

N° de RG : 00/5308 et 00/08085

Monsieur Jean-Jacques GOMEZ

Vice-Président du Tribunal de grande Instance de Paris

NOTE EN DELIBERE

Dans l'intérêt de **la société Yahoo! Inc.**, société de droit américain, dont le siège social est sis au 3420 Central Expressway, Santa Clara, Californie, prise en la personne de son représentant légal, Monsieur *Gregory John Wrenn*, dûment habilité à la représenter, élisant domicile audit siège.

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

La société Yahoo! Inc. souhaite, dans le cadre de la présente note en délibéré autorisée par Monsieur le juge des référés, faire part de ses commentaires et observations concernant le rapport que les experts ont présenté et déposé à l'audience du 6 novembre 2000.

I. RAPPEL DU CONTEXTE JUDICIAIRE

Dans son ordonnance du 22 mai 2000, Monsieur le juge des référés, s'étant déclaré compétent et ayant décidé de faire application de la loi française au litige qui lui avait été soumis, a condamné la société Yahoo! Inc. à :

« 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 constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

Au cours de l'audience du 24 juillet la société Yahoo! Inc., après s'être adjoint les compétences d'un expert en informatique, a démontré qu'il était impossible, en l'état actuel des techniques, de se conformer à l'injonction contenue dans l'ordonnance du 22 mai 2000.

A cet égard, il est bon de rappeler les conclusions du rapport d'expertise déposé à cette audience par la société Yahoo! Inc., et ce d'autant plus que celui-ci a été remis et analysé par le panel d'experts et que ceux-ci n'en ont pas remis la pertinence en cause:

« Il n'existe pas, dans l'état actuel des techniques présentées, de mesures pouvant être mise en œuvre sur le site Web, permettant de « dissuader et rendre impossible toute consultation » de certains services Internet, sans détruire la qualité de fonctionnement des services proposés.

De plus, aucune des solutions techniques envisageables n'est incontournable, et certaines peuvent aboutir, soit à bloquer des internautes non français, soit permettre l'accès à des sites litigieux à des internautes français, soit encore à bloquer l'accès à des sites non litigieux.

En outre, la mise en œuvre de ces techniques, bien que non satisfaisantes au regard de l'objectif poursuivi, entraînerait un coût disproportionné et nécessiterait un temps d'étude, de validation puis de déploiement de plusieurs mois, qu'il est impossible d'évaluer avec précision.

La solution la plus fiable serait d'appliquer des moyens de filtrage au point d'initiation de la connexion, qui se trouve être à l'endroit même où la législation est applicable, c'est à dire au niveau de l'outil de consultation (sur le poste de l'internaute), ou au niveau du fournisseur d'accès Internet ».

C'est à la suite de cette audience du 24 juillet 2000 que le Juge des référés a ordonné une mesure de consultation, qu'il a confiée à un panel de trois experts internationaux qui lui ont remis leur rapport, et qu'ils ont présenté à l'audience du 6 novembre 2000.

II. LE RAPPORT DES EXPERTS

Avant de porter une appréciation d'ensemble sur le rapport des consultants (III), les observations de Yahoo! Inc. porteront sur trois points: i) le fait que les mesures techniques examinées ne concernent que le service de ventes aux enchères de Yahoo! Inc., ii) l'opinion séparée de Vint Cerf (*pièce n°1*) exprimée dans une note adressée aux parties le 5 novembre 2000 et iii) plus généralement sur les conclusions des consultants telles qu'elles sont exprimées dans leur rapport.

Yahoo! Inc. entend enfin revenir brièvement sur certains aspects juridiques de sa position, à la lumière notamment d'un contexte législatif en pleine mutation (IV).

2-1 Le rapport ne se prononce que sur le service de ventes aux enchères de yahoo.com

Le rapport adopte clairement le parti de ne prendre en compte et de ne traiter que du service de ventes aux enchères de yahoo.com, et ce, alors que l'ordonnance **visait** « le service de ventes aux enchères d'objet nazis et tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ».

Ainsi, ce rapport ne traite concrètement que d'une partie de la question soulevée dans le cadre de la présente procédure.

