

A Monsieur le Président du Tribunal
de grande instance de Paris

CONCLUSIONS

Audience de référé du 24 juillet 2000 – 14H00

POUR :

La société YAHOO ! Inc.

Société de droit américain,
dont le siège social est sis au 3420 Central Expressway, Santa Clara,
prise en la personne de son représentant légal, Monsieur Gregory John Wrenn, dûment habilité à
la représenter élisant domicile audit siège.

Ayant pour avocat :

La SELARL NOMOS
Représentée par Maître Christophe PECNARD
Avocat au Barreau de Paris
13, rue Alphonse de Neuville 75017 Paris
Tel : 01 43 18 55 00
Toque : L 237

Elisant domicile en son cabinet

CONTRE :

L'Union des Etudiants Juifs de France

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901
Ayant son siège social sis 27 ter Avenue Löwendal, 75015 Paris
Agissant par son Président Monsieur Ygal El Harrar, dûment habilité et domicilié audit siège en
cette qualité

Demanderesse à la présente procédure

Ayant pour avocat :

Maître Stéphane LILTI
Avocat au Barreau de Paris
12 Avenue Pierre 1^{er} de Serbie,
75016 Paris
Toque : C1113

La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme. LICRA

Association déclarée de la loi du 1^{er} juillet 1901, dont le siège social est sis 42, rue du Louvre, 75002 Paris, représentée par son Président Monsieur Patrick GAUBERT, domicilié audit siège.

Demanderesse à la présente procédure

Ayant pour avocat :

Maître Marc LEVY
SCP Levy & Associés
Avocats au Barreau de Paris
6, rue de Madrid,
75008 Paris
Toque : P 119

En présence de :

La société YAHOO ! France

Société par actions simplifiées,
Enregistrée sous le N° RCS Paris n°B 409 690 823 dont le siège social est 11, bis rue Toricelli
75017 Paris,

prise en la personne de son représentant légal, Monsieur Philippe Guillanton, dûment habilité à la représenter et domicilié audit siège.

Défenderesse à la présente procédure

Ayant pour avocat :

La SELARL NOMOS
Représentée par Maître Isabelle CAMUS
Avocat au Barreau de Paris
13, rue Alphonse de Neuville
75017 Paris
Tel : 01 43 18 55 00
Toque : L 237

PLAISE A MONSIEUR LE PRESIDENT

I. RAPPEL DE LA PROCEDURE

1.1 Procédure engagée par l'Union des Etudiants juifs de France

L'Union des Etudiants Juifs de France (« l'UEJF »), a assigné devant Monsieur Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, saisi en la Forme des référés, la société YAHOO ! Inc.

A cet effet, l'UEJF a fait délivrer à la société défenderesse un acte introductif d'instance par parquet diplomatique.

Au terme de cet acte, l'UEJF s'estimait justifiée, sur le fondement de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile, à demander à ce que Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Paris ordonne à Yahoo! Inc, à titre de mesures conservatoires, sous astreinte de 100 000 Euros par jour de retard et par infraction constatée, à compter de l'ordonnance à intervenir, de détruire toute donnée informatique stockée directement ou indirectement sur son serveur et cesser corrélativement tout hébergement et toute mise à disposition sur le territoire de la république à partir du site « *Yahoo.com* » :

- de messages, d'images et de textes se rapportant aux objets, reliques, insignes et emblèmes et drapeaux nazis ou évoquant le nazisme et pouvant actuellement être acquis sur le service « Auctions » ;
- de pages Web exposant les textes, extrait ou citation de « Mein Kampf », et du « *Protocole des Sages de Sion* » pouvant être actuellement consultés, reproduits ou téléchargés sur le service d'hébergement Geocities de Yahoo ! Inc.

Par ailleurs, l'UEJF s'estimait justifiée à réclamer à titre de mesures de remise en état que Monsieur le Président :

- Ordonne la publication de l'ordonnance à intervenir par extrait dans cinq quotidiens ou hebdomadaires du choix de l'UEJF, dans la limite de 25.000 F par publication, aux frais avancés des défenderesses à consigner sur le compte CARPA de leurs conseils qui s'en dessaisiront sur simple présentation des devis l'OSP ;
- Enjoigne chacune des sociétés défenderesses de mettre en œuvre les moyens techniques appropriés pour faire apparaître, sous la forme d'un avertissement, un extrait de l'ordonnance à intervenir, sur la page d'accueil des sites Yahoo.fr et Yahoo.com pendant une durée de 30 secondes lors de chaque consultation et pour une période de 15 jours ;
- Dise et juge qu'il sera procédé à cette publication en dehors de tout encart publicitaire et sans mention ajoutée de quelque nature que ce soit, autre que celle relative à un appel éventuel selon les formes et modalités que Monsieur le Président voudra bien fixer.

1.2 La procédure engagée par la Ligue Internationale contre le Racisme et l'antisémitisme

De la même façon, la Ligue Contre Le Racisme et l'Antisémitisme, la « LICRA », a cru devoir assigner devant Monsieur Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, saisi en la forme des référés, la société de droit américain Yahoo ! Inc.

A cet effet, la LICRA a fait délivrer à la société Yahoo ! Inc. un acte introductif d'instance par Parquet diplomatique.

Au terme de cet acte la LICRA s'estimait justifiée, sur le fondement de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile, à demander à ce que Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Paris ordonne :

- Une injonction à la société Yahoo ! Inc., de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'exhibition-vente sur son site, d'objets nazis, dans tout le territoire national (France Métropolitaine et DOM-TOM), et ce sous astreinte définitive de 100 000 Euros par jour de retard, à compter de l'ordonnance à intervenir.
- Une condamnation de la société Yahoo ! Inc. à payer le somme de 5 000 euros, au titre des frais irrépétibles.

1.3 L'ordonnance du 22 mai 2000

Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Paris a ainsi rendu une ordonnance de référé en date du 22 mai 2000 à l'encontre de la société Yahoo ! Inc..

Aux termes de cette ordonnance, Monsieur le président a ordonné à la société Yahoo ! Inc. de prendre des mesures permettant de :

« dissuader et de 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 »

Cette injonction n'a été assortie d'aucune mesure d'astreinte.

Par ailleurs, Monsieur le Président a ordonné la poursuite de l'instance à la présente audience, au cours de laquelle la société Yahoo ! Inc. devrait soumettre les mesures qu'elle comptait prendre pour mettre un terme au dommage et au trouble subi par les requérantes et pour prévenir tout nouveau trouble.

Monsieur le Président s'est donc fondé sur un postulat technique indémontré et contesté par Yahoo ! Inc. dans ses précédentes écritures, qui est de considérer qu'il est possible, d'une part, d'identifier la provenance géographique des internautes et d'autre part, une fois cette opération d'identification réalisée, de filtrer l'accès des internautes identifiés comme français à certains services de Yahoo ! Inc.

La société Yahoo ! Inc. a donc pris le soin, en considération des termes de cette ordonnance et de l'injonction qui lui était faite, de s'adjoindre les services d'une société d'experts en Internet afin que ces derniers étudient la faisabilité et la mise en place de telles mesures.(Pièce n°1)

Or, il apparaît en réalité **qu'en l'état actuel de la technique, ainsi qu'il sera démontré ci-après, Yahoo! Inc. ne peut se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000.** Cet élément de fait nouveau est primordial et a des conséquences juridiques directes sur la présente affaire.

En effet, ceci est de nature à constituer un élément extrêmement important en ce qui concerne les mesures que pourraient prononcer la présente juridiction à l'encontre de la société Yahoo! Inc..

La concluante entend d'ailleurs souligner qu'il aurait sans doute été plus approprié à l'espèce de s'intéresser préalablement aux aspects techniques du présent litige pour en déterminer les limites et en appréhender les difficultés avant de se prononcer sur le principe d'enjoindre de telles mesures à la société Yahoo! Inc.

Par ailleurs, l'ordonnance du 22 mai 2000 semble en contradiction avec la vision que le législateur français a de la responsabilité des intervenants de l'Internet et, d'autre part, des critères développés par la jurisprudence.

A cet égard, Yahoo! Inc. entend, après avoir dans un premier temps démontré l'impossibilité technique de se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000 réitérer et approfondir certains aspects relatifs à la position juridique qu'elle avait exposée dans le cadre de la première audience.

