

# L'efficacité à l'étranger des décisions françaises en matière de communication : le cas des États-Unis et du Premier Amendement

Winston Maxwell & Christelle Coslin

Avocats, Hogan Lovells

Nombreux sont les sites internet, en particulier les réseaux sociaux et les plateformes de partage de vidéos, à avoir été conçus aux États-Unis avant de se développer dans le monde entier. Ils sont ainsi profondément marqués par la philosophie du Premier Amendement de la Constitution américaine et laissent une large place à la libre expression. Ces plateformes mettent en avant la liberté d'expression comme l'une des valeurs fondamentales d'Internet. Elles se positionnent souvent en défenseurs de cette liberté, notamment dans des régions du monde où l'expression politique n'est pas libre. Bien entendu, le Premier Amendement de la Constitution américaine ne confère pas une protection absolue à toute forme d'expression. La diffamation est punie aux États-Unis comme en Europe. Les propos qui incitent à la violence immédiate à l'encontre de personnes identifiées sont également condamnés aux États-Unis. En revanche, les États-Unis tolèrent des propos racistes dès lors que ces propos ne constituent pas un appel à la violence immédiate. Au contraire, dans

la plupart des pays européens, les propos racistes ou antisémites sont condamnés par la loi. La position des États-Unis sur le «*hate speech*» est d'ailleurs controversée y compris aux États-Unis, certains spécialistes de droit constitutionnel américain critiquant la position actuelle de la Cour suprême sur cette question (1).

En tout état de cause, le Premier Amendement de la Constitution américaine pose problème lorsqu'il s'agit d'exécuter aux États-Unis un jugement étranger condamnant des propos qui, aux États-Unis, seraient protégés par la liberté d'expression. Souvent basées outre-Atlantique, les grandes plateformes internet sont au centre de ce débat. L'essor de ces sites internet a donné naissance à ce que l'on peut appeler des vrais conflits de lois (2). Un contenu qu'il est permis de mettre en ligne dans un pays au nom de la libre expression peut être interdit dans un autre pays. Les contours de la libre expression varient d'un État à l'autre en fonction de divers aspects historiques, culturels, sociaux, politiques...

1. Jeremy Waldron, «*Dignity and Defamation. The Visibility of Hate*», *123 Harv. L. Rev.* 1596 (2010).

2. Cf. à propos de la notion de vrais conflits de lois, D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit internatio-*

*nal privé*, Tome I, 2<sup>e</sup> éd., n° 19.

## 1. LA DIFFICULTÉ : L'IMPOSSIBLE EXÉCUTION DES DÉCISIONS FRANÇAISES AUX ÉTATS-UNIS ?

L'une des manifestations les plus évidentes d'une telle confrontation se rencontre en matière de reconnaissance des jugements étrangers aux États-Unis pour les groupes d'origine américaine exploitant des sites internet à travers le monde entier. En effet, si les autres juges nationaux peuvent, sous certaines conditions, connaître des comportements constatés sur ces sites, une éventuelle exécution forcée des décisions en résultant à l'encontre des sociétés américaines qui les exploitent requiert, au préalable, la reconnaissance de ces décisions dans l'ordre juridique des États-Unis.

### 1.1 Le cadre juridique de la reconnaissance des décisions aux États-Unis

Il convient, en premier lieu, de rappeler qu'il n'existe pas de convention internationale générale liant les États-Unis en matière de reconnaissance des jugements étrangers. Ainsi, le traitement des décisions judiciaires diffère-t-il de celui des sentences arbitrales, puisque les États-Unis sont liés par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution desdites sentences. La Conférence de La Haye a certes élaboré le 1<sup>er</sup> février 1971 une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale. Cependant, celle-ci n'a pas rencontré le succès escompté et n'est pas en vigueur.

Il n'existe pas non plus de règles fédérales, communes à l'ensemble des États fédérés, qui gouverneraient la reconnaissance des

jugements non américains aux États-Unis. Néanmoins, bien que cette matière relève de la «*state law*», de grands principes se dégagent qui sont, somme toute, assez proches de ceux applicables au sein de l'Union européenne. En effet, le *Restatement (Third) of Foreign Relations Law (1987)* (3) prescrit qu'un jugement étranger n'a pas à être reconnu, notamment, s'il est considéré comme heurtant l'ordre public des États-Unis ou de l'État concerné («*repugnant to the public policy*») (4). Il faut en outre signaler que, depuis peu, des règles fédérales spécifiques s'appliquent en matière de diffamation (conçue largement), les États-Unis cherchant à protéger les journalistes et éditeurs américains. En vertu du *Speech Act* de 2010, un jugement étranger retenant la diffamation ne sera, en particulier, pas reconnu si le juge américain considère qu'en application du Premier Amendement, il n'y avait pas diffamation (5). Dans ce contexte, c'est au juge américain lui-même (comme cela est classique dans les pays de *common law*) qu'il est revenu de définir des règles plus précises sur les conditions dans lesquelles les jugements non américains pouvaient être accueillis et exécutés aux États-Unis à l'encontre des sociétés exploitant les plateformes. À cet égard, l'affaire *Yahoo* s'est révélée emblématique.

