



Chronique

DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

LA LUTTE CONTRE LES PROPOS ANTISÉMITES SUR INTERNET

PAR FABRICE PERBOST*

Les propos antisémites tenus le 6 juin 2014 par Jean-Marie Le Pen dans une vidéo diffusée sur le site du Front National ainsi que les attentats à l'encontre de la communauté juive dans une école juive de Toulouse en mars 2012 et au Musée juif de Bruxelles en mai 2014 sont l'occasion de faire un point sur le traitement qui est fait par les juges français de la parole antisémite sur Internet.

Certes, les attentats perpétrés à l'encontre des juifs ne peuvent être comparés aux propos antisémites tenus sur Internet. Il n'en reste pas moins que les poussées de haine écrites ne doivent pas rester impunies, car « on commence par céder sur les mots, puis on finit parfois par céder sur les choses »¹. La frontière entre les mots et les actes étant on ne peut plus poreuse, l'injure a très vite fait de se transformer en violence physique. La distance entre les mots et les actes n'est pas aussi importante qu'on pourrait le croire. Et l'histoire nous a montré que lorsque la parole se libère, plus particulièrement la parole antisémite, les actes ne sont jamais très loin.

Évacuons tout de suite la question de l'humour. Il en a été beaucoup question lors de la récente affaire Dieudonné qui n'avait pas pour cadre Internet mais qui avait été fortement relayée dans tous les médias. Dans cette affaire, force est de constater pourtant que l'humour était absent et les propos tenus clairement antisémites et négationnistes². Il en est de même des

propos tenus par Jean-Marie Le Pen. Il n'est bien entendu pas question d'interdire l'humour. Nous avons nous-même, il y a quelque temps, dans ces mêmes colonnes, évoqué la place de l'humour sur Internet et plus particulièrement la façon dont il est juridiquement appréhendé sur les réseaux sociaux³. Nous avons pu constater que des propos tenus sur un réseau social n'ont pas le même impact que s'ils avaient été simplement chuchotés entre collègues à l'heure de la pause déjeuner ou devant la machine à café, ne faisant ricaner que quelques personnes dans une sphère privée. Sur Internet, les mêmes propos peuvent envahir l'espace public, indigner ou déplaire à un plus grand nombre, avec pour conséquence la condamnation de leur auteur dès lors que ce dernier n'aura pas été en mesure de prouver que les contenus publiés avaient trait à sa vie privée. Faisant notre la phrase de Pierre Desproges, nous étions arrivés à la conclusion que l'on peut rire de tout sur Internet mais pas à n'importe quelle fin et pas avec n'importe qui sur un réseau social⁴. Mais là, il n'est pas question d'humour, même nau-séabond. Il s'agit d'antisémitisme et de négationnisme, qu'il soit d'extrême droite ou d'extrême gauche ou porté par un islamisme radical.

Une question se pose déjà. Existe-t-il une différence juridique entre les infractions à carac-

* Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet [Kahn](#) et Associés

1 - *Psychologie collective et analyse du Moi*, Sigmund Freud, 1921 p 110

2 - CE, ord. Réf., 9 janvier 2014, n° 374508, Min Intérieur (annulation TA Nantes, ord. Réf., 9 janvier 2014 ; CE, ord. Réf., 10 janvier 2014, n° 374528, SARL « Les

Productions de la Plume » et a (rejet requête c/ TA Orléans, ord. Réf., 10 janvier 2014) ; CE, ord. Réf., 11 janvier 2014, n° 374552, SARL « Les Productions de la Plume » et a (rejet requête c/ TA Orléans, ord. Réf., 11 janvier 2014

3 - « L'humour sur Internet », Henri Alterman et Fabrice Perbost, *RJCom*, 56^e année, Mai/Juin 2012, numéro 3, p 12

4 - *Le tribunal des flagrants delires*, textes des requêtes, Éditions le point.

rière raciste et celles à caractère antisémite ? En droit, il n'existe pas de différence objective entre celui ou celle qui subit un acte antisémite et celui ou celle qui subit un acte raciste⁵. L'arsenal législatif répressif n'est pas orienté vers la lutte contre l'antisémitisme, mais vers la lutte contre le racisme, englobant l'antisémitisme. Dès lors, les dispositions pénales sanctionnant la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence⁶ ou encore la diffamation⁷ ou l'injure⁸ assimilent le racisme et l'antisémitisme à travers les concepts d'origine, d'appartenance ou de non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion. Il existe néanmoins des instruments juridiques propres à la lutte contre l'antisémitisme tels que la répression des délits qui consistent à porter ou exhiber « *en public un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant les uniformes, les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés (...) par une personne reconnue coupable (...) d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité (...)* »⁹, ainsi que le délit de contestation de crime contre l'humanité¹⁰ ou encore le délit d'apologie d'un crime contre l'humanité¹¹.

