

Affaires Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche universaliste confirmée deux fois

Par Daniel Arthur LAPRES¹
Avocat à la Cour d'appel de Paris
Barrister and Solicitor (Nouvelle-Écosse, Canada)

E-mail : daniel@lapres.net

Introduction

L'affaire dite « Yahoo! » a donné naissance à deux épisodes, « Yahoo! I » et « Yahoo! II », qui consacrent consécutivement l'adhésion à l'approche universaliste de la régulation des activités sur l'Internet.

Le lecteur se rappellera que dans l'affaire *Yahoo! I*, au printemps 2000, des associations de lutte contre le racisme et l'anti-sémitisme², ont obtenu du Tribunal de grande instance de Paris (le TGI) qu'il ordonne en référé à *Yahoo! Inc.*, société de droit américain dirigée à partir de la Californie, où sont situés ses serveurs, d'empêcher l'accès par les internautes en France à ses pages de ventes aux enchères où étaient offerts des *memorabilia* nazis.

La séquelle judiciaire de cette ordonnance a été lancée par *Yahoo! Inc.* devant les tribunaux en Californie qui ont déclaré l'ordonnance française non exécutoire sur le sol américain dans la mesure où elle violait la liberté d'expression de *Yahoo! Inc.* garantie par la Constitution américaine.

Dans l'affaire *Yahoo! II* initiée en 2001, des associations de lutte contre le racisme et l'anti-sémitisme³ ont cité la société *Yahoo! Inc.*, et Monsieur Timothy Koogle qui en était Président au moment des faits, pour y répondre des délits d'apologie de crimes de guerre contre l'humanité ou de crime ou de délits de collaboration avec l'ennemi pour avoir maintenu sur le site Internet *yahoo.com* du service de ventes aux enchères des ventes d'objets nazis.

L'affaire *Yahoo! II*, engagée au pénal selon ses règles procédurales spécifiques, vient compléter la décision *Yahoo! I* rendue au civil selon les règles de la procédure civile.

Par ailleurs, l'injonction du Conseil d'Etat, statuant en référé le 13 décembre 2004 sous la loi du 30 septembre 1986 sur requête du Président du *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA), par laquelle la diffusion de la chaîne de télévision *Al Manar* a été suspendue en France, complète le grand schéma de l'approche universaliste auprès des juridictions françaises.

Prononcée pour cause de diffusion de programmes racistes et anti-sémites, cette injonction fournit une référence nouvelle en matière de compétence internationale par rapport aux médias électroniques, qui se situe dans la droite ligne fixée par les juges français dans les affaires *Yahoo!*.

¹ Avocat à la cour d'Appel de Paris, Barrister and Solicitor (Nouvelle-Écosse, Canada), Of counsel to The Tang Law Group, Beijing, Chine, <<http://www.lapres.net>>. Les autres articles de l'auteur traitant de l'affaire *Yahoo! I & II* sont disponibles sur Laprés.net : <<http://www.lapres.net>>. Les textes intégraux des décisions relatives à ces affaires sont également disponibles sur la page suivante : <<http://www.lapres.net/html/yahweb.html>>.

² La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme - la LICRA - et l'Union des Etudiants Juifs de France - l'UEJF.

³ Il s'est agi de l'Association Amicale des Déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie, et le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP). Dans un second temps, le Consistoire Israélite de France s'est constitué partie civile.

I. Rappels des procédures et décisions relatives aux affaires Yahoo! et Al Manar

A. L'affaire Yahoo! I – adoption de l'approche universaliste

Arguant de l'incompétence du juge français, *Yahoo! Inc.* avait résisté à la demande des associations antiracistes françaises en faisant valoir que la vente d'objets nazis à partir de ses serveurs aux Etats-Unis n'enfreignait aucune loi américaine. Sa défense anéanmoins été rejetée.

Ainsi, le 22 mai 2000, le juge délégué par le premier président avait ordonné à *Yahoo! Inc.* de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis⁴.

Le 20 novembre 2000, après avoir recueilli les avis des experts confirmant la possibilité d'effectuer sans coût prohibitif un filtrage efficace à environ 80%, le juge a confirmé cette ordonnance⁵. Mais avant la date limite, *Yahoo! Inc.* a annoncé la mise en place de techniques de filtrage correspondant *grosso modo* aux exigences de la justice française.