### 1.2 Retour sur l'affaire Yahoo

L'affaire *Yahoo* a été l'occasion d'une confrontation entre certaines interdictions prévues en droit français (en particulier, l'interdiction de mise en vente d'objets néonazis, en application de l'article R. 645-1 du Code pénal français) et les libertés constitutionnelles aux États-Unis sous couvert du Premier Amendement.

3. Les restatements sont des codes juridiques publiés par l'American Law Institute qui visent à synthétiser les apports de la jurisprudence. Il peut y être fait référence dans les décisions judiciaires, même s'ils ne sont pas d'application impérative.

4. § 482, (2) «A court in the United States need not recognize a judgment of the court of a foreign

state if: [...] (d) the cause of action on which the judgment was based, or the judgment itself, is repugnant to the public policy of the United States or of the State where recognition is sought [...]». Le même critère se retrouve également dans le Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act, 1962, projet de loi proposé à l'adoption dans

les différents États des États-Unis afin d'uniformiser le droit applicable.

5. *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*, 2010, 28 USC 4101.

Le premier volet de cette affaire a débuté avec une ordonnance du président du tribunal de grande instance de Paris en date du 22 mai 2000 qui a prononcé une double injonction à l'encontre de deux sociétés du groupe Yahoo à la demande de deux associations françaises de lutte contre l'antisémitisme, la LICRA et l'UEJF. L'entreprise américaine, Yahoo Inc., se voyait ordonner de «prendre toutes les mesures de nature à dissuader et rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis», tandis que la filiale française se voyait enjoindre de prévenir tout internaute visitant le site yahoo.fr qu'il ne doit pas consulter des contenus illégaux en France, sous peine de sanctions pénales. Les motifs de l'ordonnance indiquent clairement que cette injonction vise à interdire l'accès depuis la France à des sites de ventes d'objets de propagande ou à connotation nazie (6).

Avant toute demande d'exequatur de cette ordonnance, Yahoo Inc. a saisi le juge américain afin de faire déclarer inapplicable aux États-Unis l'ordonnance du 22 mai 2000. Il s'agissait ainsi d'empêcher préventivement toute tentative d'exécution de cette ordonnance. Après s'être reconnue compétente (par décision du 7 juin 2001), la *US District Court for the Northern District of California, San Jose Division*, a jugé le 7 novembre 2001 que «nonobstant le droit souverain de la République française d'interdire l'apologie du nazisme, le Premier Amendement de la Constitution américaine affirmant la liberté d'expression s'oppose à l'exécution aux États-Unis de l'ordonnance

rendue en référé le 20 mai 2000 par le président du TGI de Paris enjoignant à Yahoo de cesser la diffusion vers la France des offres de vente d'objets néo-nazis».

C'est sur ce fondement que l'affaire *Yahoo* a été le plus souvent interprétée comme signifiant qu'un jugement français (ou non américain) ne peut être reconnu et exécuté aux États-Unis lorsqu'il impose des restrictions aux sites hébergeant des contenus, restrictions qu'un juge américain n'aurait pas imposées. La réalité est plus nuancée. Selon les motifs de la décision de la *District Court*, qui prend soin de souligner son respect pour les lois françaises, il n'est pas possible de reconnaître aux États-Unis une ordonnance qui cherche à réglementer, en violation du Premier Amendement, le discours d'un résident des États-Unis à l'intérieur des États-Unis au motif que ce discours peut être accessible via Internet dans d'autres pays. La *District Court* a en effet considéré qu'un juge américain n'aurait pu prononcer une telle injonction à l'encontre de Yahoo Inc. et qu'en l'absence d'un traité international gouvernant la liberté d'expression sur Internet, il faut faire prévaloir les protections constitutionnelles résultant du Premier Amendement sur le principe de reconnaissance des décisions étrangères.

Les décisions rendues ultérieurement dans cette même affaire montrent également que la position du juge américain est moins tranchée qu'il n'y paraît au premier abord. La cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit fédéral a finalement (7) considéré le 12 janvier 2006 que l'affaire n'était pas en état d'être jugée. Outre qu'elle a retenu qu'il était extrêmement improbable qu'une condamnation pécuniaire puisse être exécutée aux États-Unis à l'encontre de Yahoo Inc., la cour

6. Pour être complet, il faut noter que cette procédure a donné lieu à une nouvelle ordonnance le 11 août 2000 qui a ordonné une mesure d'instruction par laquelle un collège de consultants spécialistes de l'Internet était chargé de répondre à des questions techniques. Quelques mois plus tard, le 20 novembre 2000, les consultants ayant conclu qu'il est techniquement possible d'imposer au fournisseur d'hébergement le filtrage de sites

nazis à destination de la France, le juge français réitère la mesure prononcée à l'encontre de Yahoo Inc. (notamment parce que les experts techniques ont considéré que Yahoo sélectionnait des publicités différentes selon la localisation de l'utilisateur).