Cette position radicale et délibérée des experts, qui balise leur champs d'étude, induit au plan technique une solution tout aussi claire.

Les experts s'expliquent en effet sur leur position et cette explication a d'ailleurs été confirmée verbalement au cours de l'audience par Monsieur Wallon : « *Les décisions du tribunal et les demandes ne décrivent avec précision que le site de vente aux enchères. **Aucun grief à l'encontre des autres sites et services de Yahoo! n'est formulée avec suffisamment de précision pour permettre aux consultants de proposer des solutions techniques adaptées et efficaces*** ». Il paraît alors surprenant que certaines parties à ce litige proposent de pallier les conséquences de l'analyse des experts sur ce point et suggèrent, sans aucune caution technique, des solutions concernant de tels services, alors que, connaissant la position des experts sur cette question avant même le dépôt de leur rapport, ils n'ont pas jugé utile de leur soumettre cette proposition afin qu'ils puissent la commenter le cas échéant.

Dans ces conditions, la société Yahoo! Inc prend acte de la difficulté technique à laquelle ont été confrontée les experts et en conclut, comme cela a été indiqué au cours de l'audience du 6 novembre dernier, qu'en tout état de cause, et nonobstant ce qui est exposé au 2-3 ci-dessous, aucune solution permettant de se conformer à l'ordonnance du 22 mai n'est à ce jour envisageable pour les services et sites autres que le service de vente aux enchères.

En conséquence de quoi, il apparaît extrêmement délicat que le Juge des référés puisse se prononcer, en l'état, sur les autres sites ou services de yahoo.com, sauf à imaginer par lui-même des solutions techniques, dont la pertinence a été réfutée par les experts. Compte tenu de la clarté des conclusions des experts sur ce point, le juge des référés ne pourra que rejeter purement et simplement les demandes formulées par la LICRA dans ses dernières écritures, ainsi que par l'une ou l'autre des associations qui pourraient également suggérer de telles solutions techniques.

2-2 Sur la note séparée de l'expert Vint Cerf

Un des trois experts a pris la peine de nuancer la position qui est contenue dans le rapport d'expertise. Il s'agit, en l'occurrence, de Monsieur Vint Cerf qui a fait parvenir à l'ensemble des parties une note en date du 5 novembre 2000. (pièce n°1)

Bien qu'au cours de l'audience du 6 novembre, Monsieur Vint Cerf n'ait pas semblé vouloir remettre en cause les conclusions contenues dans le rapport global des experts, qu'il a cependant expliqué ne pas avoir eu la possibilité de lire avant sa diffusion aux parties, il n'est pas pour autant revenu sur les termes de sa note¹. Par ailleurs, l'autre expert présent, Monsieur Wallon, n'en a pas nié la pertinence.

Cette note technique doit être considérée comme un élément supplémentaire de réflexion à prendre en compte par le Juge des référés, et elle est donc jointe à la présente note dans sa version anglaise originale accompagnée d'une traduction libre. Certains passages de cette note méritent ici d'être cités :

¹ Sans aucunement vouloir remettre en cause l'objectivité des experts, et tout en rendant hommage au travail accompli au cours de leur mission, il est utile d'informer le Juge des référés sur certains incidents qui se sont produits au cours de l'expertise. En effet, il est important d'indiquer que M. Ben Laurie, qui n'était pas présent lors de l'audience, n'a pas non plus participé à la seconde conférence téléphonique organisée par M. Wallon en présence des parties. De même, il apparaît à la lecture du rapport que certaines informations recueillies par M. Vint Cerf sur le fonctionnement et l'architecture des sites et services Yahoo! Inc. à l'occasion d'une visite dans les locaux de Santa Clara (dont le principe avait été agréé par les experts et les parties lors de la seconde conférence téléphonique) n'ont pas été exploitées pour la rédaction du rapport définitif. Enfin, il est important de relever qu'alors que 2 des 3 experts ne parlent pas le français, la version finale du rapport a été rédigée par M. Wallon en langue française, et que M. Vint Cerf, pour des raisons techniques, n'a pu prendre connaissance de la version anglaise que le matin même de l'audience. A ce jour d'ailleurs, Yahoo! n'a toujours pas reçu la version anglaise définitive du rapport signé par les experts.