Ensuite, *Yahoo! Inc.* a obtenu des tribunaux américains un jugement en référé ("*summary judgment*") déclarant l'ordonnance de la justice française susceptible de ne recevoir ni reconnaissance ni exécution aux Etats-Unis⁶. Devant la justice américaine, la LICRA et les autres associations ont d'abord contesté la compétence et, sur le fond, elles ont surtout minimisé la portée de l'ordonnance française en assurant qu'elles n'avaient aucune intention de faire exécuter l'astreinte.

D'abord le juge du 9^{ème} Circuit (Nord de la Californie à *San Jose*) s'est déclaré compétent par rapport aux associations défenderesses sur la base de leur utilisation délibérée de la loi de la loi fédérale, en ce qu'elles avaient recherché *Yahoo! Inc.* en Californie pour lui signifier leur action en France. Dans ces conditions, le juge a conclu que l'exercice de sa compétence n'était pas déraisonnable⁷.

Ensuite, le juge a tranché sur le fond en déclarant l'ordonnance française sans effet aux Etats-Unis parce qu'elle enfreignait la liberté d'expression de *Yahoo! Inc.* telle que protégée par le Premier amendement de la Constitution américaine⁸.

Les associations françaises ont alors fait appel et ont obtenu d'un banc de trois juges de la *court of Appeals* l'annulation de toute la procédure parce que la cour a considéré que les associations ne s'étaient pas encore exposées à la compétence personnelle des tribunaux américains puisqu'elles n'avaient pas mis en exécution en Californie le jugement rendu en leur faveur par la justice française. Bref, la *court of Appeals* a esquivé le conflit de lois ainsi que le conflit de juridictions en se fondant sur une question de droit procédural californien.

Toutefois, le 10 février 2005, la cour a annoncé que l'affaire sera entendue en séance plénière et l'arrêt originel est devenu caduc.

In fine, l'affaire *Yahoo! I* portée devant les tribunaux américains vire à la querelle procédurale et les intéressés n'en savent pas davantage qu'en première instance sur l'attitude des tribunaux américains envers l'exécution sur le territoire américain des normes décidées par des autorités étrangères adhérant à

⁴ TGI Paris, référé, 22 mai 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>>.

⁵ TGI Paris, référé, 20 novembre 2000, UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.htm>>.

⁶ Un "*Summary judgment*" est rendu lorsque la demande est fondée en droit et qu'il n'y aucune contestation sérieuse quant aux faits.

⁷ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le racisme et L'Antisémitisme*, 145 F.Supp. 2d. 1168, 1179 (N.D. Calif. 2001) : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/en/txt/jurisus/ic/dccalifornia20011107.htm>>.

⁸ Le texte du jugement est disponible sur Lapres.net : <<http://www.lapres.net/html/yahweb.html>>.

l'approche universaliste de leurs compétences législatives et judiciaires lesquelles normes violeraient des normes constitutionnelles américaines.

Le conflit de lois reste donc entier en ce que les contraintes judiciaires françaises ne pourront avoir pour effet de violer la liberté d'expression dont l'interprétation et l'application aux Etats-Unis indiquent des acceptions incompatibles avec les références européennes comparables.

En droit américain, sans un intérêt gouvernemental impérieux ("*compelling government interest*"), le Premier amendement ne supporte aucune régulation des communications sur la base des orientations exprimées ("*viewpoint based regulation*").

Les interdictions françaises, et plus généralement européennes, des communications à contenus nazis heurtent de plein front la règle constitutionnelle américaine, ce constat suffisant à notre propos sans que soit nécessaire tout jugement de valeur des approches de la liberté d'expression en ballottage.

Après l'affaire *Yahoo! I*, le conflit subsiste donc entre les juridictions françaises et américaines à propos des champs d'application de leurs normes nationales respectives aux opérateurs de sites étrangers ainsi que par rapport aux conditions de soumission à leurs compétences respectives des opérateurs étrangers.

B. L'affaire Yahoo! II – l'approche universaliste confirmée

Sur le fondement d'un constat d'huissier relatant ses observations du site *yahoo.com* à partir de son écran d'ordinateur d'un service de vente aux enchères d'objets nazis, des associations de lutte contre le racisme et l'anti-sémitisme ont procédé le 9 février 2001 par citation directe devant la XVII^{ème} Chambre du TGI contre la société *Yahoo! Inc.*, et Monsieur Timothy Koogle qui en était président au moment des faits, pour y répondre des délits d'apologie de crimes de guerre contre l'humanité ou de crime ou de délits de collaboration avec l'ennemi⁹.

