

La jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression sur Internet

Par **Winston J. Maxwell**,
avocat associé, Hogan Lovells

Introduction

La communication via Internet implique plusieurs droits fondamentaux, dont le droit à la protection de la vie privée et la liberté d'expression. Ces deux droits fondamentaux existent aussi bien aux États-Unis qu'en Europe, même si leurs contours précis diffèrent des deux côtés de l'Atlantique. Le présent article examine la liberté d'expression aux États-Unis appliquée à la communication via Internet⁸³. Depuis l'affaire *LICRA c/ Yahoo!* en 2000⁸⁴ jusqu'à la décision du 13 mai 2014 de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Google c/ AEPD*⁸⁵, le Premier Amendement de la Constitution américaine⁸⁶ est souvent perçu comme étant en divergence avec l'approche européenne. Se référant au projet de règlement européen en matière de protection de données personnelles, Rosen (2012) qualifie le droit à l'oubli comme « *la plus grande menace pour la liberté d'expression sur Internet de la prochaine décennie* ».

La présente contribution examine la jurisprudence américaine en matière de liberté d'expression sur Internet, en mettant en exergue les similitudes et les différences avec l'approche européenne.

1. La différence entre l'Internet et la télévision

La décision américaine la plus importante en matière de liberté d'expression sur Internet est *Reno c/ ACLU (1997)*⁸⁷. Cette décision a examiné la constitutionnalité d'une loi⁸⁸ qui punissait la mise à disposition de contenus indécentes ou sexuellement explicites en ligne, lorsque l'éditeur du contenu savait que ce contenu serait susceptible d'être vu par des mineurs. La ministre de la justice de l'époque, Janet Reno, a soutenu que la loi était conforme au Premier Amendement, puisqu'elle ne visait pas la suppression des contenus, mais seulement l'aménagement d'espaces

83. Pour une analyse de la protection de la vie privée aux États-Unis, voir Maxwell (2014).

84. TGI Paris, 22 mai 2000

85. *Google c/ AEPD*, Cour de justice de l'Union européenne, affaire C 131-12, décision du 13 mai 2014.

86. Le Premier Amendement dispose que « *Le Congrès ne fera aucune loi pour empêcher l'établissement d'une religion, interdire le libre exercice d'une religion ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse et des droits des citoyens de se réunir pacifiquement et pour adresser à l'État des pétitions pour obtenir réparations des torts subis* ».

87. 521 U.S. 844 (1997).

88. *Communications Decency Act of 1996*.



sur Internet où ces contenus seraient inaccessibles aux mineurs. Selon la ministre, la loi était comparable à une règle d'urbanisme obligeant les cinémas pour adultes à s'installer dans certains quartiers de la ville. Une loi qui crée seulement des limites à l'emplacement, à la durée ou à la manière de présenter des contenus (*time, place or manner restrictions*) est généralement compatible avec le Premier Amendement. La ministre a également plaidé que la loi était justifiée parce qu'Internet était similaire à la radio ou à la télévision, et que la Cour Suprême a toujours permis une régulation plus contraignante de la télévision et de la radio en raison de leur caractère invasif.

La Cour Suprême n'a pas suivi les arguments de la ministre. La Cour a commencé par souligner la puissance d'Internet comme moyen de communication, en comparant Internet à une tribune où chaque individu peut s'exprimer librement sur une place publique⁸⁹. De plus, la Cour a estimé qu'Internet n'est pas comparable à la radio ou à la télévision, puisque chaque internaute cherche activement le contenu qu'il souhaite, comme lorsqu'il rentre dans une bibliothèque. Contrairement à une émission de radio où les personnes écoutent passivement et peuvent être surprises par un contenu choquant, l'internaute est à la recherche active d'information, et ne sera ni surpris ni choqué par le résultat de ses recherches⁹⁰. L'autre raison pour laquelle Internet n'est pas comparable à la télévision est que l'Internet n'utilise pas le spectre radioélectrique. Contrairement aux chaînes de télévision dont le nombre est limité par la quantité de fréquences de diffusion disponibles, le nombre de sites *web* n'est pas limité par des contraintes techniques. Or c'est la rareté du spectre radioélectrique et l'influence exceptionnelle de la télévision qui justifient une régulation plus stricte de ce média⁹¹. Pour l'Internet, la Cour a donc écarté l'idée d'une régulation de type audiovisuel en préférant rester sur un mode de régulation légère et très respectueuse de la liberté d'expression, similaire à celle applicable à la presse écrite.