II) SUR L'IMPOSSIBILITE DE SE CONFORMER A L'ORDONNANCE DU 22 MAI 2000

Aux termes de l'ordonnance rendue le 22 mai dernier, la société Yahoo! Inc. doit proposer les mesures techniques qu'elle serait susceptible de prendre afin de :

- 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

Dans ces conditions, la société Yahoo! Inc. a pris l'initiative de s'adjoindre les compétences d'un expert en Internet, ci-après « l'Expert », afin d'étudier les solutions techniques qui permettraient de se conformer à l'injonction qui lui a été faite par l'ordonnance du 22 mai 2000. (Pièce n° 2)

En outre, les techniciens de Yahoo! Inc. ont travaillé activement sur ces aspects techniques. (Pièce n° 3)

Or, comme le démontre le rapport de l'Expert (Pièce n°2) aucune des mesures envisageables dans l'état actuel de la technique ne permet de satisfaire et de se conformer aux termes de cette ordonnance

Une telle impossibilité tient à la nature même de l'Internet (2.1), et résulte de l'analyse minutieuse de chacune des mesures envisageables (2.2).

2.1 La nature de l'Internet

Yahoo ! Inc. entend revenir sur la particularité de l'Internet, qui ne peut être assimilé à aucun des moyens de communications connus à ce jour même si certaines analogies peuvent être trouvées avec la communication téléphonique, et ce tant dans sa structure que dans sa philosophie et son mode de fonctionnement.

Comme l'indique l'Expert dans son rapport : « (...) *le fait que les bases techniques sur lesquelles repose l'Internet ont été volontairement définies pour offrir un espace de libertés sans contrôle central, la banalisation des moyens pour diffuser de l'information, leur faible coût et le volume d'informations véhiculées rendent illusoire toute opération de surveillance et de contrôle* ». (Pièce n°2)

De la même façon, l'Expert confirme que, par sa nature, l'Internet est un média international et que l'ouverture d'un site Web le rend accessible depuis le monde entier par la seule volonté de l'internaute.

Enfin, Monsieur le Président a saisi la nature de l'Internet lorsque, à dessein, il a précisé dans son ordonnance que l'internaute « appelait » le site yahoo.com. (Pièce n°4)

De cette manière, il consacrait l'idée que l'Internaute réalise une démarche active et personnelle vers le site en question. De la même façon, Monsieur le Président admettait donc que la société Yahoo ! Inc. ne diffusait aucunement les messages litigieux, mais qu'elle permettait simplement à des utilisateurs de les mettre en ligne.

Cette conception permet d'établir que les messages ne sont accessibles qu'à la suite d'une démarche concrète de l'utilisateur qui décide de se rendre sur tel ou tel site afin d'en consulter le contenu.

Yahoo ! Inc. regrette que Monsieur Le Président, qui a pu constater cette démarche de l'Internaute, n'en ait pas tiré, en l'espèce, les conclusions juridiques en découlant sur l'absence de responsabilité de Yahoo ! Inc.. En effet, la rédaction de l'ordonnance laisse à penser que la société Yahoo ! Inc. diffuserait ces messages vers la France, ce qui est contraire à la réalité.

2.2 L'étude des mesures techniques

Pour se conformer à l'ordonnance, Yahoo ! Inc. devrait donc être en mesure, dans un premier temps, d'identifier l'internaute qui vient consulter son site afin d'isoler les utilisateurs français. Cela signifie concrètement que Yahoo ! Inc. doit reconnaître et identifier la nationalité de l'internaute au moment de sa connexion et avant toute consultation. (2.2.1)

Dans un second temps, cette identification étant supposée pouvoir être faite, Yahoo ! Inc devrait contrôler le contenu des sites pour réaliser un classement entre d'une part les informations accessibles et d'autre part les informations non accessibles aux Internautes résidant en France car présentant pour eux un caractère illicite. (2.2.2)

2.2.1 Les moyens d'identification de l'origine géographique de l'internaute

Selon les termes de l'étude réalisée par l'Expert (Pièce n°2), il existe quatre moyens techniques susceptibles de permettre d'identifier, avec plus ou moins d'efficacité, l'origine géographique de l'internaute qui décide de venir consulter un site. Ces moyens sont les suivants :

- l'adresse Internet Protocol (I.P) ;
- le nom de domaine ;
- la version linguistique du navigateur utilisée par l'internaute ;
- la déclaration de l'internaute.

Aucun de ces moyens ne permet d'identifier avec fiabilité la provenance géographique de l'internaute. En outre, la mise en place de chacun d'entre eux aurait des conséquences néfastes considérables. En effet et d'une façon générale, le système de filtrage n'est pas performant et par ailleurs entraîne des restrictions d'accès à des internautes qui ne résident pas en France.

Enfin, il doit être souligné que la mise en place d'une quelconque de ses mesures d'identification nécessiterait, s'il y était procédé, un délai de mise en œuvre important ; délai qu'il est difficile à apprécier *ab initio* compte-tenu du caractère exceptionnel de celles-ci.

En effet, la mise en œuvre de chacune de celles-ci nécessiterait un temps d'étude, de validation puis de déploiement de plusieurs mois.

L'incertitude concernant les délais nécessaires à la mise en œuvre de ces mesures est d'ailleurs, par nature, incompatible avec l'adjonction d'une mesure d'astreinte.

A cet égard, il est important de noter qu'il est toujours plus aisé de mettre en place des mesures dans un système informatique en construction, c'est à dire au moment de la mise en service d'un nouveau site Internet.

Ainsi pour un site tel que celui de yahoo.com, qui existe depuis plusieurs années, si de telles mesures devaient être appliquées dans cette structure, le temps d'installation serait d'autant plus long.

En outre, chacune de ces mesures entraînerait à la charge de Yahoo! Inc. des frais extrêmement importants, et donc irréversibles, alors que les mesures imposées par l'ordonnance sont par nature provisoires.

Enfin, Yahoo! Inc. devra faire, en permanence, évoluer ces mesures qui seront rapidement obsolètes et notamment en considération de la célérité des évolutions techniques de l'Internet.

Cela signifie concrètement que de telles mesures n'ont qu'une pérennité limitée, et qu'elles risquent de devenir rapidement encore plus inefficaces.

Pour respecter parfaitement les termes de l'ordonnance du 22 mai 2000, Yahoo! Inc. devrait prendre des mesures permanentes.

2.2.1.1 L'identification de l'Internaute à partir de l'adresse Internet Protocol

Lorsque l'internaute se connecte sur un site ou un serveur sur le Net, ces derniers analysent et extraient l'adresse IP source, c'est à dire l'adresse de l'internaute qui vient consulter.

Est ensuite réalisé une comparaison entre cette adresse IP et une table qui recense les adresses IP et les pays qui y correspondent.

Cette identification nécessiterait pour la société Yahoo! Inc. un développement supplémentaire de l'application qui permet la connexion de tous les internautes tentant d'accéder au site Web.

Or, cette solution aurait deux conséquences directes pour la société Yahoo ! Inc. :

- d'une part, la discontinuité des adresses IP et leur modification fréquente engendreraient une importante charge d'exploitation supplémentaire ;
- d'autre part, cela entraînerait une baisse importante des performances des serveurs et de la qualité du service pour tous les utilisateurs du service yahoo.com.

En outre, un tel système est très loin d'être totalement sûr pour les raisons suivantes :

- Des internautes français pourront échapper à cette identification, d'une part parce que des fournisseurs d'accès à l'Internet attribuent à leurs utilisateurs des adresses IP qui ne sont pas des adresses françaises, mais qui appartiennent en réalité au pays où est implanté le siège de la société.
- Des internautes peuvent avoir accès à Internet par l'intermédiaire d'un fournisseur de service étranger, tel un internaute français ayant accès au net par le biais d'un fournisseur de service belge ou suisse. Ainsi, même si son ordinateur se trouve en France, sur Internet, il apparaîtra comme provenant d'un autre pays.
- Des internautes français pourront volontairement masquer leur provenance géographique. En effet, ils peuvent d'une part, utiliser des relais anonymes qui permettent de naviguer dans l'anonymat sur l'Internet vis-à-vis des sites Web concernés. Ces relais anonymes sont accessibles à tous et remplacent l'adresse IP de l'internaute. D'autre part, les internautes peuvent, sans difficulté, avoir recours à des logiciels qui modifient leur adresse IP et leur permettent d'usurper une nouvelle adresse non utilisée. Ainsi, certains internautes peuvent falsifier cette adresse. Ils auront alors accès au site par le biais d'une adresse IP frauduleuse. Cette attitude sera d'autant plus répandue que les internautes seront informés de leur identification géographique par un site.

Ainsi, l'identification de l'internaute par l'adresse IP a pour conséquence de ne filtrer qu'une partie d'entre eux. Cette partie risque fortement d'être réduite à la portion congrue dès que l'internaute sera informé de cette identification. En effet, dans ce cas là, certains d'entre eux pourront réaliser des démarches afin de rendre anonyme ou de falsifier leur adresse I.P pour ne pas être identifiés.