A son audience du 26 février 2002, le TGI a rejeté les exceptions tirées de son incompétence territoriale. Puis, à celle du 11 février 2003, le TGI a tranché sur la poursuite en tant qu'elle visait Monsieur Koogle et la société *Yahoo! Inc.* agissant en qualité de fournisseur d'hébergement du contenu des annonces offrant des objets à la vente figurant sur le service de vente en ligne. Les juges ont appliqué l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 pour les mettre hors de cause.

Cet article du texte originel de la loi a été abrogé par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004. Il disposait que : « *Les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu.* »

Sur la poursuite de la société *Yahoo! Inc.* en tant qu'éditeur du service de communication en ligne *auction.yahoo.com*, le TGI a relaxé Monsieur Koogle des fins de poursuite du chef de délit d'apologie des crimes de guerre, de crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi.

Le tribunal a constaté l'extinction de l'action publique fondée sur l'article 645-1 du Code pénal du fait de la loi d'amnistie. Mais en plus, le tribunal considère que les éléments de l'infraction ne sont pas réunis.

Ayant donc exercé sa compétence sur Monsieur Koogle et la société, le tribunal en a réduit la portée pratique en rejetant les actions sur le fond. Les associations ont alors fait appel.

⁹ L'infraction est prévue par les articles 24 et 24bis de la loi du 29 juillet 1881. L'Amicale des déportés d'Auschwitz avait fait constater le 5 janvier 2001 par huissier que 2 389 objets portant des insignes nazis étaient encore en vente. Cinq jours plus tard, *Yahoo!* aurait supprimé ce service controversé, voir « Vente d'objets nazis: Yahoo! relaxé », *Liberation.fr*, 6 avril 2005, <<http://www.liberation.fr/page.php?Article=287739&AG>>.

A son audience du 4 février 2004, la cour d'appel a entendu des débats sur la seule exception de compétence. Monsieur l'Avocat général a requis la confirmation du jugement, puis la cour a rendu son arrêt le 17 mars 2004. Elle retient que les faits incriminés l'ont été en raison du maintien délibéré sur le site Internet *yahoo.com*, d'un service de vente aux enchères dénommé « *Auctions* » d'objets nazis, ayant pour adresse <http://auctions.yahoo.com> réceptionné sur un poste d'ordinateur à Paris.

Monsieur Koogle et la société *Yahoo! Inc.* ont déclaré ne pas avoir eu l'intention de publier en France un site de vente aux enchères d'objets nazis puisque la fonction « *search* » n'était qu'un instrument de recherche automatique propre et intégré à l'outil Internet dans son ensemble sans lequel il ne pourrait fonctionner et pour lequel son exploitant ne saurait être tenu responsable des résultats qu'il indexe.

Ils ont souligné que le recours à la notion de « *publicité* » comme critère de rattachement engendrerait une imprévisibilité du choix de la loi applicable et qu'au contraire, seule devrait être prise en compte la localisation du site.

Pour éviter la compétence du tribunal, ils ont dit n'avoir commis aucun acte « *positif* » en France et que l'initiative de la communication était prise par l'internaute français qui « *pour accéder aux informations reprochées, se transporte sur le site américain hébergé aux Etats-Unis, rédigé en langue anglaise, lequel n'est donc pas directement et spontanément accessible.* »

En tout cas, Monsieur Koogle et la société *Yahoo! Inc.* ont fait observer que les articles 113-7 et 113-8 du Code pénal ne s'appliquent pas aux contraventions et que dès lors les poursuites sur la base de l'article R 645-1 étaient irrecevables.

Les associations ont répondu que l'intention délibérée de Monsieur Koogle et de sa société était manifeste puisqu'ils laissent perdurer l'accessibilité des messages nazis malgré les ordonnances du TGI des 22 mai, 11 août et 20 novembre 2000.

S'agissant du critère de rattachement, ils ont prôné la reconnaissance de la « *publicité* » comme critère qui est commun à toutes les infractions en matière de presse et que ce lieu de « *publicité* » est bel et bien la France où les internautes peuvent y accéder.

Sur ce, la cour a pris acte de la dimension internationale de l'Internet et du manque « *à l'heure actuelle* » de règles de droit international élaborées et même d'harmonisation entre les règles nationales, régissant la compétence judiciaire et la législation applicable aux délits de presse commises à partir ou grâce au réseau Internet. Les règles nationales doivent donc s'appliquer.