2. Les «*chilling effects*» sur la liberté d'expression

Le point le plus important de la décision *Reno c/ ACLU* concerne les « *chilling effects* », littéralement les « effets réfrigérants », que les tribunaux visent à limiter. Les effets réfrigérants comprennent deux phénomènes. Tout d'abord l'effet de débordement : si une mesure de régulation vise à limiter l'accès à un contenu nocif du type «A», la mesure risque-t-elle également d'avoir un impact sur l'accès aux contenus inoffensifs du type «B»? Dans l'affirmatif, il existe un effet de débordement dommageable à la liberté d'expression. Ensuite, les effets réfrigérants peuvent résulter de la suppression du contenu nocif lui-même : est-ce que la suppression de ce contenu conduira à un appauvrissement général des échanges sur le marché des idées?

89. Le Conseil Constitutionnel français a tenu un raisonnement similaire dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, paragraphe 12; voir également la décision de la CEDH, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, n° 3111/10, du 18 mars 2013.

90. Ce constat est peut-être moins vrai aujourd'hui qu'il ne l'était en 1997, compte tenu notamment de la puissance des moteurs de recherche.

91. *Red Lion Broadcasting c/ FCC*, 395 U.S. 367 (1969). En France, voir Conseil Constitutionnel, décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, considérant 5.

Plus les effets réfrigérants seront importants, plus la mesure sera en contradiction avec le Premier Amendement. Dans le cas de la loi américaine contestée dans l'affaire *Reno c/ ACLU*, la Cour a identifié deux types d'effets réfrigérants. Premièrement, en visant l'accès à des contenus sexuellement explicites ou indécents, la loi pourrait restreindre l'accès non seulement à la pornographie – le cœur de cible de la mesure – mais également à des informations sur la contraception, sur les maladies sexuellement transmissibles, voire sur l'anatomie. La loi risquerait donc de dépasser sa cible et de freiner l'accès par des mineurs à des informations licites et importantes. Deuxièmement, la loi pourrait conduire les éditeurs de contenus réservés aux adultes à cesser leur activité ou à réduire leur présence sur Internet, par crainte d'être poursuivis pénalement. Puisqu'il est difficile de vérifier l'âge d'un internaute, certains éditeurs préféreront ne pas prendre le risque d'éditer des contenus pour adultes et cesseront de les rendre disponibles sur Internet. Ainsi les adultes auront accès à moins de contenus pornographiques sur Internet alors que ces contenus sont parfaitement licites pour les adultes. La loi provoquera un appauvrissement dans l'offre de contenus. Pris ensemble, ces deux effets réfrigérants ont rendu la loi non compatible avec le Premier Amendement.

On retrouve le concept d'effet réfrigérant dans le test de proportionnalité appliqué par la CJUE et la CEDH⁹². Lorsqu'elle évalue des mesures prises pour limiter l'accès non autorisé à des œuvres protégées par le droit d'auteur, la CJUE est attentive au moindre effet de débordement qui conduirait à bloquer l'accès à certains contenus non protégés par le droit d'auteur, ou à des contenus protégés par le droit d'auteur mais pour lesquels une exception au droit d'auteur s'appliquerait⁹³. En présence d'un effet de débordement, la CJUE aura tendance à juger la mesure excessive par rapport à l'objectif recherché ; la mesure ne passera pas le test de la proportionnalité.

Les effets réfrigérants se retrouvent également dans la littérature concernant la responsabilité des hébergeurs et autres intermédiaires techniques. Dans un régime où l'intermédiaire technique endosse une responsabilité pour le contenu qu'il héberge, Schruers (2002) démontre que l'intermédiaire technique optera pour la prudence : il choisira des contenus et des clients qui présentent des profils de risque faible, ce qui conduira à un appauvrissement général du type de contenus échangés sur Internet.

Le régime spécial de responsabilité des hébergeurs est destiné à remédier à ce problème et à réduire ainsi les effets réfrigérants. Selon ce système, un hébergeur n'est pas responsable du contenu qu'il héberge à condition qu'il retire le contenu rapidement après avoir reçu un signalement. Mais même ce système, favorable aux hébergeurs, n'est pas à l'abri de critiques relatives à ses effets réfrigérants. Si un hébergeur retire un contenu automatiquement dès qu'il reçoit une notification, cela peut conduire à une suppression excessive. Cet effet de débordement a été démontré par *Ahlert et al.* (2004), qui ont adressé des notifications à plusieurs

92. Sur le test de proportionnalité en droit européen, voir Hickman (2008), Sauter (2013) et Tranberg (2011), Callanan *et al.* (2009).

93. CJUE, *Scarlet c/ SABAM*, affaire C 70-10, décision du 24 novembre 2011, paragraphe 52.



plateformes d'hébergement demandant le retrait du texte *De la Liberté* de John Stuart Mill, texte écrit en 1859 et appartenant manifestement au domaine public. Se plaignant d'une prétendue violation du droit d'auteur, la notification a été suivie d'effet par la plupart des hébergeurs situés en Europe, démontrant un « effet réfrigérant » même sous l'égide du régime de responsabilité aménagé. Selon Seltzer (2010) la loi américaine sur le droit d'auteur, le *DMCA*⁹⁴, provoque des effets similaires, puisque les notifications de retrait fondées sur le droit d'auteur seront systématiquement suivies d'effet, même si le contenu relève d'un cas d'utilisation équitable (*fair use*).