Nombreuses sont les décisions qui sanctionnent les auteurs des contenus illicites. Ces affaires impliquent aussi parfois les sociétés ayant permis leur diffusion. Certaines ont fait l'objet de nombreuses discussions que ce soit dans les prétoires ou dans les médias. Ainsi, outre des sociétés d'hébergement et des fournisseurs d'accès à Internet, ce sont par exemple

quatre grands noms de la Silicon Valley (Yahoo ! Apple, Google et Twitter) qui se sont retrouvés, bien malgré eux, au centre de ces litiges. Non pas que ces sociétés soient à l'origine des propos ou actes antisémites ou puissent être taxées d'antisémitisme. Mais elles ont toutes, involontairement et/ou par complaisance ou neutralité coupable, de par leurs formidables outils, favorisé voire encouragé la parole antisémite, engageant par là même leur responsabilité.

Ainsi, dans le cadre de l'affaire Yahoo !, au début des années 2000, les juges se sont pour la première fois prononcés sur la vente sur Internet au grand public d'objets nazis (I). Ensuite, au milieu des années 2000, l'affaire AAARGH concernant le filtrage d'un site antisémite et négationniste a défrayé la chronique judiciaire (II). En 2011, de nombreuses discussions juridiques ont eu lieu dans le cadre de l'affaire Apple et de l'application iPhone « Juif/Pas juif » (III). Plus récemment, la mise au centre des débats du caractère potentiellement antisémite des suggestions semi-automatiques de mots-clés générées par le moteur de Google a eu pour conséquence la saisine de la justice par plusieurs associations françaises, avant de déboucher sur une médiation (IV). Enfin, en 2013, l'affaire Twitter avec la publication des *hashtags* antisémites a été le théâtre de plusieurs décisions (V).

I - Yahoo ! et la vente d'objets nazis

La société américaine proposait aux internautes français, par l'intermédiaire de sa page « Yahoo Auctions », la vente aux enchères de plus d'un millier d'objets nazis. La recherche du terme « nazi » faisait apparaître des livres, photos, uniformes ou encore insignes à la gloire du III^e Reich. En outre, une rubrique était proposée aux internautes « *revisionists* », à partir de laquelle on pouvait consulter « *un site intitulé « Air photo evidence » » qui se proposait « de faire la preuve par image de l'inexistence des chambres à gaz »*¹².

L'action introduite par la Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA) et l'Union des Étudiants Juifs de France (UEJF) a visé Yahoo ! Inc. mais également Yahoo ! France en ce que le site français rendait possible la consultation des ventes aux enchères litigieuses par la mise en place d'un lien orientant les internautes vers ladite page.

12 - TGI Paris, réf., 22 mai 2000.

5 - Pour une autre approche, non juridique : « *J'ai essayé d'expliquer à mon petit-fils la nuance qui existe entre le racisme et l'antisémitisme : le premier est basé sur le mépris, le second sur l'envie* », Marcel Ophuls, Les Inrockuptibles, n° 949, du 5 au 11 février 2014.

6 - Article 24, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

7 - Article 32, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

8 - Article 33, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

9 - L'article R. 645-1 du code pénal puni « *de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe le fait (...) de porter ou d'exhiber en public un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant les uniformes, les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable par une juridiction française ou internationale d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité (...)* »

10 - Article 24 bis, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

11 - Article 24, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Les associations antiracistes ont fondé leur action sur l'article R. 645-1 du code pénal qui sanctionne l'exhibition d'uniformes, insignes ou emblèmes rappelant ceux portés ou exhibés par des personnes reconnues coupables notamment de crimes contre l'humanité.

Les demanderesses ont soutenu que cette exhibition d'objets constituait, au-delà d'une infraction au code pénal, « la plus grande entreprise de banalisation du nazisme qui soit » en tendant à favoriser « la propagation de l'antisémitisme par l'écrit », notamment par l'hébergement de littérature antisémite (*Mein Kampf* et *Le Protocole des Sages de Sion*)¹³.

Ainsi que l'a relevé le tribunal, la seule visualisation en France d'objets de ce type emporte violation de l'article R. 645-1 et constitue une atteinte à l'ordre public interne¹⁴.

Mais le cœur même de l'affaire se situait ailleurs. La question de la compétence des juridictions nationales dans les litiges liés à l'utilisation internationale d'Internet ainsi que celle de l'application extraterritoriale des lois nationales ont été soulevées à cette occasion, témoignant plus largement des difficultés rencontrées dans la régulation des activités menées sur Internet.

Le site, exclusivement en anglais, était hébergé aux États-Unis et ne s'adressait pas en priorité aux internautes français. Pourtant, le juge français a retenu sa compétence juridictionnelle sur le fondement de l'article 46 NCPC en concluant que la simple visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute en France à cette exposition constituait une faute commise sur le territoire français. Du fait que l'internaute français était à même de consulter le site de vente aux enchères de France, le juge en a déterminé que le dommage avait bien eu lieu sur le sol français, ce qui rendait la loi française applicable¹⁵.