Il apparaît très délicat alors de se prononcer sur le taux d'erreur de ce système d'identification. En effet, ce taux est extrêmement variable car soumis à de nombreux facteurs d'incertitude, évoqués précédemment. A cet égard, certaines entreprises, dans une démarche purement commerciale, ont annoncé, à l'occasion de la survenance de ce litige, pouvoir proposer un système permettant d'assurer un taux d'identification des Internautes relativement important.

Le taux ainsi visé, qui reste aux yeux de la concluante un argument publicitaire, ne prend absolument pas en compte les facteurs évoqués précédemment. Il s'agit donc d'un taux purement théorique qui, en l'état, reste indémontrable.

Il est donc impossible de pouvoir affirmer avec certitude le taux d'erreur auquel serait soumise une telle mesure d'identification.

Enfin, comme il l'a déjà été indiqué précédemment, l'identification de la provenance géographique des Internautes ne constitue qu'un aspect des mesures techniques que doit prendre la société Yahoo! Inc..

Dans ces conditions, pour se conformer réellement à l'injonction contenue dans l'ordonnance du 22 mai 2000, il conviendrait de filtrer l'accès aux internautes qui passent par des relais anonymes, car certains d'entre eux peuvent être des résidents français.

Dans ce cas, Yahoo! Inc. interdirait purement et simplement l'accès à de nombreux internautes du monde entier. Une telle mesure de filtrage n'est donc pas envisageable car elle aurait des conséquences exorbitantes par rapport à l'objet du présent litige.

Ainsi et en conclusion, la mesure d'identification par l'adresse IP ne permet pas de se conformer à l'ordonnance du 22 mai dernier, mais surtout, sa mise en œuvre aurait pour conséquence de interdire l'accès au site yahoo.com à de nombreux internautes et ce quelle que soit leur provenance géographique.

Enfin, contrairement à ce qui a été soutenu au cours de l'audience du 15 mai 2000, la société Yahoo! Inc. n'a pas mis en place sur ses serveurs un système d'identification précis suivant la nationalité.

Cet argument fallacieux tiré d'une brochure publicitaire de la société Yahoo! Inc. ne permet aucunement d'établir que l'identification de la nationalité est fiable, et encore moins encore que la concluante serait en mesure de proposer un tel système.

A cet égard, Monsieur Geoff Ralston, dans son attestation, (Pièce n°3), prend soin de revenir sur l'identification réalisée par les serveurs publicitaires de Yahoo! Inc. Il précise: « *Le groupe de services publicitaires utilise une base de données compilée de gammes d'adresse IP allouées pour mettre en œuvre des publicités ciblées sur le domaine, ce qui n'est pas aussi précis qu'un examen DNS inversé mais qui est plus rapide* ».

La méthode utilisée par ce service à des fins commerciales se trouve être encore moins fiable que celles évoquées précédemment. Elle est cependant suffisante pour les fins auxquelles elle est destinée en matière publicitaire.

Mais par ailleurs, Monsieur Geoff Ralston précise à cet égard :

« Habilitier tous ses sites et services à effectuer de telles analyses depuis des adresses IP en temps réel prendrait à Yahoo ! plus de six mois, à un coût estimé largement supérieur à 500 000 USD. Et encore, l'effort serait futile parce que cela ne permettrait pas d'identifier avec exactitude la situation géographique des visiteurs (...) ».

Dans ces conditions, le recours à une telle mesure ne pourrait en aucun cas permettre à Yahoo ! Inc. de se conformer à l'injonction de l'ordonnance du 22 mai 2000.

2.2.1.2 L'identification de l'Internaute à partir du nom de domaine

Cette solution consiste à transformer l'adresse IP de l'internaute en nom de domaine. Le nom de domaine est constitué d'un mot-clé qui dans certains cas permet d'identifier le pays d'origine. Par exemple : fr pour la France, Ch : pour la Suisse.

Outre le fait que ce système se heurte aux difficultés évoquées précédemment concernant l'adresse IP, car il s'agit ici en l'occurrence de la transformer en nom de domaine, il existe une difficulté supplémentaire.

En effet, le nom de domaine n'identifie pas toujours le pays d'origine. Ainsi, le mot clé «.com » identifie une société commerciale sans prendre en compte la nationalité de celle-ci.

Cela signifie que les employés d'une entreprise française ne pourront en aucun cas être identifiés en qualité de résidant français et pourront donc consulter l'ensemble des sites et services proposés par la société Yahoo ! Inc..

Cette solution, si elle devait être mise en œuvre, rencontrerait donc les mêmes inconvénients que celle précédemment évoquée, étant précisé par ailleurs, qu'elle est encore moins fiable.

Il ne peut donc être envisageable d'avoir recours à une telle mesure.

2.2.1.3 L'identification de l'internaute à partir de la version linguistique du navigateur utilisée sur son poste.

Cette solution, qui peut paraître simple dans sa mise en œuvre, devrait permettre d'identifier le pays d'origine de l'internaute en analysant la version linguistique du navigateur qu'il utilise, cette information étant automatiquement recueillie par les sites Web au moment de la connexion de l'internaute.

Cette solution se heurte au fait que d'une part toutes les versions des navigateurs ne permettent pas d'identifier la langue utilisée, et que d'autre part, la langue utilisée n'est pas, en soi, une caractéristique du pays d'origine.

En effet, les résidents du Québec, de la Suisse, de la Belgique et de certains pays d'Afrique utilisent des navigateurs en langue française. A l'inverse, l'on peut imaginer que certains étrangers ont fait le choix d'utiliser à des fins pédagogiques par exemple, des navigateurs en langue française.

Enfin, des internautes français peuvent utiliser un navigateur dans une autre version que sa version française.

Ainsi, cette technique n'est pas fiable, et a pour conséquence d'exclure des Internautes, dont la nationalité n'est pas française, de l'accès au site yahoo.com.

2.2.1.4 L'identification de l'Internaute à partir d'une déclaration de l'utilisateur

Cette solution consisterait à demander à l'Internaute, au moment de sa première connexion, de remplir un questionnaire pour que celui-ci indique sa nationalité. La société Yahoo! Inc. pourrait alors placer sur le poste de l'utilisateur un élément d'identification (un « *cookies* ») indiquant sa nationalité.

Ainsi, lors de chaque connexion de cet utilisateur, la société Yahoo! Inc. serait informée de la provenance géographique de l'Internaute grâce à ces « *cookies* ».

Cette solution se traduirait pour Yahoo! Inc. par une modification complète des applications sur les serveurs de yahoo.com. Par ailleurs, cette solution s'appliquerait à tous les internautes se connectant à yahoo.com y compris les utilisateurs d'une autre nationalité que française.

L'utilisateur peut refuser de remplir un tel questionnaire, omettre des éléments ou faire des déclarations mensongères. Ce qui serait d'autant plus le cas s'il est informé du fait qu'un « *cookies* » serait intégré afin de contrôler son accès à certains services ou serveurs.

L'efficacité de cette solution est en réalité soumise à de trop nombreux facteurs incontrôlables, notamment, d'une part que les utilisateurs du monde entier acceptent de remplir un formulaire avant toute utilisation du service, et que les indications qu'ils y donnent soient pertinentes et d'autre part, que Yahoo! Inc. mette en place un tel système ce qui représenterait un investissement financier et temporel extrêmement important.

Cette solution d'identification n'est pas envisageable en l'état.

Ainsi, l'ensemble des moyens d'identification existant ne peut, en l'état actuel de la technique, permettre de se conformer à la première partie des mesures prononcées à l'encontre de Yahoo! Inc..

Mais outre le peu de fiabilité de ces méthodes, la difficulté et le temps de leur mise en œuvre, le respect des termes de l'ordonnance du 22 mai 2000 met à la charge de Yahoo! Inc. une

obligation supplémentaire de traitement de ces données afin de réaliser un filtrage des informations qui seront susceptibles de contrevenir à la loi française.

A cet égard, Monsieur le Président pourra constater que les mesures de filtrage présentent autant d'incertitudes et d'inconvénients que ceux évoquées pour les mesures d'identification.

2.2.2 Le contrôle des informations diffusées

Pour envisager de se conformer à l'injonction prononcée par l'ordonnance du 22 mai 2000, il est nécessaire d'admettre que l'identification de la provenance géographique des Internautes est possible et fiable. La société Yahoo! Inc. a, d'ores et déjà, démontré qu'une telle identification n'était pas réalisable, ni même efficace.

Néanmoins, pour les besoins de sa démonstration, la société Yahoo! Inc. considérera que l'identification des internautes pourrait être réalisée d'une façon fiable.

