



**Chaire de Recherche du Canada
en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie**
<http://www.chaire-mcd.ca/>

DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA CHAIRE MCD

—
numéro 2003-07

Les idées exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur. Elles ne traduisent en aucune manière une position officielle de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie.

**Chaire de Recherche du Canada
en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie**

Université du Québec à Montréal
CP 8888, succursale Centre-Ville
Montréal, Québec
CANADA H3C 3P8



DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA Chaire MCD – 2003-07
Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie
<http://www.chaire-mcd.ca/>

DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA CHAIRE MCD

**LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LA SOCIÉTÉ DE
L'INFORMATION :
UNE APPROCHE « AMÉRICAINE » CONTRE UNE APPROCHE
« EUROPÉENNE » ?**

**FREEDOM OF EXPRESSION IN THE INFORMATION SOCIETY :
AN “AMERICAN” APPROACH V. AN “EUROPEAN” APPROACH?**

Par
Laurent Pech

Chercheur post-doctoral à la Chaire MCD

Décembre 2003



SOMMAIRE

I. – LA RÈGLEMENTATION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

A. – Une appréciation différente du rôle de l'État

1° La confiance américaine dans le libre marché des idées

2° Le constat européen de l'inadéquation du marché des idées

B. – Vers une évaluation commune des ingérences étatiques visant le réseau internet

1° L'internet, nouveau marché des idées

2° L'internet, un marché cadre de nouvelles méthodes de régulation

II. – LA DÉTERMINATION DES LIMITES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

A. – Une appréciation différente de l'individu dans son rapport avec la communauté sociale

1° Une valorisation distincte de la liberté individuelle

2° Une tolérance diverse à l'égard des opinions « intolérantes »

B. – Le contrôle des contenus illicites diffusés sur l'internet

1° L'émergence d'un consensus en matière de pornographie infantine

2° La résistance américaine à l'incrimination de la diffusion de propagande raciste

CONTENTS

I. – REGULATING FREEDOM OF EXPRESSION

A. – A different assessment of the Government's role

1° America's confidence in a free marketplace of ideas

2° The European opinion on the inappropriateness of the concept of a marketplace of ideas

B. – Towards a common evaluation of interferences by public authorities aimed at the internet

1° The Internet, a new marketplace of ideas

2° The Internet, a market subject to new methods of regulation

II. – SETTING OUT LIMITS ON FREEDOM OF EXPRESSION

A. – A different assessment of the individual in its relationship with the social community

1° A distinct understanding of individual freedom

2° A variable tolerance of "intolerant" opinions

B. – The control of illegal content circulating on the Internet

1° The development of a consensus regarding child pornography

2° The American opposition against the criminalization of racist propaganda

RÉSUMÉ

S'il importe de relativiser l'opposition couramment dénoncée entre une approche américaine de la liberté d'expression généralement qualifiée d'absolutiste, et une approche dite européenne qui serait plus équilibrée, encore faut-il relever une appréciation distincte du rôle de l'État et des droits et responsabilités de l'individu dans une société démocratique. Ainsi, tout d'abord, la conception américaine dominante fait valoir une confiance dans les vertus supposées d'un libre marché des idées, confiance qui ne se retrouve certainement pas en Europe où il est admis que l'État doit parfois intervenir afin d'assurer un exercice effectif de la liberté d'expression. D'autre part, à la confiance américaine dans la raison de l'individu et le souci de protéger de manière extensive l'autonomie de celui-ci répond une pratique juridique plus préoccupée, en Europe, par la préservation d'un contexte social favorable à l'éclosion d'une certaine vertu civique.

Ces différences d'approches peuvent être illustrées tant au niveau des modalités de réglementation de la liberté d'expression qu'au niveau de la détermination des limites à celle-ci. Mises à jour hors contentieux lié à l'internet, elles sont toutefois susceptibles d'être quelque peu amendées dans le cadre de la « société de l'information ». En effet, l'approche américaine – une approche éminemment libérale – apparaît influencer sur les modalités de réglementation de la liberté d'expression dans le cadre de la société de l'information, tandis qu'une tendance plus interventionniste paraît se dessiner en matière de contrôle des contenus diffusés sur l'internet, ce qui pourrait être à même de promouvoir, à terme, les valeurs démocratiques non-américaines. Émerge ainsi peut-être une synthèse prolifique des approches américaine et européenne de la liberté d'expression dans le cadre de la société de l'information.

SUMMARY

If there is a need to put into context the usual distinction made between an “American” approach conception of freedom of expression generally said to be absolute, and an “European” approach described as more balanced, one may still observe a different assessment of the role that the Government shall play as well as a different perspective on the individual's rights and responsibilities in a democratic society. First of all, the predominant American conception highly relies on the supposed virtues of a free marketplace of ideas, a confidence that is certainly not to be found in Europe where it is commonly assumed that public authorities must sometimes play an active role in order to ensure an effective exercise of freedom of expression. On the other hand, when compared to the American faith on individual reason and the concern of protecting extensively its autonomy, the judicial practice in Europe is more concerned with safeguarding a social sphere from which stems civic virtue.

To illustrate the differences between these two approaches, the following issues are analysed: how freedom of expression is regulated and how limits on it are uncovered. Exposed outside Internet-related litigation, these differences are subject to a certain number of nuances in the context of the “Information Society.” Indeed, the American approach – an approach eminently liberal – appears to be influencing the methods of regulating freedom of expression, while a more interventionist trend seems to be emerging with regards to the control of contents circulating on the Internet. A trend that could help eventually promote some non-American democratic values. As a consequence, one may hope to see a prolific synthesis emerging from the American and European approaches in the context of the Information Society.

**La liberté d'expression dans la société de l'information –
Une approche « américaine » contre une approche « européenne » ?**

Laurent Pech*

« [I]f there is any principle of the constitution that more imperatively calls for attachment more than any other, it is the principle of free thought - not for free thought for those who agree with us, but freedom for the thought we hate. » Juge Holmes**

« La libre diffusion des pensées et des opinions, comme toutes les autres libertés, perd sa qualité dès lors qu'elle est mise au service des idéologies qui, refusant à certains membres de la société « la jouissance de leurs droits », nuisent à autrui. Les proscrire, dès lors qu'on ne refuse pas à ceux qui les diffusent les garanties qu'appelle le respect de toute personne, c'est rester dans la ligne de la Déclaration de 1789. » Professeur Jean Rivero***

1. – La garantie d'un droit relatif à la liberté d'expression. La consécration textuelle du droit à la liberté d'expression pourrait laisser croire à une nette divergence d'approche entre les États-Unis et l'Europe¹. Les textes constitutionnels, en Europe, n'hésitent pas en effet à proclamer un principe général tout en admettant expressément des limites. Évoquons par exemple, l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui prévoit le libre exercice de la liberté d'expression « *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Plus prolixe, la Loi fondamentale allemande de 1949 garantit que « *chacun a le droit d'exprimer et de diffuser librement son opinion par la parole, par l'écrit et par l'image, et de s'informer sans entraves aux sources qui sont accessibles à tous...* » (article 5 alinéa 1) mais c'est pour indiquer sans tarder que « *ces droits trouvent leurs limites dans les prescriptions des lois générales, dans les dispositions légales sur la protection de la jeunesse et dans le droit au respect de l'honneur*

* Docteur en droit de l'Université Aix-Marseille III (France), chercheur post-doctoral à la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, Université du Québec à Montréal. La présente étude a fait l'objet d'une première présentation lors d'un colloque relatif à « La société de l'information : entre mythes et réalités », organisé les 4 et 5 septembre 2003 par le Centre d'études et de recherches interdisciplinaires sur les médias en Europe (CÉRIME), Université Robert Schuman de Strasbourg. Pour toute discussion avec l'auteur : laurentpech@aol.com ou pechlaurent@minitel.net

** *US v. Schwimmer*, 279 US 644 (1929), opinion dissidente, pp. 654-655.

*** « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *Revue Européenne de Droit Public*, été 1990, p. 14.

¹ De manière générale, cf. notre étude, *La liberté d'expression et sa limitation – Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme)*, P.U. de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand/LGDJ, 2003, 541 p.

personnel » (article 5 alinéa 2). Cette démarche en deux temps se retrouve dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales datant de 1950. L'article 10 de la Convention garantit, tout d'abord, en effet, le droit à la liberté d'expression avant d'envisager les conditions dans lesquelles ce droit peut être limité :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

La Constitution fédérale américaine reflète, en comparaison, une approche que l'on pourrait qualifier de « négative » dans la mesure où le Premier amendement, plutôt que de garantir un droit à la liberté d'expression, interdit au législateur fédéral d'intervenir pour limiter ce droit :

« Le Congrès ne pourra faire aucune loi (shall make no law) concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs. »

L'expression « *shall make no law* » n'a cependant jamais été prise en son sens littéral et le Premier amendement n'a jamais ainsi permis d'établir une interdiction absolue à la capacité du législateur fédéral de réglementer l'exercice de la liberté d'expression. En outre, il convient de souligner que la Cour suprême, jusqu'au début du XX^e siècle, excluait que le Premier amendement soit invoqué à l'encontre des autorités des États fédérés.

Notons que conformément à la tradition britannique, la liberté d'expression ne bénéficiait pas au Canada d'une garantie constitutionnelle écrite². Le statut juridique de la liberté d'expression ne correspondait donc pas à celui d'un droit fondamental, mais à celui d'un droit reconnu par le *common law*³. Cette situation a perduré jusqu'en 1982 avec l'adoption de la Charte des droits et

² Cf. G.-A. Beaudoin, « La liberté d'expression et la liberté de presse au Canada », *Mélanges Pettiti*, Bruylant, 1999, p. 113.

³ En 1938, trois membres de la Cour suprême canadienne, suite à une demande d'avis relative à une loi de l'Etat d'Alberta sur la presse, trouvèrent un droit implicite à la liberté d'expression dans le *British North American Act*, qui était supposé refléter l'esprit de la constitution non-écrite britannique : *Re Alberta Statutes* [1938] R.C.S. 100. Cf. I. Cotler, « The legal status of freedom of expression in Pre-Charter law », in A. D. Mestral (dir.), *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Editions Y. Blais, 1986, p. 354.

libertés qui garantit, dans son article 2(b), la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. La section 1 de la Charte disposant que « *La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique* ». Il est intéressant de relever que les rédacteurs de la Charte européenne des droits fondamentaux (7 décembre 2000) ont également fait le choix – motivé plus par des considérations formelles que de fond – d'une clause générale de limitation des droits⁴.

En définitive, il convient surtout de relever que la liberté d'expression, aux États-Unis comme en Europe, n'a jamais été garantie comme un droit absolu. Rappelons simplement, à cet égard, le fameux exemple invoqué par le juge Holmes qui déclarait que « *la plus stricte interprétation de la liberté de parole ne saurait être invoquée par un homme criant faussement au feu dans un théâtre et déchaînant la panique* »⁵.

2. – Une consécration unanime d'un droit essentiel dans une société démocratique. La Cour suprême américaine n'a pas manqué de souligner que le Premier amendement est « *le gardien de la démocratie* »⁶. La conception jurisprudentielle américaine n'hésite d'ailleurs jamais à faire valoir que la liberté d'expression n'est pas seulement une liberté individuelle dont chaque citoyen peut se prévaloir, mais qu'elle est également un bien commun qui favorise la quête commune pour la vérité et la vitalité de la société dans son ensemble⁷. Cette consécration solennelle se retrouve sans conteste en Europe. Citons, par exemple, la Cour constitutionnelle allemande qui, dans la décision de principe *Lüth*, insiste sur l'importance capitale de la liberté d'expression dans une société démocratique, en se référant non seulement à l'article 11 de la Déclaration de 1789 mais aussi à Benjamin Cardozo, célèbre juge de la Cour suprême américaine :

« En tant que manifestation la plus immédiate de la personnalité humaine en société, le droit fondamental à la liberté d'expression est un des droits de l'homme les plus importants de tous (un des droits les plus précieux de l'homme selon l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). Dans un ordre constitutionnel libre et démocratique, il est absolument fondamental, car il rend seul possible une controverse intellectuelle continue, la compétition des opinions qui forme

⁴ L'article 11 de la Charte, garantissant le droit à la liberté d'expression, s'inspire directement de l'article 10 de la Convention européenne : « *1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.* » Mais plutôt que d'énoncer dans le même article les conditions dans lesquelles ce droit peut être limité, l'article 52 paragraphe 1 prévoit que « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel des dits droits et libertés. Des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnu par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* »

⁵ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

⁶ *Brown v. Hartlage*, 456 U.S. 45 (1982), p. 60.

⁷ *Bose Corp. v. Consumers Unions of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), pp. 503-504.

l'âme d'un tel ordre. D'une certaine façon, c'est la plus fondamentale de toutes libertés, « la matrice, la condition indispensable de presque toutes les autres formes de libertés » (Cardozo) »⁸.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas manqué également d'éloquence quand, dans la décision *Handyside c/ Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, elle a précisé la portée de la garantie que la Convention européenne accorde à la liberté d'expression :

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une telle société [la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique »⁹.

Proche de la formulation utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour suprême canadienne a énoncé que la liberté d'expression était garantie « pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles »¹⁰.

En comparaison, le juge constitutionnel français s'est montré plus mesuré, l'article 11 de la Déclaration de 1789 consacrant déjà la libre communication des pensées et des opinions comme « un des droits les plus précieux de l'homme »¹¹. Dans la décision des 10-11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel parle cependant de « liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »¹².