Accueillant les prétentions des requérantes, par trois ordonnances du 22 mai 2000 et du 20 novembre 2000, le juge des référés a enjoint la société *Yahoo ! Inc.* et sa filiale *Yahoo ! France* d'interdire l'accès aux internautes français à des

sites de vente aux enchères d'objets nazis, par la mise en place d'un dispositif de filtrage permettant de restreindre l'accès aux sites litigieux aux internautes français ainsi qu'un système de contrôle permettant de vérifier le lieu de livraison des objets achetés.¹⁶ Cette affaire a donné lieu à un vrai débat technique, la société *Yahoo !* faisant état de ses difficultés à mettre en œuvre le procédé permettant un filtrage des internautes se connectant à partir du territoire français¹⁷, alors même qu'elle utilisait ce genre de technique dans le domaine publicitaire afin d'adapter les contenus publicitaires en fonction du pays de réception. *Yahoo !* a finalement pris les mesures nécessaires pour empêcher l'accès aux sites litigieux par des internautes français.

Outre des développements aux États-Unis¹⁸, l'affaire a également rebondi en France, sur le plan pénal cette fois, à la suite de la saisine du tribunal de grande instance de Paris par l'Amicale des anciens déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et le Mouvement contre le Racisme et pour l'Amitié entre les Peuples (MRAP). Les associations reprochaient au président de la société américaine de n'avoir ni exécuté l'injonction du 20 novembre 2000 ni procédé aux mesures de filtrage requises. En rejetant l'ensemble des exceptions soulevées par la société *Yahoo Inc.* (incompétence territoriale

16 - TGI Paris, réf., 22 mai 2000, TGI Paris, réf., 11 août 2000, TGI Paris, réf., 20 novembre 2000

17 - TGI Paris, réf., 22 mai 2000

18 - A la suite de ce long parcours procédural, la société *Yahoo ! Inc.* assignait finalement le 21 décembre 2000 la LICRA et l'UEJF en Californie, afin d'obtenir un jugement déclarant que les ordonnances rendues le 22 mai et le 20 novembre 2000 ne pouvaient recevoir exécution sur le territoire américain en application du Premier Amendement de la Constitution qui consacre la liberté d'expression (Voir US Court of Appeals for the 9th circuit, 12 janvier 2006, *Yahoo ! Inc.* contre LICRA, n° 01-17424). La Cour de San Jose avait accueilli les demandes de la société américaine par une décision du 7 novembre 2001 et avait considéré que les ordonnances françaises ne pouvaient recevoir exécution aux États-Unis sans contrevenir aux dispositions de la Constitution américaine. La LICRA et l'UEJF ont par la suite interjeté appel, ce qui a conduit à l'infirmité par la Cour d'appel fédérale de la décision de première instance. La Cour avait en effet estimé qu'un jugement demandant toute autorité aux ordonnances françaises sur le sol californien était trop précoce en ce qu'il était, d'une part, peu probable que l'astreinte soit reconnue aux États-Unis et, d'autre part, que la nature attentatoire à la liberté d'expression des mesures complémentaires devant être prises par la firme américaine était spéculative. *Yahoo* fut donc déboutée de l'ensemble de ses demandes et l'affaire demeura irrésolue au fond.

13 - TGI Paris, réf., 22 mai 2000

14 - « L'hypothèse particulière de l'affaire « Yahoo ! » », Lamy Droit du Numérique, 2013, n° 3994

15 - TGI Paris, 17^e ch., 26 février 2002, n° 0104305259, *K Timoty et Société Yahoo Inc c/ Amicale des déportés d'Auschwitz et des Camps de Haute Silésie et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples*

et prescription de l'action)¹⁹, le tribunal de grande instance de Paris, par un jugement en date du 26 février 2002, a retenu sa compétence²⁰ au motif que « la mise à disposition du public d'un site de vente aux enchères d'objets nazis, qui peut être vu et reçu sur le territoire national et auquel l'internaute peut accéder, du fait de la simple existence d'un lien informatique « search » qui l'y invite, caractérise l'élément de publicité nécessaire à la constitution du délit d'apologie de crime de guerre, et ce sans qu'il soit besoin que l'internaute soit spécialement démarché par le propriétaire du site. Cet élément de publicité suffit donc à emporter la compétence des tribunaux français et l'application de la loi pénale française, et ce même si l'infraction poursuivie n'est pas réprimée dans la législation pénale de l'État d'origine de l'auteur présumé des faits ou du pays où se situe géographiquement l'hébergeur du site litigieux. (...) ». La compétence des juges français a été confirmée en appel²¹.

II - L'affaire AAARGH et le filtrage d'un site antisémite et révisionniste

En 2005, des associations antiracistes parmi lesquelles l'UEJF, SOS racisme, l'association *J'accuse...! Action internationale pour la justice* (AIPJ), la Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du Citoyen et le MRAP ont décidé de mener une action à l'encontre du site de l'AAARGH (*Association des Anciens Amateurs de Récit de Guerre et d'Holocauste*), association décrite par les demanderessees comme pionnière du négationnisme en langue française sur le réseau²², car proposant notamment le téléchargement d'une compilation d'écrits et de propos antisémites et révisionnistes²³.