La mesure de filtrage obligerait Yahoo! Inc. à identifier et à isoler tous contenus, textes, extraits sonores ayant fait l'objet d'une fixation préalable, images qui seraient susceptibles de contrevenir à la législation française et à l'interprétation qu'en a fait la jurisprudence. Or, la différence de culture, notamment juridique, rend impossible qu'une telle appréciation soit réalisée de façon pertinente.

En effet, cela suppose que Yahoo! Inc., société de droit américain, soit capable d'effectuer une comparaison efficace entre un contenu, quelle que soit sa nature, et des exigences législatives et jurisprudentielles qui lui échappent par définition.

Une telle démarche devrait, par ailleurs, être réalisée avant tout procès, sans que Yahoo! Inc. n'ait à prendre en compte les règles de prescription et de procédure.

Cela reviendrait, en pratique, à attribuer à Yahoo! Inc. un rôle de censeur privé en ce qu'elle aboutirait à lui enjoindre d'effectuer un contrôle a priori sur des contenus afin d'en empêcher l'accès à des Internautes d'une certaine catégorie.

Or, ce genre de responsabilité ne peut-être exercée que par un Etat souverain et en aucun cas reposer sur une société commerciale qui par ailleurs est étrangère à cet Etat.

2.2.2.1 Les mesures d'identifications des contenus illicites

Comme l'indique l'Expert, la société Yahoo! Inc. ne dispose pour identifier les contenus illicites que deux solutions, d'une part d'installer un outil automatique permettant de rechercher les contenus illicites selon des mots clés, d'autre part de réaliser un suivi manuel.

Aucune de ces solutions n'est satisfaisante pour les raisons ci-après exposées.

Identification des contenus illicites par le moyen de l'installation d'un outil automatique

Cette solution consiste à mettre en place un outil permettant de rechercher selon des mots clés les informations à filtrer.

Un tel système ne pourra pas prendre en compte dans sa recherche les images, les dossiers graphiques et les sons ayant fait l'objet d'une fixation préalable.

Par ailleurs, cette solution est sujette à de grandes incertitudes. En effet, il est impossible de filtrer avec fiabilité les accès aux services ou sites qui constituent « une apologie du nazisme ou une défense des crimes nazis » telle que l'ordonnance du 22 mai 2000 l'exige.

A cet égard, la présente juridiction pourra se référer au jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre en date du 24 mai 2000 (Pièce n°5), dans lequel il est précisé : « *En l'espèce, la détection du site illicite aurait pu être réalisée par l'emploi d'un moteur de recherche interne basé sur des mots clés évoquant l'idéologie nazie et le martyr juif, cependant une recherche effectuée postérieurement à la délivrance de l'assignation démontre que, basée sur les mots les plus courants suggérés par l'UEJF tel : nazi-hitler-heil-juif, elle débouche sur un répertoire de 12 000 pages environ dont la plus grande majorité est soit d'inspiration historique, soit inspirée par la lutte anti-raciste ;*

Seul l'emploi du terme « nsdap » aurait été de nature à permettre la découverte du site illicite en réduisant notablement le champs des investigations nécessaires ; cependant, le choix de ce critère plus finement pertinent dépend d'une culture spécialisée dont il ne peut être fait grief au fournisseur d'hébergement de ne pas la posséder.

Dès lors, la responsabilité du fournisseur d'hébergement devant s'apprécier selon ses compétences propres et non selon les compétences idéales de tiers rompus au domaine de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de Multimania »

Ainsi, les juridictions françaises prennent en compte les compétences propres des intervenants du domaine de l'Internet, et non pas « les compétences idéales de tiers rompus au domaine de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ».

En l'occurrence, la recherche par mots clés risque donc de ne pas être efficace, et ce d'autant moins que la société Yahoo! Inc. est une société de droit américain pour qui de tels contenus sont licites et qui ne possède donc pas, sur ce point, les compétences et la vigilance des associations requérantes.

Par ailleurs, la recherche par mots clés tel que « nazi » ou « Hitler » aurait pour conséquence de bloquer l'accès non seulement aux sites dont le contenu est révisionniste mais encore à tous ceux concernant l'histoire des résistants, la mémoire de l'holocauste, et tout autre contenu anti-nazis.

En réalité, il apparaît que la majorité des contenus qui seraient bloqués par un tel système seraient des contenus favorables à la cause de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme, comme l'a relevé avec beaucoup de pertinence Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Nanterre dans le jugement en date du 24 mai 2000.

En outre, il est douteux qu'une liste complète de mots clés puisse être développée de façon satisfaisante, et ce, notamment, à cause des erreurs typographiques et des mots de code qui peuvent annuler la recherche fondée sur ces mots clés.

Enfin, il n'existe pas de moyen d'effectuer des recherches concernant des photographies ou des dossiers graphiques contenant des images qui pourraient être considérées comme pro-nazi.

L'identification automatique du contenu par le biais d'une recherche par mots clés n'est donc pas fiable.

A cet égard, comme le précise Monsieur Geoff Ralston : « Bloquer les catégories d'Enchères « Antiquité et articles de collection >Militaria>WWII », par exemple, empêcherait l'accès à la plupart des articles « Nazis » figurant dans les enchères de Yahoo.com mais cela éliminerait en même temps près de trois fois plus d'articles liés aux Alliés ou autres articles anti-nazis et ne permettrait pas de bloquer des articles « nazis » exposés par des utilisateurs dans d'autres catégories de vente aux enchères. » (Pièce n°3)

Yahoo Inc, a cet égard, tient à préciser que son service aux enchères n'a pas et n'a jamais eu de catégorie dédiée aux « objets nazis ».

Ainsi, ce moyen ne permet pas, malgré sa mise en œuvre coûteuse et difficile, de se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000.

Le seul moyen envisageable pour y parvenir consisterait donc à réaliser un contrôle « manuel » c'est à dire humain (Pièce n°3).

Le contrôle Manuel

La seule possibilité pour se mettre en conformité avec l'ordonnance serait d'avoir recours à des employés dans l'unique but de réaliser manuellement ces recherches sur l'ensemble des contenus placés en ligne par les internautes.

C'est une tâche qui, si elle semble théoriquement possible, ne l'est pas dans la pratique notamment en considération de son ampleur.

En effet, il existe aujourd'hui plus de 15 millions de pages web Géocities produites ou éditées chaque mois. Plus de 6 millions d'annonces classifiées sont mis en lignes chaque mois. Il y a en moyenne 2 500 000 de références de ventes aux enchères actives accessibles chaque jour. Plus de 200 000 clubs sont visités chaque jour par des membres qui peuvent poster des messages, mettre en ligne des photos ou ajouter des liens.

Par ailleurs, une telle démarche, impossible en pratique, resterait extrêmement aléatoire. En effet, déterminer, a priori, que le contenu d'un site est illicite est un acte de réflexion qui ne devrait être réalisé que par une juridiction, et ce après un débat contradictoire. Imposer une telle responsabilité *a priori* aux employés américains de Yahoo ! Inc. n'aurait pas de sens et aboutirait à transformer des « surfeurs » employés par Yahoo ! Inc. en censeurs d'ordres juridique et moral d'un autre pays dont ils ne connaissent pas la législation.

En ce qui concerne le seul service de vente aux enchères, mis en cause dans la présente instance, cette solution obligerait Yahoo! Inc. à embaucher environ 3000 personnes, soit environ le nombre de personnes employées dans le monde entier par l'ensemble des sociétés Yahoo! à l'heure actuelle et elle aurait un coût annuel exorbitant qui dépasserait 108 millions de dollars. (Pièce n°3)

En conclusion, il est important de noter qu'il n'existe aucun moyen efficace d'identifier les contenus illicites, et que les moyens de filtrage évoqués, en réalité ne permettront pas d'identifier l'ensemble des sites dont le contenu serait illicite, mais par ailleurs ciblerait des sites qui précisément ont pour but de combattre le racisme et l'antisémitisme.

Ainsi, il convient de constater qu'aux incertitudes importantes concernant l'identification de l'internaute, s'ajoutent des incertitudes tout aussi importantes concernant l'identification des sites illicites.

Ainsi, la conjonction de ces deux incertitudes a pour conséquence directe d'empêcher Yahoo! Inc. de se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000, quelles que soient les mesures envisagées.

2.2.3 Les mesures de filtrage d'accès des internautes

Pour que ces mesures soient efficaces, il faudrait dans un premier temps que les mesures d'identification de l'internaute soient pertinentes et fiables, et que d'autre part les mesures d'identification des contenus illicites le soient aussi.

Or, il a été clairement démontré que ces mesures, quel qu'en soit la forme, se heurtaient à de lourdes difficultés.