⁸ BVerfGE 7, 198, p. 208. La citation de Cardozo est tirée de la décision *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), p. 327.

⁹ A-24, § 49.

¹⁰ *Irwin Toy c/ Québec* [1989] 1 RCS 927, p. 968.

¹¹ La moindre emphase du juge français par rapport aux proclamations de ses homologues étrangers peut sans doute s'expliquer par des considérations de style juridique. D'ailleurs, les décisions du Conseil constitutionnel (mais la remarque vaut également pour le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation) resteraient, mêmes traduites, « difficiles à comprendre pour ceux accoutumés aux jugements américains, avec des paragraphes laconiques se succédant les uns aux autres, dans une narration qui n'est pas facile à suivre », V. C. Jackson, « Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening Up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism », 1 *U. Pa. J. Const. L.* 583 (1999), note 47. Les modalités techniques du contrôle de constitutionnalité en France peuvent également expliquer qu'un contrôle de constitutionnalité des lois, demeurant un contrôle facultatif, abstrait et *a priori*, ne permet pas l'émergence d'un juge aussi puissant et solennel dans sa proclamation des libertés que ses homologues étrangers. De plus, les juges au Conseil constitutionnel n'ont pas la possibilité d'exprimer des opinions dissidentes ou individuelles, alors que c'est avant tout par ce biais, que l'on trouve, aux Etats-Unis et dans une moindre mesure au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme, les plus beaux passages de « littérature » juridique.

¹² CC, 10-11 oct. 1984, n° 84-181 DC, RJC I-199, § 37.

3. – Une commune défense d’une société démocratique « ouverte ». L’examen transversal de la jurisprudence aux États-Unis et en Europe révèle également une même philosophie valorisant la liberté individuelle et une conception libérale de la démocratie. Il est ainsi très généralement admis que l’Etat ne doit jamais intervenir pour trancher un différend dans le domaine religieux, philosophique, moral, esthétique, politique, etc., ni pour fixer une opinion officielle ou mettre fin au débat tant qu’il reste pacifique. L’Etat libéral s’oppose, par définition, à l’Etat engagé, voire totalitaire, en ce qu’il se refuse à cautionner une doctrine. En conséquence, il doit abandonner « la quête de la vérité à la libre recherche des citoyens »¹³. Cette exigence de neutralité – qui sera toutefois diversement appréciée, en Europe, lorsqu’il s’agit de défendre en pratique les valeurs fondamentales de l’ordre constitutionnel¹⁴ – coexiste avec une valorisation du pluralisme qui pourrait être défini comme « une conception de l’ordre politique et juridique qui privilégie la diversité des opinions, des intérêts et de leurs groupements dans la société civile et fait de la garantie de leur pluralité une condition de la liberté »¹⁵.

De manière générale, il convient de constater que les tribunaux – un mouvement qui a débuté dans les années soixante – ont garanti une très large liberté d’expression au « citoyen » face aux pouvoirs publics mais aussi au « minoritaire » ou « dissident » au nom des valeurs du pluralisme et de tolérance¹⁶. Pour ne citer que la Cour européenne des droits de l’homme, l’une des caractéristiques de la démocratie résiderait « dans la possibilité qu’elle offre de résoudre par le dialogue et sans recours à la violence les problèmes que rencontre un pays, et cela même quand ils dérangent. La démocratie se nourrit en effet de la liberté d’expression »¹⁷. Nous n’expliquerons pas ici les raisons de cette commune évolution au sein des démocraties occidentales afin de porter toute notre attention sur les divergences qui persistent et les synthèses qui sont susceptibles d’émerger dans le cadre de la « société de l’information ».

4. – La persistance de divergences transposables dans la société de l’information. Une appréciation encore distincte du rôle que doit jouer l’État et des responsabilités que doit assumer l’individu dans une société démocratique nous paraît être à la source des différences d’approches qui peuvent être constatées entre les États-Unis et l’Europe¹⁸. Ces divergences peuvent être découvertes tant au niveau des modalités de réglementation de la liberté d’expression qu’au

¹³ J. Rivero, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *Revue Européenne de Droit Public*, été 1990, p. 13.

¹⁴ Cf. *infra* n° 10 et s.

¹⁵ O. Duhamel, Y. Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 756

¹⁶ Cf. notre étude citée *supra* note 1, n° 531 et s.

¹⁷ CEDH, 30 janv. 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, Rec. 1998-I, § 57.

¹⁸ Signalons également que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d’expression nous paraît également s’opposer nettement à l’individualisme prédominant de l’expérience américaine et à sa méfiance du pouvoir gouvernemental. Certains spécialistes qualifient d’ailleurs de « centriste » la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de droits fondamentaux. Cf. par exemple, D. Gibson, *The law of the Charter : General principles*, Carswell Legal Pub., 1996, pp. iv-v. Ce caractère « centriste » s’expliquerait par le fait que le système politique canadien a toujours placé un intérêt particulier sur la valeur de la communauté sociale, contrairement à l’approche dominante aux États-Unis.

niveau de la détermination des limites à celle-ci. Mises à jour hors contentieux lié à l'internet¹⁹, elles sont susceptibles d'être quelque peu amendées dans le cadre de la « société de l'information »²⁰. En effet, nous voudrions ici émettre l'hypothèse que l'approche « américaine »²¹ de la liberté d'expression tend à influencer sur l'aspect réglementation de cette liberté dans le cadre de la société de l'information, tandis qu'il paraît possible de noter une volonté commune de nature interventionniste en matière de contrôle des contenus diffusés sur l'internet susceptible de satisfaire, à terme, les préoccupations « européennes »²² en matière de contenus préjudiciables ou illicites.

¹⁹ Est-il encore besoin de préciser qu'il faut nier toute pertinence aux arguments rejetant la vocation du droit à s'appliquer à l'internet ou ceux s'efforçant de justifier un exercice de la liberté d'expression sans limites dans ce cadre. Pour une claire et rapide mise au point, cf. A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Litec, 2003.

²⁰ Si l'expression « société de l'information » a acquis un caractère d'évidence, les définitions ne manquent pas d'être multiples en raison du flou conceptuel qui règne autour de cette expression. De manière générale, cf. A. Mattelart, *Histoire de la société de l'information*, La Découverte, coll. Repères, 2003. Au-delà de leur pluralité, ces définitions nous paraissent cependant toutes insister sur le fait que cette expression traduirait une nouvelle forme d'organisation économique et sociale où prime l'information devenue une ressource abondante, primordiale et qui se caractérise par l'utilisation de nombreuses technologies de communication autorisant une transmission, une réception et un échange rapide de données digitales sans qu'importe la distance. La liberté d'expression et le droit au libre accès à l'information en seraient les principes organisateurs fondamentaux. Quant à l'internet, il en serait le vecteur essentiel.

²¹ Lorsque nous évoquons une conception ou approche dite « américaine », c'est à la suite d'une interprétation personnelle de la jurisprudence et de la doctrine aux États-Unis et un travail d'analyse qui nous amène à relever les éléments de ce qui apparaît comme la conception dominante. Il importe toutefois de relever l'existence de questions qui restent sources de débats passionnés, que ce soit relativement à la constitutionnalité des dispositions cherchant à réprimer les « discours haineux » (*hate speech*), à punir la dégradation du drapeau national, à limiter les dépenses électorales ou encore, à imposer aux médias certaines obligations de « qualité » dans leur programmation. Il ne faut donc pas conclure à une parfaite homogénéité de la doctrine américaine. Pour ne citer qu'un ouvrage ici, cf. O. Fiss, *Liberalism Divided : Freedom of Speech and the Many Uses of State Power*, Westview Press, 1996. En philosophie politique, on parle plus communément de la confrontation entre « libéraux » et « communautariens » pour reprendre les termes anglais ou autrement dit, du débat entre les partisans de l'individualisme libéral et ceux qui sont fidèles, si l'on ose dire, à la tradition aristotélicienne. Cette confrontation, à l'origine limitée aux penseurs anglo-saxons (on pense notamment à R. Dworkin, J. Rawls, M. Sandel, A. MacIntyre), s'est largement ouverte aux représentants de la tradition philosophique européenne. Pour une présentation des principaux auteurs, cf. A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, *Libéraux et communautariens*, PUF, 1997.

²² L'avertissement énoncé *supra* relativement à l'approche ou à la conception dite « américaine » de la liberté d'expression vaut également pour les utilisations faites de l'expression « approche européenne ». Il convient, en outre, de signaler que si les variantes nationales en matière de liberté d'expression peuvent être plus encore prononcées en Europe que dans le cadre de la structure fédérale américaine, les travaux du Conseil de l'Europe ou les normes produites par les institutions communautaires favorisent une harmonisation à l'échelle du continent européen. Cette harmonisation légitime l'utilisation du qualificatif « européen » pour caractériser la conception (dominante) de la liberté d'expression qui nous paraît se dégager des diverses pratiques nationales et supranationales en Europe.

I. – LA RÉGLEMENTATION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

5. – Depuis la décision fondatrice *New York Times v. Sullivan*²³, le caractère libéral de la jurisprudence de la Cour suprême américaine ne manque pas d'être notamment justifié par une profonde méfiance du juge américain à l'égard du « pouvoir gouvernemental » alors que s'est développée, dans le même temps, une croyance plus marquée dans le bien-fondé d'un libre « marché des idées » dans lequel les individus peuvent entrer en compétition sans interférences étatiques²⁴. D'un point de vue européen, cette suspicion envers le « Gouvernement » paraît revêtir des proportions quelque peu « paranoïaques »²⁵, et il est généralement admis que l'Etat peut intervenir – c'est parfois même une obligation – sur le marché des idées afin de corriger ses imperfections²⁶. Cette opposition peut être aisément illustrée par un examen rapide de la jurisprudence relative à la presse et à l'audiovisuel. Plus surprenant est la jurisprudence récente relative à l'internet. En effet, la conception américaine – l'internet, un nouveau marché des idées – paraît grandement influencer les débats lorsqu'il s'agit d'examiner l'intervention régulatrice des pouvoirs publics.

A. – UNE APPRÉCIATION DIFFÉRENTE DU RÔLE DE L'ÉTAT

6. – La conception américaine dominante fait valoir sa confiance dans les mécanismes du « marché des idées » (*marketplace of ideas*) afin de permettre l'épanouissement personnel de l'individu, de protéger la participation du citoyen au débat public et la découverte de la vérité par

²³ 376 U.S. 254 (1964), p. 275.

²⁴ Pour une belle introduction, cf. F. Schaeur, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press, 1982.

²⁵ Cf. E. Barendt, « The importation of United States free speech jurisprudence ? », in I. Loveland (ed.), *A Special Relationship? American Influences on Public Law in the United Kingdom*, Clarendon Press, 1995, p. 222.

²⁶ Comme nous le soulignons *supra* note 21, rappelons que l'opposition entre une approche « américaine » et une approche « européenne » de la liberté d'expression ne doit pas faire croire à l'existence de conceptions parfaitement homogènes, et oublier l'existence de variations au niveau national en Europe. L'opposition se joue, en outre, parfois, à fronts renversés. Par exemple, une partie de la doctrine américaine, qui se qualifie quelquefois d'école réaliste du Premier amendement, admet, comme une majorité de la doctrine en Europe, que le pouvoir privé peut être autant oppressif que le pouvoir gouvernemental, ce qui justifierait que les groupes socialement dominés demandent aux pouvoirs publics de limiter la liberté d'expression des plus puissants afin que soit assurée, à tous, l'égalité d'opportunité de participer pleinement aux affaires de la Cité. Cf. par exemple, les contributions rassemblées par D.S. Allen & R. Jensen (ed.), *Freeing the First Amendment : Critical Perspectives on Freedom of Expression*, New York University Press, 1995

la société²⁷. L'Europe se montre plus rétive à l'adoption des présupposés sous-jacents à cette métaphore. Ceci s'explique, avant tout, par une conception plus positive de l'Etat. Celui-ci n'est pas forcément envisagé comme l'ennemi de la liberté individuelle alors que, dans le même temps, les tribunaux admettent que la protection des droits fondamentaux n'exige pas seulement l'abstention de l'Etat, mais peut nécessiter parfois une protection active de la part de celui-ci

1° La confiance américaine dans le libre marché des idées

7. – La métaphore du marché des idées doit être attribuée au juge Holmes qui, dans la décision *Abrams v. United States*, déclarait : « (...) quand les hommes ont réalisé que le temps a épuisé beaucoup de foi belliqueuses, ils peuvent alors accepter de croire (...) que le Bien ultime poursuivi est plus susceptible d'être atteint par un libre échange entre idées – que le meilleur test de vérité est le pouvoir de la pensée d'être elle-même acceptée dans la compétition du marché, et que la vérité est le seul terrain sur lequel leurs souhaits peuvent être, en toute sécurité, mis en pratique »²⁸.

8. – Si l'on en croit les partisans du modèle du libre marché des idées, il ne paraît pas désirable que l'Etat intervienne dans le processus de découverte des « bonnes » idées ou opinions. Celui-ci interviendrait, en effet, pour limiter la libre circulation des idées et des opinions avec l'illusion que des vérités absolues peuvent être découvertes. Toutes les vérités étant relatives, les idées et les opinions antagonistes ne pourraient démontrer leur validité que « dans la compétition du marché ». Cette vision présuppose que la meilleure solution à l'encontre des opinions fausses, pernicieuses, ne consiste pas à les réglementer, encore moins à les interdire, mais à favoriser la liberté d'expression la plus large possible afin qu'elles puissent subir l'assaut d'opinions contraires. La vérité émergera, au final, de cette libre compétition entre les idées et les opinions. Le « Gouvernement » doit, en conséquence, s'abstenir de toutes interférences sauf quand il est nécessaire d'assurer le bon fonctionnement du marché des idées en allouant, par exemple, les canaux de diffusion pour les chaînes de télévision. En particulier, il ne doit pas mettre en place des dispositions légales qui ont pour effet de discriminer entre différents points de vue car cela crée des distorsions sur le marché et interfère avec l'acceptation ou le libre rejet des idées par les individus.

