. Cette affaire au fort contenu idéologique vise les activités négationnistes et des néo-nazis qui sont de plus en plus répandues sur internet. Il était en effet désormais possible de se fournir à partir de la France des objets apologétiques, révisionnistes ou négationnistes, notamment par un système de vente aux enchères publiques<sup>12</sup>. C'est pour cette raison que la société *YAHOO Inc*, avait été assignée en référé au mois de mai 2000 par l'Union des étudiants juifs de France (UEJF) et la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA) devant le Tribunal de grande instance de Paris, afin que le tribunal ordonne à la société de mettre en œuvre les moyens techniques nécessaires à la suppression des liens permettant aux internautes français de se connecter à des sites néonazis<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Pour une étude exhaustive, v. par ex., Alexis Guedj, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique européen et international*, thèse Paris II, déc. 2001, précitée, not. pp. 415-477.

<sup>10</sup> Les actions du comité sont fondées sur les articles 2 et 4 de la Convention de 1965, lesquels mettent les États parties dans l'obligation d'adopter certaines attitudes positives afin d'éradiquer la discrimination raciale; v. par ex. Régis de Gouttes, "Le rôle du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale", in *Le droit face au racisme*, ss. la dir. d'Emmanuel Decaux, Pedone, 1999, pp. 67-81. Dans sa Recommandation générale XV-42 adoptée en 1993, le CERD va préciser que les dispositions de l'article 4 a) visant à interdire la diffusion de toute idée fondée sur la supériorité ou la haine raciale n'est pas incompatible avec le droit à la liberté d'expression et d'information. Cette compatibilité est notamment fondée sur l'existence d'une clause de limitation au sein de l'ensemble des instruments de défense des droits de l'homme mais également sur l'article 29-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (interdiction de diffuser des idées racistes) et de l'article 20 du Pacte relatifs aux droits civils et politiques.

<sup>11</sup> Il ne faut pas perdre de vue que les problèmes que pose l'internet ont également été envisagés en France par de nombreuses institutions, comme par exemple la CNIL (17<sup>e</sup> rapport annuel), la CNCDH (v. rapport de 1995 et 1996), le Conseil d'Etat (1998) ... v. notre thèse précitée, not. pp. 516-517.

<sup>12</sup> V. sur ce point, la revue "*L'Arche*", février 2000, pp. 58-61. Le site américain de YAHOO autorisait notamment la vente d'ouvrages, de pamphlets, de lambeaux de linge de déportés, de T-shirts portant une croix gammée, de répliques de bonbonnes de gaz Zyklon B ou bien encore d'affiches de recrutement dans les SS; v. Crispian Balmer, "Enchères en lignes: les associations saluent la décision de Yahoo", *Yahoo! Actualités*, 3 janv. 2001; également Édouard Launet, "Yahoo se sort d'affaire par une pirouette", *Libération*, 4 janvier 2001, p. 24.

<sup>13</sup> V. Acacio Pereira, "Devant la justice française, Yahoo affirme l'impossibilité d'interdire l'accès à des sites illégaux", *Le Monde*, 26 juillet 2000, p. 7.

Plusieurs audiences ont été nécessaires avant que le juge rende sa décision. Un collège d'experts - de renommée internationale - avait été chargé d'évaluer la possibilité d'instaurer un système de filtrage réservé aux seuls internautes français<sup>14</sup>. Après avoir répondu par l'affirmative, le président Jean-Jacques GOMEZ a le 20 novembre dernier ordonné à la société *YAHOO Inc* "de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur *Yahoo.com* du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis". Aussi l'ordonnance précise que la Société Yahoo France devra prévenir tout internaute consultant *Yahoo.fr* "et ce dès avant même qu'il fasse usage du lien lui permettant de poursuivre ses recherches sur *Yahoo.com*, que si le résultat de sa recherche, soit à partir d'une arborescence, soit à partir de mots-clés l'amène à pointer sur des sites, des pages ou des forums dont le titre et /ou les contenus constituent une infraction à la loi française (...), il doit interrompre la consultation du site concerné sauf à encourir les sanctions prévues par la législation française ou à répondre à des actions en justice initiées à son encontre ". Cette ordonnance a été prononcée sous astreinte de 100 000 francs par jour de retard à compter du premier jour qui suivra l'expiration du délai de trois mois.

Or, depuis le 10 janvier, le géant américain de l'internet a décidé d'interdire la vente d'objets nazis sur son site d'enchère et cela malgré les vives contestations qui se sont élevées à l'encontre de l'ordonnance rendue par le Président GOMEZ. Le 3 janvier 2001, Yahoo Inc a en effet annoncé sa décision de procéder à des changements majeurs au sein de l'organisation de son service d'enchère en ligne. Cette restructuration concerne un vaste ensemble d'objets, et notamment la société américaine a fourni une liste précise des articles liés au Troisième Reich et au Ku Klux Klan qui seront désormais interdits<sup>15</sup>.