- « Les adresses IP de l'Internet ont été conçues pour avoir des caractéristiques à la fois non géographiques et non nationales » ;
- « Toute affirmation selon laquelle il est possible de déterminer avec une haute fiabilité la localisation physique d'une adresse IP particulière est au mieux incorrecte, et au pire de nature à induire en erreur » ;
- « En supplément de ces limitations, l'utilisation des réseaux privés virtuels et des « anonymiseurs » aurait pour effet de rendre un tel effort inutile. En conséquence, l'utilisation des tables d'adresses IP inversées pour déterminer la localisation à partir de laquelle une personne accède à l'Internet et à Yahoo est, il me semble, non fiable » ;
- « Les méthodes automatiques pour déterminer avec précision des contenus prohibés n'existent pas » ;
- « Il me semble qu'aucune des propositions, discutées tant par e-mail qu'au cours de deux conférences téléphoniques d'expertises, ne pourrait répondre de façon satisfaisante aux exigences de l'ordonnance, de la même façon, il ne semble exister aucune méthode pratique et disponible pour atteindre un tel objectif ».

2-3 Sur les conclusions contenues dans le rapport technique des experts

En ce qui concerne Yahoo! Inc., le rapport distingue deux aspects des mesures techniques : la question de la localisation géographique des usagers (2-3-1) et celle de l'identification puis du blocage des sites illicites (2-3-2).

2-3-1 Sur la localisation des internautes au moyen des adresses IP

Deux points présentés par les experts appellent des commentaires : le taux de pertinence de l'identification qu'ils retiennent (a) et la mesure complémentaire qu'ils suggèrent pour pallier les insuffisances des moyens d'identification (b).

a) Le taux d'identification

Le rapport a cet égard précise : « On peut donc estimer que près de 70% des adresses IP allouées à des internautes français peuvent être associées avec certitude à la domiciliation française du fournisseur d'accès et être filtrées. »

Il s'agit d'une estimation dont les fondements ne sont pas clairement indiqués. Par ailleurs, cette estimation a augmenté de façon inexplicable entre la seconde conférence téléphonique d'expertise et la remise du rapport. En effet, au cours de cette conférence, un taux d'identification de 50 à 60% avait été évoqué et justifié par les mêmes arguments.

Bien que la société Yahoo! Inc ne s'explique pas l'inflation de ce taux d'identification, elle en conclut néanmoins qu'il corrobore, qu'il soit de 50 ou de 70%, la position qu'elle a développée au cours de l'audience du 24 juillet dernier sur cette question technique. Au delà, il apparaît que l'appréciation du taux (70% ou 50%) ne repose sur aucune méthode scientifique fiable, mais sur une simple estimation nécessairement empreinte de subjectivité.

Sur un plan plus technique, il convient en outre de rappeler la position de Monsieur Cerf, d'ailleurs reprise par Monsieur Wallon au cours de l'audience, qui précise que l'adresse IP n'a en aucune façon été conçue pour être géographique ou même nationale.

De la même façon, Monsieur Cerf précise : « *Toute affirmation qu'il est possible de déterminer avec une haute fiabilité la localisation physique d'une adresse IP particulière est au mieux incorrecte, et au pire de nature à induire en erreur* »

Et il ajoute : « *En conséquence, l'utilisation des tables d'adresses IP inversées pour déterminer la localisation à partir de laquelle une personne accède à l'Internet et à Yahoo est, il me semble, non fiable* ». (Pièce n°1)

Enfin, le rapport des experts met en exergue un certain nombre d'exceptions au principe de la localisation par l'adresse IP. Ces exceptions, sont : i) le caractère multinational du fournisseur d'accès, ii) l'utilisation de réseaux privés de grandes entreprises où les adresses réelles sont encapsulées iii) l'utilisation des « *anonymisers* ».