9. – Cette vision paraît largement dominer la jurisprudence et la doctrine américaine, et constituer une structure d'analyse appropriée pour comprendre une partie importante de la jurisprudence relative au Premier amendement. Or, il faut constater que la métaphore du « marché des idées » ne connaît pas, en Europe, le même succès. Il est possible, en effet, de s'interroger sur la

²⁷ Pour une belle mise en perspective des soubassements philosophiques du droit à la liberté d'expression, E. Barendt, *Freedom of speech*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

²⁸ 250 U.S. 616 (1919), opinion dissidente, p. 630.

pertinence de cette vision qui fait plus confiance, si l'on ose dire, aux mécanismes de l'économie de marché qu'à l'intervention régulatrice de l'Etat, afin d'assurer le bon développement de la société et des individus qui la composent. Mais peut-il vraiment exister un marché pour l'expression comme il existe un marché pour les biens et services ? Les citoyens peuvent-ils être comparés à des acteurs économiques ?

La pertinence de la théorie du marché des idées dépend de la réalité des trois présupposées à son fondement²⁹. En premier lieu, cette théorie présume que chacun est libre d'entrer sur le « marché » afin d'exprimer ses opinions et d'échanger des informations. En second lieu, elle présume que les individus n'expriment que leurs opinions ou offrent des informations qu'ils croient vraies. Enfin, cette théorie assume que la communauté des auditeurs jugent toujours les opinions sur la base d'une analyse rationnelle, raisonnable. Ces trois présupposés sont indispensables à la cohérence de la théorie du marché des idées et y justifient le rejet d'une intervention étatique. Or, on peut en contester la pertinence.

2° Le constat européen de l'inadéquation du marché des idées

10. – La métaphore du « marché des idées » paraît être, tout d'abord, fondamentalement rejetée en raison de la conviction largement partagée que l'idéal d'une compétition libre sur le marché des idées laisse de côté la réalité d'une profonde inégalité entre les acteurs présents. Comment croire, par exemple, que dans une société où les médias audiovisuels ou de presse sont contrôlés par un nombre de plus en plus limité de personnes ou de groupes économiques, chacun puisse intervenir librement sur le marché des idées et faire entendre son opinion. Afin de conjurer le risque bien réel – la guerre en Irak l'a tristement démontrée – d'un contrôle ou d'une manipulation par une coalition d'acteurs publics et privés du débat public, la Cour constitutionnelle allemande comme le Conseil constitutionnel français n'ont pas hésité à permettre la réglementation du secteur de la presse ou des moyens de communication audiovisuelle afin d'imposer un certain pluralisme des idées et de permettre aux citoyens d'exercer au mieux leur libre choix³⁰. De même, la Cour européenne des droits de l'homme

²⁹ Cf. E. Barendt, « The First Amendment and the Media », in I. Loveland (ed.), *Importing the First Amendment : Freedom of Speech and Expression in American, English and European Law*, Northwestern University Press, 1999, pp. 43-46.

³⁰ Citons, par exemple, le Conseil constitutionnel qui a jugé que les libertés de la presse et de la communication ne pouvaient être véritablement assurées que si le pluralisme des courants d'expression était garanti : « *La libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents* », C.C. 84-181 D.C., 10-11 oct. 1984, RJC I-199, § 38. Pour ce faire, le législateur peut intervenir afin d'assurer la transparence financière des entreprises de presse : « *Considérant que, loin de s'opposer à la liberté de la presse ou de la limiter, la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière tend à renforcer un exercice effectif de cette liberté ; qu'en effet, en exigeant que soient connus du public les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux (...), le législateur met les lecteurs à*

n'hésite pas à constater, le cas échéant, la nécessité de mesures positives imposées par l'exigence d'effectivité des droits proclamés comme la liberté d'expression³¹. En dernier lieu, phénomène particulièrement intéressant, la jurisprudence n'hésite pas à policer les comportements des acteurs privés³².

11. – En l'absence d'une dimension « objective » du droit fondamental à la liberté d'expression³³, la jurisprudence américaine illustre une autre conception qui valorise l'abstention des pouvoirs publics et qui exclut toute intervention de ceux-ci lorsqu'il s'agit de sanctionner le comportement des acteurs privés au nom de la promotion du pluralisme des courants d'expression socioculturels³⁴. La Cour suprême a ainsi constamment rejeté l'opinion faisant valoir qu'elle devait policer les effets de la puissance économique de certains groupes afin de promouvoir la liberté d'expression des individus ou des groupes moins favorisés³⁵. Si la Cour suprême a noté la concentration croissante sur le marché des médias de masse, elle s'est toujours refusée à intervenir que ce soit pour reconnaître aux particuliers un droit de réponse³⁶ ou un droit d'accès aux médias afin de communiquer leurs convictions politiques³⁷. La Cour suprême a préféré croire en l'égalité de principe qui permet à chacun, en théorie, de participer à la bataille des idées sur le

même d'exercer leur choix de façon vraiment libre et l'opinion à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui lui sont offerts par la presse écrite », ibid., § 16.

³¹ Dans la décision *Özgür Gündem c/ Turquie* du 16 mars 2000, la Cour constate que « l'Etat défendeur n'a pris les mesures de protection et d'enquête adéquates pour préserver le droit d'Özgür Gündem à la liberté d'expression » (§ 71). Il existe ainsi pour l'Etat des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés qui peuvent s'imposer sur le terrain de l'art. 10 de la Convention. Cf. P. de Fontbressin, « La liberté d'expression, les obligations positives des autorités publiques et un juste équilibre », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 94.

³² Cf. par exemple, pour un litige opposant un magazine et une société d'affichage, *TGI Paris* (ord. réf.), 8 mars 2001, *J.-F. Bizot et autres c/ AAP, L'Égipresse*, n°182-I, p. 67.

³³ Les juridictions constitutionnelles, en Europe, ont généralement consacré le double caractère des droits fondamentaux : le caractère de droit subjectif qui appartient aux individus et, dans le même temps, le caractère d'éléments objectifs de l'ordonnement juridique que l'Etat doit activement protéger. Relativement au droit à la liberté d'expression, cette double dimension est justifiée par l'idée selon laquelle ce droit ne s'exerce pas seulement dans l'intérêt légitime de son titulaire, mais aussi dans l'intérêt général de la société démocratique.

³⁴ Sauf bien entendu lorsqu'il s'agit d'assurer les règles propres au bon fonctionnement d'un marché. Les pouvoirs publics peuvent ainsi intervenir, par exemple, afin de prévenir tout monopole ou réglementer le droit de propriété.

³⁵ Dans la décision *First National Bank v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), la Cour suprême juge contraire au Premier amendement une loi du Massachusetts qui interdisait à certaines entreprises de dépenser des fonds afin d'influencer les électeurs sur des questions sans intérêt pour celles-ci.

³⁶ *Miami Herald Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

³⁷ Dans la décision *CBS v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973), la Cour suprême refuse d'admettre qu'il existe un droit constitutionnel de diffuser sur les médias, une publicité critiquant la participation à la guerre du Vietnam. Pour certains juges, reconnaître un tel droit porterait atteinte à la liberté d'expression des diffuseurs. Cette décision peut être utilement comparée avec la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, *VGT Verein Gegen Tierfabriken c/ Suisse*, 28 juin 2001, dans laquelle la Cour européenne estime que constitue une violation de l'art. 10, le refus de la chaîne de télévision suisse, au nom de la législation interdisant la diffusion de publicités à caractère politique, de diffuser une publicité produite par une association de protection des animaux et critiquant la condition faite aux animaux.

marché des idées, et dans l'efficacité des mécanismes du marché, de l'offre et de la demande, pour susciter un pluralisme optimal des idées, sans qu'il soit besoin de limiter la liberté d'expression des diffuseurs, des éditeurs³⁸. La Cour suprême a souligné, en particulier, que « le concept que le gouvernement puisse limiter la parole de quelques éléments de notre société afin d'améliorer le poids relatif de la voix des autres, est complètement étranger au Premier amendement »³⁹.

12. – Quant au second présupposé de la théorie du marché des idées, celui faisant valoir que les individus n'expriment que leurs opinions ou offrent des informations qu'ils croient vraies, en espérant ainsi contribuer à la résolution de certains problèmes, soulignons rapidement que les médias peuvent être influencés, par exemple, par les opinions de leurs propriétaires – voir les pratiques indignes du groupe Murdoch pendant la guerre en Irak – et se soumettre à des considérations plus mercantiles qu'éducatives. Le marché des idées est ainsi certainement perturbé par le fait que les médias sont en compétition sur le marché publicitaire et qu'ils considèrent les individus, moins comme des citoyens que comme de simples consommateurs.

13. – Enfin, dernière critique, la théorie du marché des idées paraît sous-estimer la capacité des gens de croire en des idées qui sont déjà socialement dominantes ou qui satisfont des besoins inconscients ou irrationnels. Si le juge américain veut bien croire en l'image de citoyens autonomes, délibérant ensemble pour former l'opinion publique, cette image a été plus vulnérable aux attaques empiriques en Europe, où l'on a plus tendance à croire que les citoyens ne sont pas forcément autonomes, mais qu'ils peuvent être irrationnels et influençables, soumis à de forces économiques et à des inégalités préexistantes. L'histoire européenne a notamment causé une appréciation plus pessimiste de la possibilité pour l'Homme, de susciter le règne de la vérité par plus de liberté d'expression, par une compétition libre entre idées sans ingérences étatiques. A l'égard des idées « extrémistes », les tribunaux ne sont pas très réceptifs à l'égard de l'argument faisant valoir que les idées nazies, xénophobes, doivent être tolérées car elles doivent pouvoir avoir l'opportunité de démontrer leur valeur sur le marché des idées⁴⁰.

14. – En définitive, une différence substantielle entre les États-Unis et les pays européens réside dans le refus de ces derniers de faire prévaloir un Etat moralement neutre, en interdisant notamment toute intervention publique lorsque celle-ci vise à corriger les imperfections du « marché des idées ». Cela ne veut certes pas dire que l'Etat est libre, en Europe, d'imposer ses

³⁸ Certes, cela n'a pas toujours été le cas. Ainsi, dans la décision *Red Lion Broadcasting v. F.C.C.*, 395 U.S. 567 (1969), la Cour suprême avait considéré, en raison de considérations techniques – le nombre limité de fréquences – que pouvait être imposé aux diffuseurs audiovisuels le respect d'un certain pluralisme interne (*fairness doctrine*) dans leurs programmation tout comme le fait de permettre aux téléspectateurs d'exercer un droit de réponse en cas d'attaque personnelle. A la suite du développement de la télévision par câble et par satellite, la Cour suprême a estimé que l'existence d'un grand pluralisme externe ne rendait plus nécessaire la subordination de la liberté d'expression des diffuseurs à celle des téléspectateurs.

³⁹ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976), pp. 48-49.

⁴⁰ Cf. *infra* n°36.

propres valeurs à l'encontre des convictions de ses citoyens ou de poursuivre un but d'endoctrinement. En effet, qu'elles soient philosophiques, idéologiques ou religieuses, les opinions individuelles et les convictions collectives sont normalement soustraites à tout contrôle de l'Etat et de ses organes qui sont tenus d'observer à leur égard une stricte neutralité⁴¹. Ainsi, on ne tolère plus aujourd'hui que l'Etat puisse imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu'elle reflète les conventions d'une société donnée. C'est aller, en effet, à l'encontre de l'exercice et de la jouissance des libertés individuelles telle que la liberté d'expression, à la base d'une société démocratique pluraliste. Quand la Cour constitutionnelle allemande, par exemple, refuse la vision américaine d'un Etat « neutre », c'est qu'elle fait valoir que l'Etat doit protéger les valeurs exprimées par les droits fondamentaux, c'est-à-dire qu'il incombe à l'Etat de protéger notamment le pluralisme idéologique tout comme une certaine conception de l'Homme et de la société qui se déduit implicitement du concept constitutionnel de dignité humaine⁴². De manière générale, on pourrait dire que les juges constitutionnels, en Europe, ont reconnu aux parlements le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs, constitutionnellement garanties, qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Ce refus d'un Etat moralement neutre a suscité la consécration d'une double dimension des droits fondamentaux : leur protection n'exige pas seulement l'abstention de l'Etat mais peut nécessiter une protection active de la part de celui-ci. A l'inverse, pour la Cour suprême, la Constitution américaine est une charte de droits subjectifs opposables à l'Etat, droits qui protègent essentiellement l'individu contre la puissance publique.

15. – Sans entrer ici dans une démonstration détaillée, ces approches différentes se sont traduites par un contrôle implacable de la part des tribunaux aux États-Unis, un contrôle plus soucieux en Europe des fins défendues par l'État lorsqu'il cherche à réglementer la liberté d'expression au nom de la protection des intérêts de la société. L'examen du sort réservé aux interventions étatiques ayant pour objet l'internet comme « contenant » nous amène toutefois à relativiser la portée de ce constat.