La cour rejette comme seules options la loi du pays de l'implantation du fournisseur d'hébergement ou celle de la nationalité de l'exploitant. La Cour redoute les délocalisations dans des pays à la législation moins contraignante ou moins agressive envers le racisme et l'anti-sémitisme.

La cour explique, mais de manière présentée comme superfétatoire, que la société *Yahoo!* dispose de la capacité technique de limiter la diffusion des messages en tenant compte de la nationalité de l'internaute puisqu'elle exploite depuis janvier 2001 une technologie lui permettant d'identifier sur la base de mots clés les objets que les internautes veulent proposer à la vente et d'empêcher leur diffusion sur Internet.

En invoquant spécifiquement le droit de la presse, la cour rappelle que l'élément constitutif de l'infraction est la publicité qui peut revêtir différentes formes en fonction du vecteur de communication. Elle retient que la société *Yahoo!* « *développe et amplifie son activité auprès des internautes du monde entier, dont ceux de la France* ».

Considérant que la société *Yahoo!* a continué, malgré les décisions du juge des référés, d'envoyer sur les écrans d'ordinateurs en France les services et les sites incriminés, l'élément intentionnel de la société *Yahoo!* était donc caractérisé.

La cour mentionne en particulier que lorsqu'une connexion à son site d'enchères litigieux est faite à partir d'un poste situé en France, la société répond par l'envoi de bandeaux publicitaires rédigés en français, confirmant que l'information n'est pas délivrée sur son site mais sur le poste de l'internaute.

Dans ces conditions, les moyens tirés de la nationalité des défendeurs et de l'origine géographique du site étaient inopérants.

La cour a renvoyé l'affaire sur les autres exceptions et au fond à des audiences ultérieures.

Le 5 avril 2005, elle a rendu son arrêt disculpant Monsieur Koogle et *Yahoo! Inc.* d'apologie de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Pour la cour d'appel, si le délit est constitué, il ne pouvait être imputé à Yahoo! ou à son président car «Les informations incriminées n'avaient pas pour auteur Yahoo! et n'étaient ni classifiées ni retouchées par cette société».

C. L'affaire Al Manar confirme l'absolutisme de l'approche universaliste

Par ordonnance du 13 décembre 2004, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour appliquer la loi française à des programmes émis à partir de la Tunisie sur *Arabsat* et relayés vers l'Europe par *Eutelsat* sur un répéteur partagé par *Al Manar* et 7 autres chaînes, dont aucune visée par les autorités françaises. Le Conseil d'Etat a retenu que « *la diffusion effective en France de la chaîne est difficilement mesurable et est, en tout cas, limitée* ». Dès que les émissions d'un satellite à l'étranger sont susceptibles d'être reçues sur le territoire, la loi française leur est applicable.

L'injonction a visé la société de droit français *Eutelsat*, en l'ordonnant de « *faire cesser la diffusion sur ses satellites des services de télévision Al Manar dans les 48 heures* ».

Al Manar a été jugée soumise à la loi du 30 septembre 1986 en vertu de son article 43-4 stipulant que :

« *Les exploitants des services de télévision auxquels ne sont applicables aucun des critères définis à l'article 43-3 relèvent de la compétence de la France s'ils satisfont à l'une des conditions suivantes :*

a) *S'ils utilisent une fréquence accordée par la France ;*

b) *Si, n'utilisant pas une fréquence accordée par un Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen, ils utilisent une capacité satellitaire relevant de la France ;*

c) *Si, n'utilisant ni une fréquence accordée par un Etat membre de la Communauté européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ni une capacité satellitaire relevant d'un de ces Etats, ils utilisent une liaison montante vers un satellite à partir d'une station située en France. »*

Le Conseil d'Etat a conclu qu'*Al Manar* avait manqué de respect pour : « *les principes de notre République ; que le monde politique et les autorités religieuses ont fait part de leur émotion ; que la sensibilité de la communauté juive était heurtée par le contenu des programmes d'Al Manar ; que l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'exclut pas l'interdiction d'images pouvant être vécues comme une profanation par des croyants ; qu'il y a un risque d'exacerbation des tensions, notamment chez les jeunes. »*

Sans doute, cette jurisprudence renforce l'adhésion nationale à l'approche universaliste de la régulation des communications internationales par les médias électroniques. Elle confirme l'engagement des institutions françaises à restreindre la liberté d'expression quand son exercice propage des idées racistes ou anti-sémites, quelle qu'en soit le degré de leur marginalisation ou l'improbabilité qu'elles incitent l'entreprise imminente d'actions autrement répréhensibles.