3. Les effets réfrigérants et le droit à l'oubli

Les effets réfrigérants seront particulièrement présents en matière de droit à l'oubli. Dans sa décision du 13 mai 2014 contre *Google*⁹⁵, la CJUE impose aux moteurs de recherche l'obligation de supprimer certains résultats de recherche à la demande d'une personne concernée, notamment si les informations paraissent anciennes et non pertinentes. Afin de réduire leur responsabilité éventuelle, les prestataires préféreront donner suite à ces demandes de suppression même lorsqu'il existe un doute quant à leur caractère fondé. Le droit à l'oubli provoquera des effets réfrigérants puisque la mesure affectera non seulement des informations anciennes et non pertinentes, c'est-à-dire celles visées directement par la CJUE, mais également des informations simplement gênantes pour la personne qui a envoyé la notification. En matière de mesures prises pour combattre le téléchargement illicite, la CJUE ne tolère pas d'effet de débordement de ce type⁹⁶. En matière de droit à l'oubli, la Cour semble moins gênée par ces effets collatéraux.

En droit américain, un éventuel droit à l'oubli serait analysé à deux niveaux. Tout d'abord, le cœur de cible de la mesure est-il légitime du point de vue de la liberté d'expression? Une mesure qui vise le retrait de photos ou de vidéos jugées attentatoires à la vie privée serait probablement conforme au Premier Amendement. La liberté d'expression ne protège pas des informations jugées diffamatoires ou attentatoires aux droits d'autrui. En revanche, une mesure visant le déréférencement d'articles de presse qui ne sont pas diffamatoires en soi serait manifestement contraire à la liberté d'expression aux États-Unis.

Deuxièmement, la Cour évaluerait d'éventuels effets de débordement découlant de l'application de la mesure. Si les modalités d'application de la mesure pouvaient conduire à la suppression de contenus en dehors du cœur de cible, la Cour Suprême américaine annulerait la mesure en raison de ses effets réfrigérants. Selon la jurisprudence de la CJUE et de la CEDH, le résultat devrait en principe être identique en Europe compte tenu du test de la proportionnalité. Cependant, la décision de la CJUE du 13 mai 2014 semble s'écarter du test de proportionnalité classique.

94. *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

95. CJUE, 13 mai 2014, *Google c/ AEPD*, affaire C 131-12.

96. CJUE, *Scarlet c/ SABAM*, *op. cit.*



Pour Rosen (2012), le droit à l'oubli serait antinomique au Premier Amendement. Si on part du principe qu'un droit à l'oubli du type imposé par la CJUE est contraire au Premier Amendement, on peut s'interroger sur l'effet extraterritorial de la mesure européenne. Une décision de justice rendue en France en matière de droit à l'oubli pourrait-elle être exécutée aux États-Unis ? Cette question rappelle l'affaire *LICRA c/ Yahoo!* de 2000 dans laquelle le tribunal de grande instance de Paris avait ordonné à la plateforme américaine de supprimer l'accès aux objets nazis d'une vente en ligne. Dans une première décision⁹⁷, un tribunal californien avait déclaré la décision française contraire au Premier Amendement. Mais la décision d'appel de 2006⁹⁸ avait été plus nuancée. Il n'existe pas de convention sur l'exécution des décisions de justice entre la France et les États-Unis. L'exécution d'une décision étrangère est donc régie par des règles de procédure civile de chaque état. Contrairement aux idées reçues, la cour d'appel américaine n'a pas dit qu'elle n'exécuterait pas la décision française contre *Yahoo!*. L'affaire a été rejetée pour d'autres raisons. La cour a expliqué que même si la loi française en question était contraire au Premier Amendement de la Constitution, ce n'est pas pour autant qu'un tribunal américain refuserait son exécution sur le territoire américain lorsque l'application de la loi étrangère viserait à protéger des citoyens français. Pour refuser l'*exequatur*, un tribunal américain doit conclure que l'application de la décision étrangère est fortement incompatible avec les valeurs constitutionnelles américaines⁹⁹. Si les effets de la décision sont cantonnés à un territoire étranger comme la France, un tribunal américain ne refusera pas nécessairement l'exécution de la décision aux États-Unis¹⁰⁰.