7. La décision du 7 novembre 2001 a été infirmée le 23 août 2004 par la cour d'appel du 9<sup>e</sup> Circuit fédéral qui retient que les juridictions américaines

ne sont pas compétentes vis-à-vis des deux associations françaises (la LICRA et l'UEJF) qui, n'ayant jamais demandé l'exécution aux États-Unis de l'ordonnance du 22 mai 2000, ne se sont jamais soumises à la compétence américaine. Réexaminant cette question en formation plénière (dite en banc), la Cour décide dans l'arrêt du 12 janvier 2006, et ce à la majorité, que le juge américain est bien compétent.

d'appel a indiqué qu'il n'est pas certain que le Premier Amendement fasse obstacle aux injonctions françaises litigieuses dans la mesure où Yahoo Inc. avait entre-temps volontairement mis à exécution ces injonctions dans une large mesure. La cour d'appel a même ajouté que s'il devait être jugé (en France) que Yahoo Inc. n'a pas suffisamment respecté ces injonctions, il faudrait déterminer (aux États-Unis) si le respect de ces injonctions impliquerait pour Yahoo Inc. de mettre en place des mesures affectant les utilisateurs américains et non les seuls utilisateurs français. Pour la cour d'appel, la situation serait différente si les injonctions visaient expressément les utilisateurs américains. L'affaire a donc été renvoyée devant la *District Court* pour déterminer si le respect des injonctions françaises impliquait nécessairement pour Yahoo Inc. de restreindre l'accès des utilisateurs américains. Yahoo Inc. ayant décidé d'interdire les objets nazis sur son site, la *District Court* ne s'est jamais prononcée sur ce point. Dans l'arrêt du 12 janvier 2006, souvent passé sous silence, la cour d'appel prône une application nuancée du Premier Amendement dont la protection ne s'étendrait pas à l'ensemble de la plateforme (les sites hébergés par Yahoo), mais aux seuls utilisateurs américains. Ainsi, une injonction française ne visant que les utilisateurs français (c'est-à-dire ne restreignant la liberté d'expression que de ces derniers en vertu du droit français) pourrait-elle éventuellement trouver exécution aux États-Unis (en dehors du champ d'application du *Speech Act* de 2010 évoqué précédemment). Il n'en demeure pas moins que des moyens de contourner cette difficulté sont apparus car, même si cette démarche est envisageable sous certaines conditions, obtenir l'exécution d'une injonction à l'étranger peut s'avérer un procédé long, fastidieux et coûteux, dans une matière où il s'agit souvent de réagir vite pour empêcher ou restreindre la diffusion d'un contenu, ce qui explique qu'en pratique, les demandes d'exequatur soient relativement rares.

## 2. LE CONTOURNEMENT JUDICIAIRE DE LA DIFFICULTÉ : LES MOYENS D'ACTION DU JUGE FRANÇAIS

Si l'auteur est, à titre principal, responsable du contenu qu'il a élaboré et donc de sa mise en ligne, il convient de rappeler que, dans certaines circonstances, d'autres acteurs peuvent être tenus responsables ou sommés d'agir pour faire cesser un trouble. C'est sur ce système en cascade que repose une jurisprudence française de plus en plus riche demandant directement aux fournisseurs d'accès à Internet de filtrer ou bloquer des contenus lorsque ni l'auteur du contenu lui-même, ni le site hébergeant le contenu ne peuvent être efficacement touchés.

### 2.1 Un système légal de responsabilité en cascade qui permet de remonter jusqu'aux fournisseurs d'accès

En vertu de l'article 18 de la Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « Directive e-commerce »), « les États membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés ». Transposant ce texte en droit français, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après la « LCEN »), plus précisément son article 6-I 8, donne le pouvoir à l'autorité judiciaire de s'adresser à d'autres personnes que l'auteur d'un contenu mis en ligne sur Internet afin de prendre le plus efficacement possible les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser le dommage que ce contenu peut occasionner, et désigne à ce titre les

prestataires de services d'hébergement (8). Ce sont les plateformes qui assument généralement ce rôle d'«hébergeurs» des contenus mis en ligne par leurs utilisateurs. Pour reprendre l'exemple de l'affaire *Yahoo*, ce n'est pas Yahoo Inc. elle-même qui avait mis en ligne sur sa plateforme des annonces pour des objets à connotation nazie. C'est pourquoi, en remontant un échelon supplémentaire, l'article 6-I 8° de la LCEN permet la mise en cause des fournisseurs d'accès à Internet (9). Cette mise en cause est souvent présentée comme subsidiaire (intervenant «à défaut» de la mise en cause des prestataires de services d'hébergement selon les termes de l'article 6-I 8° de la LCEN). Le but avoué de la création de cette nouvelle procédure était de lutter contre le développement du «paradis de l'Internet» où les hébergeurs s'installeraient pour bénéficier de lois protectrices au détriment d'autres législations nationales plus restrictives quant à la licéité des contenus (notamment en matière de répression des discours haineux).