A cet égard, il est à noter que les différentes sociétés qui, de façon opportuniste, s'étaient mises en avant au cours du présent litige, en prétendant pouvoir proposer une solution adéquate pour se conformer à l'ordonnance du 22 mai 2000, solutions qui ont fait l'objet d'étude de la part des experts. L'ensemble des solutions proposées par ces sociétés est écarté pour leur manque de pertinence par les experts. Leur position étant sur ce point particulièrement catégorique, il est surprenant que certaines parties tentent encore maladroitement de réutiliser les solutions proposées par ces sociétés.

Bien qu'il apparaisse à la société Yahoo! Inc. que ces trois exceptions sont de nature à représenter bien plus de 30% des cas (comme l'avaient d'ailleurs considéré les experts dans un premier temps), il convient de relever que, non seulement, ces pourcentages ne sont fondés sur aucune méthode scientifique, comme il l'a été dit, mais qu'en outre au moins l'une de ces exceptions - la solution de « *l'anonymiser* » - est susceptible d'évoluer de façon exponentielle et imprévisible, étant soumise à la seule volonté des internautes.

En conclusion, il apparaît sur ce point que l'estimation (il ne s'agit que de cela et non pas d'une statistique) de 70% d'identification est pour le moins optimiste et en tout état de cause provisoire.

* * *
*

Par ailleurs, les experts n'éclairent absolument pas le Juge des référés sur les moyens de mettre en place techniquement une telle identification.

Le rapport, sur ce point essentiel, se contente d'indiquer qu'une telle identification existerait d'ores et déjà sur yahoo.com : « *C'est d'ailleurs cette réalité qui permet à Yahoo Inc. d'afficher des bandeaux publicitaires franco-français sur son site de ventes aux enchères* ».

Or, cette technologie « *grossière* » est mise en place à des fins strictement publicitaires et ne se trouve pas intégrée, en tant que telle, au service de ventes aux enchères. Sa mise en œuvre sur ce service aux fins voulues par les requérantes nécessiterait donc une adaptation technique.

Il convient alors de constater que d'une part, un tel système d'identification n'a pas été étudié par les experts, et que dans ces conditions, le Juge des référés ne peut en aucune façon en connaître la pertinence, et d'autre part, que si un tel système devait être intégré et adapté au service de ventes aux enchères, cela nécessiterait un temps non négligeable et des investissements conséquents pour réaliser une telle adaptation. (Cela avait été clairement indiqué dans la note de Geoff Ralston qui a été communiquée aux experts) .

Ainsi, les experts ne donnent pas concrètement les solutions techniques nécessaires pour mettre en œuvre sur yahoo.enchères le système d'identification qu'ils préconisent. Pour le moins, il aurait été souhaitable qu'une étude approfondie du système d'exploitation informatique du site yahoo.com soit réalisée à cet égard.

Dans ces conditions, il semble difficile de fonder une injonction, de quelque nature qu'elle soit, sur une simple estimation qui, par ailleurs, est de nature à évoluer, et sans connaître précisément la durée et la faisabilité des mesures à mettre en œuvre.

b) La solution complémentaire proposée par les experts : la déclaration sur l'honneur

Pour palier le manque d'effectivité de l'identification par l'adresse IP qu'ils reconnaissent, les experts proposent de faire renseigner une déclaration sur « l'honneur » par les internautes qui visitent le site de ventes aux enchères de yahoo.com et qui n'auraient pas été identifiés comme français, afin qu'ils indiquent leur nationalité (et non leur provenance géographique).

*« Puisque, du fait des exceptions précitées, **aucune technique de filtrage ne permet de repérer l'ensemble des internautes français ou connectés à partir du territoire français**, le collège de consultants a examiné l'opportunité de faire souscrire une déclaration, sur l'honneur, de la nationalité par l'internaute ». (rapport définitif des experts page 68)*

Les experts proposent ensuite qu'un « cookie » soit installé sur l'ordinateur de l'internaute pour celui-ci soit identifié par la suite à chacun de ses passages sur le site yahoo.com.

Une telle solution est à l'évidence facilement contournable : il s'agit d'une simple déclaration « sur l'honneur » que l'internaute peut renseigner faussement. A cet égard, il n'a aucun effort technique à réaliser.