⁴¹ C.E.D.H. 7 décembre 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c/ Danemark*, A-23, § 51-58.

⁴² En ce qui concerne l'utilisation par le juge du concept de dignité humaine, il est intéressant de relever que la Cour suprême américaine se refuse à la consécration juridique du principe de respect de la dignité humaine, ce principe lui semblant renvoyer à certains préjugés sociaux de la majorité et à un certain ordre moral ou naturel. L'utilisation de ce concept de dignité humaine a également pu susciter, en France, la crainte d'un retour à « l'ordre moral », sachant qu'il faut entendre par là l'utilisation par les autorités de leurs prérogatives « non plus pour faire respecter la moralité publique, mais pour imposer à la société leurs propres conceptions morales », G. Lebreton, « Le juge administratif face à l'ordre moral », *Mélanges Peiser*, PUF, 1995, p. 375. Les juridictions françaises n'ont cependant pas véritablement prêté attention à cet argument et le principe du respect de la dignité humaine peut s'opposer, avec un certain succès, au droit à la liberté d'expression. Pour des réflexions incisives, cf. P. Martens, « Encore la dignité humaine : Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », *Mélanges Lambert*, Bruylant, 2000, p. 562.

B. – VERS UNE ÉVALUATION COMMUNE DES INGÉRENCES ÉTATIQUES AYANT POUR OBJET LE RÉSEAU INTERNET

16. – L'internet paraît avoir suscité la prépondérance d'une idéologie libérale dès lors qu'il est question d'intervention étatique ayant l'ambition de régler ce vecteur de communication. Si cela ne constitue pas véritablement une surprise en ce qui concerne les États-Unis, cette prépondérance paraît s'expliquer, en Europe, par une certaine résignation, un certain renoncement de la part des pouvoirs publics devant la technique et le lobbying des entreprises de communication, avec parfois le concours de la société civile⁴³. Au-delà de l'internet, il faut noter plus fondamentalement l'importance des analyses tendant à dévaloriser la légitimité et l'efficacité de l'intervention étatique dans la société de l'information. Ce constat nous est notamment inspiré par la montée en puissance des concepts d'autorégulation et de corégulation.

1° L'internet, nouveau marché des idées

17. – La Cour suprême américaine veille particulièrement à ce que les pouvoirs publics ne limitent pas la liberté d'expression afin d'interdire un message qui pourrait paraître politiquement incorrect aux autorités du moment. Comme nous l'avons déjà souligné, elle cherche à prévenir le spectre d'un Gouvernement conduisant certaines idées ou points de vue hors du marché des idées⁴⁴. L'obligation pour l'État de respecter une certaine neutralité dans l'espace public de communication a été solennellement rappelée par la Cour suprême dans le contexte du réseau internet, qualifié de « nouveau marché des idées » dans une décision du 26 juin 1997. Le juge Stevens, délivrant l'opinion de la Cour, souligne dans les dernières lignes de celle-ci, l'importance d'assurer une libre circulation des idées :

« En ce qui concerne la tradition constitutionnelle, en l'absence de toute preuve du contraire, nous présumons que la régulation étatique de l'expression, du point de vue de son contenu, est plus de nature à restreindre le libre échange des idées qu'à l'encourager. L'intérêt qu'il y a au sein d'une société démocratique à encourager la liberté d'expression dépasse n'importe quel bénéfice théorique, mais non prouvé, associé à la censure »⁴⁵.

⁴³ Cette résignation peut être illustrée, par exemple, par le sort fait aux hébergeurs de site. Si les tribunaux, en France, n'ont pas hésité à engager la responsabilité de ces derniers (cf. M. Vivant, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet », *JCP G* 1999, I, n° 180), le législateur est intervenu par la suite pour atténuer leur responsabilité. Cf. *infra* n°22.

⁴⁴ Cf. par exemple, la décision *Simon and Schuster, Inc. v. Members of New York State Crime Victims Bd.*, 502 U.S. 105 (1991), p. 116.

⁴⁵ *Reno v. A.C.L.U.*, 521 U.S. 844 (1997), p. 880.

En l'espèce, la Cour suprême a pris le parti de protéger la libre circulation des idées sur l'internet face aux prétentions fédérales de réglementer les propos ou images pornographiques au nom de la protection des mineurs. En termes techniques et plus précisément, la Cour suprême fait peser de manière générale sur les autorités publiques la responsabilité de démontrer, en premier lieu, que toute nouvelle règle de droit est rédigée de manière suffisamment claire et précise dans sa portée. Si la règle passe, si l'on ose dire, ce contrôle « qualité », la Cour examine ensuite le caractère nécessaire de la limitation à la liberté d'expression. Autrement dit, la règle de droit doit être formulée soigneusement pour atteindre les objectifs poursuivis par les autorités publiques et il ne doit pas exister de moyens moins restrictifs pour atteindre ces objectifs⁴⁶. L'examen de la « nécessité » du *Communication Decency Act* (CDA) ne sera pas toutefois nécessaire car, selon la Cour suprême, le CDA viole le Premier amendement à défaut d'une précision suffisante de la loi, notamment quant au critère de « l'indécence », et en l'absence de moyens techniques permettant de protéger les mineurs, sans imposer une censure générale à l'encontre de ce que peuvent lire ou écrire les adultes.

18. – En 1998, le législateur fédéral est une nouvelle fois intervenu en votant le *Child Online Protection Act* (COPA). Une disposition essentielle de la loi est d'interdire aux sites internet commerciaux de faire circuler des informations « préjudiciables aux mineurs ». Jugée non-conforme au Premier amendement en première instance⁴⁷ et en appel⁴⁸, la Cour suprême a jugé préférable, en mai 2002, de renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel sans revenir sur la suspension provisoire de la loi, après avoir précisé que le critère des « normes locales en vigueur » (*contemporary community standards*) posé par le texte pour déclarer un contenu illicite – car préjudiciable aux mineurs – ne rendait pas automatiquement son champ d'application « trop large » (*overbreadth doctrine*) au regard du Premier Amendement⁴⁹.

19. – Cette mansuétude s'explique sans doute par la controverse suscitée par une décision prise moins d'un mois auparavant. En effet, dans une décision du 16 avril 2002, six juges ont admis que deux dispositions du *Child Pornography Prevention Act* (CPPA), loi adoptée en 1996 pour lutter contre de nouvelles formes d'exploitation sexuelle des enfants dues à l'émergence et au développement des technologies numériques, portaient atteinte au Premier amendement⁵⁰. Certes, conformément à sa jurisprudence antérieure, la Cour suprême admet la poursuite de ceux qui encouragent la pédophilie. Elle confirme également que la mise en scène ou la représentation sexuelle de mineurs peut être proscrite indépendamment du caractère obscène des images car une

⁴⁶ Pour une comparaison avec la pratique canadienne, cf. A. Lokan, « The Rise and Fall of Doctrine Under Section 1 of the Charter », 24 *Ottawa L. Rev.* 163 (1992) ; J. Woehrling, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 379.

⁴⁷ *A.C.L.U. v. Reno*, 31 F. Supp. 2d 473 (E.D. Penn. 1999).

⁴⁸ *Ashcroft v. A.C.L.U.*, 217 F.3d 162 (3rd Cir. 2000).

⁴⁹ *Ashcroft v. A.C.L.U.*, n°00-1293 (2002).

⁵⁰ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, n°00-795 (2002). La loi étendait l'interdiction de la pornographie infantile à la pédophilie « virtuelle ». Cette pratique consiste à représenter des mineurs dans une activité sexuelle en utilisant des images de synthèse entièrement élaborées par ordinateur.

telle réglementation répond à l'intérêt de protéger les enfants contre toutes les formes d'exploitation. Encore faut-il cependant que les dispositions légales interdisant les images qui mettent en scène des personnes, qui ont seulement l'apparence de mineurs ou donne l'impression que des mineurs sont engagés dans une relation sexuelle – sans qu'aucun mineur ne soit effectivement présent – soient rédigées de manière à ne pas porter atteinte aux activités artistiques, littéraires, politiques et scientifiques protégées par le Premier amendement. Or, selon l'opinion de la majorité, cela n'est pas le cas en l'espèce, les termes de la loi étant trop larges, les images qui ne sont ni obscènes, ni issues de l'exploitation d'enfants « réels », étant susceptibles d'être réprimées.

20. – Dans ses tentatives de réglementation de l'internet, le législateur fédéral a donc subi de la part de la Cour suprême un contrôle strict qui s'est avéré fatal : le CDA, le CCPA ont été jugés contraires au Premier amendement et l'application du COPA reste suspendue. Mentionnons toutefois que dans la dernière grande décision en date, rendue le 23 juin 2003, la Cour suprême a jugé que ne violait pas le Premier amendement le *Children Internet Protection Act* (CIPA) qui impose aux bibliothèques publiques – sauf à perdre les subventions fédérales – de mettre en œuvre un filtrage des sites pornographiques alors même que ces systèmes sont susceptibles de bloquer certains sites n'ayant aucun de ces contenus⁵¹.

21. – Exception faite de cette dernière décision, il est intéressant de constater que les tentatives de réglementer l'internet sont toutes justifiées par la protection des mineurs contre la pornographie et qu'elles échouent généralement dès le stade du contrôle de leur « légalité », c'est-à-dire que les dispositions légales sont jugées soit excessivement imprécises, soit excessivement larges. Ce contrôle formel présente l'avantage pour le pouvoir judiciaire de ne pas heurter de front les autorités politiques et n'est pas du tout propre aux réglementations qui visent l'internet. Autre constat, vu les considérations générales énoncées dans les jugements, sous-jacent à ce contrôle formel implacable, on retrouve la philosophie traditionnelle en matière de contrôle des interventions étatiques visant le contenu d'une expression : celles-ci doivent être évitées car elles interfèrent avec le bon fonctionnement du marché des idées. Notons incidemment que cette philosophie protectrice de la liberté d'expression a été honteusement oubliée par les tribunaux américains depuis le 11 septembre 2001⁵².

⁵¹ Une cour de district avait toutefois jugé précédemment que les logiciels de filtrage avaient l'inconvénient de bloquer l'accès à un grand nombre de pages web non préjudiciables aux adultes et aux mineurs. Cette analyse était tout à fait conforme à la jurisprudence traditionnelle de la Cour suprême qui démontre normalement une extrême rigueur lorsque les pouvoirs publics empiètent sur la sphère du discours constitutionnellement protégé pour interdire une expression ou un comportement qui ne l'est pas. Toutefois, en l'espèce, pour une courte majorité de la Cour, le fait de permettre aux adultes de demander la suspension de tout filtrage lors de leur utilisation sauve la loi d'un constat d'inconstitutionnalité. Il faut cependant noter que la loi ne prévoyait pas une telle possibilité.

⁵² La protection de la « sécurité nationale » a suscité le vote de mesures proprement scélérates (pour ne citer qu'un exemple tristement risible, cf. la section 215 du Patriot Act qui autorise les autorités à vérifier les ouvrages empruntés dans les bibliothèques) qui n'ont pas été censurées par le pouvoir judiciaire. Certes, celui-ci s'en remettait traditionnellement dans un tel domaine au pouvoir d'appréciation de l'exécutif et du

22. – La lutte contre la pornographie au nom de la protection des mineurs a inspiré moins directement les législateurs en Europe⁵³. Le débat s'est plutôt focalisé sur la question de la responsabilité des intermédiaires techniques (les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès notamment), sans que cela suscite – contrairement aux États-Unis – une mise en cause de la légitimité de l'intervention étatique en tant que telle. L'intervention étatique ne pouvait toutefois guère susciter de critiques. En effet, c'est un régime de responsabilité spécifique qui a été instauré, un régime qui peut être véritablement qualifié d'« allégé »⁵⁴. Ainsi, la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, prévoit une « déresponsabilisation » des hébergeurs en instituant essentiellement une obligation pour ces derniers de dénoncer – dès qu'ils en ont une connaissance effective – les messages illicites à l'autorité compétente⁵⁵. Relevons, en outre, que de manière similaire au contrôle « formel » exercé par la Cour suprême, le Conseil constitutionnel a censuré le législateur pour « incompetence négative » relativement à l'expression « diligences appropriées », diligences auxquelles devaient procéder tout hébergeur de sites quand il était saisi par un tiers estimant que le contenu qu'il héberge est illicite ou lui cause un préjudice⁵⁶. Le Conseil a jugé trop imprécise cette disposition en matière pénale au regard du principe de la légalité des délits et des peines. Il

législatif, mais depuis la décision *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), les tribunaux avaient pris l'habitude de contrôler strictement les motivations gouvernementales. Le climat actuel aux États-Unis n'est pas sans rappeler la période où prévalait le sentiment d'un régime démocratique mise en danger par le communisme (cf. par exemple la décision *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951)). La Cour suprême n'avait pas alors eu le courage de s'opposer aux moments d'hystérie collective qui paraissent périodiques dans l'histoire américaine. Pour une saine lecture, cf. A. Hage, *Censure et libertés aux États-Unis*, Ellipses, 2001. Pour une vision plus globale non moins intéressante, cf. D. Lacorne, *La crise de l'identité américaine*, Gallimard, rééd. 2003, spéc. pp. 143-168.

⁵³ Notons cependant qu'à la suite du *Livre Vert sur la protection des mineurs et la dignité humaine* (COM (96) 483 final), l'Union européenne a entrepris de mener une réflexion, selon le vocabulaire consacré, sur la dimension éthique de la Société de l'Information. La Recommandation du Conseil de l'Union européenne sur la protection des mineurs et de la dignité humaine du 24 sept. 1998 est le premier instrument juridique qui porte sur le contenu des services en ligne.

