



Présente :

**L'Internet et le droit international privé :
un mariage boiteux ?**

A propos des affaires Yahoo ! et Gutnick

Par

Bertel De Groote
Université de Gand

avec la collaboration de
Jean-François Derroitte
Avocat au barreau de Liège

Date de mise en ligne : 26 décembre 2003

L'Internet et le droit international privé: un mariage boiteux ?

À propos des affaires Yahoo! et Gutnick

Bertel DE GROOTE¹

avec la collaboration de Jean-François DERROITTE²

Introduction

1. Le réseau mondial Internet jouera sans doute un rôle important dans l'économie globalisée du XXI^e siècle. Chaque entreprise se rend compte des atouts des technologies de communication toujours en évolution. La force en est surprenante. La multiplication et l'importance des contacts et contrats transfrontaliers devient de plus en plus une évidence. Malheureusement cette médaille a aussi un revers. Sans en être conscient, l'entrepreneur qui veut profiter des avantages commerciaux d'Internet, risque de s'empêtrer dans une réalité juridique complexe. Il sera ainsi confronté à des questions préalables de souveraineté. Les utilisateurs de ce réseau mondial sont donc amenés à s'interroger notamment quant à savoir:

- quels juges, ou plus précisément à quel ordre judiciaire appartiendront les juges qui pourront prendre connaissance des litiges concernant le contenu qu'ils hébergent par exemple sur leurs sites web;
- de quel(s) ordre(s) juridique(s) ces sites doivent-ils respecter les règles de droit matériel qui permettront en outre de les juger;

- quelle sera la valeur d'une décision relative au contenu d'un site, de l'information publiée sur le web rendue par le juge d'un pays différent de celui dans lequel l'exécution du jugement devra être intervenir.

Par conséquent les questions de compétence internationale (1), de conflits de lois (2) ainsi que de reconnaissance et d'exécution des jugements (3) méritent un examen attentif.

2. Raisonnons simplement et logiquement. L'information accessible au public du réseau « Internet », disponible de n'importe quel coin du monde, permet d'envisager un grand nombre de « points de rattachements » à divers ordres juridiques. En théorie, chacun des ordres juridiques avec lequel une connexion est créée lors de la consultation d'un site Internet peut revendiquer l'exercice de sa souveraineté. Afin d'éviter un chaos, où règneraient des conflits (positifs) de souveraineté, les Etats ont fixé dans leur droit international privé les contacts qu'ils estiment être suffisamment déterminants pour justifier l'application de leurs règles juridiques.

1. Université de Gand.

2. Avocat au barreau de Liège.

3. Les caractéristiques d'Internet soulignent l'importance des questions précitées. Elles font appel à l'aptitude du droit international privé à gérer le trafic transfrontalier incité par les réseaux électroniques. Le citoyen, confronté aux effets « internationaux » de l'usage d'Internet, dont il est souvent peu conscient, risque de se perdre dans un labyrinthe juridique. La complexité, conséquence de l'extranéité d'Internet, ne lui permet guère de prévoir le cadre législatif auquel il doit conformer son comportement sur le web.

Selon les critiques, le mariage entre l'Internet et le droit international privé est boiteux, puisque celui qui envisage l'usage d'Internet verra son comportement confronté à toutes les législations du monde et doit se préparer à se défendre en justice n'importe où. Un entrepreneur qui veut user du web pour faire connaître son entreprise ou qui a l'intention d'installer un réseau de distribution sera contraint de procéder à des investissements majeurs en matière de conseil juridique. A quoi bon alors l'Internet?

Analyse critique des relations entre l'Internet et le droit international privé

4. Qu'en est-il de ce spectre ? Réfléchissons-y à la lumière d'une décision récente de la Cour supérieure d'Australie dans l'affaire *Gutnick*³ et des enseignements de l'affaire *Yahoo!*, une affaire médiatique qui s'inscrit dans le débat.