En 2001 déjà, l'AIPJ avait assigné une dizaine de fournisseurs d'accès et l'Association des fournisseurs d'accès, afin de faire filtrer l'accès au portail américain Front14.org qui regroupait près de trois cents sites néo-nazis et xénophobes. Le tribunal de grande instance de Paris, dans son ordonnance de référé du 30 octobre 2001, n'avait pas accueilli la demande de filtrage bien que le caractère manifestement illicite du site ait été effectivement reconnu. Le juge avait estimé, qu'en l'état du droit positif de l'époque, les fournisseurs d'accès n'avaient ni une obligation personnelle de filtrage, d'une part, ni une obligation de fournir un accès à Internet, d'autre part. En conséquence, il incombait à chaque fournisseur d'accès de déterminer « librement »²⁴ les mesures semblant nécessaires et possibles. Le juge des référés s'en était ainsi finalement remis à la bonne volonté des fournisseurs d'accès pour participer au filtrage des contenus au caractère manifestement illicite. Néanmoins, il appelait de ses vœux une participation plus dynamique de l'ensemble des acteurs d'Internet, en ceux compris les fournisseurs d'accès, afin de réguler les réseaux et d'éviter le risque de voir émerger des « paradis de l'Internet » à l'image des « paradis fiscaux ».

Pour ne pas se heurter aux mêmes difficultés et à celles rencontrées par la LICRA et l'UEJF face à Yahoo ! ou ne pas s'exposer au risque de voir le site de l'AAARGH migrer vers d'autres prestataires d'hébergement, les associations antiracistes ont orienté leur action, non seulement contre les sociétés hébergeant le site (les sociétés OLM-LLC, ThePlanet.com Internet Services, Inc. et GLOBAL LLC), mais également contre une dizaine de fournisseurs d'accès Internet (parmi lesquels Free, Tiscali, Neuf Telecom ou encore AOL France), et plus particulièrement contre l'Association des fournisseurs d'accès.

Les fournisseurs d'accès Internet ont soutenu que le texte du « référé LCEN », l'article 6-I-8 de la loi du 21 juin 2004, prévoyait un principe de subsidiarité dans la mise en cause des opérateurs de réseau. Selon eux, les juges devaient se prononcer sur le sens à donner à la locution « à défaut » dans cet article qui dispose : « L'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à toute personne mentionnée au 2 (les prestataires d'hébergement) ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 (les fournisseurs d'accès à internet), toutes mesures propres à prévenir un

19 - « Un cas d'école : l'affaire « Yahoo » », Lamy Droit des Médias et de la Communication, Partie 2, Étude 239-68.

20 - TGI Paris, 17^e ch., 26 février 2002, n° 0104305259, K. Timoty et Société Yahoo Inc. c/ Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples.

21 - CA Paris, 11^e ch., Section A, 17 mars 2004, n° 03/01520.

22 - « L'affaire AAARGH », Lamy Droit des Médias et de la Communication, n° 476-53.

23 - « Irresponsabilité de principe des fournisseurs d'accès », Frédérique Chopin, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2013.

24 - TGI Paris, réf., 30 octobre 2001, AIPJ c/ Sté Wanadoo Interactive et autres, 01/57676.

dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ».

En avançant cet argument, les fournisseurs d'accès ont souhaité retarder l'échéance de leur intervention dans la procédure de retrait du contenu raciste, espérant que le litige se résolve avant qu'ils n'aient à être sollicités.

La locution « à défaut » pouvait être interprétée de deux manières. Soit on devait considérer que toute action menée à l'encontre d'un fournisseur d'accès à Internet devait être déclarée irrecevable dès lors que toutes les actions à l'encontre des prestataires d'hébergement n'avaient pas été mises en œuvre au préalable. Soit toute action menée à l'encontre des fournisseurs d'accès à Internet devait être jugée recevable, dès lors qu'il n'y avait pas de possibilité objective d'agir efficacement à l'encontre des prestataires d'hébergement.

C'est cette dernière interprétation que le tribunal de grande instance de Paris a retenue, dans son ordonnance de référé du 13 juin 2005, faisant injonction aux fournisseurs d'accès de « mettre en œuvre toutes mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français » au site, dès lors que la cessation du dommage ne pouvait être obtenue efficacement et rapidement par l'intermédiaire des prestataires d'hébergement²⁵. Cette ordonnance a fait elle-même suite à la volonté manifeste des sociétés d'hébergement de ne pas se plier aux injonctions prononcées dans un premier temps contre elles par ordonnance du 20 avril 2005²⁶. Aussi, les juges ont estimé que « les conditions d'application de ce principe de subsidiarité se trouvaient remplies en l'espèce dès lors qu'il était démontré que les associations avaient accompli les diligences nécessaires pour mettre en cause, par priorité, les sociétés prestataires d'hébergement et que toute possibilité d'agir efficacement à l'encontre de celles-ci s'était avérée objectivement vaine et en tous cas incompatible avec les exigences d'une procédure conçue pour la prise rapide de mesures dictées par l'intérêt général ».

25 - TGI Paris, réf. 13 juin 2005, Assoc. UEJF et a. c/ OLM LLC et a., 05/53871. « Affaire « Aaargh » : confirmation de la mesure de blocage à la charge des fournisseurs d'accès », Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2006.

26 - TGI Paris, réf. 20 avril 2005, Assoc. UEJF et a. c/ OLM LLC et a., 05/52674.