II. Discussion critique autour de l'approche universaliste

Alors que l'adhésion à la thèse universaliste des juridictions françaises est confirmée par la nouvelle affaire *Yahoo!*, les motifs des jugements la consacrant déplacent le débat quasi-délictuel de l'affaire *Yahoo! I* sur le terrain du droit de la presse, tout en laissant entrevoir des possibilités d'en limiter la portée pratique.

A. L'assimilation au droit de la communication

Dès sa première ordonnance du 22 mai 2000, Monsieur le Vice-Président du Tribunal de grande instance de Paris avait déclaré « *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, la Société Yahoo! Inc. commet donc une faute sur le territoire français, faute, dont le caractère non intentionnel est avéré, mais qui est à l'origine d'un dommage tant pour la LICRA que pour l'UEJF qui ont, l'une et l'autre, vocation à poursuivre en France toute forme de banalisation du nazisme, peu important au demeurant le caractère.* »

Mais dans l'affaire *Yahoo! II*, les juges ont refusé la demande de condamnation de *Yahoo! Inc.* pour la contravention consistant à avoir exhibé des enseignes nazis. En cela, on semble avoir admis implicitement que les articles 113-7 et 113-8 excluent la poursuite devant les tribunaux correctionnels français des contraventions commises par les sites étrangers¹⁰.

Pour la cour, le lieu de l'infraction est celui où a lieu la « *publicité* ». Cette « *publicité* » peut revêtir différentes formes en fonction du moyen de communication. S'agissant de l'Internet, tout lieu d'où il est possible d'accéder à un site litigieux constitue une « *loci delicti* », ce qui suffit pour justifier l'application de la loi française ainsi que l'exercice de leur compétence par les juridictions françaises.

Les juridictions françaises ne semblent pas se sentir concernées par la jurisprudence de la cour européenne de justice selon laquelle, en matière de presse, le lieu de l'acte délictueux se situe dans l'Etat de l'établissement de l'éditeur, le résultat de l'acte délictueux étant considéré comme se produisant dans tous les Etats où la publication est diffusée et où la victime est connue¹¹.

L'exposition des opérateurs de sites étrangers existe dès qu'ils exploitent des moyens de reconnaissance des origines nationales des internautes accédant à leurs sites.

En effet, les juridictions françaises reprochent à la société *Yahoo! Inc.* d'avoir délibérément enfreint les lois, règlements et ordonnances judiciaires françaises en ce qu'elle pouvait discriminer les connexions selon leurs pays de provenance et qu'elle avait aussi la capacité technique d'identifier sur la base de mots clés les objets offerts à la vente par les internautes et d'empêcher leur diffusion.

¹⁰ L'inférence n'est pas certaine puisque l'infraction de l'article R 645-1 avait été amnistiée. Par contre, cette amnistie n'aurait pas *a priori* exclu l'action civile. En tout cas, la cour ne développe pas cet aspect du problème. S'agissant de faits commis à l'étranger par un étranger sans infraction à sa loi pénale locale, seuls les cas de crimes contre l'humanité ou certaines autres situations extrêmes ou particulières (par exemple une fraude à l'immigration commise par un étranger dans un consulat français à l'étranger) sont susceptibles d'être poursuivis en France en application de son droit pénal. Dès 1873, la Cour de cassation a jugé que sauf dans des cas exceptionnels les tribunaux français ne doivent pas juger des ressortissants étrangers pour des infractions commises hors du territoire français car un tel exercice de compétence serait "exorbitant". Voir Fornage, 84 *Journal du Palais* 299 (1873). En d'autres termes, si l'acte reproché à *Yahoo! Inc.* n'avait pas été jugé comme ayant été commis en France, le juge français aurait vraisemblablement agi avec plus de circonspection dans la projection de son Code pénal jusqu'en Californie.