Dans un esprit critique la décision *Gutnick* pourrait être placée dans le prolongement de l'affaire *Yahoo!*, appellation courante d'une série de décisions françaises déjà vivement débattues et dont la dernière date du 20 novembre 2000. Il semblerait que la High Court of Australia ait définitivement mis un terme à une possible coexistence entre l'Internet et le droit international privé. Pour assurer sa via-

bilité, l'Internet aurait par conséquent besoin d'une approche nouvelle par le droit international privé soucieuse des spécificités d'Internet. Raison de plus pour tenter une approche plus nuancée et constructive, prenant acte des premières réactions – souvent négatives – sur cette jurisprudence.

Cette contribution propose, humblement, quelques idées.

1. Yahoo!

a. Le jugement

5. Tout d'abord, remémorons-nous l'affaire *Yahoo!*⁴ *Yahoo! Inc.* est un

3. *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick*, [2002] HCA 56 (10 december 2002), <http://www.worldlii.org/cgi-worldlii/disp.pl/au/cases/cth/high%5fct/2002/56.html?query=%7e+gutnick> (20 décembre 2002).

Pour un commentaire récent: A. VAN HOEK, « Australia's High Court upholds local (private law) jurisdiction in case of defamation over the Internet », *International Enforcement Law Reporter*, 2003, 167-170. Sur la problématique, voy. aussi B. DE GROOTE, « Onrechtmatige daad en Internet - Een rechtsvergelijkende analyse van art. 5, sub 3 EEX-Verordening en de Amerikaanse bevoegdheidsregeling aan de hand van het internet » (tekst van de inleidende uitzetting op de verdediging van het gelijknamige doctoraal proefschrift aan de Universiteit Gent, Faculteit rechtsgeleerdheid), 24 janvier 2003, 15 p., ainsi que B. DE GROOTE, « Onrechtmatige daad en Internet - Een rechtsvergelijkende analyse van art. 5, sub 3 EEX-Verordening en de Amerikaanse bevoegdheidsregeling aan de hand van het internet » (doctoraal proefschrift, onder leiding van prof. dr. R., de Corte, verdedigd aan de Universiteit Gent, Faculteit rechtsgeleerdheid), 24 janvier 2003, 441 p. Le lecteur peut se renseigner sur ces documents, ou trouvera de plus amples références, auprès d'un des auteurs (Bertel.DeGroot@UGent.be).

4. Y., POULLET, « L'affaire *Yahoo! Inc.* ou la revanche du droit sur la technologie », *Revue Ubiquité*, 2001/9, pp. 81-86.

prestataire de services d'Internet américain très connu. La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (L.I.C.R.A.) et l'Union des étudiants juifs de France (U.E.J.F.), plus tard soutenues par le Mouvement contre le racisme et l'antisémitisme et pour la paix (M.R.A.P.), assignent Yahoo! en justice devant le tribunal de grande instance de Paris. Sur le site de vente aux enchères de Yahoo! (« Auction »), accessible en France par le site Yahoo.com, des memorabilia du nazisme sont mis en vente. En plus, Geocities, un service de Yahoo!, héberge des sites sur lesquels des extraits de Mein Kampf sont mis à la disposition du public.

6. Par jugement du 22 mai 2000 le juge français ordonne à Yahoo! Inc. de prendre les mesures requises afin de déconseiller au public, et même de rendre impossible, la consultation des sites nazis, absolument inacceptables du point de vue de l'ordre juridique français. Cette décision donne lieu à une discussion relative aux mesures qu'il s'impose dès lors de prendre pour respecter cette exigence.

Plus tard, lors de l'audience du 24 juillet 2000, Yahoo! Inc. se défend en soulignant qu'il est techniquement impossible d'atteindre aux exigences prescrites par le juge Gomez. Bien qu'un collège d'experts, nommé par le tribunal, souscrive à cette thèse ou se montre du moins sceptique concernant l'existence d'un filtrage technique parfait, le tribunal de grande instance de Paris confirme sa décision de mai 2000 par décision du 20 novembre 2000.

7. Précisément, l'inefficacité des mesures techniques ou plus exactement l'inexistence de mesures techniques totalement efficace, contribue à l'importance juridique de l'affaire Yahoo!.

Par conséquent, Yahoo! se trouverait dans une impasse. L'Internet rend la souveraineté française « sur-effective » ou « sous-effective ». Illustrons-le.