4. L'idéologie du « marché des idées »

La liberté d'expression aux États-Unis repose sur une foi quasi absolue dans le bon fonctionnement du « marché des idées ». Lorsque les propos en question s'éloignent du marché des idées, pour se rapprocher d'un acte illégal (par exemple, proférer une menace envers une personne), la liberté d'expression cède la place à la protection d'autres droits et libertés. Pour évaluer la compatibilité des mesures de régulation avec la liberté d'expression, les tribunaux appliquent un test de proportionnalité similaire à celui appliqué par la CJUE et la CEDH. D'un côté, on pèse le préjudice qui sera causé par les propos en question ainsi que la probabilité selon laquelle ce préjudice se réalisera. On tient compte également du caractère imminent du préjudice. De l'autre côté, on évalue le préjudice que la mesure de régulation est susceptible de provoquer elle-même, notamment en faussant le bon fonctionnement du « marché des idées ». Si la mesure en question risque d'étouffer certains points de vue, notamment dans le débat politique, le préjudice causé au marché des idées sera considérable, et ne pourra être justifié qu'en présence d'un préjudice particulièrement important, probable et imminent de l'autre côté de l'équation.

97. *Yahoo!, Inc. v. LICRA*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001).

98. *Yahoo!, Inc. v. LICRA*, 433 F. 3d 1199 (9th Cir. 2006).

99. *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* (1987), §482 (2).

100. Ambrose (2013), Maxwell et Coslin (2013).



Posner (2011)¹⁰¹ résume l'équation comme suit : $B < P \times L / (1 + i)^n$, où :

- B est le coût supporté par la société qui est lié à l'appauvrissement du marché des idées causé par la mesure de régulation proposée, en tenant compte notamment des effets réfrigérants ;
- L est le coût lié à l'événement nocif que la mesure de régulation vise à empêcher, par exemple la commission de crimes racistes ou une attaque terroriste ;
- P est la probabilité selon laquelle l'événement nocif se produira en l'absence de la mesure de régulation ;
- i est le taux d'actualisation ;
- n est le nombre d'années précédant la réalisation de l'événement nocif, en l'absence de la mesure de régulation.

En application de ce test, une mesure interdisant la publication d'informations sur la fabrication d'une bombe chimique artisanale serait justifiée compte tenu de l'ampleur de L. En revanche, une interdiction de propos préconisant le renversement du gouvernement américain ne serait pas justifiée en raison de la faible probabilité P selon laquelle cet événement se produirait, combinée avec le manque d'immédiateté du risque (un «n» élevé). Par ailleurs, le préjudice pour le marché des idées serait élevé puisque la mesure risquerait d'interdire l'échange d'idées politiques dont certaines peuvent se révéler importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie. Le même test pourrait être appliqué à une mesure visant à bloquer l'accès à des sites djihadistes. Quelle est la menace réelle de ces sites, et est-ce que cette menace diminuera après la mise en œuvre de la mesure de blocage? Comment distinguer un site djihadiste (le cœur de cible de la mesure) d'un site dédié à l'expression d'un point de vue religieux ou politique important pour le marché des idées? Et surtout, quels sont les effets collatéraux de la mesure sur le marché des idées? Dès 1927, la Cour Suprême reconnaît que pour lutter contre des idées abjectes, « *le meilleur remède est la communication de plus d'idées, non un silence imposé* »¹⁰².

Le principe de confrontation ouverte sur le marché des idées est couplé à un deuxième principe tout aussi important : le gouvernement n'est pas fiable pour faire l'arbitre entre une bonne et une mauvaise idée. Selon cette thèse, le gouvernement aura forcément un conflit d'intérêts, et choisira de supprimer des idées qui constituent une menace pour le pouvoir politique en place. En influant sur le marché des idées, le gouvernement peut ainsi fausser le fonctionnement de la démocratie elle-même, créant un dérapage particulièrement dangereux¹⁰³.

101. Selon Posner, cette équation traduit le raisonnement de la Cour dans la décision *United States v. Dennis*, 183 F.2d 201 (2d Cir. 1950), *aff'd*, 341 U.S. 494 (1951). L'équation est cependant critiquable car le dommage «B» pourrait également être affecté d'un taux d'actualisation en fonction de son imminence.

102. *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), Brandeis concurring.

103. Breton et Wintrobe (1992).



Coase (1977) souligne certaines incohérences dans ce raisonnement, et suggère que la protection du marché des idées résulte d'un *lobbying* de l'élite intellectuelle, principal « producteur » d'idées affecté par une éventuelle mesure de régulation. Comme tout producteur, l'élite intellectuelle préférera un marché où la production des idées n'est pas limitée. Posner propose une autre explication. La production d'idées nouvelles, surtout lorsqu'elles sont bonnes, demande un investissement. Celui qui crée une nouvelle idée ne bénéficie pas généralement d'un retour sur investissement. Le principal bénéficiaire de l'idée est la collectivité. La fabrication de bonnes idées est donc un bien public, comme la défense nationale. Ainsi, l'État doit encourager la production d'idées, notamment en réduisant des effets réfrigérants tels que des risques de responsabilité pénale.