En tout état de cause, ce pouvoir de prononcer des injonctions à l'encontre des prestataires de services techniques (qu'ils soient d'hébergement ou de fourniture d'accès) demeure limité. En vertu de l'article 15 de la Directive e-commerce, ces prestataires ne peuvent se voir imposer par un juge national une obligation de surveillance générale des contenus qu'ils stockent ou transmettent via leurs services. Ainsi, les juges nationaux ne peuvent donner injonction à ces prestataires de «*rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites*». Le droit français pose comme exception, à l'article 6-I 7° de la LCEN, «*toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire*». Deux arrêts de la

Cour de justice de l'Union européenne (10) ont apporté des éclaircissements sur les circonstances dans lesquelles une injonction peut être considérée comme générale et donc prohibée. Les textes européens ne permettent pas à un juge national d'ordonner à un prestataire de services techniques de mettre en place un système préventif de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services, d'application indifférenciée et non limitée dans le temps. Rendus en matière de propriété intellectuelle (la protection de droits d'auteur notamment) et impliquant, pour le premier, un fournisseur d'accès à Internet et, pour le second, un prestataire de services d'hébergement (un réseau social), ces arrêts sont, au moins partiellement, transposables aux mesures de filtrage ou de blocage visant à protéger d'autres intérêts puisque les principes rappelés ci-dessus demeurent applicables en ces matières. Les décisions en question soulignent d'ailleurs la nécessité de tenir compte, pour apprécier les mesures de filtrage ordonnées, des exigences résultant de la protection des droits fondamentaux applicables pour rechercher un juste équilibre (notamment la vie privée et la liberté d'expression des internautes).

## 2.2 La mise en cause récurrente des fournisseurs d'accès par le juge français

Plusieurs affaires ont successivement mis en lumière la possibilité pour le juge français de mettre en cause les fournisseurs d'accès afin d'obtenir un retrait plus rapide et effectif du contenu, sans recourir à l'exécution à l'étranger d'injonctions de retrait, ou autres mesures de filtrage ou de blocage, prononcées en France.

8. Selon l'article 6-I 2° de la LCEN, «*les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services*».

9. Ces fournisseurs d'accès sont définis à l'article 6-I 1° de la LCEN comme «*les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services*».

10. CJUE, 24 novembre 2011, affaire n° C-70/10, *Scarlet Extended SA c. SABAM* et 16 février 2012, affaire n° 360/10, *SABAM c. Netlog NV*, comm. O. Bustin *Légipresse* n° 292, mars 2012 p. 167.

La première de ces affaires est l'affaire dite *AAArgh*, du nom d'un site antisémite et révisionniste, que diverses associations de lutte contre l'antisémitisme (dont l'UEJF et la LICRA, déjà parties à l'affaire *Yahoo*) souhaitaient voir bloqué par des prestataires d'hébergement américains (non comparants). Le 20 avril 2005, le président du TGI de Paris a ordonné à l'hébergeur américain Planet.com Internet Services d'empêcher toute mise à disposition du site litigieux à partir de son serveur et sur le territoire français et de fournir les éléments d'identification concernant l'éditeur et le titulaire du contrat d'hébergement du site. Les associations demanderesse ont en parallèle mis en avant l'existence d'«*un risque de ne pouvoir exécuter la mesure demandée à l'encontre des prestataires d'hébergement dans la mesure où ceux-ci exercent leur activité sur le territoire des États-Unis*» afin de diriger leur demande de retrait principalement à l'encontre des fournisseurs d'accès, situés en France. Par ordonnance du 13 juin 2005, le juge des référés français a fait droit à cette demande et a enjoint aux fournisseurs d'accès de bloquer l'accès au site (et non à tout ou partie des contenus du site litigieux) depuis le territoire français. Soulignant qu'il s'agissait d'une mesure demandée en référé («*conçue pour la prise rapide de mesures à caractère provisoire*»), le juge s'est référé à un «*principe d'efficacité ayant inspiré le législateur l'ayant conduit à mettre en place un dispositif qui s'adresse directement aux prestataires techniques*» pour refuser de considérer la mise en cause des éditeurs ou hébergeurs comme un préalable à la mise en cause des fournisseurs d'accès à Internet. La cour d'appel de Paris a, le 24 novembre 2006, tout d'abord noté qu'en application de la LCEN, il fallait «*en priorité*» demander aux prestataires de services d'hébergement «*de mettre en œuvre les mesures destinées à faire cesser le dommage causé par le contenu illicite des informations communiquées*». Constatant que les hébergeurs de

droit américain avaient semblé ignorer les injonctions du juge français, la cour d'appel a validé le raisonnement du juge des référés sur la recherche de l'efficacité des mesures et considéré que le principe de subsidiarité avait été satisfait en l'espèce. En outre, la cour a jugé que, bien que prononcées en référé et ayant un caractère provisoire, les mesures ordonnées n'ont pas nécessairement à être limitées dans le temps sauf dans le cas de mesures conservatoires. Par un arrêt du 19 juin 2008 (11), le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation au motif que «*la prescription de ces mesures [propres à prévenir ou à faire cesser un dommage occasionné par un contenu] n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement*». Il faut rappeler qu'en l'espèce, l'ensemble des parties prenantes avaient été mises en cause en même temps. Selon la Haute Juridiction, ni le principe de proportionnalité, ni le caractère provisoire des mesures ordonnées ne s'opposaient au prononcé des injonctions litigieuses.