¹¹ Shevill c. Presse Alliance S.A., 7.2.1995, *Recueil* 1995, I-415 (cas C-68/93). Voir aussi Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ? », in *Boele-Woelki and Kessedjian (eds)*, à la page 112 : "Appliqué à un délit commis par le canal d'Internet, le lieu de l'événement causal est celui de l'acte de chargement du message dommageable sur les réseaux, par exemple, le lieu à partir duquel une page d'accueil est chargée sur un serveur ou le lieu d'expédition d'un courrier électronique. Il ne s'agit pas de l'emplacement du serveur, qui ne saurait être significatif."

La Cour s'expose, nous semble-t-il, à des critiques fondées sur l'incohérence entre sa volonté légitime de lutter contre les délocalisations visant des fraudes à la loi par la fuite vers des « paradis informationnels » et son omission de citer tout motif de juger la société *Yahoo!* comme ayant pratiqué une telle délocalisation ou de juger les Etats-Unis comme un « paradis informationnel », ou en tout cas à ce point moins contraignant de constituer une offense à l'ordre public français, plus que quantité d'autres situations juridiques illicites en droit français qui sont pourtant tolérées, voire cautionnées, par les juridictions françaises au titre du comité international. Si la compétence des juridictions françaises et de la loi française avait été limitée aux seuls cas de délocalisations frauduleuses, la poursuite de *Yahoo! Inc.* n'aurait probablement pas prospéré¹².

Par contre, il n'est pas certain que la cour entende obliger les opérateurs de tous les sites étrangers à adopter de telles techniques de contrôle d'accès par les internautes français à leurs sites aux contenus violant des lois françaises, car la cour retient que *Yahoo!* développe une activité au plan international en visant spécifiquement les internautes français. On peut donc en inférer, mais non sans risque, que les juridictions françaises pourraient ne pas exercer leur compétence par rapport aux sites étrangers affichant des contenus violant les lois françaises à condition que leurs opérateurs ne visent pas spécifiquement les internautes situés sur le territoire français¹³.

C'est le caractère absolu de la formulation française qui lui donne sa spécificité. Il ne peut y avoir long débat sur le bien-fondé de lutter contre les abus, mais cette lutte nécessite-t-elle de réguler tous les sites étrangers accessibles en France ?

Les juridictions françaises n'avaient pas à étendre aussi largement leur compétence pour se prononcer sur le cas spécifique de *Yahoo! Inc.* Sans doute, les tribunaux américains dans un cas pareil auraient exercé leur compétence en raison des efforts mis en œuvre par *Yahoo! Inc.* pour cibler les internautes locaux¹⁴.

Dans l'affaire *Yahoo! II*, les juridictions françaises ont pratiquement enterré l'argument selon lequel les actes *sine qua non* pour exhiber les images litigieuses en les conduisant à l'écran de tout ordinateur en France sont commis par l'utilisateur en France. Pourtant sans l'interrogation adressée par l'internaute au serveur de *Yahoo! Inc.*, aucune communication ne serait établie. Elles qualifient, au moins implicitement, comme acte « positif » le maintien d'informations même en anglais sur des serveurs en Californie pour autant que cela permette l'affichage sur des écrans en France de messages litigieux¹⁵.

¹³ Un appel en ce sens a été lancé par Lionel Thoumyre dans « Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ? », *Le Monde*, Paris, 13-14 août 2000, p. 1.

¹⁴ L'approche des juridictions nord-américaines de leur compétence par rapport aux activités sur l'Internet est fondée sur le ciblage (« targeting »), voir Michael Geist, « The legal implications of the Yahoo! Inc. nazi memorabilia dispute », *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/en/uni/doc/yahoo/geist.htm>>. La difficulté de ces questions est éloquemment illustrée par les vacillations de l'auteur qui donne tantôt l'impression de soutenir l'exercice de compétence par les juridictions françaises pour sanctionner le prosélytisme nazi, et tantôt l'impression d'être critique vis-à-vis de l'exercice exorbitant de compétence par les juridictions françaises, mais sur la supposition erronée que *Yahoo! Inc.* n'avait pas ciblé les internautes français, ce qui s'est avéré être le cas en ce que, par exemple, *Yahoo!* leur destinait des publicités en langue française. Ainsi dans la même série d'entretiens effectués par Lionel Thoumyre, Joel R. Reidenberg souligne que les arguments en défense de *Yahoo! Inc.* correspondaient à du « posturing of a company that did not want to comply with the laws of a country where it had business. In fact, Yahoo was already taking advantage of filtering for advertising purposes. Indeed, Yahoo's support of the hate materials on its Web site was an extraordinary display of arrogance and hypocrisy. At the same time Yahoo argued strenuously to keep Nazi glorification on its Web site, Yahoo prohibited the sale of pet hamsters and used clothing! », *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/en/uni/doc/yahoo/reidenberg.htm>>. Le ciblage fait par *Yahoo! Inc.* a également été relevé par le professeur Yves Pouillet, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/en/uni/doc/yahoo/pouillet.htm>>.