Les fournisseurs d'accès ont par la suite formé appel de l'ordonnance du 13 juin 2005²⁷.

Les juges du fond n'ont pas retenu les arguments des appelantes selon lesquels la mise en place d'un filtrage serait « inefficace et impropre à faire cesser le dommage » dans la mesure où l'AAARGH avait déjà changé d'hébergeur durant la procédure pour échapper au filtrage²⁸. Ils n'ont pas plus été convaincus par les arguments relatifs à l'impossibilité technique de procéder à ce blocage, retenant que la mesure de blocage « pour imparfaite qu'elle soit, [avait] le mérite de réduire, autant que faire se peut en l'état actuel de la technique, l'accès des internautes à un site illégitime »²⁹. La cour d'appel a ainsi confirmé l'injonction faite aux fournisseurs d'accès Internet de bloquer l'accès au site antisémite et négationniste par la mise en place de mesures de filtrage efficaces.

Par la suite, la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens considérant que « la prescription de ces mesures n'[était] pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement, que c'est à bon droit que la cour d'appel qui n'[avait] méconnu ni le principe de proportionnalité, ni le caractère provisoire des mesures précitées [avait] statué comme elle l'[avait] fait » et qu'aucun principe de subsidiarité ne pouvait être invoqué³⁰.

III - Apple et l'application iPhone « juif/pas juif »

Dans l'affaire de l'application iPhone « juif ou pas juif », l'Union des Étudiants Juifs de France, le MRAP, l'AIPJ et SOS Racisme ont assigné en référé, les 27 octobre et 3 novembre 2011, les sociétés iTunes et Apple Inc. ainsi que l'auteur de l'application litigieuse, à l'occasion du lancement d'une application se proposant de référencer 3500 personnalités juives. Disponible

27 - CA Paris, 14^e ch. B, 24 novembre 2006, Sté Tiscali Accès et autre c/ Associations UEJF, MRAP, SOS Racisme et autres, n° 05/15722

28 - « Affaire AAARGH : des mois de procédure pour un filtrage inefficace », Estelle Dumout, ZDNet, 27 novembre 2006, <http://www.zdnet.fr/actualites/affaire-aaargh-des-mois-de-procedure-pour-un-filtrage-inefficace-39365037.htm>.

29 - « Affaire « Aaargh » : confirmation de la mesure de blocage à la charge des fournisseurs d'accès », précité.

30 - Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-12.244, AFA c/ UEJF : JurisData 2008-044403. « L'affaire AAARGH », Lamy Droit des Médias et de la Communication, n° 476-53.

sur iPad ou iPhone, l'application indiquait, moyennant 79 centimes d'euros, les personnalités de confession juive médiatiques en précisant de quels membres de leur famille provenait leur origine. Il était également possible d'enrichir l'application en proposant de nouveaux noms ou en signalant des erreurs.

L'auteur de l'application mettait en avant sa dimension ludique³¹ et communautaire, se défendant de toute visée antisémite³².

Reconnaissant que cette application allait à l'encontre de la législation, Apple a diligemment retiré cette application de l'« Apple Store ».

Si tel n'avait pas été le cas, il est fort probable que les dispositions de la LCEN auraient trouvé à s'appliquer. Les applications répondent en effet à la définition des « communications au public en ligne », régies notamment par la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, qui englobent « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». Apple sélectionnant et validant les applications avant leur mise en ligne et hébergeant les contenus sur sa plate-forme, il est fort probable que la société américaine aurait été considérée comme un éditeur au sens de la LCEN³³. Des lors, sa responsabilité aurait certainement pu être engagée si l'application controversée avait continué à être disponible.

Le recours au droit commun aurait également permis de sanctionner non seulement l'auteur de l'application, mais également Apple sur la base de l'article 226-19 du code pénal sanctionnant le fait « de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans le consentement exprès de l'intéressé » des données faisant appa-

raître des opinions religieuses. La disponibilité de l'application en langue française, vendue en euros et créée par un résident français, constituait en effet autant d'éléments concourant à l'applicabilité des dispositions de droit commun françaises³⁴.

Cette affaire n'est finalement pas allée plus loin puisqu'à la suite du retrait de l'application par Apple, tant en France qu'à l'étranger, les associations se sont désistées de leur action. Ce qui a été constaté par une ordonnance de référé rendue le 24 novembre 2011 par le tribunal de grande instance de Paris.

IV - Google et l'utilisation du terme « juif » dans son moteur de recherche

Le moteur de recherche Google comporte une fonctionnalité de saisie semi-automatique, dite « Google Autocomplete » (également connue sous le nom de « Google Suggest »). Cette fonctionnalité « propose aux internautes qui effectuent une recherche, à partir des premières lettres qui sont saisies, un menu déroulant de propositions qui comporte une liste de requêtes possibles, les dispensant d'avoir à taper le libellé complet de leur recherche »³⁵. La sélection de ces propositions est déterminée par un algorithme et correspond à la liste des dix termes qui sont le plus souvent associés au mot recherché par l'ensemble des internautes.