Dans l'affaire *Copwatch*, les faits étaient un peu différents puisque l'identification de l'éditeur comme de l'hébergeur du site litigieux, dont l'objet est de dénoncer des violences policières en communiquant des données personnelles et diffamatoires, s'était révélée impossible. C'est donc seulement à l'encontre des fournisseurs d'accès qu'une première injonction a été ordonnée en référé le 14 octobre 2011 (12) pour bloquer l'accès à ce site depuis la France. À la suite d'une remise en ligne du site, quelques semaines après le retrait, le juge des référés a explicitement fait référence au principe de subsidiarité en jugeant, le 10 février 2012, que «*les mesures de blocage doivent être prioritairement conduites contre les hébergeurs de sites litigieux. Ce n'est que si lesdits hébergeurs s'avèrent défaillants que les fournisseurs d'accès peuvent ensuite être mis à contribution. Les conditions d'application*

11. V. le commentaire d'Emmanuel Dreyer, *Légipresse* n° 253, juill. 2008. 12. V. *Légipresse* n° 288, novembre 2011.

*de ce principe de subsidiarité se trouvent remplies dès lors que les demandeurs à l'action visant à obtenir des mesures de blocage démontrent qu'ils ont accompli les diligences nécessaires pour rechercher, par priorité, les prestataires d'hébergement – sans pour autant devoir les assigner en la cause pour être recevables – et que toute possibilité d'agir efficacement à l'encontre de ceux-ci s'avère objectivement vaine et en tout cas incompatible avec les exigences d'une procédure conçue pour la prise rapide de mesures dictées par l'intérêt général».* En revanche, le juge n'a pas accédé à la demande du ministère de l'Intérieur en ce qui concernait 34 sites similaires pour lesquels il n'était pas démontré que l'éditeur et l'hébergeur n'avaient pu être identifiés. Dans la même lignée, le juge a refusé le blocage de tout site futur ayant le même objet afin de s'assurer du respect du principe de subsidiarité. Le juge a ensuite limité dans le temps la mesure afin de ne pas méconnaître le principe de proportionnalité. Par conséquent, le juge des référés s'est placé dans le droit fil de la jurisprudence européenne en ne prononçant pas de mesure purement préventive et illimitée dans le temps.

Une décision très récente, mettant en cause le réseau Allostreaming et la violation multiple et répétée de nombreux droits d'auteur, se distingue en indiquant qu'aucun principe de subsidiarité n'est prévu entre hébergeurs de sites et fournisseurs d'accès. Presque concomitamment à la fermeture du site Megaupload par les autorités américaines (qui illustre la convergence existant en matière de lutte anti-contrefaçon entre l'Europe et les États-Unis), plusieurs organismes de défense des producteurs et distributeurs de vidéos ont assigné les principaux fournisseurs d'accès et moteurs de recherche en France pour faire bloquer les sites du réseau Allostreaming permettant aux internautes de visionner (sans les télécharger) des vidéos sans autorisation des titulaires de droits sur ces vidéos. Ils

exerçaient ainsi une action (comme en matière de référé) dans l'intérêt général des professions qu'ils représentent sur le fondement de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle, visant à protéger les droits d'auteur (et non l'article 6-I 8° de la LCEN). Les organismes professionnels soutenaient que les sites litigieux avaient manifestement une activité illicite et qu'il serait trop inefficace de demander des mesures de blocage à leur encontre bien que ces sites constituent les éditeurs des contenus contrefaisants et soient identifiés et leurs serveurs localisés. Le tribunal, dans une décision du 28 novembre 2013 (13), privilégie l'efficacité des mesures de blocage en prononçant des injonctions non seulement contre les fournisseurs d'accès, mais aussi les moteurs de recherche, tous ces opérateurs étant jugés susceptibles de contribuer à empêcher les violations des droits d'auteur constatées. Le tribunal a considéré que la loi n'a pas prévu qu'une action au fond contre les contrefacteurs soit mise en œuvre préalablement à l'action prévue à l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle et que rien n'impose non plus de mettre en cause les hébergeurs de site. Par recherche des «mesures les plus simples, économiques et efficaces», injonction est ainsi donnée aux fournisseurs d'accès et aux moteurs de recherche de prendre, pendant douze mois, des mesures de nature à empêcher l'accès aux sites litigieux depuis le territoire français (notamment via le blocage des noms de domaine de ces sites et leur déréférencement). En dehors d'un accord de coopération conclu entre les organismes de défense des titulaires de droits et les prestataires de services techniques, le jugement se refuse cependant à prévoir un mécanisme qui permettrait aux demandeurs d'étendre les injonctions à d'autres sites similaires en fonction de l'évolution des circonstances. L'avenir dira si ces injonctions se révéleront aussi efficaces que le souhaitait le tribunal et si les mesures de blocage seront désormais systématiquement étendues aux