Si Yahoo! Inc. a l'intention de se conformer au jugement du tribunal de grande instance, l'intermédiaire se voit obligé de rendre inaccessibles les sites contestés et ce d'où que provienne la contestation et que l'on souhaite consulter l'information. Le contenu n'est pourtant pas nécessairement illégitime partout. Pensons in casu aux Etats-Unis où le contenu d'un site est protégé par le premier amendement à la Constitution, garantissant la liberté d'expression. En fait, l'ordre juridique le plus sévère servirait de norme minimale à respecter pour les sites hébergés sous le portail de Yahoo!. Il s'ensuivrait que le pouvoir technique d'Internet serait tout à fait contre-productif. A la suite des enjeux juridiques, le médium entraverait la communication au lieu de la stimuler.

8. Il est évident que la décision doit toutefois être lue et comprise en fonction de la place du nazisme dans la mémoire collective européenne. La sensibilité du contenu n'a pas permis un réel examen et une analyse totalement neutre par le juge Gomez des arguments de Yahoo! Inc.

Néanmoins, la décision aura des conséquences dans des domaines où l'illégitimité de l'information distillée par l'Internet est moins frappante et symbolique. On peut par exemple songer aux pratiques de commerce, aux infractions aux droits intellectuels,...

Le caractère illégitime de l'information – du point de vue de l'un ou de l'autre ordre juridique – étant souvent moins flagrant, l'utilisation d'Internet peut s'avérer dangereuse. Ce constat vaut surtout pour les intermédiaires tel Yahoo! Inc.

Quiconque fait usage du réseau mondial pour communiquer des informations au public doit, selon l'enseignement de la jurisprudence Yahoo!, les examiner à la lumière de tous les ordres juridiques au sein desquels ces informations sont accessibles. Cela implique une étude à l'échelle mondiale et risque de jeter un froid certain même chez les plus enthousiastes des partisans de l'utilisation d'Internet et de ses atouts socio-économiques.

9. En raison du risque de divergence entre les opinions des différents ordres juridiques sur ce qui est admissible ou ne l'est pas, le trafic transfrontalier sur l'Internet comprend bon nombre de pièges. Dans l'affaire Yahoo! ces différences se trouvent illustrées par le fait qu'un tribunal californien refuse par contre l'exécution forcée du jugement du tribunal de grande instance de Paris. En Amérique, il fut considéré que la réaction française face à la publication de contenus nazis sur le web se heurte à l'ordre public américain et plus précisément au principe de liberté d'expression reconnu dans le premier amendement à la Constitution américaine.

Les débats agités autour de l'affaire Yahoo!, à l'origine desquels on trouve les différences nationales dans l'appréciation de l'information publiée on-line, doivent surtout nous montrer l'importance de la définition des limites déterminant l'Etat souverain d'un point de vue juridique. Quels sont, autrement dit, les points de rattachement requis et surtout, quel est le poids qu'ils représentent? Yahoo! a ouvert un débat loin d'être épuisé.

b. Yahoo! sous l'angle de l'article 5, 3, du règlement Bruxelles I

10. Le point focal des critiques de l'affaire Yahoo! est le fait que la décision prononcée par le juge Gomez rattaché la souveraineté française, et en particulier la compétence internationale d'un juge français, à l'accessibilité par des internautes français à des enchères portant sur un thème et des articles « interdits » en France. De cette considération découlerait l'existence d'une faute et d'un dommage, en France à tout le moins. Par conséquent le tribunal de grande instance de Paris s'estime compétent, sur la base de l'article 46 du nouveau Code de procédure civile, pour juger les demandes de l'U.E.J.F., de la L.I.C.R.A. et du M.R.A.P.

Il s'agit d'une approche assez classique, également appliquée à l'encontre de la diffusion d'information par le biais d'autres moyens (plus classiques) de communication. Pensons, en ce qui concerne la compétence internationale à l'interprétation que la Cour de justice des Communautés européennes a donnée de l'article 5, 3 de la Convention de Bruxelles (comp. art. 5, 3, du règlement Bruxelles I) dans l'affaire Shevill du 7 mars 1995⁵. La Cour a alors interprété l'article 5, 3 de manière telle que la compétence internationale d'un tribunal en matière extracontractuelle dépend du lieu de l'édition de la publication contestée et du lieu de la diffusion. Ces tribunaux étant respectivement liés à l'acte dommageable et au dommage qui en est la conséquence directe. Le juge du lieu de diffusion n'est dès lors plus compétent pour connaître des effets consécutifs à la diffusion dans son propre pays.