Des précisions complémentaires peuvent être apportées à cet égard.

Les mesures de filtrages peuvent être mises en place à trois niveaux :

- au niveau du site Web publiant les informations ;
- au niveau du micro-ordinateur de l'utilisateur ;
- au niveau du fournisseur d'accès à Internet.

Les actions possibles au niveau du site Web « publiant » l'information

Comme il l'a été exposé précédemment, aucune action n'est possible et satisfaisante au niveau du site Web, à l'exception d'un contrôle réalisé « *manuellement* », qui est en pratique impossible à mettre en œuvre.

Les actions possibles au niveau du micro-ordinateur de l'utilisateur

L'Expert précise clairement dans son rapport que la meilleure façon de se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000, serait de mettre en place au niveau de l'Internaute un logiciel de filtrage.

Cette solution, après information de l'internaute, laisserait le choix à ce dernier de mettre en place sur son ordinateur personnel ce logiciel et de l'appliquer lorsqu'il se rend sur yahoo.com. Par ailleurs, comme le précise l'Expert, certains de ces logiciels sont gratuits.

Cette solution, eu égard aux développements précédents, apparaît à la société Yahoo! Inc. comme la solution la plus pertinente.

En effet, cette solution présente les avantages suivants :

- le Contrôle du flux d'information sera réalisé sur le contenu des pages téléchargées depuis, le micro-ordinateur de l'internaute. C'est à dire qu'il s'appliquera aux sites yahoo.com mais aussi à tout autre site ;
- La mise en place d'un tel logiciel est simple et permet de mettre en place une solution efficace dans des délais très courts ;
- Cette solution est conforme à la philosophie de l'Internet qui est de laisser la responsabilité à l'utilisateur de consulter les informations qu'il souhaite ;
- L'identification par Yahoo! Inc. n'est pas nécessaire, ainsi cela permet de passer outre le problème de la fiabilité de l'identification.

Par ailleurs, le recours à une telle solution correspond à l'esprit de l'Internet. A cet égard, la société Yahoo! Inc. tient à attirer l'attention de la présente juridiction sur le projet INCORE, qui est un groupe informel soutenu par la Commission européenne et responsable de la surveillance des contenus Internet non-appropriés, qu'ils soient pornographiques, racistes ou potentiellement dangereux et qui prône l'autorégulation.

Le projet INCORE « vise à mettre en place pour 2001 une classification des sites, une formule préférée à une politique de censure de la part des autorités ou des fournisseurs d'accès. Cette politique vise évidemment surtout à filtrer certains contenus controversés, particulièrement ceux xénophobes ou pédophiles » (Pièce n°6).

Ainsi, ce projet tend à responsabiliser l'Internaute en lui permettant d'avoir recours à son site pour filtrer les sites qu'il ne souhaite pas visiter.

A cet égard, une recherche rapide sur yahoo.com permet d'obtenir une liste complète, plus de vingt références, de sites proposant des logiciels de filtrage ou de blocage. (Pièce n°7).

Dans ces conditions, l'internaute possède les moyens techniques de télécharger un logiciel de filtrage qui lui permettra d'éviter d'avoir accès à des sites qu'il considère comme litigieux.

Cette solution paraît à Yahoo! Inc. un moyen pertinent de contourner les difficultés importantes qui existent concernant la mise en place des mesures. Ainsi, informer l'internaute de l'existence de telles solutions et l'enjoindre à les mettre en place serait le moyen le plus efficace de répondre aux exigences édictées dans l'ordonnance du 22 mai 2000.

Enfin, il semble que cette solution convienne à l'esprit de la loi qui a été adoptée par l'assemblée nationale le 28 juin 2000.

En effet, l'article 43-7 de cette loi précise :

« Les personnes physiques ou morales dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne sont tenues, d'une part, d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner, d'autre part, de leur proposer au moins l'un de ces moyens ».(Pièce n°8)

Le législateur a donc considéré qu'il appartenait aux fournisseurs d'accès, exerçant leur activité en France, et en conséquence étant soumis à la loi française de prendre des mesures d'informations et de fourniture de moyens afin de permettre aux internautes, s'ils le souhaitaient de restreindre leur accès à certains sites.

Cette disposition établie de façon pertinente la conception qu'a le législateur français de l'Internet. En effet, cet article tend à responsabiliser l'internaute en l'informant et en lui laissant le choix et la responsabilité des démarches qu'il entreprend.

Par ailleurs, il impose une obligation aux fournisseurs d'accès français, c'est à eux qu'il appartient de faire en sorte d'informer l'internaute des mesures à prendre pour éviter d'avoir accès à des sites litigieux.

Il apparaît donc que cette solution est la plus adéquate pour répondre à l'injonction contenue dans l'ordonnance du 22 mai 2000.

Les actions mises en place au niveau des fournisseurs d'accès à Internet.

L'autre solution pour se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000, serait que les Fournisseurs d'accès français bloquent l'accès des internautes français aux sites litigieux.

Comme le précise l'Expert (Pièce n°2) : *« Cette solution obligerait les fournisseurs d'accès français à trouver un consensus commun et à développer ces moyens filtrages. Cette solution ne peut donc être envisagée dès maintenant ».*

Cette solution est d'autant moins envisageable que les fournisseurs d'accès français ne sont pas concernés par le présent litige.

En revanche, les requérantes auraient très bien pu décider d'engager leur action à l'encontre des éditeurs des sites litigieux afin de rechercher leur responsabilité, après avoir demandé à Yahoo! Inc. de leur communiquer l'identité des personnes qui éditaient les sites litigieux.

Cette solution bien que plus logique n'a pas été envisagée par les requérantes.

III) SUR LA POSITION DE LA SOCIETE YAHOO! INC.

La société Yahoo! Inc. considère que l'ordonnance du 22 mai dernier aboutit à mettre en place un système de responsabilité *a priori* qui nécessiterait d'être débattu devant une juridiction du fond. De la même façon, elle considère que des éléments essentiels pour elle méritent d'être rappelés.

A cet égard, elle tient à rappeler qu'une telle affaire n'a connu aucun précédent en France. La complexité juridique et technique de celle-ci mériterait incontestablement un débat étayé que ne permet pas la juridiction des référés.

Ainsi, elle entend sommairement soutenir que la présente juridiction n'était pas compétente territorialement pour connaître de cette affaire.

Par ailleurs, elle entend démontrer que les mesures ordonnées, si elles étaient mises en œuvre, imposeraient un rôle de censeur privé à la société Yahoo! Inc.. En l'occurrence toute censure préalable et *a priori* contrevient à la conception française de la liberté d'expression qui n'envisage, sauf cas exceptionnel qu'un contrôle *a posteriori*, et qu'enfin les mesures qui lui sont imposées sont totalement disproportionnées.

A titre liminaire, la société Yahoo! Inc. tient à préciser qu'elle considère que la juridiction de première instance n'était pas compétente territorialement pour trancher le litige qui lui a été soumis.

Et c'est certainement la raison pour laquelle, en considération de la brièveté des débats, Monsieur le Président n'a pas pu appréhender l'ampleur des difficultés techniques posées par le présent litige, ni pu se pencher avec le recul nécessaire sur le régime de responsabilité qui pourrait être imposée à la société Yahoo! Inc..

3.1 la compétence territoriale du Tribunal de grande instance de Paris

Comme elle l'avait soutenu dans l'ordonnance du 15 mai 2000, Yahoo! Inc. entend réaffirmer que le Tribunal de grande instance de Paris n'est pas compétent territorialement pour connaître de cette affaire.

La société Yahoo! Inc. est une société de droit américain, dont le siège social se trouve dans l'Etat de Californie, et qui exerce ses activités dans le respect de la réglementation de cet Etat. Ces activités sont à la destination de ses utilisateurs américains.

Pour se déclarer compétent territorialement, Monsieur le Président du Tribunal de grande instance de Paris s'est fondé sur un présupposé concernant le média Internet. En effet, il a

considéré que la société Yahoo! Inc. par le biais de son site Yahoo.com diffusait depuis les Etats-Unis des messages susceptibles de constituer des infractions en France.

Ce présumé est en contradiction avec les caractéristiques techniques du média Internet. En réalité, la société Yahoo! Inc. ne diffuse aucun message, il ne s'agit pas pour elle d'une démarche positive vers l'internaute.

La société Yahoo! Inc. occupe un espace virtuel sur l'Internet et c'est l'internaute qui décide de se rendre, par le biais de différents clics, (souvent nombreux) et/ou en tapant des adresses électroniques sur cet espace.