La décision prise par la juridiction française et ses conséquences méritent d'être ici appréciées. Elle pose selon nous deux questions intéressantes : d'une part, celle de la mise en œuvre de la responsabilité du fournisseur d'accès et d'hébergement sur internet (I) et d'autre part, celle de l'extraterritorialité de la décision rendue le 20 novembre dernier par la justice française (II).

## **I. – LA DETERMINATION DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES TECHNIQUES DE L'INTERNET**

Sans chercher ici à évaluer le degré d'effectivité de la décision rendue par le TGI de Paris<sup>16</sup>, l'affaire *YAHOO* s'inscrit dans le courant dominant de pensée visant

<sup>14</sup> V. notre thèse précitée, pp. 520-521 ; également Acacio Pereira, "Yahoo interdit la vente d'objets nazis sur ses sites d'enchères", *Le Monde* du 4 janvier 2001, Société. Les trois experts sont l'américain Vincent Cerf, le français François Wallon et le Britannique Ben Laurie dont la mission visait à évaluer de techniques de filtrage, permettant de bloquer l'accès aux internautes français des pages litigieuses.

<sup>15</sup> V. "Yahoo limite la vente d'objets nazis sur ses sites d'enchères", *Reuters*, 3 janvier 2001.

<sup>16</sup> Comme l'indique Pierre Trudel : "le droit envisagé (...) connaît de plus en plus de problème d'effectivité. Il est en effet intéressant de relever que le rapport d'expertise demandé par le tribunal constate qu'il est techniquement possible de donner suite à l'ordonnance mais seulement à l'égard d'une certaine proportion

spécifiquement la responsabilité des prestataires techniques de l'internet. Ceux-ci doivent-ils prendre connaissance du contenu d'un site auquel il permettrait l'accès, où bien, au nom de la liberté d'expression, doit-on laisser à l'internaute l'entière responsabilité de ses choix<sup>17</sup> ?

Cette question qui semble trouver une solution claire en droit français (**B**) doit également être appréciée au regard du droit comparé (**A**).

### A. - Sur quelques législations étrangères

Faute de pouvoir prétendre dans le cadre de notre article à une quelconque exhaustivité, nous relèverons ici quelques exemples de législations étrangères qui nous paraissent intéressants sur le plan des solutions retenues. Si l'exemple des États-Unis sera évoqué ci-après (v. infra, II), nous nous proposons de recenser ici trois exemples de législations européennes dont l'examen permet d'apprécier à sa juste valeur le système élaboré par le droit positif français.

Ainsi, **la Grande-Bretagne** a retenu un système prônant *l'auto-réglementation de l'internet*. Les deux principales associations anglaises de fournisseurs de service (ISPA et LINX) ont créé en 1996 l'*Internet Watch Foundation* qui poursuit trois buts : l'évaluation, la dénonciation du matériel de caractère offensant et la responsabilité des fournisseurs d'accès. En ce qui concerne le deuxième but poursuivi (la dénonciation), il s'agit selon l'*Internet Watch Foundation* d'encourager les internautes à signaler les sites offensants à la Fondation qui demandera alors à la police de prendre les mesures nécessaires. Il semble que l'effectivité de ce système soit prouvée puisque "le nombre de sites ainsi signalés a été réduit et n'y a pas eu à ce jour de poursuites devant le tribunaux"<sup>18</sup>.

**Les Pays-Bas** ont également adopté un système d'auto-réglementation même si les autorités ont pu intervenir dans le cadre de la législation en vigueur afin de limiter la diffusion de matériel pédophile. Nous retiendrons qu'en 1996, une association de fournisseurs hollandais de services a créé une fondation pour contrôler la diffusion de messages de caractère offensant : "cette fondation cherche à persuader les fournisseurs contrevenants à la législation de retirer le matériel illégal et signale les délinquants à la police s'ils n'obtempèrent pas"<sup>19</sup>.

---

des adresses IP (estimée à environ 70%). Tout semble donc se passer comme si le droit étatique français se contentait d'un certain degré d'effectivité : *ce qui compte, ce n'est pas tant le respect intégral de la règle de droit par tous les sujets, mais plutôt un niveau acceptable de conformité.* (...) Les États mettent en place des stratégies afin d'assurer ou de rétablir les équilibres" ; in "Les implications de l'affaire Yahoo Inc : entrevue avec les professeur Pierre Trudel", *Juricom.net*, janvier/février 2001 ; souligné par nous.