Au delà, dans un second temps, si une telle situation devait être mise place, il conviendrait de prévenir l'internaute du fait qu'un « cookie » va être installé sur son ordinateur, de l'informer de la possibilité dont il dispose de s'y opposer, et de la raison pour laquelle un tel « cookie » va être installé. (A cet égard, il suffit de se reporter aux différentes recommandations sur ce sujet de la Commission Nationale Informatique et Liberté (*pièce n°2*) et au rapport du conseil d'Etat intitulé « Internet et les Réseaux Numériques » (*pièce n°3*) pour s'en convaincre). La mise en place de cette technique n'est donc pas aussi anodine qu'il y paraît. Il est important de noter sur ce point que la LICRA préconise cette solution avec beaucoup de prudence dans sa note en délibéré.

En outre, il est techniquement relativement simple d'empêcher le placement de « cookies » sur son ordinateur : il suffit en effet de paramétrer son navigateur pour y échapper. Cela signifie dans ce cas que l'internaute qui aurait fait cette démarche devrait renseigner une telle déclaration à chacune de ses visites.

Enfin, cette déclaration de nationalité sur l'honneur serait imposée à l'ensemble des internautes non identifiés comme provenant de France et accédant au site de ventes aux enchères, ce qui constitue une part significative des visiteurs de yahoo.com, puisqu'il s'agit, par hypothèse, d'utilisateurs pouvant se connecter depuis n'importe quel pays du monde entier, et seulement marginalement depuis la France. En d'autres termes, Yahoo! Inc. se verrait ainsi contrainte de devoir solliciter l'écrasante majorité des visiteurs du monde entier (et alors, en quelle langue devrait-elle le faire?) pour espérer pouvoir toucher la proportion marginale de ceux qui se connectent depuis la France.

Une telle solution imposerait à Yahoo! Inc. une procédure d'une lourdeur importante vis-à-vis de ses principaux concurrents, qui en aucun cas n'utilisent une telle formule.

Là encore, les experts ne donnent aucune information technique sur les moyens de mettre en place un tel système.

Dans ces circonstances, il serait plus que délicat pour le Juge des référés d'imposer un système si peu pertinent à la société Yahoo! Inc. alors que celui-ci entraînerait des conséquences disproportionnées pour cette société.

En conclusion, sur la question de la localisation, il apparaît que le rapport rendu par les experts établit clairement qu'il n'est pas possible d'identifier avec certitude la provenance géographique d'un internaute, ce qui corrobore la position soutenue par Yahoo! Inc. depuis l'origine de ce litige. Par ailleurs, la solution complémentaire proposée n'est pas adaptée et ne constitue pas une alternative sérieuse et efficace à l'incertitude d'identification que les experts ont pu constater.

En outre, toute mise en place d'un nouveau système nécessite des études techniques et des délais qui n'ont pas été appréciés par les experts.

Enfin, l'identification de la provenance géographique de l'internaute ne concerne qu'une seule partie du problème soulevé par l'ordonnance du 22 mai 2000. Il convient en effet, dans un second temps, d'identifier les contenus auxquels les internautes qui seront identifiés comme provenant de France (et non pas ceux ayant la nationalité française) ne pourront pas avoir accès.

2-3-2 L'identification des contenus illicites

Comme le notent les experts dans leur rapport (page 69), il s'agit du second point de la problématique.

Lors de l'audience, les experts ont clairement admis qu'il n'était pas envisageable de recourir à un système manuel, par nature démesuré et totalement inapproprié, et qu'aucun système automatique, aussi « *intelligent* » soit-il, n'était en mesure de réaliser une telle identification. A cet égard, dans sa note séparée, Monsieur Vint Cerf confirme que des méthodes automatiques pour identifier avec précision des contenus ou informations illicites n'existent pas.

En l'occurrence, la solution proposée par les experts, qui est traitée en une demi-page dans le rapport, est de recourir à un système de filtrage par mot-clé.

Cela consisterait à empêcher les internautes identifiés comme provenant de France d'avoir accès aux objets décrits comme nazis par leurs propriétaires, en les excluant de la recherche.