13. V. le commentaire de Ch. Alleaume, «Vade-mecum de la lutte contre la contrefaçon sur Internet», *Légipresse* n° 314, mars 2014, p. 158.

moteurs de recherche et non plus seulement aux fournisseurs d'accès. En tout état de cause, il était patent dans cette affaire que certaines mesures prises par les opérateurs mis en cause (à l'instar du déréférencement après signalement de certaines pages litigieuses par Google) anticipaient en partie les injonctions judiciaires.

qui ne les respectent pas, alors que, dans un système de co-régulation, les pouvoirs publics donnent leur aval implicite ou explicite aux règles développées par les acteurs privés. Dans certains cas, la loi peut même prévoir la mise en œuvre de codes de conduite négociés par les acteurs privés, devenant ainsi le moteur d'une régulation privée.

### 3. LES CONTOURNEMENTS PRIVÉS DE LA DIFFICULTÉ : LA PARTICIPATION DES ACTEURS PRIVÉS À LA RÉGULATION DE L'INTERNET

En comparaison du volume de contenus postés chaque jour sur Internet, le nombre d'actions judiciaires reste faible. La grande majorité des problèmes rencontrés sont gérés par les acteurs privés eux-mêmes, sans nécessiter l'intervention d'un juge. Ces actions peuvent s'inscrire dans une approche d'autorégulation multilatérale, par laquelle de nombreux acteurs se mettent d'accord sur une charte ou un code de conduite commun. Ces actions peuvent également s'inscrire dans une approche unilatérale, où chaque plateforme définit et met en œuvre, à l'égard de ses utilisateurs, sa propre politique en fonction de ses conditions générales d'utilisation.

En matière de gestion des contenus illicites sur Internet, il existe plusieurs exemples de codes de conduite multilatéraux qui permettent aux plateformes de gérer elles-mêmes les réclamations et de signaler certains contenus aux autorités. En matière de droit d'auteur, on peut citer les principes UGC (14), ou bien le récent «*Center for Copyright Information*» (15). Les grandes plateformes participent également à des réseaux de signalement, tels que [www.pointdecontact.net](http://www.pointdecontact.net), géré par l'Association des Fournisseurs d'Accès et de Services Internet (AFA) et le réseau international INHOPE (16), mis en place pour lutter contre la pornographie enfantine diffusée sur Internet. Financées en partie par la Commission européenne, ces démarches sont des exemples de co-régulation, car le système est organisé par les acteurs privés mais avec le soutien des pouvoirs publics. Le recours à ce système de signalement permet non seulement aux plateformes de retirer le contenu en cause, mais également de le signaler aux autorités en vue d'une éventuelle enquête.

#### 3.1 Autorégulation et co-régulation

De nombreux aspects d'Internet se prêtent à l'autorégulation. Les normes techniques applicables ainsi que la gestion des noms de domaine relèvent de systèmes d'autorégulation ou de co-régulation. La différence entre l'autorégulation et la co-régulation est simple. Dans un système d'autorégulation, les acteurs économiques organisent et appliquent eux-mêmes leurs propres règles et infligent des sanctions aux personnes

#### 3.2 L'autorégulation unilatérale : les conditions d'utilisation des plateformes

De façon individuelle, les opérateurs de sites internet cherchent également à s'assurer du respect des règles de droit sur les plateformes sur lesquelles ils proposent leurs services qui sont accessibles à tous les internautes. L'objectif est double. Il

14. <http://www.ugcprinciples.com/>

15. [www.copyrightinformation.org/](http://www.copyrightinformation.org/)

16. [www.inhope.org](http://www.inhope.org)

s'agit, tout d'abord, pour ces opérateurs, de rappeler aux utilisateurs de leurs services les limites dans lesquelles ils peuvent librement s'exprimer. Les règles du jeu ainsi fixées ont donc une vocation pédagogique : expliquer le plus simplement possible ce qu'il est permis ou non de faire sur la plateforme à des utilisateurs qui n'ont pas nécessairement les connaissances juridiques pour le faire par eux-mêmes. Ensuite, les conditions d'utilisation visent aussi à définir un cadre permettant le développement de la plateforme sur des bases solides et durables. Autrement dit, le climat de confiance et de respect mutuel que prônent les plateformes est celui le plus à même de favoriser leur croissance et de permettre que l'intérêt de la plateforme converge avec l'intérêt général. Ainsi, les grandes plateformes d'Internet incluent généralement dans leurs conditions générales d'utilisation diverses stipulations interdisant la publication de contenus racistes, pornographiques ou dégradants. Certaines de ces règles concernent des contenus dits « odieux » au sens du droit français pour lesquels les opérateurs des plateformes ont l'obligation de mettre en place un dispositif de signalement (17). Cependant, les plateformes ne cantonnent pas ces dispositifs à un domaine circonscrit, mais en font une application généralisée à tout problème que peut poser le contenu mis en ligne par un utilisateur.