5. C.J.C.E, 7 mars 1995, C-68/93, *Shevill e.a. c. Presse Alliance, Rec.*, 1995, p. I-415 ; <http://europa.eu.int/cj/fr/transitpage.htm> (20 juin 2003).

11. Pourquoi alors contester l'application d'une logique analogue dans l'affaire Yahoo! ?⁶

Tout d'abord, l'application de la logique de l'affaire Shevill est compliquée par le fait que le contenu contesté dans l'affaire Yahoo! ne vise pas spécifiquement un des requérants avec pour corollaire une localisation du dommage nullement évidente à effectuer.

12. Un fait plus frappant est que la Cour de justice des Communautés européennes accepte la compétence des tribunaux britanniques bien que la diffusion dont il s'agit soit plutôt minime. La logique sous-jacente consiste à présumer l'effectivité du contrôle d'une diffusion par les voies de communication classiques. Une telle maîtrise de la diffusion serait par contre absente dans le contexte électronique d'Internet... où des diffusions minimales mais néanmoins dommageables échapperaient au contrôle du prestataire de services.

L'argument présente certes des mérites. Néanmoins, il y a lieu d'avoir égard au fait que le contrôle au niveau des moyens de communications n'est pas sans faille non plus. Pensons par exemple à la télévision par satellite. De plus, le manque de contrôle ou l'inefficacité de celui-ci ne peut conduire à nier la réalité de l'effet que peut produire pour une partie de la population mondiale la publication de certaines informations. D'ailleurs, il n'est pas exclu que des évolutions futures nous montrent que le réseau mondial est géographiquement plus délimitable que d'aucuns voudraient bien nous le faire croire. Les rapports d'experts recueillis par le tribunal de grande instance de Paris font clairement apparaître que

des fautes existent mais que la marge dans laquelle elles se situent peut diminuer. Il en va de même pour les conséquences négatives des techniques de contrôle géographique sur la vitesse et la qualité de la prestation de services électroniques.

Il faut en plus toujours se rendre compte du fait que si quelqu'un se sert d'Internet, il le fait en pleine conscience du caractère global du réseau. Le plus souvent, il s'agira de la raison même de son choix.

13. Quoi qu'il en soit, l'affaire Yahoo! est la base d'un débat : ne faut-il finalement pas envisager de nouveaux points de rattachement de la compétence d'un ordre juridique dans le cadre des problèmes liés à l'usage d'Internet ? Il serait peu souhaitable que, faute d'harmonisation du droit matériel à la suite de différences socio-économiques et culturelles de sociétés diverses reflétées dans les ordres juridiques, l'information mondialement accessible sur Internet puisse être soumise à l'examen des règles de n'importe quel ordre juridique... aux législations et aux tribunaux d'Albanie ou du Zimbabwe. Voilà en résumé les critiques de l'affaire Yahoo!.

c. Yahoo! ou la négation de la signification de la destination du contenu

14. Afin de diminuer les risques juridiques, et d'éviter les effets secondaires défavorables de la puissance du réseau, la suggestion pourrait être de prendre en considération la destination du site... si et pour autant qu'elle puisse être déduite du contenu de l'informa-

6. A. VAN HOEK, « Australia's High Court upholds local (private law) jurisdiction in case of defamation over the Internet », *International Enforcement Law Reporter*, 2003, mentionne dans sa note 9 une décision similaire, en matière pénale, de la cour de cassation italienne. Une traduction anglaise de l'arrêt du 27 décembre 2000 (n° 4741) peut être consultée à l'adresse : <http://www.cdt.org/speech/international/001227/italiandecision.pdf> (20 juin 2003).

tion ou de la façon dont elle est présentée.