<sup>17</sup> C'est d'ailleurs ce qu'invoquait la société Yahoo qui estimait ne pas avoir à intervenir dans un processus où elle ne jouait qu'un rôle d'intermédiaire entre acheteur et vendeur ; v. E. Launet, "Yahoo se sort d'affaire par une pirouette", *Libération* du 4 janvier 2001, art. préc.

<sup>18</sup> Paul Sturges, "La liberté d'expression et les réseaux de communication", rapport précité, v. point 4.2.3.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

**En Allemagne** où le dispositif législatif anti-discriminatoire est assez développé<sup>20</sup>, des poursuites ont été engagées contre certains groupes *Usenet* véhiculant des messages au contenu négationniste et révisionniste. En 1995 par exemple, à l'initiative du procureur bavarois, il a été fait injonction (temporaire) à *Compuserve* de suspendre la possibilité donnée aux internautes de se connecter à certains sites permettant d'accéder à des *newsgroups*, où des propos de nature discriminatoire étaient tenus. Suite à cette interdiction, *Compuserve* a offert à ses utilisateurs la possibilité de mettre en place des systèmes de filtrage (*CyberPatrol*) permettant de restreindre l'accès à certains de ces sites (dont également des sites de nature pornographique). Suite à cette affaire, le Gouvernement allemand a élaboré une loi visant à réglementer les conditions régissant les services d'information et de communication. Au regard d'internet cette loi pose le principe de la responsabilité des fournisseurs de service d'information pour ce qui est du matériel transitant par leurs services<sup>21</sup>.

**Le système français** tend à se rapprocher du système allemand puisque le législateur est également intervenu au mois d'août 2000 afin de venir responsabiliser les prestataires techniques de l'internet. Nous verrons dans quelle mesure, le législateur qui avait été précédé sur ce terrain par la jurisprudence, a également vu les dispositions de son texte développées à l'occasion du jugement rendu dans l'affaire YAHOO (B).

## B. - Le droit positif français et les prestataires techniques de l'internet

Ce que l'on peut déjà relever en guise de préalable est que la loi sur la presse de 1881 s'applique aux publications diffusées sur internet<sup>22</sup>. La loi va pouvoir s'appliquer à l'égard des diffuseurs de messages racistes comme à l'ensemble des utilisateurs puisque ceux-ci vont constituer un "public" au sens défini par l'article 23 de la loi sur la presse<sup>23</sup>.

La question de la responsabilité du fournisseur d'hébergement a été envisagée par la jurisprudence. Si elle a d'abord pu sembler hésitante<sup>24</sup>, il nous est possible aujourd'hui de systématiser sa position de la manière suivante. En 1999, la Cour d'appel de Paris a en effet considéré que "*l'hébergeur de site a manifestement excédé le rôle technique d'un simple transmetteur d'information et doit, d'évidence assumer à l'égard des tiers les conséquences de son activité*"<sup>25</sup>. De son côté la Cour d'appel de Versailles a le 8 juin 2000 estimé qu'à l'occasion de l'exercice de son activité, une société prestataire d'hébergement d'un site internet "*est tenue d'une obligation de vigilance et de prudence*

<sup>20</sup> V. ECRI, *Mesures juridiques existantes dans les États membres du Conseil de l'Europe en vue de combattre le racisme et l'intolérance*, Rapport préparé par l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, 1998, ECRI (98) 80, 604 p.

<sup>21</sup> V. Paul Sturges, rapport préc., point 4.2.3. *in fine*.

<sup>22</sup> V. par ex., B. Ader, "La loi de 1881 à l'épreuve d'internet", *LP* n°142, juin 1997, II, pp. 65-70 ; P. Auvret, "L'application du droit de la presse au réseau internet", *JCP* 1999, I, 108.

<sup>23</sup> V. B. Ader, réf. préc., p. 68.

<sup>24</sup> V. sur ce point le tableau de jurisprudence établi par Maître Valérie Sédallian, consultable sur le site : [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net).

<sup>25</sup> CA Paris, 14e ch, 10 fév. 1999, Lacambre c. E. Lefebure-Halliday, *LP* n°160, I, p. 38. Dans cette affaire concernant la diffusion sur internet de photos d'une célèbre mannequin nue, la Cour d'appel a condamné l'hébergeur pour atteinte à la vie privée du fait de la publication de ces photos.

quant au contenu des sites qu'elle accueille et dont elle assure la connexion". Cette obligation s'analyse en une obligation de moyen portant sur les précautions à prendre et le contrôle à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage ou la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur, ou préjudiciables aux droits des tiers. Cette obligation de moyen se traduit au stade de la formation du contrat et au stade de l'exécution du contrat. En dehors de ces hypothèses il ne pourra être fait grief à l'hébergeur de ne pas avoir contrôlé le contenu d'un site qu'il a pu légitimement ignorer<sup>26</sup>.