¹⁵ Pour une défense doctrinale de l'approche universaliste française, voir Michel Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *JCP* 1996, I, 3969 : « *Propos racistes. Une officine spécialisée ou un individu délirant à titre privé lance sur le réseau tel ou tel discours haineux (l'objet de la haine étant bien évidemment variable selon la pathologie de l'individu). Ce discours, via le réseau, est reçu en Argentine, au Canada ou en France. Dès lors, qu'un texte français incrimine les provocations à la haine raciale commis par tous supports d'écrits ou moyen de communication* »

B. Le traitement en droit de la communication

Pour que l'affaire *Al Manar* puisse conforter pleinement les thèses de la jurisprudence *Yahoo!*, il eut fallu que le CSA s'en soit pris à *Arabsat*, qui n'est *arguendo* pas soumis à la compétence des juridictions françaises en application de la loi du 30 septembre 1986 et dont il semble que les services soient disponibles en France par des canaux autres qu'*Eutelsat*¹⁶. Le défi eut été d'autant plus intéressant à relever qu'il transposerait le débat au-delà du plan du droit international privé, *Arabsat* étant apparemment un sujet de droit international public¹⁷. Or en droit international public, l'Etat doit restreindre la portée des actions de ses juridictions aux personnes et événements ayant des contacts significatifs avec le territoire, ce qui correspond à la négation de la thèse universaliste.

C. La solution alternative en droit français

Dans l'affaire D.J. c/ F.C.O., la Cour d'appel de Paris (11^{ème} chambre, section A) a rendu le 10 novembre 1999 un arrêt dont les autres juridictions auraient trouvé matière à réflexion¹⁸.

Dans cette affaire, il s'est agi de la poursuite par un internaute en France d'un allemand pour diffamation à cause de la publication sur un site suisse des propos litigieux.

La cour s'est prononcée dans les termes suivants : 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.

Il convient de créer une prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence, ce qui peut exposer à toutes les incertitudes.

Au premier rang des repères objectifs, et maîtrisable par l'auteur des propos, figure le lieu du site sur lequel ils sont publiés, à l'inverse du lieu de réception qui est aléatoire. Au cas d'espèce, il s'agit de la Suisse et c'est sa loi qui est applicable.

Dans l'affaire portée devant la cour, la partie civile avait trouvé les propos sur un site web hébergé en Suisse qui ne visait pas les internautes en France mais, le prévenu étant ressortissant français, il a pu être poursuivi devant les tribunaux français en application de l'article 113-6 du Code Pénal¹⁹.

audiovisuelle (L. 29 juill. 1881, art. 24 avec renvoi à art. 23), si le discours peut être tenu pour une provocation à la haine, la provocation étant réalisée en France par la réception du message, un élément constitutif du délit est bien localisé en France. Et donc, une fois encore, suivant l'article 113-2 du Nouveau Code pénal, le droit pénal français est fondé à jouer. » Mais la conclusion suppose que l'on accepte de considérer que le site étranger est « responsable » de l'acte délictueux, ou serait-ce plutôt le seul internaute ayant lancé l'interrogation ?

16 <http://www.arabsat.com/about_us/index.asp>.

17 L'Organisation annonce sur son site Internet son « *corporate profile* », mais à y regarder de plus près, il s'agit d'une organisation créée et dirigée par des représentants des Etats arabes y participant. Son capital correspond à 163 millions \$ répartis parmi l'Arabie Saoudite (36.66%), le Koweït (14.59%), la Libye (11.28%), le Qatar (9.81%), les Emirats Arabes Unis (4.66%), la Jordanie (4.05%), le Liban (3.83%), le Bahrayn (2.45%), la Syrie (2.08%), l'Irac (1.9%), l'Algérie (1.72%), le Yémen (1.65%), l'Egypte (1.59%), l'Oman (1.23%), la Tunisie (0.74%), le Maroc (0.61%), le Soudan (0.27%), Mauritanie (0,27%), la Palestine (0,25%), la Somalie (0,24%) et Djibouti (01,12%).