Comment les plateformes mettent-elles en application ces clauses contractuelles ? Le problème est de taille, parce que les plateformes internet ont une couverture mondiale, alors que les normes relatives aux

contenus illicites peuvent varier d'un pays à l'autre (comme cela ressort de l'affaire *Yahoo* décrite ci-dessus). Il semble donc difficile d'appliquer une règle uniforme. Ensuite, la plateforme ne peut évidemment pas faire elle-même la police des contenus qui sont postés par les utilisateurs, qui sont bien trop nombreux. Il faudrait une véritable armée de vérificateurs, ce qui serait non seulement infaisable, mais enlèverait le caractère libre et spontané de la participation des internautes (18). La plateforme deviendrait un éditeur de contenus classique, tel un éditeur de journal. Or, les législateurs américain et européen ont estimé que les plateformes ne devaient pas assumer le rôle d'éditeur sous peine de mettre à mal le caractère ouvert d'Internet. Le législateur a même affirmé en Europe que les plateformes n'ont aucune obligation générale de surveiller les contenus échangés sur la plateforme (19). Dans ce contexte particulier, les plateformes comptent principalement sur les utilisateurs pour signaler des contenus illicites. Les législations européenne et américaine protègent les plateformes contre la mise en œuvre de leur responsabilité si elles retirent le contenu rapidement après avoir reçu une notification de son caractère illicite (20). Les plateformes disposent généralement d'un outil de signalement qui permet aux utilisateurs de notifier à la plateforme tout contenu que l'utilisateur estime illicite. Lorsqu'un contenu signalé est à l'évidence illicite, la plateforme retire le contenu. L'utilisateur peut ensuite contester la décision de retrait, mais la plateforme peut le plus souvent attendre une

17. Article 6-I 7° de la LCEN, alinéas 3 et suivants : « *Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 227-23 et 227-24 du Code pénal. À ce titre, elles doivent mettre en place un dispositif*

*facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Elles ont également l'obligation, d'une part, d'informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées à l'alinéa précédent qui leur seraient signalées et qu'exerceraient les destinataires de leurs services, et, d'autre part, de rendre publics les moyens qu'elles consacrent à la lutte contre ces activités illicites. [...]*

18. À cet égard, le considérant 46 de la Directive e-commerce mentionne que les retraits de contenus illicites par les prestataires de services doivent être faits « *dans le respect du principe de*

*la liberté d'expression* ».

19. Cf. Section 2 et article 15 de la Directive e-commerce.

20. En droit français, en vertu des articles 6-I 2° et 3° de la LCEN, les prestataires de services d'hébergement ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale mise en cause que dans les conditions strictes, « *si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ».

décision de justice avant de permettre, éventuellement, la réapparition du contenu s'il n'est pas jugé illicite. La grande majorité des problèmes de contenus sont gérés par ce système de signalement. La situation devient plus complexe lorsque le contenu n'est pas manifestement illicite. Tant dans la législation américaine qu'euro-péenne, les opérateurs de plateforme ne doivent pas se substituer au juge dans de telles circonstances. Ainsi, en présence de contenus dont le caractère illicite n'est pas manifeste, la plateforme peut soit attendre une décision de justice (à laquelle elle pourra se conformer volontairement, le plus souvent, sauf s'il est nécessaire d'attendre son éventuelle reconnaissance aux États-Unis), soit décider d'enlever le contenu avant toute décision judiciaire en s'appuyant sur les dispositions de ses conditions générales d'utilisation. Grâce à la technologie de *geoblocking*, certaines plateformes ont une troisième option, à savoir rendre le contenu indisponible seulement dans certaines régions du monde lorsque l'appréciation juridique de la licéité du contenu diverge selon les États. Cette solution est imparfaite puisque les utilisateurs aguerris peuvent contourner les mesures de *geoblocking*.

Comment les plateformes arbitrent-elles entre ces différents choix? Le professeur américain Jeffrey Rosen, grand spécialiste de la liberté d'expression, a étudié cette question, notamment lorsque les plateformes font face à des cas difficiles (21). Les contenus à caractère haineux, raciste ou blasphématoire sont les plus délicats à gérer parce qu'ils sont généralement couverts par la liberté d'expression aux États-Unis, tandis qu'ils peuvent s'avérer illégaux dans d'autres pays. Le positionnement des plateformes en défenseurs de la liberté d'expression rend leur décision d'autant plus difficile lorsque le contenu en question est destiné à véhiculer un message politique ou religieux. Le professeur Rosen décrit les personnes qui, au sein des plateformes, sont