Le législateur est intervenu sur ce terrain le 1er août 2000 en modifiant le contenu de la loi de 1986 relative à la liberté de communication<sup>27</sup>. La loi détermine désormais la responsabilité des fournisseurs d'hébergement à celle des fournisseurs d'accès.

La loi oblige en effet le fournisseur d'accès à proposer à l'internaute un moyen technique lui permettant d'entraver l'accès à certains sites (moyen de filtrage). Comme l'indique le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, "l'obligation du fournisseur d'accès est donc a priori et a pour objet d'inciter l'internaute à exprimer une volonté vertueuse d'abstention, sans entraver sa puissance de navigation"<sup>28</sup>.

Au regard des fournisseurs d'hébergement, si ceux-ci abritent un site dont le contenu contrevient aux dispositions de la loi française, la loi dispose (et ce après intervention du Conseil constitutionnel<sup>29</sup>) que le juge pourra lui donner l'ordre d'agir promptement pour empêcher l'accès à ce contenu. À défaut l'hébergeur sera tenu pour civilement et pénalement responsable (art. 43-8 de la loi) : "l'obligation du fournisseur d'hébergement est donc a posteriori et a pour objet d'interdire à l'internaute l'accès à certains sites"<sup>30</sup>.

En dehors de cette hypothèse, l'imputabilité de la responsabilité sera recherchée auprès de l'auteur du site, et en ce sens, certaines mesures ont été adoptées par le législateur pour que cet auteur soit facilement identifiable (désignation d'un directeur de publication, indication de la dénomination et du siège social de l'entreprise qui présente un site web, s'il s'agit d'une personne physique, indication du nom, du prénom et du domicile)<sup>31</sup>.

La décision rendue dans l'affaire YAHOO par le juge GOMEZ vient prolonger ce système de mise en œuvre des responsabilités édicté par la loi. En effet, il est intéressant de constater que le juge français vient d'imposer une obligation supplémentaire au fournisseur d'accès puisque désormais, ce dernier à l'obligation d'informer tout internaute des risques de sanction qu'il encourt pour la consultation des sites dont le contenu est contraire aux dispositions de la loi française.

---

<sup>26</sup> CA, Paris, 12 e ch, 8 juin 2000, SA Multimania Production, JCP 2000, n°29, Actualités.

<sup>27</sup> Publiée au Journal Officiel n°177 du 2 août 2000, p. 11903 ; v. spécialement les articles 43-7 et 43-8 de la loi.

<sup>28</sup> Marie-Anne Frison-Roche, "Nouvelles obligations pour les acteurs de l'Internet", *Le Monde* du 4 septembre 2000.

<sup>29</sup> V. décision n°2000-433 D.C. du (27 juillet 2000) ; v. par ex. C. Rojinsky, L.P. n°174, sept. 2000, III, pp. 145-146.

<sup>30</sup> M.A Frison-Roche, article préc.

<sup>31</sup> V. par ex., "Responsabilité sur les sites web", *La Revue Fiduciaire*, 28 septembre 2000, pp. 28-30.

Le système (législatif et jurisprudentiel) pourrait donc être ainsi systématisé : “en cas de contenu illicite d’un site, coexistent désormais une responsabilité des fournisseurs d’hébergement du fait de la loi du 1er août 2000, et une responsabilité des fournisseurs d’accès sur le fondement de la responsabilité civile générale. La différence sera donc la suivante : lorsque le contenu d’un site est contraire au droit, la responsabilité du fournisseur d’hébergement du site est automatique s’il ne réagit pas à l’ordre du juge et peut être non seulement civile mais encore pénale, alors que la responsabilité du fournisseur d’accès suppose l’établissement d’une faute et ne peut être que civile”<sup>32</sup>.

### C. - Quelques éléments d’appréciation

Le système mis en œuvre par le droit positif français, qu’il soit d’inspiration légale ou jurisprudentielle, a été apprécié de manière contrastée. Nous ne reprendrons pas ici les termes de ce débat de fond qui furent particulièrement intéressants et mériteraient à ce titre d’être analysés<sup>33</sup>.

La question que nous sommes par contre amenés à nous poser est de savoir dans quelle mesure le droit positif français (comme allemand) est compatible avec les dispositions de la directive européenne 2000/31 du 8 juin 2000 dite “*Directive commerce électronique*”<sup>34</sup>.