18 CA Paris, D.J. c/ F.C.O., 10 novembre 1999 : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=299>>.

19 La cour a déclaré qu'une « *exception doit être faite pour les citoyens français puisque la loi française s'est donnée compétence quel que soit le lieu où ils commettent certains faits. L'article 113-6 du Code pénal prévoit en effet que la*

Comme la cour a formulé son principe de compétence, la loi du lieu du serveur n'est qu'un premier facteur à prendre en considération. Évidemment, il serait inopportun de tomber dans un régime d'application systématique du lieu du serveur puisque cette règle encouragerait le « *shopping* pour des paradis informationnels » et donc de commettre des fraudes aux lois nationales normalement applicables.

Conclusion

Les affaires *Yahoo!* consacrent l'adhésion des juridictions françaises à l'approche universaliste de la régulation de la compétence législative et judiciaire par rapport aux activités sur l'Internet.

L'affaire *Yahoo! II* place le débat dans le cadre du droit de la communication. Le critère déterminant de la compétence est le lieu de la publicité, considéré comme tout endroit où le site litigieux est accessible.

Le résultat pratique est le même que dans *Yahoo! I* : les sites étrangers accessibles à partir de postes en France et leurs opérateurs sont soumis à la loi française et à la compétence des juridictions françaises.

L'approche universaliste produit des résultats qui sont inefficients en ce que le *forum shopping* est exacerbé et en ce que les coûts d'exploitation d'activités sur le web pour mettre en œuvre des systèmes de filtrage pour respecter toutes les normes avec effet légal applicable où que ce soit au monde, ainsi que les risques de poursuites encourus pour leur violation sont augmentés, et les bienfaits de l'Internet sont d'autant réduits. Chacun admettant qu'il faut dans tout régime prévoir des règles pour corriger les abus par les opérateurs cherchant à abriter leurs activités dans les paradis informationnels pour commettre une fraude à la loi de tout Etat, la règle de compétence fondée sur les efforts faits par l'opérateur pour cibler les internautes dans le ressort du juge captera le plus souvent le fraudeur à la loi, sinon quel pourrait être l'intérêt de sa fraude ?

L'absolutisme de l'approche universaliste n'est pas nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes de ses défenseurs. Dans les affaires *Yahoo!*, le juge français aurait pu se déclarer compétent sur la base du ciblage qu'effectuait *Yahoo! Inc.* vers les internautes français, et il ne lui était pas nécessaire d'étendre sa compétence à tous les sites du monde dont les informations sont accessibles à partir d'ordinateurs situés sur le territoire national dont les contenus constitueraient des crimes ou des délits (voire des contraventions comme c'était le cas dans l'affaire *Yahoo! I*)²⁰. A-t-on apprécié à leur juste mesure les conséquences des applications réciproques par les autorités étrangères de l'approche universaliste aux opérateurs de sites français ? Les limites, éventuellement provisoires, des capacités des autorités de contrôler les opérations des internautes sur leur territoire suffisent-elles pour justifier l'adoption d'un régime qui réduit durablement les contenus du web au résultat restant après cumul des exclusions nationales ?

Dans le débat autour des affaires *Yahoo!*, l'ensemble des décideurs et des observateurs semble dénier tout rôle aux règles de droit international public pour inciter les Etats, ainsi que leurs législateurs et leurs juges, à respecter les limites de l'exercice de compétence qui y sont définies et qui régissent la responsabilité des Etats entre eux. Or, autant la compétence législative que la compétence judiciaire supposent en droit international public l'existence dans le ressort du législateur et du juge d'effets substantiels d'un acte commis par un étranger ayant lieu en dehors du territoire national. Aussi, le juge pénal ne doit pas, en dehors des violations aux principes généraux du droit (comme les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre) sanctionner un étranger pour des actes commis dans son pays lorsque ces actes, malgré leur caractère délictueux selon la loi du juge saisi, ne sont pas délictueux en application de la *lex loci delicti*. Le respect de ces règles aurait amené le juge dans l'affaire *Yahoo! I* à s'interroger sur l'intensité des contacts du site de *Yahoo! Inc.* avec le territoire français avant de se

loi française est applicable » aux, délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

²⁰ Ce point est souligné par Monsieur le professeur Yves Pouillet, voir supra.

déclarer compétent pour la tenir responsable devant lui pour les informations accessibles à partir d'ordinateurs situés en France.

D.L.