5. Le Premier Amendement et les discours haineux

Aux États-Unis, une loi interdisant des propos d'incitation à la haine raciale ou religieuse serait contraire au Premier Amendement. Cette conclusion résulte d'une décision de 1992 de la Cour Suprême, dans laquelle la Cour a invalidé un arrêté municipal interdisant le placement d'objets, symboles ou graffiti susceptibles de provoquer la colère ou l'indignation d'autrui en raison de leur race ou de leur religion¹⁰⁴. L'arrêté municipal visait « notamment » les croix gammées et les croix enflammées. Dans cet arrêt, la Cour Suprême a déclaré incompatible avec le Premier Amendement toute intervention réglementaire qui s'appuie sur le type de contenus communiqués. Les interventions de l'État en matière d'expression d'idées doivent rester neutres par rapport aux points de vue exprimés. En matière de discours haineux, seule une menace immédiate contre des personnes précises peut justifier une interdiction *ex ante*¹⁰⁵.

Waldron (2012) explique que cette position de la Cour Suprême est relativement récente. En 1919, la Cour Suprême a validé une loi punissant la publication de propos soutenant les ennemis des États-Unis. En 1940, le *Smith Act* punit la publication de propos soutenant le renversement du gouvernement. Cette loi a été utilisée pour punir la publication de thèses communistes pendant l'ère McCarthy, avant d'être déclarée contraire à la constitution en 1961¹⁰⁶. En 1952, la Cour Suprême a validé une loi de l'État de l'Illinois interdisant la publication d'écrits tendant à dénigrer toute classe de citoyens de toute origine ethnique ou religieuse¹⁰⁷, une loi qui n'est pas très éloignée de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881.

Waldron critique la position actuelle de la Cour Suprême à propos du discours haineux, et estime que les tribunaux américains sous-estiment le préjudice causé par les propos racistes, homophobes ou antisémites. Citant les travaux de John Rawls, Waldron estime que l'un des fondements d'une société démocratique est l'existence d'un environnement général de sécurité, de dignité, d'égalité et de respect. Comme l'ordre public, cet environnement serait un préalable nécessaire

104. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

105. Voir également *Planned Parenthood v. American Coalition of Life Activists* ("the Nuremberg files" case), 244 F. 3d 1007 (2001).

106. *Yates v. United States*, 354 U.S. 298 (1957).

107. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).



pour garantir le respect d'autres droits fondamentaux¹⁰⁸. Waldron compare cet environnement à l'existence d'un air non pollué. Laissé seul, le marché ne produira pas suffisamment d'air pur, puisque l'air pur est un bien public. Une intervention réglementaire est donc nécessaire pour limiter la pollution. De la même manière, une intervention réglementaire serait justifiée pour limiter la prolifération d'images ou de messages dégradants pour certaines classes de la population. Waldron compare la publication de propos racistes à une forme de diffamation contre un groupe de personnes, et soutient que de tels propos peuvent être interdits aux États-Unis sans contrarier le Premier Amendement.

La position de Waldron est minoritaire. Même les ONG de lutte contre la haine raciale et l'antisémitisme aux États-Unis restent méfiantes à l'égard des mesures prises par le gouvernement pour limiter l'expression de certains types d'idées, même abjectes. Ces ONG craignent que ces mesures ouvrent la voie à d'autres mesures attentatoires à la liberté, et plaident plutôt pour une autorégulation au sein des plateformes de l'Internet¹⁰⁹.

6. Internet et le problème de l'anonymat

L'anonymat favorise des propos extrêmes sur Internet. Faut-il interdire l'anonymat sur Internet ?

La question n'est pas simple puisque l'anonymat est un élément de la liberté d'expression aux États-Unis, tout comme en Europe¹¹⁰. La Cour Suprême américaine reconnaît que la possibilité d'exprimer des opinions sous couvert d'anonymat est parfois nécessaire afin de protéger l'auteur contre des représailles¹¹¹. Une loi qui interdirait l'anonymat sur Internet serait contraire au Premier Amendement. Sur ce point, le Premier Amendement converge avec le droit à la protection de la vie privée. Comme l'a constaté le rapport indépendant au Président Obama sur les mesures de surveillance massive, une surveillance généralisée des individus sur Internet menace non seulement la protection de la vie privée, mais la liberté d'expression¹¹². Ce point a été également soulevé par l'avocat général de la Cour de justice européenne dans l'affaire *Digital Rights Ireland*¹¹³ : la conservation massive de données de connexion par des prestataires d'Internet constitue non seulement une violation du droit à la protection des données personnelles, mais également une violation de la liberté d'expression.

Afin de lutter contre des groupes extrémistes et violents, certains états des États-Unis ont adopté des lois interdisant le port d'un masque dans les rassemblements

108. En matière d'ordre public, on retrouve ce raisonnement dans la décision n° 94-352 du 18 janvier 1995 du Conseil Constitutionnel en matière de vidéosurveillance.

109. Foxman et Wolf (2013).

110. Conseil de l'Europe, Liberté de la Communication sur l'Internet, Principe 7.

111. *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

112. *White House* (2013).