En effet, les articles 43-7 à 43-10 de la loi du 1er août 2000 (préc.) avaient pour vocation d’introduire certains principes posés par la directive. Trois types de prestataires de l’internet y sont distingués selon qu’ils assurent “un simple transport”, une forme de stockage temporaire ou qu’ils sont “prestataires d’hébergement” : quelque soit leur statut la directive 2000/31 prévoit un principe de non-responsabilité de tous ces prestataires, sauf dans les cas énumérés par la directive.

Cette exonération de responsabilité est aussi bien civile que pénale et concerne “tous les types d’activités illicites auxquels se livrent des tiers en ligne”<sup>35</sup>. Il est par contre remarquable que si la directive prend le soin de façonner un large régime d’irresponsabilité, elle prévoit également au regard des hébergeurs que leur responsabilité pourra être engagée s’ils ont une connaissance “effective” d’un contenu préjudiciable

<sup>32</sup> M.A. Frison-Roche, art. préc.

<sup>33</sup> Nous citerons ici la position de l’Association Reporters sans frontières exprimée par son secrétaire général, Robert Ménard, v. “Liberté de paroles, liberté sur le Net”, *Libération* du 23 nov. 2000 ; Lionel Thoumyre, “Les implications de l’affaire Yahoo Inc : entrevue avec le professeur Pierre Trudel”, préc., Yves Eudes, “La législation sur les hébergeurs de sites Internet est vivement contestée”, *Le Monde* du 7 juillet 2000 ; “L’AFA veut une clarification judiciaire après l’affaire Yahoo”, *Yahoo! Actualités*, 5 janvier 2001 ; nous signalerons enfin que le 28 février 2001, Reporters sans frontières, en partenariat avec le magazine Transfert, France Info et le Monde a organisé une conférence débat dont le thème portait sur : “La circulation de l’information sur Internet : liberté totale ou liberté sous contrôle ?” dont le programme et les actes sont consultables sur le site de l’association, [www.rsf.fr](http://www.rsf.fr).

<sup>34</sup> Directive 2000/31/CE ; JO n° L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16.

<sup>35</sup> Sur cette analyse, v. “A propos des articles 43-7 à 43-10 de la loi du 1er août 2000 relative à la liberté de communication : lettre ouverte au législateur”, *Légipresse* n°178, janvier, février 2001, II, pp. 14-15 ; v. également B. Ader, “La responsabilité des acteurs de l’internet après la loi du 1er août 2000”, *LP* n°176-II, p. 113 et s.

présent sur leurs services, notamment sur réception d'une notification (article 46)<sup>36</sup>. Nous retrouvons donc là nous semble-t-il une exacte transposition de cette prescription au sein de l'article 43-8 de la loi n°2000-719 du 1er août 2000.

Quelle que soit l'appréciation que l'on puisse faire de ce cadre législatif et jurisprudentiel il semble que l'ensemble des acteurs de l'internet attendent qu'une clarification soit apportée lors de l'adoption du projet de loi sur la "société de l'information" qui sera présenté par le gouvernement en 2001.

Au-delà de la question de la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, l'affaire *YAHOO* nous paraît également intéressante dans la mesure où ses effets semblent avoir dépassé le simple cadre franco-français. L'ordonnance du juge GOMEZ a en effet eu - *de facto* - une portée transfrontière (II).

## II. – LA MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITE DES PRESTATAIRES TECHNIQUES DE L'INTERNET

La stratégie des négationnistes sur le web - comme sur support papier - est la recherche d'une légitimité scientifique et une infiltration des milieux universitaires. Aussi, sous couvert de dénoncer le sionisme, le discours véhiculé est profondément antisémite, "le mythe du complot juif est une autre constante des articles présentés sur le web où sont soulignés les "intérêts juifs", "les journalistes juifs", "les lobbies juifs"". Cette stratégie était notamment confortée par l'invocation par ces auteurs d'un droit à la liberté d'expression (absolu) et "l'absence apparente de législation sur internet les préservait souvent de toute condamnation"<sup>37</sup>. Cette stratégie se voyait également confortée par le fait que les serveurs se déchargeaient de leur responsabilité quant au contenu des pages web qu'ils hébergeaient.

Or, l'affaire *YAHOO* a selon nous le mérite de poser clairement les règles du jeu. L'internet ne sera pas *une zone de non-droit* où tous les discours polluants la société pourront être déversés en toute impunité. L'impunité n'existe pas et le droit s'appliquera afin de venir préserver l'ordre public, matrice de notre démocratie (A).

Cette affaire présente également l'intérêt de poser la question suivante : quel est l'impact judiciaire dont l'affaire *YAHOO* pourra se prévaloir ? Comment la décision française pourra-t-elle recevoir *exequatur* aux États-Unis alors que les philosophies juridiques propres à la définition de la liberté d'expression diffèrent radicalement ? (B) ?