⁵⁴ Pour une étude synthétique et instructive, cf. A. Lepage, « La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à l'internet », *Communication - commerce électronique* 2002, chron. 5.

⁵⁵ JOCE L 178, 17 juill. 2000. Selon l'article 14 relatif à l'hébergement : « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que: a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. (...) ». Il convient également de noter l'article 15 excluant l'imposition d'une obligation générale de surveiller les informations que les prestataires transmettent ou stockent, ou d'une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

⁵⁶ CC 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC, *Communication - commerce électronique* 2000, somm. 93, obs. J-C. Galloux.

ne subsiste ainsi que l'obligation pour les hébergeurs de répondre à l'autorité judiciaire et ils ne seront sanctionnés que s'ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès au contenu illicite⁵⁷. Quant aux fournisseurs d'accès, dans une affaire où il leur était demandé de procéder au filtrage de sites racistes hébergés aux États-Unis, le juge des référés a jugé qu'en l'état de notre droit positif, les fournisseurs d'accès n'ont « aucune autre obligation que celle de fournir à leurs clients des outils de filtrage »⁵⁸. En définitive, ce régime « allégé » de responsabilité n'est pas sans rappeler la situation aux États-Unis où les intermédiaires techniques bénéficient d'un régime d'immunité⁵⁹.

23. – A défaut d'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la liberté d'expression sur l'internet, il est possible de se tourner vers la *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet* adoptée par le Conseil de l'Europe en mai 2003⁶⁰ pour signaler sommairement les éléments communs ou propres à l'Europe et ceux qui nous paraissent révéler l'influence de l'approche libérale propre aux États-Unis en matière de réglementation de la liberté d'expression. Ainsi, tout d'abord, le préambule affirme des principes qui font aisément l'unanimité : sont évoquées l'importance de la liberté d'expression et de la libre circulation de l'information sur l'internet ainsi que la nécessité d'assurer que le contrôle *a priori* des communications sur l'internet demeure une exception. La Déclaration insiste ensuite, cette fois-ci de manière typiquement européenne, sur la nécessité d'assurer un « équilibre » entre la liberté d'expression et d'information et d'autres droits et intérêts légitimes. Le texte précise toutefois, conformément à l'approche libérale aujourd'hui dominante, qu'il est nécessaire de limiter la

⁵⁷ Les articles 2 et 4 du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique – ayant pour vocation de transposer la directive européenne du 8 juin 2000 – adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 26 fév. 2003 (*Communication - commerce électronique* 2003, comm. 39 et comm. 84) prévoient une immunité relative au profit des fournisseurs d'accès et des prestataires développant une activité de stockage de données. Leur responsabilité civile ne pourrait être engagée que si elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible, dès le moment où elles ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite. Une immunité absolue est prévue pour les autres prestataires (ceux qui proposent une fourniture d'accès ou un simple stockage intermédiaire). En matière de responsabilité pénale, il est prévu qu'il sera nécessaire de montrer qu'en connaissance de cause, les intermédiaires techniques n'ont pas agi avec promptitude pour faire cesser la diffusion d'une information ou d'une activité dont ils ne pouvaient ignorer le contenu illicite.

⁵⁸ TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, *Communication - commerce électronique* 2002, comm. 8, obs. Ch. Le Stanc ; *Légipresse* 2002, n°188-III, p. 15, note J.-P. Hugot.

⁵⁹ Cf. par exemple, Superior Court of the State of California (county of Los Angeles), 28 avr. 2003, *R. Grace c/ T. Neely et eBay : Communication - commerce électronique* 2003, comm. 61, obs. L. Grynbaum. Le tribunal qualifie l'exploitant d'un site de vente aux enchères d'« *information content provider* ». Il bénéficie ainsi de l'immunité prévue par la Section 230 (47 USC), disposition issue du CDA de 1996. En l'espèce, l'exploitant est donc tenu non responsable de propos diffamatoires diffusés sur son site alors même qu'il peut exercer un contrôle plus strict sur son site.

⁶⁰ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 840^e réunion des Délégués des Ministres, Strasbourg, 28 mai 2003.

responsabilité des fournisseurs de services⁶¹ et surtout, qu'il importe d'« encourager l'autorégulation ou la corégulation à l'égard des contenus diffusés sur l'Internet » (Principe 2).

24. – Si certains éléments de la Déclaration illustrent donc encore une vision positive de l'intervention publique, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en place des points d'accès publics à l'internet ou de supprimer « les barrières concernant la participation des individus à la société de l'information » (Principe 4), il nous faut constater une certaine inflexion dans la conception de la liberté d'expression normalement en vigueur en Europe et qui s'attache à ne pas garantir une liberté sans responsabilité. L'article 10 § 2 de la Convention européenne, par exemple, évoque bien l'exercice de libertés qui comportent « des devoirs et des responsabilités » sans parler de l'article 17⁶². Considérations techniques et politiques se mêlent cependant généralement pour défendre cette inflexion dans le cadre du « cyberspace »⁶³. Certes, la vocation du droit à intervenir est rarement contestée en Europe mais comme l'illustre le Principe 2 de la Déclaration, cela devrait se faire, entend-on désormais bien souvent, dans le cadre de nouvelles méthodes de régulation.

2° L'internet, un « marché » cadre de nouvelles méthodes de régulation

25. – L'autorégulation ou la corégulation sont souvent présentées comme des voies appropriées pour réglementer l'internet⁶⁴. La régulation du réseau internet et des activités afférentes ne

⁶¹ Le Principe 6 relatif à la responsabilité limitée des fournisseurs de services pour les contenus diffusés sur l'internet énonce notamment que « les Etats membres ne devraient pas imposer aux fournisseurs de services l'obligation générale de surveiller les contenus diffusés sur l'Internet auxquels ils donnent accès, qu'ils transmettent ou qu'ils stockent, ni celle de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites », que « les Etats membres devraient veiller à ce que les fournisseurs de services ne soient pas tenus responsables des contenus diffusés sur l'Internet lorsque leur fonction se limite, selon la législation nationale, à transmettre des informations ou à donner accès à l'Internet ».

En ce qui concerne les fournisseurs d'hébergement, « les Etats membres peuvent les tenir pour coresponsables dans l'hypothèse où ils ne prennent pas rapidement des mesures pour supprimer ou pour bloquer l'accès aux informations ou aux services dès qu'ils ont connaissance, comme cela est défini par le droit national, de leur caractère illicite ou, en cas de plainte pour préjudice, de faits ou de circonstances révélant la nature illicite de l'activité ou de l'information ».

⁶² « Aucune des dispositions de la Convention européenne ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant la destruction des droits ou libertés reconnus par la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention ». Cf. dernièrement, S. Van Drooghenbroeck, « L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ? », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, numéro spécial (46), 2001, p. 543

⁶³ Pour une claire mise au point, cf. A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, *op. cit.*, pp. 2-8.

⁶⁴ Pour une interprétation quelque peu incertaine de ce délicat concept en tant que simple méthode et non comme source de droit, cf. Ch. Paul, *Du droit et des libertés sur internet : la corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, 2000.

justifierait pas alors seulement des règles spécifiques mais plus fondamentalement, une formulation des normes applicables par les seuls acteurs concernés : une sorte de *lex electronica* comparable à la *lex mercatoria*⁶⁵. Sans entrer dans d'infinis débats quant à la pertinence de cette analogie, il convient simplement de mentionner ici que l'autorégulation ou corégulation se caractérise principalement par l'élaboration par des personnes privées (entreprises et « société civile »), conjointement ou non avec les pouvoirs publics, de chartes, de codes de (bonne) conduite⁶⁶ et la montée en puissance d'une justice privée⁶⁷. Toutefois, il convient là encore de noter que ce ne sont pas les seules les particularités techniques de l'internet qui expliquent ces alternatives à ce que l'on peut rapidement qualifier de réglementation étatique, alternatives qui se caractérisent toutes par un phénomène de privatisation de normes. En effet, elles prennent place dans le cadre d'un débat plus fondamental sur la « gouvernance » des sociétés modernes. Brièvement décrit, pour les tenants de la « gouvernance », il s'agit de constater l'échec des formes classiques de réglementation et de remplacer l'action unilatérale et contraignante de l'État par un mode plus consensuel et pluraliste de formulation des normes, voir par des modes de régulation autonomes par rapport à l'État⁶⁸.

26. – Trouvant leurs origines doctrinales aux États-Unis, ces voies alternatives à la réglementation par les seules autorités publiques ont si bien influencé le débat que le Conseil de l'Europe, dans sa *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet* précédemment citée, se déclare favorable à ce que les États membres encouragent « l'autorégulation ou la corégulation à l'égard des contenus diffusés sur l'Internet ». Ce n'est certes pas une surprise car de nombreux textes de l'Union européenne comme du Conseil de l'Europe incitaient déjà à cette pratique. Citons, par exemple, la Recommandation du Conseil de l'Union européenne concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et

Pour une claire mise en perspective, cf. M. Vivant, « Raison et réseaux, De l'usage du raisonnable dans la régulation de l'internet », *Mélanges Mehl*, La Documentation française, 1999, p. 153.

⁶⁵ De manière générale, cf. les réflexions stimulantes de P. Trudel, « La *lex electronica* » in C.-A. Morand, *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 222.

⁶⁶ Il serait fastidieux de citer les nombreux codes de conduite qui ont été élaborés tant cette pratique a connu un grand succès auprès notamment des grandes entreprises. Notons simplement que l'article 16 de la directive du 8 juin 2000 encourage une telle pratique : « 1. Les États membres et la Commission encouragent : a) l'élaboration, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 ; (...) ».

⁶⁷ Pour ne citer encore que la directive du 8 juin 2000, l'article 17 prévoit que les États membres veillent à ce que « leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends ».

⁶⁸ Pour une belle introduction à cette question qui nous apparaît aujourd'hui décisive, cf. dernièrement J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2003. Ces transformations de la régulation juridique ne vont pas sans susciter quelques inquiétudes car elles sont susceptibles d'amoindrir le rôle du citoyen. Pour une analyse centrée sur l'Union européenne, cf. notre étude, « Le remède au "déficit démocratique" : Une nouvelle gouvernance pour l'Union européenne ? », *Journal of European Integration*, vol. XXV, juin 2003, p. 131.

efficace de protection des mineurs et de la dignité humaine⁶⁹. Les entreprises sont encouragées à mettre en place un cadre national d'autorégulation et il est notamment recommandé que les secteurs et parties concernés oeuvrent à l'élaboration de codes de conduite visant à protéger les mineurs et la dignité humaine, applicables aux services en ligne⁷⁰. Également instructive est la Décision du Parlement européen et du Conseil adoptant un plan d'action communautaire visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux⁷¹. Là encore, l'établissement de systèmes d'autoréglementation de l'industrie (et non plus d'autorégulation mais il ne faut voir là sans doute qu'un problème de traduction) est encouragé, ce qui passe notamment – litanie répétitive – par l'élaboration de codes de conduite⁷².

27. – Cette évolution de la régulation juridique dans le cadre de la société de l'information est-elle forcément une avancée sur le terrain de la liberté d'expression ? Prenons l'exemple des codes de conduite. Que ceux-ci traduisent une logique d'autorégulation ou mieux, une logique de corégulation, ils nous paraissent devoir être pris avec précaution afin de ne pas faire dépendre l'exercice de la liberté d'expression du contrôle et de l'exercice de la contrainte essentiellement par les seuls acteurs privés. Il nous semble pertinent de réaffirmer que l'État n'est pas forcément incapable d'appréhender les enjeux de l'internet et qu'il est sans doute aujourd'hui, dans nos démocraties, plus le garant de la liberté que son ennemi. Au sein des démocraties occidentales, le danger nous paraît être ainsi actuellement plus celui de la censure privée qu'une discrimination étatique entre les idées. Même si les acteurs privés sont dotés des meilleures intentions du monde et peuvent veiller au respect de règles d'intérêt général par intérêt personnel, l'intervention d'un juge étatique avant la prise de toute sanction par les intermédiaires techniques de l'internet paraît préférable ne serait-ce que parce qu'il est plus apte – sans parler de la légitimité de son intervention – à apprécier une réglementation subtile et ce qui doit être ou non préservé au regard du droit fondamental à la liberté d'expression.

28. – On peut faire part, à titre d'exemple inquiétant, de la pratique de *Google*, premier moteur de recherche de la toile mondiale. Selon une étude réalisée pour le Centre Berkman pour l'internet et la société de l'Université de Harvard, la société paraît spontanément opérer un filtrage des contenus illégaux à destination des internautes français et allemands⁷³. Qui permet alors de garantir qu'un discours jugé simplement politiquement incorrect par les plus puissants ou la

⁶⁹ Recommandation 98/560/CE du 24 sept. 1998, JOCE L 270/48, 7 oct. 1998.

⁷⁰ Selon la Recommandation, l'autorégulation repose sur 3 piliers : la participation de l'ensemble des parties concernées pour l'élaboration des codes de conduite (les pouvoirs publics, les industries, les fournisseurs de services et d'accès, les associations d'utilisateurs), la mise en œuvre des codes de conduite par l'industrie et enfin l'évaluation des mesures prises.

⁷¹ Décision 276/1999/CE du 25 jan. 1999, JOCE L 33/1, 6 fév. 1999. Cf. également la Décision 1151/2003/CE du 16 juin 2003, portant modifications de la décision 276/1999/CE.