15. De telles considérations auraient évité au tribunal de grande instance de Paris une bonne part des critiques. Selon l'avocat de Yahoo! Inc. et pour les prestataires de services électroniques en général, le juge a perdu de vue que le site aux enchères était rédigé en anglais et utilisait le dollar comme unité monétaire. D'ailleurs, on n'y vendait que des objets de petite valeur. Une livraison en France n'était par conséquent pas envisageable. En bref, la défense de Yahoo! Inc. consiste à affirmer que seul un Français qui se serait égaré sur le web aurait pu se retrouver sur le site contesté dédié au nazisme.

L'argument, selon lequel il s'agit d'un site purement local, est attractif. Mais ne perd-il pas de vue quelques détails considérables? La question se pose de savoir si les caractéristiques des sites contestés ne pouvaient pas être qualifiées d'argument en faveur de la portée mondiale de l'information. Est-ce stupide de croire que des sites (aux enchères) dédiés au nazisme pourraient intéresser un public européen, c'est-à-dire un public français? Des Français qui veulent échapper à l'ordre juridique français utiliseront Geocities où des sites nazis sont hébergés. Quand bien même le siège social de Yahoo! Inc. serait-il implanté aux Etats-Unis, il est clair que l'entreprise vise le marché français. Selon le tribunal de grande instance de Paris des messages publicitaires en français sont activés dès qu'une machine avec un numéro IP, attribué en France, prend contact avec un serveur de Yahoo!. Yahoo! Inc. feint d'ignorer, au moins partiellement, l'argument en affirmant ne disposer d'aucun contrôle de l'origine de ses

visiteurs. Qui plus est, ces services ne sont pas expressément destinés à la France et l'usage que l'on y fait ne peut lui être reproché. Yahoo! ne peut pourtant véritablement et raisonnablement être surpris.

16. En plus, il faut examiner si ce ne sont pas surtout les effets des sites – Yahoo! – qui doivent être distingués de l'accessibilité au site pour décider si oui ou non l'exercice de la souveraineté française peut raisonnablement surprendre Yahoo!.

d. Yahoo! et Stanley K. Young

17. Cependant, on ne peut nier que la jurisprudence Yahoo! ne s'inscrit pas dans une logique qui lie la compétence (juridique) à l'intention claire de focaliser sur un public français les informations mises en ligne. Une autre décision récente (du 13 décembre 2002), rendue de l'autre côté de l'Atlantique par la Court of Appeals for the Fourth Circuit dans l'affaire Stanley K. Young v. New Haven Advocate⁷ illustre notre propos.

Dans cette affaire, deux éditeurs de journaux (c'est-à-dire le New Haven Advocate et le Hartford Courant), dont le siège est établi dans l'Etat du Connecticut avaient publié sur Internet des articles concernant la politique de l'Etat du Connecticut consistant à héberger ses détenus dans des institutions dans l'Etat de Virginie. Un geôlier, Warden Young, de Virginie s'estime insulté par l'article qui aurait suggéré l'existence de comportements racistes envers les prisonniers afro-américains et hispaniques et l'encouragement d'un traitement abusif des prisonniers. Il entame donc une procédure contre lesdits journaux et quelques-uns de leurs collabo-

7. A consulter via le site web du Centre for Democracy and Technology (www.cdt.org/speech) à l'URL suivante : <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/012340.P.pdf> (20 juin 2003).

rateurs. La Court of Appeals est d'avis qu'il n'existe pas de base en faveur de la compétence des tribunaux de Virginie contre les défendeurs du Connecticut, puisque « they did not manifest an intent to aim their websites or the posted articles at a Virginia audience »⁸.

18. La Court of Appeals examina les journaux contestés "manifest, through the Internet postings, an intent to target and focus on Virginia readers" ainsi que les sites contestés en général et le contenu des articles condamnés par Young. In casu, la Court of Appeals for the Fourth Circuit est d'opinion que les conditions requises ne sont pas remplies.