113. CJUE, Affaire C-293/12, conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalon, 12 décembre 2013, paragraphe 52. Dans ses conclusions, l'avocat général cite la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis sur ce point.





publics. Ces lois sont toujours en vigueur et ont été utilisées récemment contre des manifestants du mouvement « *Occupy Wall Street* »¹¹⁴. Même si ces lois ont été validées par plusieurs tribunaux¹¹⁵, Foxman et Wolf (2013) estiment que de telles lois ne pourraient pas être transposées à Internet sans rentrer en conflit avec le Premier Amendement.

La protection de l'anonymat n'est pas absolue. Dans une affaire concernant le téléchargement illégal de musique, la maison de disques *Arista Records* a tenté d'obtenir l'identité de l'internaute suspecté de téléchargement illicite. L'internaute a plaidé qu'il bénéficiait d'un droit à l'anonymat au titre du Premier Amendement de la Constitution. La cour a reconnu que les individus bénéficient d'un droit à l'anonymat au titre du Premier Amendement, mais que ce droit ne peut être utilisé pour commettre des actes illégaux¹¹⁶. Le droit à l'anonymat cède en cas de violation des droits d'autrui.

Facebook oblige ses membres à s'inscrire en utilisant leur vrai nom afin notamment de limiter les abus liés à l'anonymat. Foxman et Wolf (2013) citent d'autres exemples de plateformes qui découragent l'anonymat. Un exemple consiste à placer des commentaires non anonymes au-dessus de commentaires anonymes dans les forums de discussion. N'étant pas adossés à une mesure contraignante du gouvernement, ces règlements internes n'entrent pas en conflit avec le Premier Amendement.

7. La liberté d'expression et l'autorégulation

Le Premier Amendement protège le citoyen contre les mesures prises par l'État. Les contrats privés ne sont pas concernés, du moins pas directement. Cela signifie-t-il que les contrats ne peuvent jamais être remis en cause sur le fondement de la liberté d'expression ? Certains auteurs estiment que les contrats peuvent être contestés au titre du Premier Amendement¹¹⁷.

Cependant, il existe des différences importantes entre des mesures prises par un gouvernement et des mesures prises par des acteurs privés par voie contractuelle. Les acteurs privés agissent généralement dans un contexte de consentement et de concurrence, alors que l'État est en situation de monopole. En matière de liberté d'expression, l'État est considéré comme le monopoleur « le plus dangereux »¹¹⁸. La concurrence dans le secteur privé signifie qu'un utilisateur peut changer de plateforme s'il estime que les conditions d'utilisation sont trop restrictives. La

114. S. Gardiner et J. Firger, « *Rare Charge is UnMasked* », Wall Street Journal Online, 20 septembre 2011, <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424053111904194604576581171443151568?mod=e2tw&mg=reno64wsj&url=http%3A%2F%2Fonline.wsj.com%2Farticle%2F5B10001424053111904194604576581171443151568.html%3Fmod%3De2tw>.

115. "Second Circuit Upholds New York's Anti-Mask Statute against Challenge by Klan-Related Group", *Church of the American Knights of the Ku Klux Klan v. Kerik*, 356 F.3d 197 (2d Cir. 2004), *Harvard Law Review* Vol. 117, n°8 (June, 2004), pp. 2777-2784.

116. *Arista Records v. Doe 3*, 2010 WL 1729107 (2d Cir. April 29, 2010).

117. Garfield (1998), Benkler (1999).

118. Posner (2011) p. 931.



situation serait plus complexe si l'ensemble des grandes plateformes adoptait le même règlement interne. Kreimer (2006) a étudié l'utilisation de l'autorégulation sous l'ère McCarthy pour conclure que l'autorégulation peut être un outil redoutable de la censure. Si *YouTube*, *Facebook* et *Twitter* existaient à l'époque de McCarthy, on pourrait imaginer sans trop de difficulté que ces plateformes, sous la pression indirecte du puissant sénateur McCarthy, interdiraient dans leur règlement intérieur tous propos communistes. Dans certains pays non-démocratiques, l'État n'a pas besoin d'adopter une loi pour faire comprendre aux plateformes qu'il convient de bloquer l'accès à certains contenus. L'action de l'État s'exerce par contrainte indirecte sur les acteurs privés. Ce phénomène s'est manifesté après les attaques du 11 septembre 2001¹¹⁹.

Certaines grandes plateformes Internet interdisent, dans leurs conditions générales d'utilisation, les contenus destinés à provoquer la haine raciale ou religieuse, remplissant ainsi le vide laissé par la jurisprudence. Les plateformes ne surveillent pas les contenus postés par les internautes, mais réagissent aux signalements. Rosen (2013) décrit les personnes qui, au sein des plateformes, sont en charge de gérer les questions délicates de retrait. Ces personnes, appelées les « décideurs », ont, selon le professeur Rosen, plus d'impact sur les types de contenus visibles sur Internet que les juges et les autorités de régulation. Les plateformes 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). Un autre exemple cité par le professeur Rosen est l'échange de *tweets* antisémites dans l'affaire « #Unbonjuif ».