L'objet du litige a concerné la suggestion du mot « juif », accolé aux noms de personnalités publiques, parmi les plus en vue. Il pouvait s'agir de personnalités du monde médiatique, des affaires ou politique, dont l'origine ou la confession religieuse était systématiquement accolée à leur patronyme dans les listes de résultats du moteur de recherche.

Des associations françaises se sont insurgées contre le fait que le terme « juif » soit souvent proposé par Google Suggest dans le cadre de recherches faites sur des noms de personnalités et ont assigné Google en justice³⁶. Pour ces asso-

31 - Extrait du texte de présentation de l'application « Tu savais que Patrick Timsit était juif ? - bien sûr ! - Mais Marilyn Monroe ? et Dany Boon ? Combien de fois n'avons-nous eu cette conversation sans pouvoir y répondre ? À partir d'aujourd'hui cette réponse est dans votre iPhone grâce à l'appli « Juif ou pas juif » », Plus bête que méchant, Felix Rome. Recueil Dalloz, 2011, p. 2193.

32 - « « Juif ou pas juif » application idiote ou idiote ? », Quentin Girard, Liberation.fr, 13 septembre 2011, http://ecrans.liberation.fr/ecrans/2011/09/13/juif-ou-pas-juif-application-idiote-ou-idiote_953403

33 - « iPhone l'application « juif ou pas juif ? » devant la justice », Yves Eudes, Le Monde.fr, 27 octobre 2011, http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/27/iphone-l-application-juif-ou-pas-juif-devant-la-justice_1595333_651865.html

34 - « L'application « juif ou pas juif » est-elle légale ? », Boris Manenti, Obsessionnouvelobs.com, 14 septembre 2011, <http://obsessionnouvelobs.com/high-tech/20110914-OBS0356/l-application-juif-ou-pas-juif-est-elle-legale.html>

35 - CA Paris, pôle 2-7 chambre, 14 décembre 2011, Eric S. c/ Ste lyonnaise de garantie.

36 - « Google assigne en justice pour associer le mot « juif » aux requêtes des internautes », Mikael Roparz,

ciations, en proposant le mot « juif » dans la saisie semi-automatique, *Google Suggest* enfreignait la loi réprimant la constitution de fichiers ethniques et concourait ainsi à l'élaboration du « plus grand fichier juif de l'histoire, qui répond à un souci malsain de débusquer les juifs »³⁷.

Cette affaire s'est finalement soldée par un accord signé le 27 juin 2012 entre, d'une part, les associations UEJF, AIPJ, le MRAP, et SOS Racisme, et d'autre part, la Société Google Inc.³⁸.

Bien que n'ayant jamais franchi la porte des tribunaux, il est néanmoins intéressant de se poser la question de savoir de quelle manière les tribunaux français auraient pu juger de cette affaire à la lumière de la jurisprudence actuelle en la matière.

Jusqu'à un arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 juin 2013, la société Google a à plusieurs reprises été jugée responsable des résultats générés par sa fonctionnalité *Google Suggest*. Les juges ont considéré en effet que Google a l'initiative de la publication des résultats et la maîtrise de leur éventuel retrait ou tri préalable, ce qui tend à lui voir appliquer le régime de l'éditeur de contenu³⁹.

Dans ce contexte, on aurait pu faire valoir que l'association du mot « juif » à différentes personnalités permettait de caractériser la provocation à la discrimination ou à la haine⁴⁰ à raison de l'appartenance à une religion, les associations allant jusqu'à parler « de [diffusion et d'amplification] du sentiment d'omniprésence des juifs aux commandes de la France »⁴¹. Mais il n'est pas certain que le litige qui opposait Google aux associations antiracistes aurait donné lieu à une

condamnation sur ces fondements, car il est difficile de savoir si un tel « référencement » constitue par son sens et sa portée, une incitation à la discrimination ou à la haine.

La situation n'est, quoi qu'il en soit, plus la même depuis que la Cour de cassation, en opérant un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 19 juin 2013, a refusé d'appliquer le régime du délit d'injure publique à une suggestion du moteur de recherche Google. La Cour a ainsi considéré, dans une affaire relative à l'association de la suggestion « escroc » au nom d'une société, que « la fonctionnalité aboutissant au rapprochement critiqué est le fruit d'un processus purement automatique dans son fonctionnement et aléatoire dans ses résultats ». Les juges en ont tiré la conséquence que « l'affichage de mots clés qui en résulte est exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur fonction d'aide à la recherche »⁴².

Si, en l'espèce, l'injure n'avait pas un caractère raciste, elle demeurerait tout à fait transposable à l'utilisation du terme « juif » accolé aux noms de diverses personnalités, dans la mesure où le point de droit concernait la question de savoir si la société Google devait être considérée comme un éditeur de service, eu égard au caractère d'expression d'une pensée par l'intermédiaire des suggestions.

Le caractère d'expression d'une pensée est en effet requis pour le délit d'injure publique⁴³. Or, la Cour considère qu'une pensée ne saurait résulter d'une fonctionnalité automatique, qui ne saurait constituer une expression autonome. Elle contredit ainsi la position des juges du fond qui soutenaient que « le fait de diffuser auprès de l'internaute l'expression « Lyonnaise de Garantie escroc » correspond à l'énonciation d'une pensée rendue possible uniquement par la mise en œuvre de la fonctionnalité en cause. ».