---

<sup>36</sup> V. L. Thoumyre, "Responsabilité sur le Web : une histoire de réglementation des réseaux numériques", *Lex Electronica*, vol. 6, printemps 2000 ([www.lex-electronica.org](http://www.lex-electronica.org)).

<sup>37</sup> Ces deux citations sont extraites de l'article de M. Panczer, "l'internationale négationniste sur le net", précité.

### A. - Le critère de la loi applicable à l'internet

*“Les juges de la plupart des pays ont tendance à se déclarer compétents lorsqu'ils ont à statuer sur un dommage ressenti dans leur territoire. C'est bien là tout l'enjeu soulevé par internet (...). Pour un juge, décider de décliner sa juridiction, c'est admettre qu'on est sans moyen de faire cesser une activité notoirement illicite”<sup>38</sup>. Comme nous le savons, ce n'est pas cette attitude que le juge GOMEZ a adoptée. Bien au contraire, aux termes de sa motivation, le juge des référés a estimé “qu'en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo Inc. commet une faute sur le territoire français”. Dans ces conditions, “le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente”.*

Lors de l'audience du 22 mai 2000 la société Yahoo avait soulevé une exception d'incompétence territoriale des juridictions françaises : étant une société de droit américain, elle exerce ses activités dans le respect de la réglementation américaine. D'ailleurs, selon la société ses activités sont à la destination des utilisateurs américains, elles sont d'ailleurs rédigées en langue anglaise, la monnaie de référence étant le dollar et les conditions d'utilisation du service sont régies par le droit américain. Le juge GOMEZ balaiera cet argumentaire fondé sur le critère de destination des messages litigieux estimant même celui-ci “emprunt d'une naïveté feinte (...) alors que sa vocation est au contraire de développer et d'amplifier son activité et la connaissance de son activité auprès des internautes du monde entier”.

Le raisonnement retenu par le juge tend donc à considérer que le développement de la société YAHOO passe par la création de filiales qui sont elles-même soumises à la loi locale. Ce faisant, cet argument tend à réfuter le raisonnement retenu par le juge d'appel le 10 novembre 1999 selon lequel : *“La publication d'un texte sur un site internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressé à un destinataire précis. Ainsi par la nature même du support, la possibilité d'accès est universelle. Il ne saurait cependant en résulter une applicabilité de tous les droits existants au contenu du texte, ce qui aboutirait à créer une totale insécurité juridique dans l'exercice de la liberté d'expression qui est l'objet de la loi du 29 juillet 1881”<sup>39</sup>.*

Le juge français a dans l'affaire Yahoo fait prévaloir une jurisprudence traditionnelle concernant la détermination de la loi applicable en matière délictuelle. En France, *“le tribunal compétent est déterminé en application de l'article 46 du Nouveau code de procédure civile”, lequel prévoit “la compétence de la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi”<sup>40</sup>.*

La position retenue par le juge des référés est au surplus l'exacte application de celle que les juridictions adoptent en matière de presse où les tribunaux se reconnaissent compétents, non pas en raison du lieu de publication, mais de celui de la diffusion d'une

<sup>38</sup> “Les implications de l'affaire Yahoo inc : entrevue avec le professeur Pierre Trudel”, art. préc.

<sup>39</sup> Affaire J. Dumont c/ société François Charles Obertur fiduciaire, *Jurisdata*, n°103622.

<sup>40</sup> N. Sédallian, “A propos de l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000”, *Juriscom.net*, le 24 octobre 2000. Nous remercions Maître Sedallian pour les précieux éléments d'analyse que nous lui empruntons.

revue : la compétence sera celle du tribunal du chef-lieu de diffusion<sup>41</sup>. En somme, et comme le systématise Maître SEDALLIAN, “en matière de litiges liés à la diffusion de contenus sur internet, les tribunaux français se reconnaissent dès lors toujours compétents : les services disponibles sur internet étant accessibles en tous points du territoire français, ils considèrent que la juridiction dans le ressort de laquelle sont reçus ces services est compétente, en tant que lieu où le dommage est subi”<sup>42</sup>.

C’est en retenant ce principe de compétence que la *Société Yahoo* a été condamnée le 20 novembre 2000 à mettre en place un dispositif de filtrage interdisant l’accès des internautes français à son site américain de vente aux enchères d’objets nazis. La question se pose pourtant de savoir comment faire exécuter cette décision sur le territoire de compétence américaine de la société Yahoo inc (**B**).

### **B. - L’exequatur de l’ordonnance du mois de novembre 2000**

Les trois mois que le juge français avait octroyés à la société américaine afin de mettre son site en conformité avec ses prescriptions sont arrivés aujourd’hui à terme<sup>43</sup>.