La Cour conclut alors comme suit :

« We therefore turn to the pages from the newspapers' website that Warden Young placed in the record, and we examine their general thrust and content. The overall content of both websites is decidedly local, and neither website contains advertisements aimed at a Virginia audience. For example, the website that distributes the *Courant*, *ctnow.com*, provides access to local (Connecticut) weather and traffic information and links to websites for the University of Connecticut and Connecticut State government. The *Advocate's* website features stories focusing on New Haven, such as one entitled "The Best of New Haven". In sum, it appears that these newspapers maintain their websites to serve local readers in Connecticut, to expand the reach of their papers within their local markets, and to provide their local markets

with a place for classified ads. The websites are not designed to attract or serve a Virginia audience.

We also examine the specific articles Young complains about to determine whether they were posted on the Internet with the intent to target a Virginia audience. The articles included discussions about the allegedly harsh conditions at the Wallens Ridge prison, where Young was warden. One article mentioned Young by name and quoted a Connecticut State senator who reported that Young had Confederate Civil War memorabilia in his office. The focus of the articles, however, was the Connecticut prisoner transfer policy and its impact on the transferred prisoners and their families back home in Connecticut. The articles reported on and encouraged a public debate in Connecticut about whether the transfer policy was sound or practical for that State and its citizens. Connecticut, not Virginia, was the focal point of the articles⁹.

The facts in this case establish that the newspapers' websites, as well as the articles in question, were aimed at a Connecticut audience. The newspapers did not post materials on the Internet with the manifest intent of targeting Virginia readers. Accordingly, the newspapers could not have "reasonably anticipated[d] being haled into court [in Virginia] to answer for the truth of the statements made in their article[s]"¹⁰. In sum, the newspapers do not have sufficient Internet contacts with Virginia to permit the district court to exercise specific jurisdiction over them ».

8. Comparez: *ALS Scan, Inc. v. Digital Service Consultants, Inc.*, 293 F.3d 707 (4th. Cir. 2002).

9. La Court of Appeals fait référence à l'affaire *Griffis v. Luban*, 646 N.W.2d 527, 536 (Minn. 2002), et en particulier à la considération suivante : « The mere fact that [the defendant, who posted allegedly defamatory statements about the plaintiff on the Internet] knew that [the plaintiff] resided and worked in Alabama is not sufficient to extend personal jurisdiction over [the defendant] in Alabama, because that knowledge does not demonstrate targeting of Alabama as the focal point of the...statements ».

10. La Court of Appeals rappelle ici à l'arrêt de la Supreme Court dans l'affaire *Calder v. Jones*, 465 US 783, 790 (1984).

19. Alors que nous avons apporté des tempéraments aux critiques relatives au choix opéré par le juge Gomez de ne pas prendre en compte la « destination » de l'information diffusée via Internet sur base de laquelle il aurait en effet pu (dû) refuser de reconnaître la compétence du tribunal de grande instance de Paris, la décision américaine analysée ci-dessus offre une approche tout à fait différente de celle retenue en Europe. L'application des règles d'un ordre juridique européen, par exemple en ce qui concerne la détermination de la compétence internationale, est, au moins en matière quasi délictuelle, fondée sur la localisation (présumée) des effets dommageables du contenu diffusé via Internet. La destination de l'information déduite des caractéristiques d'un site et de son contenu n'est pas pour autant, dans l'état actuel du droit, prise en compte.

Cette approche consistant à prendre en considération tant les intérêts de la victime que de l'ordre juridique où les effets dommageables se sont produits – sans que ce pays soit pour autant visé – n'est pas nécessairement sans intérêt. Néanmoins, Internet nous place face à une interrogation : une telle approche peut-elle garantir que l'exercice de la compétence judiciaire ou, en général, l'exercice de la souveraineté sera raisonnable et loyal ? Il s'agit de deux mots clés provenant du droit américain. En droit américain « reasonableness » et « fairness » sont deux critères inhérents à la reconnaissance, au fondement de la compétence judiciaire. Il faut envisager la nécessité de pouvoir conclure à l'inexistence de points de rattachements suffisants si la

compétence judiciaire qui en découlerait serait manifestement inacceptable, tant du point de vue du défendeur que de point de vue des autres Etats avec lesquels l'affaire présente des points de rattachement. Bien que la destination de l'information sur Internet ne nous semble pas être le critère unique et primordial dans ce jugement qui doit surtout prendre en considération les effets du comportement contesté, il est clair qu'il s'agit d'une considération qui pourra sûrement être prise en compte, surtout dès le moment où les autres critères de rattachement à un quelconque ordre judiciaire sont tenus¹¹.