On pourrait dès lors étendre la portée de cet arrêt du 19 juin 2013 à la provocation à discrimination ou à la haine, à la diffamation⁴⁴ ou à l'injure⁴⁵ ou encore à l'apologie ou la contesta-

Franceinfo fr 2 mai 2012, <http://www.franceinfo.fr/justice/actu/article/google-assigne-en-justice-pour-associer-le-mot-juif-aux-requetes-des-internautes-152757>

37 - « Un accord sur le mot « juif » dans les recherches Google », Fabien Soyez, *Lefigaro.fr*, 27 juin 2012, <http://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/2012/06/27/01007-20120627ARTFIG00578-un-accord-sur-le-mot-juif-dans-les-recherches-google.php?print=true>.

38 - « Google : l'accord après les cris », Isabelle Hanne, *Liberation.fr*, 27 juin 2012, http://www.liberation.fr/medias/2012/06/27/google-l-accord-apres-les-cris_829663.

39 - « Responsabilité et Google Suggest : la position de la Cour de cassation. Exclusion de la responsabilité des suggestions d'un moteur de recherche », Emmanuel Deries, *RLDI*, p. 63

40 - Article 24, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

41 - « Un accord sur le mot « juif » dans les recherches Google », précité.

42 - Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-17.591.

43 - Article 29, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

44 - Article 32, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

45 - Article 33, Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

tion de crimes contre l'humanité. Ces suggestions ne sauraient alors être considérées comme l'expression d'une pensée, et ne pourraient se voir appliquer le régime des infractions de presse. Google n'étant pas considéré comme un éditeur de contenu ou auteur, les suggestions du mot « juif » ne lui seraient pas imputables.

Demeure la question du régime de responsabilité qui doit s'appliquer à ces suggestions. Leur sélection est certes le résultat d'un algorithme, et fonction de la fréquence des requêtes des utilisateurs, mais s'il lui était appliqué le régime de l'hébergeur d'un contenu édité par l'internaute, la société Google serait tenue à un certain nombre d'obligations en sa qualité d'hébergeur. Mais les suggestions doivent-elles être considérées comme des contenus hébergés ? C'est peu probable car il s'agit de simples requêtes, n'étant pas destinées à être publiées.

V - Twitter et la publication de *hashtags* antisémites

La société américaine Twitter est un réseau social permettant à ses membres la publication de messages concis sur leur espace personnel accessible au public. Sur Twitter, le *hashtag* ou « mot clé » symbolisé par le signe # (dièse) permet de regrouper tous les messages portant sur un thème similaire favorisant ainsi un accès rapide et ciblé aux contenus ayant le même objet⁴⁶.

C'est ainsi que des milliers de messages courts – *tweets* – véhiculés sous le *hashtag* #*un bon juif*, #*unjuifmort* ou encore #*sijétaisNazi*, à caractère manifestement raciste, ont été publiés sur Twitter pour se retrouver placés en première position de la rubrique « tendances » de la plateforme.

Alertés de leur existence, l'UEJF et l'AIPJ se sont empressées, sur le fondement de l'article 6-1-7 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), de mettre en demeure Twitter, en sa qualité d'hébergeur, de supprimer les propos considérés comme antisémites et de communiquer les données permettant d'identifier les auteurs de ces *tweets*.

Les contenus litigieux ont été progressivement retirés par Twitter, mais le réseau social

s'est cependant abstenu de transmettre les données d'identification réclamées.⁴⁷

C'est dans ce contexte que les deux associations précitées, auxquelles se sont joints volontairement le MRAP, SOS Racisme et la LICRA, ont diligenté une action en référé à l'encontre de la société américaine Twitter Inc. et de la société Twitter France, aux vises de l'article 6-2 de la LCEN, ainsi que du décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

Ces dispositions combinées font en effet obligation aux prestataires techniques de conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services. Elles prévoient en outre que l'autorité judiciaire peut requérir la communication de ces données.

Tout comme dans l'affaire Yahoo ! treize années plus tôt, la question de la loi applicable à un site américain accessible par les internautes français s'est trouvée au cœur du litige⁴⁸.

D'un côté, les associations requérantes ont affirmé que la loi française était applicable en raison de l'activité du réseau social vers le public français, de la création d'une filiale Twitter en France et de ce que la LCEN constituait une loi de police⁴⁹. De l'autre, la firme américaine a soutenu l'inapplicabilité des dispositions françaises faute de lien entre ses activités de gestion et d'hébergement se déroulant aux États-Unis et celles de marketing et publicité basées en France.

Au final, ce n'est pas sur le fondement de la loi du 21 juin 2004, mais sur celui de l'article 145 du code de procédure civile, subsidiairement visé, que le vice-président du tribunal de grande instance de Paris a fait droit aux demandes des associations.