Les informations disponibles sur yahoo.com. sont, par ailleurs, destinées aux internautes américains, elles sont rédigées en langue anglaise, les publicités sur ce site font la promotion de produits destinés aux américains, la monnaie de référence est le dollar, et les conditions d'utilisations du service sont rédigées en langue anglaise et soumises à la loi californienne.

En revanche, le site Yahoo.fr exploité par la société Yahoo! France située en France, et qui est destiné aux internautes français, les conditions d'utilisation de ce service sont rédigées en langue française et soumises au droit français et enfin les transactions sont réalisées en francs.

Or, L'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile est rédigé dans les termes suivants :

« *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :*

- *en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi »*

En ce qui concerne l'appréciation du fait dommageable, la Cour de cassation a précisé que si le fait dommageable est une faute, ce qui est le cas en l'espèce, il s'agit du lieu où la faute a été commise. (Civ. 24 février 1982, Gaz. Pal.1982.374).

En ce qui concerne l'appréciation du lieu où le dommage a été subi, la Cour de cassation a pris le parti d'une appréciation étroite en estimant que le lieu où le dommage a été subi est celui où naît le préjudice, c'est à dire le plus souvent celui du fait dommageable. (Civ. 2^{ème}. 28 février 1990, Bull. Civ. II, N°46 ; JCP 1990.IV.164).

Il apparaît, à l'évidence, que le lieu où le dommage né et où il serait subi, s'il existait, sont les Etats-Unis. Ce n'est qu'après son voyage virtuel jusqu'à ce site que l'internaute a accès à de telles informations qui sont légales sur le territoire où elles ont été créées.

Les informations disponibles sur le Territoire de la République française par le biais de l'Internet ne sont accessibles en France que par la seule volonté de l'Internaute français qui réalise une démarche positive vers ces sites, comparable à celle que ferait un abonné de France Télécom qui téléphonerait à une personne située aux Etats-Unis.

En se déclarant compétent territorialement, cette juridiction a reconnu un droit absolu aux juridictions françaises pour connaître et juger de la conformité à la législation française de l'ensemble de ces sites Internet se trouvant dans le Monde.

Cette position, si elle était confirmée, signifierait concrètement que les responsables internationaux de l'ensemble des sites Internet existant dans le monde entier se devraient de se conformer à la législation française. Cette position contrevient à la souveraineté des Etats et de leur législation.

La même solution, si elle était appliquée par un juge américain, permettrait à une juridiction américaine de réguler la présentation d'un site français se situant en France et à destination des français.

Ainsi, à titre d'exemple, et bien qu'à l'évidence les sujets ne soient pas comparables au plan moral, certains Etats américains interdisent la représentation de la nudité féminine aux mineurs.

Dans ces conditions, si la compétence territoriale de la juridiction devait être confirmée, il serait envisageable qu'une juridiction américaine puisse demander à des sites français et par exemple des sites de magazines féminins d'interdire l'accès aux utilisateurs américains provenant de cet Etat, et d'insérer un avertissement rédigé en langue anglaise à leur destination.

Dès lors, les conséquences d'un tel système de compétences sont absolument exorbitantes.

Il en irait, bien entendu, autrement si un individu décidait de créer un site à l'étranger afin de se soustraire à l'application de la loi française. Cette démarche délictueuse suffirait à donner compétence territoriale aux Tribunaux français.

A ce propos, la jurisprudence américaine a pris partie sur ce point. En effet, les juridictions pour se déclarer compétentes d'un Etat à un autre Etat prennent en considération les destinataires du message litigieux. Ce n'est que s'il apparaît que le message est destiné aux résidents de l'Etat en question que les juridictions de celui-ci se déclarent compétentes.

De façon assez similaire, le Tribunal de grande instance de Paris, s'est déclaré compétent dans une affaire en date du 3 mai 2000 qui opposait la Chambre Nationale des Commissaires Priseurs aux sociétés Nart SAS, de droit français et Nart Inc. (Pièce n° 9)

En l'espèce, il s'agissait d'une vente aux enchères d'objets mobiliers et d'art se trouvant en France sur le réseau Internet.

Il semble bien qu'en l'espèce les sociétés Nart SAS et Nart Inc. aient tenté, par le moyen d'un média comme Internet, de sous soustraire à la loi française pour leur activité de ventes aux enchères dont les biens se trouvaient en France, pour contrevénir au monopole légal des commissaires-priseurs.

Ce point a contribué, assez logiquement, à ce que la juridiction française se déclare compétente.

En l'occurrence, la société Yahoo! Inc. n'a jamais souhaité se soustraire à une loi française. Cette dernière exerce simplement son activité dans son pays à destination de ses résidents et en respectant scrupuleusement la réglementation de celui-ci.

Par ailleurs, ce même raisonnement peut être tenu sur le plan de la procédure pénale.

En effet, l'article 113-2 du Code Pénal précise : « *L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ».

En l'occurrence, cette infraction si elle devait être considérée comme telle par une juridiction américaine, n'a pas été commise sur le territoire de la République Française. En effet, cette infraction existe et est née au moment de son hébergement par la société Yahoo ! Inc. soit sur le territoire des Etats-Unis d'Amérique.

Ce n'est que la démarche volontaire de l'internaute qui la rend accessible sur le territoire français. A cet égard, il existe une analogie avec l'individu qui décide de se faire envoyer une publication parue aux Etats-Unis d'Amérique par voie postale à son domicile en France. Ce seul fait suffit-il à rendre les juridictions françaises compétentes pour juger du contenu de cette publication ?

Il est important de noter les termes de l'article 27 de la loi du 19 décembre 1992, dite loi Sapin, qui concerne notamment les prestations de publicité et qui est une loi pénale.

L'article 27 dispose : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent quel que soit le lieu d'établissement de l'intermédiaire, dès lors que le message publicitaire est réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français* ».

Ainsi, le législateur français a pris le soin de préciser concernant une activité qui par nature pouvait être internationale (l'activité d'achat d'espace publicitaire), que la loi pénale française concernant cette activité ne pouvait être appliquée par une juridiction nationale que dans l'unique cas où « *le message était réalisé au bénéfice d'une entreprise française et qu'il est principalement reçu sur le territoire français* ».

Cela signifie que le législateur français n'a accordé compétence aux juridictions de la République que dans l'unique cas où le message litigieux était principalement à destination du territoire français.

Monsieur le Président ne pourra que constater que les contenus litigieux ne sont, d'une part, pas diffusés sur le territoire de la République, mais simplement accessible sur celui-ci, et d'autre part qu'ils ne sont pas absolument pas à destination des utilisateurs français.

Ainsi, de ce seul fait Monsieur le Président aurait dû constater l'incompétence territoriale de la juridiction française.

Par ailleurs, il apparaît donc que l'acte en question a eu lieu sur le territoire américain. Dans cette hypothèse, l'article 113-6 du Code Pénal dispose : « *La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un français hors du territoire de la République.*

Elle 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 ».

Ainsi, un ressortissant français commettant un délit à l'étranger ne peut être poursuivi que dans le cas où l'acte qu'il a commis sur un territoire étranger est considéré, sur ce territoire, comme un délit.

Cette règle s'applique d'autant plus à un étranger résidant sur ce territoire. Dans ces conditions, la juridiction française n'est pas compétente territorialement pour juger l'attitude de la société Yahoo ! Inc..

En effet, les actes qui sont reprochés à la société Yahoo ! Inc. sont licites dans l'état de Californie.

De façon plus générale, il appartenait à Monsieur le Président de vérifier qu'il existait un lien de rattachement suffisant, au sens du Droit International Privé et de la règle du conflit de Lois, entre le site yahoo.com et le territoire français. Or, comme il l'a été soutenu précédemment le site yahoo.com est principalement destiné aux utilisateurs américains. Si tel n'était pas la société Yahoo ! France n'aurait pas créé sur le territoire français le site yahoo.fr qui présente les mêmes fonctionnalités que celui de la société Yahoo ! Inc., mais qui est essentiellement destiné aux utilisateurs français.

Ainsi, force est de constater qu'un tel lien de rattachement fait défaut.

En conclusion l'ensemble de ces éléments démontre qu'il appartenait à Monsieur le Juge des référés de se déclarer incompétent territorialement.

La société Yahoo ! Inc ; demande donc à Monsieur le Président de constater l'incompétence territoriale de sa juridiction, et de faire droit à cette demande qui avait été soutenue *in limine litis* lors de l'audience du 15 mai 2000.

3.2 L'ordonnance de 22 mai 2000 met à la charge de Yahoo ! Inc. une obligation de censure préalable

Yahoo ! Inc. se devrait donc, aux termes de l'ordonnance, d'identifier les contenus susceptibles de contrevenir à la loi française.