Les experts reconnaissent eux-mêmes qu'il existe **une première incertitude** quant au résultat de cette technique, qui tient à ce que son bon fonctionnement est subordonné au fait que les objets en question soient effectivement décrits comme « nazis » par leurs propriétaires. Pour atténuer cette incertitude, ils précisent que « *les vérifications opérées par le collège des consultants ont confirmé que **de nombreux** objets nazis étaient bien présentés comme tels* ».

A cet égard, il est important de rappeler que la présentation de l'objet mis aux enchères sur le site est laissée à la seule discrétion de son propriétaire, la société Yahoo! Inc. n'intervenant à aucun moment dans sa description.

Une autre alternative à ce système, présentée comme plus « radicale », consisterait en ce que le moteur de recherche n'exécute pas les requêtes comportant le mot « nazi ».

Or, lors de l'audience, les experts ont reconnu que ce système était soumis à de nombreuses incertitudes, et était loin d'être pertinent.

Ainsi, ils ont clairement admis qu'un tel système empêcherait l'accès à des contenus parfaitement licites, et notamment à des contenus anti-nazis, et que par ailleurs il ne permettait pas de filtrer certains des contenus « nazis » selon que les propriétaires des objets utiliseraient ou non les mots-clés dans leur description.

Enfin, il a été démontré à l'audience et expressément reconnu par les experts qu'il était possible d'avoir accès à des contenus nazis sans recourir à une recherche par mot-clé, mais simplement en suivant une arborescence.

Ainsi, la mise en place d'un tel système ne semble pas être appropriée, et en tout état de cause, ne permet en aucune façon de dissuader ou rendre impossible l'accès à des contenus jugés comme offensants.

En effet, la marge d'erreur d'un tel système est extrêmement importante, et résulte des éléments suivants :

- le propriétaire peut parfaitement décrire l'objet sans utiliser des mots-clés référencés, même si celui-ci est illicite ;
- le mot « nazi » peut concerner un objet qui, loin d'être offensant, peut au contraire avoir vocation à combattre le nazisme et à préserver la mémoire de l'holocauste (exemple « *le Journal d'Anne Franck* ») ; à titre d'exemple simple l'on notera que le mot « nazi » est contenu dans le mot « anti-nazi » ;
- l'accès à des objets « nazi » non décrits comme tels est possible ;
- ce système dépend de la recherche effectuée par l'internaute qui, par exemple, peut effectuer une recherche à partir du mot « world war II » ;
- enfin comme il l'a été démontré à l'audience, il reste toujours possible d'avoir accès à de tels objets en utilisant l'arborescence, et ce sans utiliser aucun mot-clé.

Là encore les experts ne prennent pas le soin de donner des indications techniques qui renseigneraient le Juge de référés sur la mise en œuvre d'un tel système (durée, coût, faisabilité par rapport au système d'exploitation du site yahoo.com qui n'a fait l'objet d'aucune étude).

En réalité, la mise en place d'un tel système nécessiterait une importante adaptation technique et entraînerait un ralentissement ou un alourdissement du processus, qui seraient disproportionnés.

Ainsi, le filtrage par mot-clé est insatisfaisant au regard des termes de l'ordonnance du 22 mai 2000.

III. L'APPRECIATION DU RAPPORT DES EXPERTS

Il apparaît que les problèmes techniques soulevés par la société Yahoo ! Inc. lors de l'audience du 24 juillet dernier sont avérés et aujourd'hui corroborés par le rapport des consultants présenté à l'audience du 6 novembre.