Les plateformes emploient un réseau de personnes qui évaluent les signalements dans un premier temps et déterminent ceux 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. 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.

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.

119. Maxwell et Massaloux (2002).



8. Peut-on envisager un régulateur de la liberté d'expression ?

Le régulateur naturel de la liberté d'expression aux États-Unis est le tribunal. Il revient à la Cour suprême des États-Unis de fixer les grands principes qui permettent d'établir l'équilibre entre le Premier Amendement et la protection d'autres droits. Les tribunaux inférieurs appliquent ensuite ces principes aux cas qui leur sont soumis. Serait-il possible de confier cette tâche à un régulateur autre qu'un tribunal ?

La Cour suprême a évoqué cette question en 1965, en décidant qu'une loi prévoyant l'obtention d'un visa administratif pour la sortie d'un film était contraire au Premier Amendement si la loi ne prévoyait pas la possibilité d'un recours immédiat devant un tribunal en cas de refus¹²⁰. La Cour a déterminé qu'en matière de liberté d'expression, seul un tribunal peut imposer une mesure définitive limitant la liberté d'expression. Selon la Cour, une autorité administrative manque d'indépendance par rapport aux pressions politiques et ne pourra jamais être aussi neutre et impartiale qu'un tribunal. De plus, une autorité administrative risque d'être influencée par sa propre pratique administrative et souffrira d'un champ de vision étriqué. Cela ne signifie pas pour autant qu'un tribunal doit forcément être le décideur de premier ressort. Une autorité administrative peut prendre une première décision, à condition que cette décision puisse immédiatement faire l'objet d'un appel devant un tribunal¹²¹. Monaghan (1970) appelle ces règles les « *garanties procédurales du Premier Amendement* ».

La loi américaine sur le droit d'auteur a confié à une autorité administrative le soin de fixer des règles en matière de mesures techniques de protection. L'objectif du régulateur est de trouver un équilibre entre la protection effective du droit d'auteur et la liberté d'expression. En particulier, le régulateur doit s'assurer que les mesures techniques de protection n'enfreignent pas le droit à l'utilisation équitable (*fair use*) des œuvres. Le régulateur adopte ses décisions après consultation publique, et ses décisions peuvent être contestées devant les tribunaux. Cette autorité de régulation américaine traite incontestablement des sujets liés à la liberté d'expression¹²².

Le régulateur américain de l'audiovisuel, la *Federal Communications Commission (FCC)*, prend également des décisions limitant la liberté d'expression. En particulier, le régulateur américain sanctionne des chaînes de télévision qui diffusent des contenus « indécents » pendant les heures de grande écoute. L'incident le plus connu est l'amende de \$550 000 imposée par la *FCC* en raison du « dysfonctionnement vestimentaire » de Janet Jackson lors du *Super Bowl* américain de 2004. L'amende a été annulée par les tribunaux.¹²³ La Cour suprême a récemment invalidé d'autres amendes puisque la *FCC* n'avait pas informé les chaînes suffisamment à l'avance

120. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

121. Dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a décidé que la suspension d'un accès à l'internet ne pouvait être décidée en premier ressort par une autorité administrative.

122. Liu (2004), Maxwell (2013).

123. *CBS Corp. v. FCC*, No. 06-3575 (3d Cir. Nov. 2, 2011).



de son changement de doctrine en matière de contenus indécents¹²⁴. Cependant, la Cour suprême n'a pas remis en cause le pouvoir de la *FCC* pour réguler ces questions, confirmant là-encore la possibilité pour une autorité de régulation d'agir en matière de liberté d'expression, à condition bien sûr qu'il existe la possibilité de faire appel de la décision rapidement devant les tribunaux.

Conclusion

Les tribunaux des États-Unis considèrent l'Internet comme un médium d'expression méritant le plus haut degré de protection au titre du Premier Amendement. Pour ces tribunaux, publier un contenu sur Internet est l'équivalent de la distribution de tracts sur une place publique. L'État peut organiser les modalités de la distribution de tracts, mais ne peut pas, sauf à de rares exceptions, censurer le type de contenu exprimé dans les tracts. Toute régulation doit rester neutre par rapport au point de vue exprimé. Selon la Cour suprême, le meilleur moyen de combattre des idées abjectes est de favoriser la publication d'autres idées qui viendront les concurrencer. Ainsi, un site Internet qui contient des propos d'incitation à la haine raciale sera protégé par le Premier Amendement, sauf si les propos contiennent une menace immédiate contre des personnes précises. Les tribunaux américains appliquent un test de proportionnalité similaire à celui appliqué en Europe, mais accordent une importance particulière aux dommages collatéraux (*chilling effects*) qui peuvent être provoqués par une loi ou un règlement limitant la liberté d'expression sur Internet.