Cela signifie que l'on met à la charge d'une société de droit américain qui ignore la législation française, une obligation de censure préalable, afin de garantir le respect de l'ordre public français.

Cette obligation contrevient à l'idée même du contrôle *a posteriori* qui a été établie dans les textes fondateurs de la République française. En effet, mis-à-part cas exceptionnels, plus aucun contrôle à priori n'est réalisé en France concernant la liberté d'expression.

Par ailleurs, seules les juridictions étatiques ou administratives dans certains cas, sont susceptibles de contrôler l'illicéité d'un contenu, et ce, en général après un débat contradictoire concernant le message en question.

En l'occurrence, il est demandé à la société Yahoo! Inc., société de droit américain, de se substituer à une juridiction française dans le but de contrôler *a priori* le contenu d'un site, et de vérifier son adéquation avec la loi française et l'interprétation qu'en ont fait les juridictions françaises.

Une telle démarche, qui mettrait à la charge de la société Yahoo! Inc., société commerciale, une obligation et une responsabilité des plus importantes, va à l'encontre de l'idée que nous avons en France du contrôle et de la pratique de la liberté d'expression.

Par ailleurs, il est extrêmement difficile d'identifier avec certitude les contenus qui constituent une infraction en France, et ce, avant tout jugement au fond. Les difficultés techniques évoquées précédemment renforcent le caractère incertain d'une telle mesure.

Cette obligation se heurte, par ailleurs, au fait que des telles informations sont légales aux Etats-Unis d'Amérique, en effet, le contenu de celles-ci est protégé par le premier amendement de la constitution américaine.

Les ressortissants américains ont une culture juridique qui leur fait considérer que la meilleure façon de combattre des idées n'est pas de les ériger en délit, mais de leur permettre de s'exprimer librement et de les combattre activement par une contre argumentation.

Ainsi, l'Internaute américain peut toujours avoir accès à des sites qui combattent avec vigueur les idées révisionnistes.

C'est pourquoi, pour la société Yahoo! Inc. appliquer une telle mesure ne correspond pas à sa philosophie ou à sa politique.

3.3 La disproportion et la nature des mesures imposées à Yahoo! Inc.

La présente affaire constitue un précédent qu'aucune juridiction française n'a eu à trancher auparavant.

Par ailleurs, les mesures imposées à la société Yahoo! Inc apparaissent totalement disproportionnées tant par rapport à la jurisprudence que par rapport à la loi adoptée le 28 juin dernier par l'assemblée nationale.

En effet, tant la loi du 28 juin 2000 que la jurisprudence du 24 mai 2000 n'établissent en aucun cas des obligations aussi importantes à l'égard des intervenants de l'Internet que celles contenues dans l'ordonnance du 22 mai 2000. (Pièce n° 8)

Il s'agit pour la société Yahoo! Inc. de mettre en place un filtrage des internautes français venant sur son site et de déterminer quels seraient les contenus qui contreviendraient à la loi française.

Le système juridique auquel est soumise la société Yahoo! Inc. est un système qui permet l'expression de toutes les opinions, même celles que la loi française a érigées en délits. En effet, la culture juridique des Etats-Unis préconise la confrontation des idées plutôt que l'interdiction de certaines d'entre-elles, aussi extrêmes soient-elles.

Par ailleurs, il est à noter que la communauté juive est importante au sein des Etats-Unis d'Amérique et que bien que ce pays n'ait pas subi directement sur son sol les outrages du 3^{me} Reich, cette communauté perçoit avec autant d'acuité et de douleur les théories révisionnistes et antisémites, précisément parce que de nombreux rescapés de la Shoah sont venus s'installer dans ce pays après la dernière guerre mondiale.

Néanmoins, cette communauté combat ces idées vigoureusement, sans que l'Etat américain, d'une façon ou d'une autre ait besoin de créer un délit pour protéger ces concitoyens de théories aussi fallacieuses.

Il est difficile, alors, d'imposer des mesures aussi importantes à une société de droit américain, qui n'a à aucun moment souhaité se placer en contradiction avec la loi française, qui par ailleurs exerce une activité qui n'est destinée qu'à des utilisateurs américains et qui respecte les lois de son pays.

Par ailleurs, Monsieur le Président du Tribunal de Nanterre a précisé dans son jugement en date du 24 mai 2000 que : « *la responsabilité du fournisseur d'hébergement doit s'apprécier selon ses compétences propres* ». (Pièce n°5)

Or, la société Yahoo! Inc. n'a aucune compétence propre en ce qui concerne l'appréciation des délits français.

Ainsi, il apparaît que les mesures imposées à la société Yahoo! Inc sont complètement disproportionnées, d'une part par rapport à la nature de la responsabilité qui pourrait être mise à la charge de Yahoo! Inc. et qui n'est d'ailleurs pas définie par l'ordonnance, et d'autre part par rapport aux obligations que font peser la loi et la jurisprudence française sur les intervenants sur Internet.

Enfin, comme il l'a été démontré précédemment il n'existe aucune mesure technique qui permette de se mettre en conformité avec l'obligation de résultat qu'impose l'ordonnance du 22 mai 2000.

A cet égard, si Monsieur le Président devait décider d'imposer à Yahoo! Inc. la mise en œuvre de telles mesures, d'une part, il ne pourra que constater qu'elles ne permettent pas de se mettre en conformité avec l'ordonnance du 22 mai 2000, et d'autre part, ces mesures auront par principe un caractère définitif.

En effet, il est impossible de modifier un système informatique de façon provisoire. Toutes les modifications examinées mettraient à la charge de Yahoo! Inc des frais exorbitants et définitifs alors même que lesdites mesures ne seraient pas satisfaisantes.

Ainsi, imposer de telles mesures à la société Yahoo! Inc. dans le cadre d'une telle instance contreviendrait à la nature d'une juridiction telle que la juridiction des référés et aux pouvoirs qui lui sont attribués par le Nouveau Code de Procédure Civile.

Dans ces conditions, il apparaît que Monsieur le Président, en l'état de sa saisine et en l'état des éléments techniques démontrés par la société Yahoo ! Inc. ne pourra pas enjoindre à cette société de prendre de telles mesures.

IV) SUR LES PROPOSITIONS DE LA SOCIETE YAHOO ! INC .

Pour les raisons ci-avant exposées et notamment :

- d'une part, l'impossibilité technique de se conformer avec l'ordonnance du 22 mai 2000 ;
- d'autre part, la parfaite inadéquation entre les mesures imposées par cette ordonnance et la nature de l'Internet,

la société Yahoo ! Inc. entend faire des propositions concrètes qui lui semblent en adéquation à la fois avec l'objectif poursuivi par les requérantes et la nature de l'Internet.

L'Internet est un réseau mondial qui permet à chaque utilisateur de se déplacer d'un site à un autre, par ces déplacements, il franchit des frontières en accédant volontairement à des sites dont les éditeurs sont de nationalités différentes.

L'Internet est un média qui tend à responsabiliser l'Internaute, en lui laissant le choix de ses déplacements.

Cet esprit de responsabilisation a été saisi par le législateur français lorsqu'il a établi les termes de la loi du 28 juin 2000. En effet, il n'a pas mis à la charge des intervenants de l'Internet de charge trop importante, mais simplement une obligation de réaction à posteriori dans les cas où cet intervenant serait saisi par une décision de justice ou par la notification d'un tiers. (Pièce n°8).

De la même façon, le jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre, précise que la responsabilité du fournisseur d'hébergement doit s'apprécier selon ses compétences propres. (Pièce n°5).

Ainsi, il apparaît que l'Internaute est au centre du système Internet. C'est donc essentiellement à lui d'apprécier, après qu'il ait été convenablement informé, l'intérêt de visiter tel ou tel site.

A cet égard, la loi française n'interdit pas à ses concitoyens de lire un ouvrage raciste ou révisionniste, elle punit ceux qui l'ont réalisé. Ainsi, cette mesure de filtrage ne correspond pas à l'esprit de la loi du 29 juillet 1881, dite loi sur la presse.

Par ailleurs, est-il besoin de le rappeler Yahoo ! Inc. n'est pas l'auteur, ni même l'éditeur des sites litigieux. Son rôle ne peut être assimilé à celui d'un directeur de la publication, comme l'a parfaitement démontré le jugement du Tribunal d'instance de Puteaux en date du 28 septembre 1999. (Pièce n°10).

Ce tribunal a décidé que faute pour le fournisseur d'hébergement d'avoir la maîtrise du contenu de service il ne participe à la diffusion que par des moyens techniques mis à la disposition du

créateur de pages et n'est donc pas directeur de la publication au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982.