Sur le plan du droit, les avocats demandeurs devaient dans cette affaire demander à ce que l’exequatur du jugement soit prononcée par une juridiction américaine. Il semble pourtant que la société n’est pour le moment pas eu de notification de la décision rendue en France et qu’elle ait décidé de prendre la décision de contrer une éventuelle demande d’exequatur qui serait demandée par les plaignants. En effet l’avocat français de *YAHOO* a annoncé qu’il avait saisi la justice américaine afin de lui demander qu’elle se prononce sur la décision du juge parisien. Il s’agit selon l’avocat français, Maître PECNARD, de vérifier ainsi quelle est la compatibilité de la décision française avec le droit américain et “même quelle est la compétence du juge français d’ordonner une telle mesure d’injonction à l’encontre d’une société étrangère”<sup>44</sup>. Cette procédure de jugement déclaratoire permet en réalité d’anticiper les mouvements de la partie adverse en soumettant au juge une ordonnance rendue par un juge français et dont la motivation contredit en réalité la philosophie gouvernant le droit à la liberté d’expression aux États-Unis<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Sur ce point, v. notre thèse, *Liberté et responsabilité du journaliste dans l’ordre juridique européen et international*, Paris II, déc. 2000, précitée, II e partie, Chap. 1, Le droit au respect du secret de la vie privée et le droit à l’information, pp. 533-630.

<sup>42</sup> N. Sedallian, art. préc., spéc. § 16.

<sup>43</sup> L’ordonnance comportait en effet deux volets : le premier concernait Yahoo France afin que la filiale exécute d’ici au 20 janvier les obligations requises par le tribunal. Le second volet concernait la maison-mère et était exécutable d’ici au 20 février ; v. Jérôme Torel, “Yahoo / Licra : le jugement français confronté au droit américain”, revue de presse électronique diffusée par le serveur ZDNet.

<sup>44</sup> “Sites d’objets nazis : Yahoo va interroger la justice américaine sur la décision française”, Les Échos du 22 décembre 2000.

<sup>45</sup> E. Launet, “Enchères nazie : Yahoo réagit”, Libération du 22 décembre 2000. Il est intéressant de noter qu’au mois de janvier 2001 et suite à cette affaire, David Dreier, représentant républicain au Parlement américain, a présenté une résolution visant à protéger les fournisseurs de services internet d’éventuelles poursuites judiciaires lancées de l’étranger, à propos des contenus mis en ligne par leurs clients. L’objectif est de “garantir une croissance continue de l’internet et la protection des fournisseurs de services internet américains contre les réglementations étrangères. David Dreier rappelle dans un communiqué que “l’internet

En effet, le premier amendement de la Constitution des États-Unis qui défend une conception absolutiste de la liberté d'expression laisse en réalité peu de chance aux prescriptions ordonnées par le juge GOMEZ d'être appliquées sur le territoire américain. La question se pose alors de savoir si l'internet sera en réalité réglementé par la philosophie américaine de la liberté d'expression, ou par la philosophie dominante au sein de l'Europe continentale, qui envisage que cette liberté puisse s'exercer en ne portant cependant pas atteinte à certains intérêts fondamentaux, garantissant l'ordre public, tels que la non-prolifération d'idées racistes et xénophobes.

Aux États-Unis pourtant, les restrictions à la liberté d'expression sont inévitables même si les paroles dérangeantes font l'objet d'une protection rigoureuse : les "*speech*" sont constitutionnellement protégés même si ceux-ci peuvent venir heurter certaines personnes ou que la société peut les trouver offensants<sup>46</sup>. Il est d'ailleurs remarquable que plusieurs États américains ont tenté de légiférer afin de contrôler la diffusion de certains sites obscènes dans le dessein de protéger les mineurs. Ceci a notamment été le cas de l'Alabama, du Connecticut, de la Floride, du Maryland ou encore du New Jersey. Ces États ont tenté de légiférer en ce sens sans pourtant pouvoir faire appliquer ces mesures qui ont été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême des États-Unis au regard du premier amendement de la Constitution<sup>47</sup>.

Pourtant, on retrouve dans les motifs de certains arrêts rendus par la Cour suprême des États-Unis certains éléments qui pourraient justifier que l'on puisse dans certaines circonstances limiter le droit à la liberté d'expression. Le juge HOLMES a ainsi pu estimer - dans une célèbre opinion individuelle - que "*la plus rigoureuse protection de la liberté d'expression ne protégerait pas l'individu qui crierait sciemment à tort "Au feu" dans un théâtre et provoquerait une panique (...)*".