⁷² Cf. notamment Annexe I, ligne d'action n° 1.2. « Encourager l'autoréglementation et les codes de conduite ».

⁷³ Étude disponible à <http://cyber.law.harvard.edu/filtering/google>.

majorité du moment puisse continuer à être entendu. Notons, en dernier lieu, une particularité américaine rarement envisagée en Europe et qui rend ce danger encore plus réel. Aux États-Unis, les droits fondamentaux ne sont pas normalement invocables entre personnes privées (doctrine de la *state action*). Ainsi, il n'est pas possible pour un tribunal de défendre la liberté d'expression d'un internaute lorsque l'hébergeur, à la demande d'un tiers et avant toute décision judiciaire, va prendre le parti de suspendre un site dont le contenu lui semble illicite⁷⁴. Dans une décision particulièrement significative, une cour fédérale de district en Virginie a rejeté le recours d'un abonné au fournisseur d'accès AOL, et qui se plaignait de la censure opérée à l'encontre de ses opinions pro-islamiste, en soulignant que « même en assumant la véracité des allégations du plaignant, le Premier amendement ne peut lui être d'aucun secours dans ces circonstances ; il ne protège pas contre les actions entreprises par des entités privées, il est plutôt une garantie contre les violations de la part du gouvernement de l'État ou fédéral »⁷⁵.

29. – Pour conclure quant à l'aspect réglementation de la liberté d'expression, nous serions tentés de souligner rapidement que les tribunaux américains favorisent normalement un marché des idées libéré des ingérences étatiques alors que les tribunaux, en Europe, acceptent plus volontiers de reconnaître le caractère légitime et nécessaire des interventions publiques. Si l'on quitte le terrain jurisprudentiel, il est cependant possible de noter l'influence de l'approche américaine de la liberté d'expression dans le contexte plus général d'un renouvellement des modalités d'intervention des pouvoirs publics dans la société de l'information. Cela se traduit par des recommandations – voir le débat sur les transformations de la régulation juridique et la quête d'une « bonne gouvernance » – ayant pour objet de limiter l'intervention unilatérale et contraignante de l'État. Il est toutefois possible de soulever l'hypothèse d'un apparent paradoxe dans la mesure où ce libéralisme au niveau du contenant paraît coexister avec une volonté plus interventionniste et « conservatrice » en matière de contrôle des contenus diffusés sur l'internet.

⁷⁴ TGI Paris, réf., 20 sept. 2000, *Communication - commerce électronique 2000*, comm. 131, obs. J.-C. Galloux.

⁷⁵ *Noah v. America Online*, CIV.A 02-1316-A (E.D. Va. 2003). Une Cour fédérale d'appel a rejeté de manière identique un autre recours arguant que les règles de bonne conduite (*Community Guidelines*) d'AOL violaient son droit à la liberté d'expression. Dans la décision *Green v. America Online*, 318 F.3d 465, 472 (3rd Cir. 2003), la Cour souligne qu'elle n'est pas convaincue par les affirmations du requérant selon lequel « AOL agit en tant qu'acteur étatique (*state actor*) dans la mesure où AOL fournit une connection à l'internet sur lequel des sites gouvernementaux et d'autres subventionnés par les contribuables peuvent être trouvés, et dans la mesure où AOL ouvre son réseau au public dès lors qu'un membre d'AOL accède à l'internet et reçoit des courriels ou autres messages de non-membres d'AOL ».

II. – LA DÉTERMINATION DES LIMITES À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

30. – La conciliation entre le droit à la liberté d'expression et les droits ou intérêts qui peuvent s'opposer à son libre exercice s'effectue sur l'internet sans particularités notables, notamment quant aux techniques juridiques utilisées. Les conflits étant inévitables et impossibles à résoudre de manière définitive, il s'agit comme toujours de déterminer l'équilibre souhaitable par une mise en balance des intérêts en présence. Cet équilibre peut être toutefois diversement apprécié dans chaque système juridique. Outre, en effet, une appréciation variable du rôle de l'Etat examinée précédemment, chaque système peut déterminer diversement les limites qu'il convient de donner à la liberté individuelle dans la communauté sociale. Cette diversité d'appréciation n'est nullement illégitime. Toutefois, elle apparaît aujourd'hui problématique dans la mesure où la « société de l'information » tend à multiplier les hypothèses de conflits entre différentes conceptions du droit à la liberté d'expression et des limites qu'il convient de lui donner, en raison notamment du caractère transnational de l'internet⁷⁶. Or, cette multiplication des conflits peut se résoudre par le triomphe relatif de la conception la plus protectrice – ou la plus permissive selon le point de vue – de la liberté d'expression. Pour contrer une influence induite de la conception américaine de la liberté d'expression ou encore l'émergence de « paradis informationnels », la coopération internationale s'avère déterminante. L'exemple de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité est, à cet égard, particulièrement intéressant car elle représente une première tentative prometteuse d'harmoniser l'exercice de la liberté d'expression dans le cadre de la société de l'information.

A. – UNE APPRÉCIATION DIFFÉRENTE DE LA PLACE DE L'INDIVIDU DANS LA COMMUNAUTÉ SOCIALE

31. – Si les États-Unis et l'Europe partagent les mêmes valeurs fondamentales du libéralisme et de la démocratie, la vision américaine met plus volontiers l'accent sur la protection impérative de l'épanouissement personnel et de l'autonomie individuelle qu'assurerait un droit à la liberté d'expression sans entraves. La doctrine comme la jurisprudence, en Europe, paraissent plus

⁷⁶ L'exemple de « l'affaire Yahoo » est, à cet égard, particulièrement marquant. En effet, dans cette affaire, des associations françaises contre le racisme et l'antisémitisme ont découvert que la société Yahoo ! Inc., domiciliée aux États-Unis, permettait, à partir de son site internet, de mettre aux enchères divers objets nazis et d'accéder à différents ouvrages antisémites. Si ces associations ont obtenu du juge français qu'il ordonne à cette société de rendre impossible toute consultation du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme, la société américaine a obtenu du juge américain qu'il nie toute autorité à l'ordonnance française en raison de sa contrariété avec le droit à la liberté d'expression garanti par le Premier amendement. Sur l'affaire Yahoo en général et sur la décision américaine en particulier, cf. notre article, « Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet – Vers l'imposition d'une *lex americana* en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste ? », *Légipresse*, janvier-février 2002, n°188-II, p. 5.

fidèles à une vision qui, tout en valorisant l'individu, prend soin de souligner que le développement de ce dernier ne saurait se faire que dans le respect de la communauté sociale à laquelle il appartient. L'opposition ici dessinée entre les Etats-Unis et l'Europe en matière de liberté d'expression paraît donc devoir être replacée dans le cadre du débat entre « libéraux » et « communautariens »⁷⁷. Ces variations, qui nous apparaissent donc dériver en grande partie de l'influence respective de ces deux courants doctrinaux, expliquent pleinement pourquoi le discours « haineux », source permanente de conflits entre les États-Unis et l'Europe dans le cadre de l'internet, est diversement apprécié au regard du droit à la liberté d'expression.

1° Une valorisation distincte de la liberté individuelle

32. – Malgré les désaccords doctrinaux, tous les juges de la Cour suprême semblent partager une même conception du Premier amendement quand il s'agit de préciser la place de l'individu dans une société démocratique : le Premier amendement protège la liberté d'expression de chaque individu car c'est un droit inhérent à la dignité de l'Homme⁷⁸. Si la Cour constitutionnelle allemande et la Cour européenne des droits de l'homme à sa suite, n'ont pas dit autre chose quand elles soulignent que la liberté d'expression est essentielle à l'épanouissement de chacun, au libre développement de la personnalité auquel elle est intimement liée⁷⁹, cette consécration a suscité une doctrine profondément individualiste aux États-Unis. Selon cette doctrine dominante, l'État doit respecter la liberté d'expression afin ne pas porter atteinte à l'épanouissement et à l'autonomie de chacun.

33. – Toute atteinte à la liberté de chacun de pouvoir librement s'exprimer, contreviendrait, tout d'abord, au libre développement de sa personnalité⁸⁰. En effet, il serait impossible de développer ses capacités intellectuelles et spirituelles, à moins d'être libre de formuler ses idées, ses convictions à travers la discussion publique et en réponse à la critique des autres. Toute suppression du droit de s'exprimer serait un affront fait à la dignité de l'Homme. En outre, limiter le droit de l'individu à s'exprimer élèverait la société et le Gouvernement à un état de commande despotique et placerait l'individu sous la commande arbitraire des autres. Il existerait ainsi un droit individuel à la liberté d'expression, même si son exercice peut être une menace pour le bien-être de la société et entrer en conflit avec la préservation de l'intérêt général.

34. – Un autre aspect plus intéressant de la conception individualiste de la liberté d'expression se caractérise par l'accent mis sur l'autonomie personnelle favorisée par cette liberté. En permettant

⁷⁷ Cf. A. Berten, P. Da Silveira et H. Pourtois, *Libéraux et communautariens*, PUF, 1997.

⁷⁸ Cf. H. Kalven, Jr., *A worthy tradition : freedom of speech in America*, Harper & Row, 1988.

⁷⁹ BVerfGE 82, 277, p. 281 ; CEDH 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, A-24, § 49.

⁸⁰ Cf. les études classiques de C.E. Baker, « Scope of the First Amendment Freedom of Speech », 25 *U.C.L.A. L. Rev.* 964 (1978) ; M. Redish, « Self-Realization, Democracy and Freedom of Expression : A Reply to Professor Baker », 130 *U. Pa. L. Rev.* 678 (1982).

aux individus d'entendre diverses positions et d'explorer par la conversation avec autrui, différentes visions, la liberté d'expression est présentée comme le moyen de promouvoir un jugement indépendant et la prise de décision réfléchie, ce qui peut être caractérisée comme « l'autonomie »⁸¹. Dans ce schéma, l'Etat ne doit pas être en mesure de contrôler les sources d'information afin de maintenir ou d'infirmer certaines croyances. En effet, il faut respecter la capacité des individus à choisir d'une manière libre et rationnelle. En conséquence, tout individu devrait être libre de prendre les décisions les plus centrales à son identité personnelle et de poursuivre sa propre vision de « la vie bonne » sans une interférence étatique, une interférence collective⁸². Dans cette perspective, limiter la liberté d'expression qui menace la sécurité physique d'autrui est légitime, elle représente, en effet, la mise en œuvre d'une liberté incompatible avec un degré similaire de liberté pour autrui. Cependant, toute ingérence d'autrui dans le domaine des préférences individuelles relativement à la conception que chacun se fait de « la vie bonne » devrait être considérée comme suspecte⁸³. Le juge, en conséquence, devrait veiller à protéger la capacité des individus à pouvoir choisir de façon autonome. Quant à l'Etat « libéral », il se doit d'être neutre dans ses finalités par rapport à toute conception du Bien, sa seule finalité légitime étant d'assurer à tous les membres d'une société, une autonomie maximale et égale pour tous et non de les rendre heureux ou vertueux. Si les critiques que l'on peut formuler à l'encontre des présupposés de cette défense « individualiste » de la liberté d'expression ne manquent pas, on veut ici se contenter de soulever l'idée que cette théorie offre une certaine cohérence à la jurisprudence de la Cour suprême américaine.

35. – Si la doctrine ne refuse pas, en Europe, de considérer la liberté d'expression comme pleinement nécessaire à l'épanouissement de l'individu et à son libre développement, les tribunaux prennent plus volontiers soin de préciser que la limitation de la liberté d'expression peut, sans nul doute, être défendue sur le terrain de la protection de l'égalité entre individus et que la valeur d'autonomie individuelle n'a pas à être préférée à des fins d'intérêt général. En comparaison, la jurisprudence en Europe pourrait être caractérisée comme « centriste » dans la mesure où le juge craint moins que l'intervention de l'Etat dans le domaine du débat public se fasse toujours au prix de l'autonomie, du principe d'autodétermination de l'individu. Faire de ce principe d'autodétermination, le principe moral exclusif sur lequel doivent reposer les pratiques et les institutions politiques fait craindre, en effet, au possible rejet de toute valeur commune et à la désagrégation du sentiment d'appartenance politique⁸⁴. La Cour constitutionnelle allemande a

⁸¹ Cf. T. Scanlon, « A theory of freedom of expression », 1 *Phil. and Pub. Aff.* 204 (1972).

⁸² Cf. R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan, 1995, chap. 10, « Liberté et moralisme », p. 349 et s.

⁸³ Cf. R. Dworkin, *Une question de principe*, PUF, 1996, et plus particulièrement le chap. 11 « Un Etat libéral peut-il subventionner la culture ? », p. 275 et s.

⁸⁴ En France, ces craintes, qui ont paru se matérialiser suite à quelques navrants faits divers, ont motivé l'entrée en vigueur d'une nouvelle disposition pénale réprimant l'outrage au drapeau ou à l'hymne national. Cf. notre étude, « Du respect des symboles de la République imposé par la loi », *Communication - commerce électronique*, mai 2003, chron. 13, p. 16.

pris soin de préciser, de façon solennelle, que l'ordre constitutionnel « repose sur une conception de l'homme en tant qu'être spirituel et moral investi de la liberté de s'autodéterminer et de se développer. Cette liberté au sens de la Loi fondamentale n'est pas celle d'un individu isolé et individualiste, mais plutôt celle d'une personne liée à la communauté et tenue envers celle-ci ». En conséquence, la Cour rappelle le nécessaire équilibre qui doit être assuré entre la protection de l'individu et la préservation de l'ensemble de la communauté : « Tout individu doit admettre les entraves à sa liberté d'action que le législateur estime nécessaire dans l'intérêt de la vie sociale de la communauté ; l'autonomie de l'individu doit toutefois être préservée »⁸⁵. Cette vision imprègne certainement la doctrine et la jurisprudence de la grande majorité des pays européens. Elle permet également d'expliquer une différence d'approche entre les États-Unis et l'Europe lorsqu'il s'agit de réprimer la propagande haineuse ou les opinions liberticides, domaine qu'il paraît essentiel de présenter brièvement dans la mesure où il suscite de fortes controverses dans le cadre de la société de l'information.