- a) Les experts excluent toute possibilité de solution technique permettant de se conformer à l'ordonnance pour ce qui concerne les sites ou services autres que le service de ventes aux enchères.
- b) Le rapport établit clairement que l'identification de la provenance géographique des internautes, si elle est possible, est soumise à de nombreuses incertitudes et qu'elle est loin d'être pertinente, même si leur estimation à cet égard semble pour le moins être optimiste.
- c) La proposition de mettre en place une déclaration sur l'honneur n'est pas efficace en l'espèce et soulève des problèmes juridiques supplémentaires.
- d) Le système de filtrage par mots-clés n'est pas efficace ; ce point est admis par les experts, qui n'ont cependant pas pris le soin d'estimer la marge d'erreur d'un tel système.
- e) La mise en œuvre conjointe de ces systèmes (identification de l'internaute et identification de contenus illicites) aboutirait à une marge d'erreur significative qui ne permettrait en aucun cas à la société Yahoo ! Inc. de se conformer à l'injonction formulée dans l'ordonnance du 22 mai dernier.
- f) Les experts n'ont pas pris le soin d'établir la faisabilité technique de leurs recommandations ; ils n'indiquent pas le temps de mise en œuvre, les conséquences techniques et le coût humain et financier de cette mise en œuvre. A cet égard, la société Yahoo ! Inc. ne peut que s'étonner qu'à aucun moment une étude de son système d'exploitation informatique n'ait été réalisée.
- g) Monsieur Vint Cerf a précisé, lors de l'audience du 6 novembre dernier, que de telles mesures, si elles étaient mises en place, finiraient par entraver et bloquer l'Internet.

En conclusion, il apparaît que Monsieur le Juge des référés, à la vue de ce seul rapport, ne peut imposer à la société Yahoo ! Inc. la mise en œuvre de mesures, dont l'efficacité est douteuse et qui ne lui permettraient pas de se conformer à l'ordonnance initiale.

Dans ces conditions, les éléments précédemment évoqués empêchent par nature que toute astreinte soit imposée à la société Yahoo ! Inc., si malgré tout l'injonction devait être maintenue à son encontre. En effet, en raison des incertitudes multiples et variées admises par les experts, il sera toujours impossible en pratique, en cas de non-respect de l'injonction, de savoir si celui-ci résulte d'une volonté délibérée de Yahoo ! Inc. ou du manque de fiabilité des mesures techniques mises en place.

IV. LA POSITION JURIDIQUE DE LA SOCIETE YAHOO ! INC.

La société Yahoo ! Inc. tient à réaffirmer la position qu'elle a toujours maintenue depuis le début de ce litige :

- 1) les juridictions françaises ne sont pas compétentes territorialement pour connaître d'un tel litige. Le lieu de l'existence du délit, s'il existait, serait les Etats-Unis ;
- 2) la loi française n'est pas applicable à un tel litige, un lien de rattachement suffisant avec la France faisant défaut. En effet, comme il a été démontré au cours de différentes audiences, le site yahoo.com est essentiellement à destination des internautes américains.

Néanmoins, cette position n'a pas pour conséquence de dénier toute compétence aux juridictions françaises : en réalité, elle consiste à nuancer simplement une compétence quasi-automatique des juridictions françaises s'agissant d'Internet. A cet égard, il apparaît équitable et logique que les juridictions françaises puissent, concernant un média comme Internet, se déclarer compétentes territorialement et appliquer la loi française quand il apparaît un lien de rattachement suffisant entre le site ou le contenu litigieux et le territoire français, et notamment lorsque la localisation d'un service Internet à l'étranger est artificielle et a essentiellement pour but de se soustraire à la loi française.

A cet égard, la décision Nart.com est particulièrement édifiante (*pièce n°4*). En effet, il s'agissait d'un site situé aux Etats-Unis proposant un service de ventes aux enchères d'objets mobiliers. Ce site était, par nature, accessible depuis la France. Mais surtout, les objets mis en vente se trouvaient sur le territoire français où les acheteurs potentiels pouvaient en prendre connaissance. Assez logiquement, la juridiction française s'est déclarée compétente de ce fait. En effet, il apparaissait assez clairement que la localisation du site à l'étranger était artificielle, cette vente étant essentiellement destinée aux internautes français. A cet égard, le lien de rattachement était clairement établi. Enfin, il semblait que cette démarche était un moyen de se soustraire à la loi française.

Dans cet esprit, il est apparu à la société Yahoo ! Inc. que l'ouvrage « *le Protocole des Sages de Sion* » hébergé sur des pages personnelles du service « *géocities* » pouvait avoir, dans une certaine mesure, un lien de rattachement suffisant avec la France étant rédigé en français (et ce, bien qu'il ait pu être mis en ligne par un internaute canadien de langue française à destination de son pays).