Le tribunal a relevé en effet que Twitter Inc. n'était pas soumis avec suffisamment d'évidence

47 - TGI Paris, réf., 24 janvier 2013 ; n° 13/502262 et n° 13/50276, UEJF *et a.* / Sté Twitter Inc. *et a.*

48 - « Les difficultés territoriales : l'exemple de Twitter », Lamy Droit des Médias et de la Communication, n° 464-80.

49 - « Messages racistes sur internet : Twitter devra communiquer les données permettant d'identifier les auteurs de *tweets* antisémites », Florence Chafiol-Chaumont, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, 2013.

46 - Vocabulaire des télécommunications et de l'informatique, JO 23 janv. p. 1515.

à la loi française pour la confiance dans l'économie numérique. Le juge a considéré à ce titre que les associations demanderesse ne démontreraient pas « que la société Twitter Inc. est établie en France ou utilise pour la conservation des données litigieuses les moyens matériels ou humains de la société Twitter France ou de toute autre entité située sur le territoire français, autrement qu'à des fins de transit »⁵⁰.

Toutefois, l'applicabilité d'une loi française à une société américaine n'aurait pas été chose nouvelle : dans l'affaire *Yahoo !*, ce principe a en effet été reconnu dès lors que les internautes français étaient visés par un site étranger.

Les associations n'ont pour autant pas été déboutées de leurs demandes.

En effet, l'article 145 du code de procédure civile prévoit que « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

En l'espèce, le juge a conclu à l'existence d'un tel motif légitime d'obtenir cette communication auprès de Twitter dans la mesure où, d'une part, les propos manifestement antisémites tenus depuis la France et à destination du public français constituaient des infractions au regard de la loi pénale française, d'autre part, le caractère illicite des tweets n'était pas contesté et, enfin, la firme américaine reconnaissait être en possession de ces données conformément aux exigences requises par la loi californienne.

À la lumière de ces dispositions, il a ainsi été ordonné le 24 janvier 2013 à la société Twitter Inc. :

- de communiquer aux associations demanderesse les données d'identification des auteurs des tweets litigieux dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance et sous astreinte de 1000 euros de retard passé ce délai, et
- de mettre en place un système de signalement des contenus illicites. Le juge considère en effet que le système déjà présent sur la plateforme n'est pas « facilement accessible et visible » et ordonne donc que soit mis en place un système plus simple et complet.

Le 21 mars 2013, Twitter a interjeté appel de cette ordonnance.

Le 12 juin 2013, la cour d'appel a suivi les arguments de l'UEJF et a prononcé la radiation

de l'appel⁵¹. Elle a considéré, tout d'abord, que le dispositif mis en place pour porter à la connaissance de Twitter les contenus illicites n'était pas « en l'état facilement accessible et visible ». Puis, elle a constaté le refus de Twitter de communiquer l'identité des auteurs des tweets antisémites, alors même que, selon ses propres déclarations, la société n'est pas dans l'incapacité de le faire.

Twitter a finalement accepté le 12 juillet 2013 de livrer à la justice française les données d'identification de certains des auteurs des propos antisémites⁵².

En conclusion, depuis 2000, plusieurs fondements ont été employés dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme sur Internet. Les juges ont essayé de rendre effective la répression de ces délits. Néanmoins, ces affaires fortement médiatisées illustrent une nouvelle fois la difficulté, compte tenu de la dimension internationale d'Internet et des nouveaux vecteurs de communication, à poursuivre les auteurs des délits. Bien que juridiquement fondées, ces décisions révèlent en effet très vite leurs limites d'un point de vue pratique dès lors qu'un site antisémite, bien qu'interdit, peut être hébergé en quelques clics sur un autre serveur, ou des propos sanctionnés repris sur d'autres supports.

On ne cessera donc de le rappeler, Internet (qu'il s'agisse de réseaux sociaux, de blogs, de forums de discussion et même de suggestions de moteurs de recherche, ou encore d'applications pour téléphones portables) constitue une formidable caisse de résonance qui, avec les liens hypertextes, véritables synapses et pivots dans l'interactivité, peut être le théâtre du meilleur comme du pire et encourager la haine et la violence, sans aucune limite de temps et d'espace.

D'où la nécessité d'être vigilant et opiniâtre, devant les tribunaux ou dans une démarche citoyenne⁵³.

51 - CA Paris, pôle 1, chambre 5, ord. 12 juin 2013, n° 13/06106. UEJF c/ Twitter.

52 - « Tweets antisémites : Twitter livre des données à la justice », <http://etudiant.lefigaro.fr/les-news/actu/detail/article/tweets-antisemites-twitter-livre-des-donnees-a-la-justice-2446/>; « Twitter accepte de livrer des données à la justice française », <http://www.leparisien.fr/societe/twitter-accepte-de-livrer-des-donnees-a-la-justice-francaise-12-07-2013-2977323.php>; « Tweets antisémites : Twitter accepte de livrer des données à la justice française », http://www.francetvinfo.fr/internet/tweets-antisemites-twitter-accepte-de-livrer-des-donnees-a-la-justice_368510.html.

53 - Pour un exemple d'initiative citoyenne : www.respectzone.org.

50 - TGI Paris, réf., 24 janvier 2013, précité.