2° Une tolérance variable à l'égard des opinions « intolérantes »

36. – S'il est communément admis aux États-Unis que toute approche absolutiste de la liberté d'expression est impossible – dans toute société bien gouvernée, le législateur a le droit et le devoir d'interdire certaines formes de discours – la Cour suprême considère que ce n'est certainement pas le cas lorsque les pouvoirs publics cherchent à limiter le droit de certains individus à s'exprimer parce qu'ils cherchent à exposer un point de vue qui n'est pas communément accepté. En effet, le Premier amendement « ne se limite pas à l'expression d'idées qui sont conventionnelles ou partagées par une majorité. Il protège la défense de l'opinion faisant valoir que l'adultère peut être quelquefois légitime, pas moins que la défense du socialisme ou de la taxe unique. Et, dans le domaine des idées, il protège l'expression éloquente pas moins que celle qui n'est pas convaincante »⁸⁶.

Selon la conception américaine, la majorité ne pourrait exiger, en effet, la loyauté de la minorité si celle-ci n'avait pas une chance d'influencer les autres, et de devenir un jour la majorité. C'est à ce titre également que le libre exercice du droit à la liberté d'expression peut être défendu car il assure la stabilité de la société, en permettant à la minorité d'exprimer ses désaccords et frustrations par rapport aux choix faits par la majorité sans que celle-ci soit encline à utiliser des moyens violents pour parvenir à ses fins. La liberté d'expression est, dès lors, le mécanisme essentiel pour maintenir la balance entre la stabilité et le changement, en fournissant à la société un cadre dans lequel les conflits nécessaires au progrès de la société peuvent prendre place sans détruire la société. La jurisprudence américaine traduit, en conséquence, une exigence de

⁸⁵ *Lebenslange Freiheitsstrafe*, BVerfGE 45, 187, pp. 227-228.

⁸⁶ *Kingsley Int. Pictures Corp. v. Regents of the University*, 360 U.S. 684 (1959), p. 689.

tolérance à l'égard des opinions qui n'ont pas l'assentiment de la majorité puisque selon elle, un régime démocratique se doit d'être une société « ouverte », ouverte à toutes les opinions mêmes si celles-ci sont impopulaires ou encore « minoritaires »⁸⁷, plus facilement qualifiées d'« extrémistes » en Europe.

37. – La Cour européenne des droits de l'homme, fidèle à sa philosophie libérale, a également souligné que, dans une société démocratique, il convient de tolérer les opinions qui « heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁸⁸. La Cour constitutionnelle allemande penche, sans conteste, dans le même sens puisqu'elle considère que la défense de toutes les opinions est au cœur de la liberté d'expression. Dans une fameuse décision, elle a rappelé que la liberté d'exprimer des opinions peu populaires mérite d'autant plus la protection du pouvoir judiciaire car la majorité est naturellement encline à donner force aux opinions dominantes⁸⁹. Il n'y a plus toutefois de consensus dès lors qu'il est question de réprimer les opinions non plus « minoritaires » mais « intolérantes ».

38. – L'exigence américaine d'une stricte neutralité de la part de l'État a pour conséquence paradoxale que, dans la sphère publique, les valeurs de rationalité, de respect et de tolérance, elles-mêmes fondatrices d'un système démocratique pluraliste, peuvent ne pas être respectées afin de permettre l'expression d'opinions différentes sur les valeurs que devrait défendre un tel système et sur les règles qui devraient présider à la vie en société⁹⁰. Cette logique a le plus de force quand les pouvoirs publics cherchent à interdire l'expression d'opinions qui peuvent contredire les valeurs fondatrices d'un système démocratique pluraliste⁹¹. Ce libéralisme s'explique avant tout par une spécificité américaine précédemment analysée, une croyance dans les mécanismes du libre marché des idées et parallèlement, un manque de confiance envers la capacité de l'Etat à déterminer la vérité ou les limites du débat politique ou social. Il s'agit d'éviter qu'une communauté utilise l'autorité de l'État afin de confiner la liberté d'expression à l'intérieur des limites qu'elle-même définit. Il est intéressant de noter, à ce titre, que la Cour suprême refuse l'application d'un standard de « dignité » ou qu'un discours soit puni en raison de son caractère « choquant », notions jugées intrinsèquement connectées aux normes particulières d'une communauté spécifique.

39. – A l'inverse de la pratique américaine, les démocraties européennes estiment que tolérer des opinions « intolérantes » peut amener à un affaiblissement de leurs structures politiques. Même les partisans des solutions plus libérales du Premier amendement, conviennent généralement que la liberté d'expression puisse être tempérée par les notions « de maintien de la société

⁸⁷ K. Greenawalt, « Free speech justifications », 89 *Columb. L. Rev.* 119 (1989), p. 147.

⁸⁸ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, A-24, § 49.

⁸⁹ BVerfGE 93, 1, p. 24.

⁹⁰ Cf. R. Post, « Cultural heterogeneity and law : Pornography, blasphemy, and the First Amendment », 76 *Calif. L. Rev.* 297 (1988), p. 319 et s.

⁹¹ *American Booksellers Association, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), affirmed 475 U.S. 1001 (1986).

démocratique, de limitation des activités des groupes subversifs, ayant pour objectif la destruction de la société »⁹². L'éthique de tolérance n'est donc pas aussi poussée qu'aux Etats-Unis. Ainsi, les propos racistes, « antidémocratiques » ne peuvent se prévaloir de la protection du droit à la liberté d'expression. Une opinion qui qualifie de mensonge le fait historique de l'assassinat de millions de juifs par le régime nazi, peut être sanctionnée puisqu'elle ne repose manifestement pas sur les principes de tolérance et de largeur d'esprit inhérents à une société démocratique⁹³. De même, les propos racistes sont considérés comme constitutifs d'un abus de la liberté d'expression parce qu'ils conduisent à des réactions de rejet, voire de haine ou de violence contre les personnes visées en raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée⁹⁴. Dans la décision *Jersild c/ Danemark*, par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme considère que les déclarations racistes de membres d'un groupuscule d'extrême-droite « étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10 »⁹⁵ et que l'article 17 de la Convention permettait aux autorités danoises de déchoir les « blousons verts » du droit d'invoquer la liberté d'expression. La liberté d'expression ne peut donc servir à permettre des activités qui sont contraires « à la lettre et l'esprit de la Convention » et contribueraient, si elles étaient autorisées, à détruire les droits et libertés énoncés dans la Convention⁹⁶. Une étude plus détaillée de la

⁹² L.-E. Pettiti, « Liberté d'expression et nouvelles technologies de l'audiovisuel », in *Liber Amirocum, Marc-André Eissen*, LGDJ, Paris, 1995, p. 326.

⁹³ ComEDH, 16 juill. 1982, *X. c/ RFA*, D.R. 29, p. 203.

⁹⁴ Relevons, par exemple, en France, que le délit de provocation à la haine raciale, jugée conforme à l'art. 10 de la Convention européenne (Cass. crim. 13 mars 1989, *Bull. crim.* n°118), se suffit à lui-même pour constituer une infraction dès lors que les termes utilisés relèvent indiscutablement d'une idéologie raciste ou xénophobe. L'atteinte à l'ordre public est ainsi automatiquement supposée. La jurisprudence civile a également bien entendu sanctionné l'expression de propos racistes. On convient ainsi généralement que toute tentative de réhabilitation de l'idéologie nazie et des théories racistes qui sont à l'origine de la déportation et de l'anéantissement de millions de juifs, par exemple, entrerait ainsi « sans conteste dans le cadre des « troubles manifestement illicites » que l'article 809 du nouveau Code de procédure civile permet de faire cesser par simple ordonnance de référé », P. Bertin, « Un trouble manifestement illicite : la propagande néo-nazie », *Gaz. Pal.* 1987, doct., p. 473. Enfin, pour mentionner le juge administratif, citons la décision du Conseil d'Etat qui approuve les sanctions prises par le C.S.A. à l'encontre d'un média audiovisuel, par exemple, celle de réduire d'un an son autorisation d'émettre, en raison de la diffusion de propos racistes et antisémites, considérés comme attentatoire à la dignité de la personne humaine (C.E. 9 octobre 1996, *Association « Ici et Maintenant »*, Rec. 401). Rappelons, en dernier lieu, que la jurisprudence veille toutefois à protéger la liberté d'expression. La Cour de cassation a notamment souligné « qu'il est normal que les citoyens débattent des difficultés relatives à l'immigration (...) et puissent exprimer leur opinion, que la seule crainte du racisme ne saurait priver les citoyens de la liberté de pensée et d'expression, dans la mesure où le débat se déroule de bonne foi, et sans but de discrimination », Cass. crim. 17 mai 1994, *Dr. pénal* 1994, n°258, note Véron.

⁹⁵ CEDH 23 sept. 1994, A-298, § 35.

⁹⁶ En ce qui concerne les propos négationnistes, la Commission européenne des droits de l'homme avait déclaré de manière solennelle, qu'ils « vont à l'encontre de valeurs fondamentales de la Convention, telle que l'exprime son Préambule, à savoir la justice et la paix », ComEDH 24 juin 1996, *Marais c/ France*, D.R. 86-A, p. 190.

répression des propos négationnistes pourrait également permettre d'illustrer une approche européenne en complète opposition avec celle des États-Unis⁹⁷.

B. – LE CONTRÔLE DES CONTENUS ILLICITES DIFFUSÉS SUR L'INTERNET

40. – Devant le caractère transnational de l'internet et la volonté apparente de certains individus ou groupes de diffuser depuis des territoires « laxistes », des contenus jugés illicites sur le territoire de réception délibérément visé, la crainte de voir se développer de « paradis numériques » ou « informationnels » s'est faite jour⁹⁸. Pour éviter l'influence indue de la conception américaine de la liberté d'expression ou *a contrario* éviter de légitimer des solutions autoritaires de contrôle de l'internet, seule une solution de type conventionnelle était susceptible d'apporter une solution globale, consensuelle et libérale. Il faut saluer, à cet égard, l'adoption le 23 novembre 2001 de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, et signée notamment par les États-Unis et le Canada. Si la Convention n'est pas encore entrée en vigueur à défaut d'avoir été ratifiée par au moins cinq États dont au moins trois États membres du Conseil de l'Europe⁹⁹, notons qu'en matière d'infractions se rapportant au contenu, la Convention ne traite le cas que de la pornographie infantile (article 9). Faute de consensus en matière de répression des propos racistes et négationnistes avec la délégation américaine, c'est seulement dans un protocole additionnel que cette question est réglée. Cette dernière exception ne doit pas cependant obscurcir selon nous une volonté commune de contrôler la diffusion des contenus préjudiciables et illicites sur l'internet qui peut laisser espérer, à terme, une définition équilibrée et effective de ce que la liberté d'expression doit ou non protéger dans la société de l'information.

1° L'émergence d'un consensus en matière de pornographie infantile

⁹⁷ Cf. notre étude, *La liberté d'expression et sa limitation*, cité *supra* note 1, n° 621 et s.

⁹⁸ M. Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *Juris-Classeur Périodique Éd. générale* 1996, I-3969, n°9. Cf. également TGI Paris, réf., 30 oct. 2001, *J'accuse c/ Société General Communications, Communication - commerce électronique* 2002, comm. 8, note Ch. Le Stanc, le juge des référés évoque « le risque de voir se développer des “paradis de l'internet” ». Notons cependant que la simple possibilité d'accéder à un contenu litigieux diffusé sur l'internet depuis le territoire national suffit, en France, à créer un lien de rattachement suffisant pour affirmer la compétence des juridictions françaises et application de la loi nationale. Avec un tel critère de localisation, le danger est alors que le droit français peut prétendre régenter tous les contenus diffusés sur l'internet ce qui ne va pas sans créer une certaine insécurité juridique pour les auteurs ou éditeurs. Cf. notre étude, « Conflits de lois et compétence internationale des tribunaux français », *Juris-Classeur Communication*, Fasc. 3000, côté 08/2003.

⁹⁹ En date du 1^{er} décembre 2003, seuls trois pays ont ratifié la Convention : l'Albanie, la Croatie et l'Estonie.

41. – Préoccupation croissante de la communauté internationale et des institutions européennes en particulier, la volonté de protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle s'est traduite par l'article 9 de la Convention sur la cybercriminalité. Il vise à restreindre plus efficacement l'usage des systèmes informatiques dans le cadre de la commission d'infractions sexuelles à l'encontre d'enfants. Plus précisément, selon le rapport explicatif de la Convention, cette disposition vise à réprimer la « pédopornographie » (terme qui serait plus adéquat que celui de pédophilie¹⁰⁰) qui trouve à s'échanger via l'internet en incriminant différents aspects de la production, de la possession et de la diffusion de pornographie enfantine¹⁰¹. Le plus délicat était cependant d'offrir une définition de ce qui peut être réprimé sous le vocable de « pornographie enfantine ». Le paragraphe 2 de l'article 9 énonce qu'il faut entendre sous ce vocable « toute matière pornographique représentant de manière visuelle : a. un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ; b. une personne qui apparaît comme un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ; c. des images réalistes représentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite ». L'expression « comportement sexuellement explicite » désigne, selon le rapport explicatif, des comportements obscènes ou violents, réels ou simulés.