Cette jurisprudence prend le soin de mettre hors de cause le fournisseur d'hébergement en considérant que sa responsabilité ne peut être retenue au titre du contenu des sites qu'il héberge.

Ainsi, la société Yahoo! Inc. ne saurait voir sa responsabilité engagée du seul fait qu'elle héberge des sites illicites selon la loi française.

Ceci corrobore l'idée qu'il appartient à l'internaute, une fois sa parfaite information réalisée, de choisir les sites auxquels il doit avoir accès.

A cet égard, Yahoo! Inc. tient à préciser que le site yahoo.com possède différents systèmes sur certains de ses services qui permettent aux utilisateurs de lui adresser des e-mails pour dénoncer les messages ou les contenus qui leur semblent offensants.

A cet égard, Monsieur le Président constatera qu'il existe dans les conditions d'utilisation du service yahoo.com un article s'intitulant « violations » qui permet à chaque utilisateur du service de dénoncer les violations de ces conditions d'utilisation. (Pièce n°11).

De la même manière, les conditions d'utilisation du service « geocities » prévoient le même type de contrôle. (Pièce n°12).

Enfin, il existe un système de surveillance similaire en ce qui concerne le service d'enchères de yahoo.com (Pièce n°13).

Cela démontre que la société Yahoo! Inc. prend soin de réaliser des démarches concrètes afin de contrôler ses services, et à cet égard met à contribution ses utilisateurs qui sont les seuls à pouvoir valablement l'aider à réguler ses services.

Cette démarche caractérise parfaitement le fonctionnement d'un média tel qu'Internet qui responsabilise les intervenants et les utilisateurs.

Dans ces conditions et sous le bénéfice des observations précédentes, la société Yahoo! Inc. déclare qu'elle entend amender ses conditions générales d'utilisations afin d'informer les internautes, notamment français, du fait que certains contenus se trouvant sur son site sont susceptibles de constituer des infractions à la loi de leur pays, lorsqu'ils ne se trouvent pas sur le territoire des Etats-Unis.

Elle pourra indiquer aux utilisateurs qu'ils seront seuls responsables s'ils décident de ne pas télécharger des logiciels de filtrage ou de ne pas les utiliser.

Par ailleurs, la société Yahoo! Inc. se propose de coopérer avec les fournisseurs d'accès français, afin d'identifier avec eux les adresses URL qui constituent des infractions à la loi française, afin de permettre à ces derniers de bloquer l'accès à ces sites ou services.

De la même façon, la société Yahoo! Inc. entend solliciter de la part des requérantes leur aide dans le cadre de sa coopération avec les fournisseurs d'accès à Internet.

Enfin, la société Yahoo! Inc. indique, d'ores et déjà, qu'elle serait disposée à rendre impossible l'accès à l'ouvrage « *le Protocole des Sages de Sions* », précisément parce que cet ouvrage est en langue française, et qu'il pouvait, de ce fait, être destiné essentiellement à des Internautes français, et que par ailleurs, cet ouvrage a fait l'objet d'une interdiction de publication et de diffusion sur le territoire de la République française.

A cet égard, la société Yahoo! Inc. avait pris la décision de ne plus héberger un tel ouvrage. Mais en accédant récemment sur ce site, elle a pu constater que l'éditeur de cette page avait pris le soin de placer sur sa page d'accueil un avertissement au terme duquel il dénonçait le contenu de cet ouvrage et en avertissait les lecteurs. (Pièce n°14)

Dans ces conditions et toujours conformément à sa politique, la société Yahoo! Inc. a décidé de prendre contact avec l'éditeur de cette page Web afin de lui demander de bien vouloir préciser son avertissement, en indiquant aux utilisateurs que cet ouvrage a fait l'objet d'une interdiction sur le Territoire de la République française et préciser que le site n'est pas destiné aux Internautes français.

En cas de refus de la part de cet éditeur, la société Yahoo! Inc. n'hébergera plus de telles pages Web.

Enfin, la société Yahoo! Inc. entend porter à la connaissance de Monsieur le Président, qu'il va être créé un service d'hébergement « *gécities* » par la société Yahoo! France. Ce fait établit définitivement que ces services d'hébergements sont des services régionaux, et que le service « *gécities* » de la société Yahoo! Inc. a pour destinataires essentiels les internautes américains.

La société Yahoo! Inc. considère que ces démarches sont conformes à l'esprit de l'Internet et sont un moyen de responsabiliser les internautes.

La société Yahoo! Inc. considère que ces mesures pédagogiques permettront à ses utilisateurs de décider à quels contenus ils envisagent d'être confrontés. Ainsi, ils conserveront leur liberté de choix et d'appréciation.

Ces démarches ne sont en aucun cas, et ne doivent pas être interprétées, comme offensantes tant vis-à-vis de Monsieur le Président, que des associations requérantes dont la société Yahoo! Inc respecte et admire le combat et la cause qu'elles défendent.

Enfin, la société Yahoo! Inc. pense sincèrement que le présent litige ne méritait pas d'avoir lieu et que les requérantes ont souhaité donner à ces débats une exemplarité qui nuit à l'efficacité des solutions qui auraient pu être envisagées.

La société Yahoo! Inc. regrette d'avoir eu à endosser contre sa volonté le rôle d'adversaire de la LICRA ou de L'UEJF, mais elle répète qu'elle considère que les moyens que ces associations ont utilisés ne constituent pas une solution adéquate à la lutte qu'elles entendent mener.

Il n'a jamais correspondu à la philosophie de la société Yahoo! Inc. d'agir d'une manière ou d'une autre comme un censeur.

Dans ces conditions, la société Yahoo! Inc. estime que les solutions qu'elle se propose de mettre en œuvre pourraient permettre relativement rapidement d'arriver aux fins que se sont fixées les requérantes.

La société Yahoo! Inc. exprime le souhait que Monsieur le Président entende sa position.

Enfin, Monsieur le Président ne pourra que considérer que les mesures de publications ne sont pas justifiées en l'occurrence.

De telles demandes sont disproportionnées par rapport à la réalité. Elles pourraient effectivement être justifiées à l'égard d'entités qui soutiendraient les thèses nazies, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il est nécessaire de rappeler que Yahoo. Inc., au contraire, les bannissent et n'adhèrent en aucune façon à de telles pensées.

Ainsi, si de telles mesures étaient accordées, elles auraient pour effet de figer une situation qui ne correspond en rien à la réalité. Yahoo! Inc. apparaîtrait ainsi, dans l'opinion publique française et internationale, pour le présent et le futur, comme une société adhérant au nazisme. Une telle situation qui, rappelons-le, ne correspond nullement à la réalité, porterait gravement atteinte à sa réputation sans aucune justification.

Par ailleurs, de telles mesures sont incompatibles avec la nature même d'une telle action, car définitives et privent, de ce fait, celui qui les subit d'un second degré de juridiction.

Enfin, la présente affaire a fait l'objet d'une telle médiatisation, initiée par les demanderesse, qu'il n'est pas nécessaire en l'état d'accorder une telle mesure.

PAR CES MOTIFS

In Limine Litis :

- Constater l'Incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

En conséquence écarter l'ensemble des demandes, fins et prétentions de l'Union des Etudiants Juifs de France et de la Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme ;

Et

Dire et Juger qu'en l'état actuel de la technique, il est impossible de se conformer avec les exigences de l'ordonnance du 22 mai 2000 ;

Donner acte à la société Yahoo ! Inc. que dans le cadre des mesures précédemment évoquées, elle se tient à la disposition des associations requérantes dans l'optique d'une coopération.

En tout état de cause :

Débouter les demandresses de leur demande de publications judiciaires

SOUS TOUTES RESERVES

Les présentes conclusions sont fondées sur les pièces suivantes :

- 1) Attestation de Monsieur Jean-Denis Gorin ;
- 2) Etude technique sur les possibilités de filtrage en fonction de la provenance géographique des internautes ;
- 3) Attestation de Monsieur Geoff Ralston ;
- 4) Ordonnance du 22 mai 2000 ;
- 5) Jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre en date du 24 mai 2000 ;
- 6) Extrait de pages écrans sur le projet Incore
- 7) Résultat de recherche sur le site yahoo.com concernant les logiciels de filtrage ;
- 8) Extrait de la loi adoptée le 28 juin 2000 ;
- 9) Jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 3 mai 2000 ;
- 10) Jugement du Tribunal d'instance de Puteaux en date du 28 septembre 1998 ;
- 11) Conditions d'utilisation du service yahoo.com ;
- 12) Conditions d'utilisation du service « Geocities »
- 13) Conditions d'utilisations du service de vente aux enchères ;
- 14) Avertissement se trouvant sur la page hébergeant « le Protocole des Sages de Sions ».