Dans ces conditions, la société Yahoo ! Inc. a fait le choix de ne plus héberger un tel ouvrage. Elle a donc mis en œuvre, avec une condition supplémentaire (le lien de rattachement avec la France du fait de la destination possible vers des utilisateurs français) la théorie du « *notice and take down* ».

La société Yahoo! Inc., qui maintient que les juridictions françaises n'étaient pas compétentes pour connaître du présent litige et que la loi française n'était pas applicable, demande à ce que le Juge des référés **lui donne acte** du fait qu'elle a cessé d'héberger l'ouvrage «*le Protocole des Sages de Sion*».

Cette audience, qui a été un précédent à bien des égards, a permis à la société Yahoo! Inc. de prendre conscience d'éléments nouveaux.

A cet égard, il est demandé à Monsieur le juge des référés de **lui donner acte** du fait qu'elle est disposée à mettre en place un système de veille avec l'aide des associations requérantes, dont elle a toujours respecté le combat, afin que lorsqu'un site offensant lui serait signalé par celles-ci et à la condition nécessaire qu'il soit manifestement destiné essentiellement à des utilisateurs français, elle prendrait alors la décision de ne plus l'héberger.

La société Yahoo! Inc. souhaite que cette affaire ait permis à l'ensemble des participants d'affiner, comme elle l'a fait, leur position à l'égard du problème, sans précédent, qui a été soumis au Juge des référés.

La société Yahoo! Inc., contrairement à ce qu'a pu soutenir la LICRA, n'a à aucun moment fait preuve de mauvaise foi dans le cadre de cette affaire, mais a au contraire essayé de continuer à faire en sorte que des solutions équilibrées et satisfaisantes se dégagent du présent litige. L'impossibilité technique qu'elle avait mise à jour lors de l'audience du 24 juillet a bel et bien été confirmée par la mesure de consultation ordonnée par le Juge des référés.

Il convient en conclusion de rappeler deux points importants pour la société Yahoo! Inc. :

En premier lieu, son activité ne peut pas être assimilée à celle d'un éditeur. Ainsi, elle ne peut se voir imposer une responsabilité équivalente. Sur ce point une juridiction française a eu, d'ores et déjà, à se prononcer. (Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999).

De la même façon, dans l'hypothèse où la loi française serait applicable, ce que Yahoo! Inc. conteste, il apparaît que la responsabilité de la société ne serait pas retenue, et ce d'après les termes même de la loi du 1^{er} août 2000 ; le législateur français s'étant refusé à mettre à la charge des opérateurs Internet une responsabilité a priori, ce qui va dans le sens de la pratique du «*notice and take down*» respectée par Yahoo! Inc. Enfin, les contenus litigieux sont protégés aux Etats-Unis par le Premier Amendement de la Constitution qui garantit la liberté d'expression.

En second lieu, il est nécessaire de souligner que principe constitutionnel de proportionnalité (consacré d'ailleurs par la jurisprudence européenne) doit être pris en considération dans chaque décision rendue par une juridiction française.

Imposer à la société Yahoo! Inc., société de droit étranger exerçant son activité à destination essentiellement de son pays et respectant les lois de celui-ci, de mettre en œuvre des mesures techniques inefficaces et aléatoires ne lui permettant pas, par ailleurs, de se conformer à l'ordonnance rendue initialement, aurait à l'évidence des conséquences disproportionnées. Cette situation empêche en tout état de cause que de quelconques astreintes soient prononcées à l'encontre de la société Yahoo! Inc.

Christophe PECNARD

Pièces jointes à la présente note en délibéré :

- 1) Note séparée de Monsieur Vint Cerf ;
- 2) Recommandation de la CNIL ;
- 3) Etude adoptée par le Conseil d'Etat ;
- 4) Décision Nart.com en date du 3 mai 2000 ;
- 5) Rapport additionnel de Yahoo! Inc. pour le collège d'experts en date du 1^{er} novembre 2000 (version française. La version anglaise ayant déjà été communiquée et se trouvant jointe au rapport d'expertise).

Cc :

- Maître Stéphane Lilti ;
- Maître Marc Levy ;
- Maître Laurent Levy ;
- Monsieur le Procureur de la République.