42. – Cette dernière définition ne suscite guère de difficultés tout comme la répression de la pornographie enfantine entendue dans son sens a et b. Il est aisé d'admettre que ce type de matériel contribue sans nul doute à appuyer, encourager ou faciliter les infractions sexuelles commises à l'encontre d'enfants. Il n'y a pas à préserver la liberté d'expression des adultes car la pornographie « hard » ou celle qui met en scène des mineurs doit être interdite en toutes circonstances. Elle est, en effet, source directe de préjudice pour ceux qui sont mis en scène et plus généralement, elle viole le principe de respect de la dignité humaine. La juridiction a priori la plus soucieuse de la liberté d'expression, la Cour suprême américaine, n'a pas manqué de souligner sans ambiguïtés que la possession et la présentation de pornographie enfantine pouvaient, sans conteste, être interdites sans que le Premier amendement y fasse obstacle¹⁰². Elle avait auparavant également admis la constitutionnalité d'une loi interdisant à toute personne de promouvoir, en connaissance de cause, toute représentation sexuelle d'un mineur de moins de seize ans¹⁰³.

¹⁰⁰ Cf. la Communication de la Commission, *La lutte contre la traite des êtres humains et relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie*, COM (2000) 854 final.

¹⁰¹ Selon l'article 9.1 : « Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, les comportements suivants lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit : a. la production de pornographie enfantine en vue de sa diffusion par le biais d'un système informatique ; b. l'offre ou la mise à disposition de pornographie enfantine par le biais d'un système informatique ; c. la diffusion ou la transmission de pornographie enfantine par le biais d'un système informatique ; d. le fait de se procurer ou de procurer à autrui de la pornographie enfantine par le biais d'un système informatique ; e. la possession de pornographie enfantine dans un système informatique ou un moyen de stockage de données informatiques.

¹⁰² *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990).

¹⁰³ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

Le point c de l'article 9 paraît cependant contraire à la jurisprudence récente de la Cour suprême. Rappelons qu'une majorité de la Cour suprême a récemment considéré que le *Child Pornography Prevention Act* réprimait de manière inadéquate la pédopornographie « virtuelle » en ce que les images qui n'étaient ni obscènes, ni issues de l'exploitation d'enfants « réels », étaient susceptibles d'être réprimées¹⁰⁴. Si cette interprétation peut être contestée dans la mesure où il paraît aisé d'admettre l'existence d'un lien de causalité entre les images de pédophilie créées par ordinateur et les abus perpétrés sur les mineurs, relevons simplement ici que les Parties pouvant formuler des réserves au sujet du paragraphe 1.d) et e) et du paragraphe 2.b) et c), il conviendra donc de s'attacher à l'examen de l'instrument de ratification déposé par les États-Unis.

43. – Nonobstant ce point particulier, il convient de relever le souci commun de protéger les mineurs d'une exploitation sexuelle dans le cadre d'ailleurs d'une même philosophie non-contraignante pour les fournisseurs de service internet¹⁰⁵. De manière plus problématique en ce qui concerne le droit à la liberté d'expression, il faut également relever une volonté marquée de les protéger des contenus qui pourraient s'avérer préjudiciable à leur épanouissement physique, mental ou moral. Pour ce faire, la Déclaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de la communication sur l'Internet n'exclut d'ailleurs pas l'installation de filtres pour la protection des mineurs, notamment dans des endroits accessibles aux mineurs tels que les écoles ou les bibliothèques, ce que le législateur fédéral américain n'a manqué de faire sans susciter – surprise considérable – la censure de la Cour suprême¹⁰⁶.

En définitive, il faut donc noter que la volonté de protéger les mineurs constitue aujourd'hui un facteur susceptible de conduire à une harmonisation des approches américaine et européenne de la liberté d'expression dans la société de l'information. Ce constat reste cependant malheureusement exclu dans le domaine des contenus « haineux ».

2° La résistance américaine à l'incrimination de la diffusion de propagande raciste

44. – Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 7 novembre 2002 un *Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité sur l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques*. En effet, il s'était avéré impossible de convaincre la délégation américaine d'inclure dans le titre 3 de la Convention, outre la pornographie infantile, la diffusion de propagande raciste par le biais de systèmes informatiques. Le protocole additionnel propose notamment d'ériger en infractions pénales la diffusion ou la mise à disposition du public par le biais d'un système informatique, de matériel raciste et

¹⁰⁴ *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, n°00-795 (2002).

¹⁰⁵ Cf. la Décision du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'internet, n° 276/1999/CE, JOCE n° L 138/1 ; *Communication - commerce électronique* 2001, comm. 12, obs. A. Lepage.

¹⁰⁶ Cf. *supra* note 20.

xénophobe¹⁰⁷ ou encore de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité¹⁰⁸.

45. – Rappelons brièvement que la Cour suprême accepte de tolérer les idées racistes, négationnistes ou antidémocratiques, puisqu'elle estime que la garantie de la liberté d'expression sert à protéger, de manière ultime, le droit de toutes les minorités d'exprimer leurs opinions, aussi impopulaires qu'elles puissent être. C'est ainsi, par exemple, que l'on argue que les individus de religion juive devraient tolérer les opinions nazies afin d'éviter le cercle vicieux de la répression, afin d'éviter que la perception de la « vérité » ou de « l'intérêt public » de la majorité puisse se faire, un jour, à leurs dépens. La décision *R.A.V. v. Saint Paul* illustre la persistance de cette conception particulière de la tolérance. La Cour suprême y prend soin de souligner que toute réglementation visant à sanctionner les expressions à connotation raciste est, en fait, une menace à la liberté future des minorités¹⁰⁹. En contraste, les tribunaux, en Europe, n'estiment guère nécessaire de protéger des communications qui peuvent s'opposer avec virulence aux valeurs démocratiques afin de protéger contre des restrictions hypothétiques, une expression plus compatible avec ces valeurs. De manière plus réaliste peut-être, les tribunaux ne sont pas très réceptifs à l'égard de l'argument faisant valoir que les idées jugées « extrémistes » doivent être tolérées car elles doivent avoir l'opportunité de démontrer leur valeur sur le marché des idées. La conception dominante fait plutôt valoir que « la libre diffusion des pensées et des opinions,

¹⁰⁷ Selon l'article 3 : « 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants: la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public par le biais d'un système informatique, de matériel raciste et xénophobe.

2. Une Partie peut se réserver le droit de ne pas imposer de responsabilité pénale aux conduites prévues au paragraphe 1 du présent article lorsque le matériel tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, préconise, encourage ou incite à une discrimination qui n'est pas associée à la haine ou à la violence, à condition que d'autres recours efficaces soient disponibles.

3. Sans préjudice du paragraphe 2 du présent article, une Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer le paragraphe 1 aux cas de discrimination pour lesquels elle ne peut pas prévoir, à la lumière des principes établis dans son ordre juridique interne concernant la liberté d'expression, les recours efficaces prévus au paragraphe 2. »

¹⁰⁸ Selon l'article 6 : « 1. Chaque Partie adopte les mesures législatives qui se révèlent nécessaires pour ériger en infractions pénales, dans son droit interne, lorsqu'ils sont commis intentionnellement et sans droit, les comportements suivants : la diffusion ou les autres formes de mise à disposition du public, par le biais d'un système informatique, de matériel qui nie, minimise de manière grossière, approuve ou justifie des actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international établi par l'accord de Londres du 8 avril 1945 ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie.

2. Une Partie peut : *a.* soit prévoir que la négation ou la minimisation grossière, prévues au paragraphe 1 du présent article, soient commises avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments ; *b.* soit se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1 du présent article. »

¹⁰⁹ 505 U.S. 377 (1992), pp. 395-396.

comme toutes les autres libertés, perd sa qualité dès lors qu'elle est mise au service des idéologies qui, refusant à certains membres de la société « la jouissance de leurs droits », nuisent à autrui. Les proscrire, dès lors qu'on ne refuse pas à ceux qui les diffusent les garanties qu'appelle le respect de toute personne, c'est rester dans la ligne de la Déclaration de 1789 »¹¹⁰.

46. – Une synthèse est-elle alors possible dans le cadre de la société de l'information ? Sans vouloir condamner une vision américaine pleine d'une belle confiance en la raison individuelle¹¹¹, il convient de permettre aux sociétés européennes de défendre une conception plus soucieuse de la protection des victimes, au vu d'une histoire qui incite en outre à plus de précautions à l'égard des opinions liberticides. A défaut pour les autorités des États-Unis de reconsidérer leur position à l'égard de la propagande raciste et négationniste au regard du Premier amendement, il convient au minimum que les autorités américaines acceptent l'idée qu'il est légitime de faciliter la lutte contre ce type de contenu dès lors que c'est un autre territoire qui est visé par le site internet litigieux¹¹². L'acceptation de la notion d'« hébergement abusif » pourrait être une solution satisfaisante à défaut d'une harmonisation matérielle des règles. Il s'agit d'autoriser ainsi la sanction de tout site, non animé par un citoyen ou résident américain, qui cherche à tirer parti du régime plus permissif autorisé par le Premier amendement en se domiciliaut aux États-Unis. Une telle solution permettrait d'organiser au mieux la coexistence de conceptions différentes de la liberté d'expression dans la société de l'information.

47. – Dans le domaine de la propagande raciste cependant, on ne saurait arguer de l'absence d'une conception mondiale des limites qu'il convient de poser à la liberté d'expression. Remarquons, tout d'abord, qu'il existe déjà une conception « universelle » de la liberté d'expression¹¹³. L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre, en effet, le droit à la liberté d'opinion et d'expression :

¹¹⁰ J. Rivero, « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », *Revue Européenne de Droit Public*, été 1990, p. 14.

¹¹¹ Citons, par exemple, ce fameux passage écrit par le juge Brandeis dans la décision *Whitney v. California* : « La crainte d'un préjudice sérieux ne peut justifier seule la suppression de la libre parole et du droit de réunion. Les hommes ont craint les sorcières et brûlé des femmes. C'est la fonction de la parole que de libérer les hommes de l'esclavage des peurs irrationnelles. (...) Ceux qui ont gagné notre indépendance par la révolution n'étaient pas des lâches. Ils ne craignaient pas le changement politique. Ils n'exaltaient pas l'ordre au prix de la liberté. S'il y a suffisamment de temps d'exposer par la discussion les mensonges et les faux raisonnements, d'éviter le mal par le processus de l'éducation, le remède à appliquer est plus de discours, non d'imposer le silence. Seule l'urgence peut justifier la répression. Ceci doit être la règle si l'autorité doit être réconciliée avec la liberté », 274 U.S. 357 (1927), pp. 376-377.

¹¹² La logique suivie en matière de protection des données personnelles peut servir d'inspiration. En effet, la question du transfert des données personnelles vers des pays n'assurant pas un niveau de protection adéquat a été réglée par l'adoption du *safe harbour* avec les entreprises des États-Unis. Celles-ci se sont engagés à respecter les règles européennes quand elles connaissent des données relatifs aux citoyens européens. Cf. J. Frayssinet, « Le transfert et la protection des données personnelles en provenance de l'Union européenne vers les États-Unis : l'accord dit « sphère de sécurité » (ou *safe harbour*) », *Communication - commerce électronique* mars 2001, p. 10 et s.

¹¹³ Cf. C. Hiscock-Lageot, « La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'homme de 1948 », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2000, p. 234.

« Tout individu a le droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen que ce soit. »

La communauté des États s'est cependant accordée pour poser certaines limites à ce droit. Ainsi selon l'article 20 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies et entré en vigueur le 23 mars 1976 :

« 1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi. »

Les États-Unis ont certes émis une réserve lors de la ratification de ce pacte en soulignant que l'article 20 ne saurait exiger d'eux *« qu'ils adoptent des lois ou autres mesures de nature à restreindre la liberté d'expression et d'association protégée par la Constitution et les lois des États-Unis. »* Toutefois, s'il s'agit d'assurer au mieux une « gouvernance mondiale » de la société de l'information, il convient pour les États-Unis de ne pas faire obstacle à l'incrimination de contenus qui suscitent une réprobation quasi-universelle.

48. – La protection indue accordée par le Premier amendement à des résidents étrangers ne pourrait que servir de paravent légitimant aux micro-États qui, dans d'autres domaines et sous couvert de respect de leur souveraineté, jouent le rôle de plate-formes à partir desquels toutes sortes d'activités visant des territoires où elles sont illégales, peuvent être légalement exercés. Saluons, en tout état de cause, le travail du Conseil de l'Europe qui illustre parfaitement et légitimement la volonté de rechercher un « pluralisme ordonné »¹¹⁴ dans le contexte d'un monde globalisé. L'internet mettant de manière formidable les ordres juridiques en concurrence, le développement ordonné de la société de l'information nous paraît passer impérativement par un rapprochement des systèmes juridiques via l'établissement de « règles communes minimales ». Que soit prolifique la synthèse que nous décelons en matière de liberté d'expression dans le cadre de la société de l'information, à savoir des modalités libérales de régulation du réseau se mêlant à un volontarisme conservateur en matière de régulation de contenus, reste une question qu'il conviendra d'analyser plus amplement.

¹¹⁴ Cf. M. Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.