La question, dans chaque cas, est de savoir si les mots utilisés le sont dans un tel contexte et avec un tel sens qu'ils créent ce danger manifeste et pressant de nature à engendrer les maux que le Congrès est en droit de prévenir ; c'est une question d'urgence et de degré<sup>48</sup>.

Le juge de la Cour suprême a établi sa jurisprudence au regard de la distinction qu'il peut établir entre le discours privé et public. Ce dernier fait l'objet d'une très large protection qui est pourtant tempérée par la sous-distinction opérée entre les faits et les opinions. Cette distinction - d'ailleurs retenue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - pourrait permettre aux juges de la Cour suprême d'estimer que le négationnisme n'entre pas dans la catégorie des discours protégés par le premier

---

et la technologie sont partie intégrantes de la prospérité économique des États Unis. La résolution s'en prend notamment au projet de convention internationale de lutte contre la cybercriminalité, actuellement en cours de rédaction sous l'égide du Conseil de l'Europe. Il est en effet question dans l'article 12 du traité provisoire de responsabilité des prestataires vis à vis des contenus internet. "Le député sait que "l'administration Clinton", participe à cette rédaction, mais exhorte la nouvelle équipe Busch à faire marche arrière" ; in Estelle Dumout, "une loi bouclier pour les portails américains ?", *Yahoo! Actualités*.

<sup>46</sup> *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 US 46 (1988).

<sup>47</sup> Rapport établi par Paul Sturges, *La liberté d'expression et les réseaux de communication*, préc., point 4.2.1.

<sup>48</sup> *Schenk vs. Unites States*, 249 U.S. 47 (1919), in Elisabeth Zoller, *Les Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, PUF, coll. Droit fondamental, p. 362.

amendement, si on établit notamment que ces propos consistent en l'allégations fausses de faits (prouvés) et que l'intention de nuire de leurs auteurs est évidente.

Ce raisonnement que nous empruntons au professeur WACHSMANN, pourrait donc permettre de réprimer la diffusion de messages négationnistes quelle que soit la philosophie américaine de la liberté d'expression<sup>49</sup>.

\*  
\* \*

La question de l'exequatur de l'ordonnance rendue par le juge GOMEZ reste en suspens tant que le juge américain ne se sera pas prononcé. Il n'en reste pas moins que si *en droit* ses chances restent minces, *en fait* il est possible d'estimer que cette dernière a déjà reçu application et cela même si les dirigeants de la société *YAHOO* contestent cette analyse.

Le portail américain a en effet décidé de prohiber la mise en vente sur son site d'objets risquant de promouvoir à la haine raciale. Désormais la mise aux enchères d'objets sera soumise à une commission et sera payante ce qui selon Philippe GUILLANTON, directeur de *YAHOO* France, change la nature du problème : "auparavant, le site d'enchères américain était une plate-forme d'intermédiation entre internautes, où Yahoo se refusait à se placer en censeur. Payant, le site devient une plate-forme de commerce électronique et ses contenus sont plus clairement sous la responsabilité de Yahoo"<sup>50</sup>.

Quel que soit le devenir de l'ordonnance rendue par le TGI le 20 novembre dernier, ses prescriptions ont trouvé une application en France, protégeant par la même l'ordre public français. On notera d'ailleurs qu'une semaine après la condamnation de *YAHOO*, une association allemande espère obtenir le même jugement outre-Rhin<sup>51</sup>. Aussi, le 22 janvier 2001 Charles KORMAN, avocat d'une association d'anciens déportés a engagé une nouvelle action en justice contre le PDG de *YAHOO Inc*, accusé d'avoir offert aux enchères des insignes nazis. La plainte a été déposée auprès des huissiers de la XVIIe chambre correctionnelle du tribunal de Paris, pour "délict d'apologie de crime de guerre et de crime contre l'humanité". Cette citation a été déposée au nom de l'Amicale des déportés d'Auschwitz et de Haute Silésie.

Tant que le droit international ne viendra pas contraindre les États à favoriser l'élaboration d'un cadre éthique relatif à l'internet, il appartiendra à chacun des États, peut être par le biais de leurs associations anti-racistes, de venir protéger la dignité des êtres humains, le respect du principe d'égalité entre les hommes, ainsi que les idéaux de justice et de paix qui sont ceux qui charpentent toute société qui se veut démocratique.

---

<sup>49</sup> P. Wachsmann, "Liberté d'expression et négationnisme", *Rev. trim. dr. h.*, 2001.

<sup>50</sup> Ed. Launet, "Yahoo se sort d'affaire par une pirouette", *Libération*, article précité.

<sup>51</sup> E. Dumout, "Les enchères à risques de Yahoo", *ZDNet* du 28 novembre 2000.