Dans leur règlement intérieur, les grandes plateformes de l'Internet interdisent la publication de propos d'incitation à la haine raciale. Ces règlements intérieurs viennent ainsi combler le vide laissé par la jurisprudence. Certaines plateformes limitent également l'anonymat des internautes, même si – là encore – la jurisprudence reconnaît un certain droit à l'anonymat au titre du Premier Amendement. Adopté peu de temps après la Révolution américaine, le Premier Amendement traduit surtout une méfiance à l'égard de l'État. Les Américains estiment que l'État ne peut pas agir en tant qu'arbitre dans le marché des idées car il pourrait fausser le jeu à son avantage et dérégler ainsi le fonctionnement de la démocratie. C'est pour cela que les Américains privilégient l'autorégulation pour limiter la disponibilité de contenu abject sur l'Internet. L'autorégulation n'est certes pas parfaite, car elle fournit peu de garanties procédurales. Cependant, l'autorégulation est perçue comme étant préférable à une régulation de l'État en raison du risque de détournement que représente l'implication de l'État dans cette délicate question.

124. *Fox Television v. FCC*, 132 S. Ct. 2307 (2012).



Références

Ahlert, C., Chris Marsden and Chester Yung (2004), "How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests internet Content Self-Regulation" <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/text/liberty.pdf>.

Ambrose, M. L. (2013), "Speaking of Forgetting: Analysis of Possible Non-EU Responses to the Right to Be Forgotten and Speech Exception", *TPRC Conferences, TPRC 41: The 41st Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2238602> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2238602>.

Benkler, Y. (1999), "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain", *74 N.Y.U. L. Rev.* 354.

Breton, A. and R. Wintrobe (1992), "Freedom of speech vs. efficient regulation in markets for ideas", *17 J. of Econ. Behavior and Organization* 217.

Callanan, C., M. Gercke, E. De Marco and H. Driez-Ziekenheiner (2009), "Internet Blocking – Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies", http://www.aconite.com/sites/default/files/Internet_blocking_and_Democracy.pdf.

Coase, R.H. (1977), "Advertising and Free Speech", *6 J. of Leg. Studies* 1.

Foxman, A. and C. Wolf (2013), "Viral Hate – Containing its Spread on the Internet", *Palgrave Macmillan*.

Garfield, A. (1998), "Promises of Silence: Contract Law and Freedom of Speech", *83 Cornell L. Rev.* 261.

Hickman, T. (2008), "The Substance and Structure of Proportionality", *Public Law* 694.

Kreimer, S. (2006), "Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link", *155 Penn. L. Rev.* 11.

Liu, J. (2004), "Regulatory Copyright", *83 North Carolina L. Rev.* 87.

Maxwell, W. and J. Massaloux (2002), "Freedom of Speech and the Internet: European and US Perspectives after September 11th, 2001", *47 Comm. & Strategies* 121.

Maxwell, W. (2013), «Exceptions au droit d'auteur: deux modèles outre-Atlantique», *Rev. Lamy Droit de l'Immatériel*, n° 94, juin.

Maxwell, W. (2014), «La protection des données à caractère personnel aux États-Unis: convergences et divergences avec l'approche européenne», dans «Le cloudcomputing», *Société de législation comparée, collection colloques* v. 22.

Maxwell, W. and C. Coslin (2014), «L'efficacité à l'étranger des décisions françaises en matière de communication : le cas des États-Unis et du Premier Amendement», *Légicom* n° 52.



- Monaghan, H.P. (1970)**, "First Amendment 'Due Process'", *83 Harvard L. Rev.* 518.
- Posner, R.A. (2011)**, "Economic Analysis of Law", *Aspen Casebook Series, 8th Edition*.
- Rosen, J. (2012)**, "The Right to be Forgotten", *64 Stan. L. Rev. Online* 88.
- Rosen, J. (2013)**, "The Delete Squad", *The New Republic*, 29 April.
- Sauter, W. (2013)**, "Proportionality in EU law: a balancing act?", *TILEC Discussion Paper DP 2013-0003*.
- Seltzer, W. (2010)**, "Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment", *24 Harvard J. L. & Technology* 171.
- Singh, A. (2011)**, "Agency Regulation in Copyright Law: Rulemaking under the DMCA and its broader implications", *26 Berkeley Technology L. J.* 527.
- Tranberg, C.B. (2011)**, "Proportionality and data protection in the case law of the European Court of Justice", *1 Inter. Data Privacy L.* 239.
- Waldron, J. (2012)**, "The Harm in Hate Speech", *Harvard U. Press*.
- White House (2013)**, "Liberty and Security in a Changing World, Report and Recommendations of The President's Review Group on Intelligence and Communications Technologies", http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/2013-12-12_rg_final_report.pdf.