en charge de gérer ces questions délicates. Ces personnes, appelées les «décideurs», ont selon celui-ci, plus d'impact sur les types de contenus visibles sur Internet que les juges et les autorités de régulation. Par exemple, ils ont créé un groupe de travail sur les contenus haineux présents sur Internet (*Anti Cyber Hate Working Group*), dont les objectifs sont de développer des méthodes qui permettent aux plateformes de se positionner vis-à-vis de contenus controversés tels que la vidéo «*L'innocence des musulmans*» postée sur YouTube (qui a provoqué des émeutes et même l'intervention du président Obama devant les Nations unies). Ces «décideurs», employés par les plates-formes, évaluent les signalements dans un premier temps et déterminent les signalements qui doivent donner lieu à un retrait instantané et ceux qui doivent être soumis à leur superviseur chargé de s'assurer du respect des politiques de contenus. Si possible, les premières décisions sont prises par rapport à des critères objectifs grâce aux informations qui sont fournies par l'utilisateur lui-même lorsqu'il effectue son signalement. Des contenus qui poussent à la violence de manière précise, envers un groupe de personnes bien déterminé, sont généralement enlevés. En revanche, des contenus qui critiquent une institution, un État ou une religion de manière générale ne sont pas enlevés immédiatement. Si le contenu est manifestement illégal dans un pays donné, par exemple les tweets «*#unbonjuif*» en France, l'accès au contenu dans ce pays peut être bloqué si la technologie le permet. Le professeur Rosen parvient à la conclusion que la méthodologie appliquée par les plateformes, bien qu'étant imparfaite, aboutit à des résultats qui ne sont pas très éloignés de ce qu'aurait décidé un tribunal confronté au même problème de contradiction entre les lois de différents pays. Il s'agit ainsi d'une forme d'autorégulation qui permet de trouver un équilibre prenant en compte des considérations à la fois juridiques et pragmatiques. En effet,

21. Jeffrey Rosen, «The Delete Squad», *The New Republic*, 29 avril 2013.

au-delà des grands principes de la liberté d'expression, les plateformes doivent également tenir compte de la dure réalité qui a cours dans certains pays. En particulier, l'intermédiaire technique, qu'il soit un opérateur de télécommunications ou site internet, devra tenir compte, en premier lieu, de la sécurité physique des personnes sur le terrain. La menace physique qu'il s'agisse de salariés du groupe ou de tiers, peut dans certains cas extrêmes pousser une plateforme à retirer immédiatement certains contenus trop sujets à polémique. Dans ce cas, les considérations liées à la liberté d'expression passent au deuxième plan.

américains ne recherchent pas, en toutes circonstances, à appliquer universellement le Premier Amendement. Ensuite, les juges français disposent de moyens pour ordonner des mesures en France à l'égard d'intermédiaires techniques, sans avoir à recourir à une procédure, longue et coûteuse, d'exequatur aux États-Unis. Comme le démontre la récente affaire *Allostreaming*, il n'est pas forcément nécessaire d'épuiser tous les recours contre l'éditeur et son hébergeur pour obtenir une mesure de blocage en France à l'encontre d'un fournisseur d'accès. Enfin, il est clair que la grande majorité des problèmes sont gérés par les plateformes elles-mêmes, en ayant recours à des mécanismes d'autorégulation ou de co-régulation. Au regard du nombre très important de signalements (Facebook en reçoit 2 millions par semaine (22)), très peu d'affaires finissent devant les tribunaux. Certains contenus sont signalés de manière centralisée (par exemple, via le réseau INHOPE pour la pornographie infantile) et les signalements sont immédiatement communiqués à la police. D'autres signalements sont gérés de manière unilatérale par chaque plateforme. Les plateformes disposent de structures internes qui leur permettent de gérer les cas les plus difficiles de manière pragmatique, sans avoir recours à un mécanisme formel d'autorégulation. Les conditions générales d'utilisation confèrent aux plateformes la flexibilité de retirer certains contenus, voire bloquer l'accès dans certaines zones géographiques, en tenant compte des différentes lois nationales en jeu et des risques éventuels posés pour la sécurité des personnes.

W. M. et C. C.

## CONCLUSION

Au début des années 2000, l'affaire *Yahoo* a fait craindre à certains que les normes américaines en matière de liberté d'expression ne rendent inefficaces les lois nationales, en particulier les lois françaises interdisant certains discours haineux ou racistes. Plus de dix ans après, il apparaît que, malgré le caractère international (et selon certains américano-centrique) d'Internet, il est possible de faire prévaloir les règles françaises en France. Tout d'abord, la décision *Yahoo* aux États-Unis n'exclut pas toute possibilité de faire exécuter un jugement non-américain aux États-Unis, même si ce jugement aboutit, en vertu de la loi française, à un résultat contraire au Premier Amendement de la Constitution américaine. Une injonction visant à appliquer la loi française à l'égard d'internautes français serait probablement reconnue aux États-Unis, dans la mesure où les juges

22. Jeffrey Rosen, *op.cit.*