2. Gutnick

a. Présentation du litige

20. Bien que la décision Gutnick analysée ci-dessous n'accorde pas expressément une valeur déterminante à la destination que le content provider a voulu donner au contenu à l'origine du litige, le critère de rattachement nous semble plus aisément conciliable avec la jurisprudence américaine de l'affaire récente *Young v. New Haven*. Comme l'analyse le démontrera, on pourrait soutenir que l'article contesté, publié sur le site de Dow Jones, peut – entre autres – implicitement causer des effets dommageables en Australie (« targetting »).

21. La décision de la High Court of Australia du 10 décembre 2002 dans l'affaire *Dow Jones & Company Inc. v Gutnick*, une des premières décisions d'une Cour supérieure relative aux aspects transfrontaliers de la responsa-

11. Pour les détails, voy. B. DE GROOTE, « Onrechtmatige daad en Internet - Een rechtsvergelijkende analyse van art. 5, sub 3 EEX-Verordening en de Amerikaanse bevoegdheidsregeling aan de hand van het internet », tekst van de inleidende uiteenzetting op de verdediging van het gelijknamige doctoraal proefschrift aan de Universiteit Gent, Faculteit rechtsgeleerdheid, 24 janvier 2003, 15 p., ainsi que B. DE GROOTE, « Onrechtmatige daad en Internet - Een rechtsvergelijkende analyse van art. 5, sub 3 EEX-Verordening en de Amerikaanse bevoegdheidsregeling aan de hand van het internet », doctoraal proefschrift, onder leiding van prof. dr. R. DE CORTE, verdedigd aan de Universiteit Gent, Faculteit rechtsgeleerdheid, 24 janvier 2003, pp. 314 et s.

bilité civile de Internet content providers a, elle aussi, été placée sous les feux de la rampe. Les critiques à son égard se situent dans la lignée de la jurisprudence Yahoo!: elle constitue aussi un vrai danger pour le développement d'Internet comme vecteur de communication. Est-ce la vérité ou une effroyable erreur ? De ce point de vue, une assimilation totale entre les affaires Yahoo! et Gutnick ne se justifie pas.

22. Pour commencer, précisons le nœud du problème. Dans l'affaire Gutnick, la compétence de la Supreme Court of Victoria est contestée sur la base du mécanisme du forum non conveniens. Dow Jones est d'avis que, bien que le Rule 7.01 des General Civil Procedure Rules de 1996 du Supreme Court of Victoria fonde la compétence du tribunal de Victoria, celle-ci serait toutefois inacceptable en fonction des données concrètes du litige... parce que non convenient. Selon cette règle de compétence, le rattachement créé par l'acte dommageable ou le dommage qui en est la conséquence peut suffire. La Rule 7.01 stipule sous (1) que :

« Originating process may be served out of Australia without order of the Court where ...

(i) the proceeding is founded on a tort committed within Victoria

(j) the proceeding is brought in respect of damage suffered wholly or partly in Victoria and caused by a tortious act or omission wherever occurring ».

Selon Dow Jones, il se justifie qu'une cour australienne ne puisse connaître du litige dès lors que le magistrat australien serait forcé de faire application du droit américain. Victoria serait « a clearly inappropriate forum for the trial of the proceeding » puisque le droit applicable est déterminé par le lieu de commission du délit. La High

Court of Australia rappelle l'affaire Renault en soulignant que « in trying an action for tort in which the parties or the events have some connection with a jurisdiction outside Australia, the choice of law rule to be applied is that matters of substance are governed by the law of the place of commission of the tort »¹².

23. L'affaire Gutnick illustre qu'en matière d'Internet, l'interprétation de cette règle abouti à s'interroger quant à la localisation de la publication contestée.

Concrétisons la question d'interprétation à l'aide des faits soumis à la High Court of Australia dans l'affaire récente – du 10 décembre 2002 – Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick. La question semble un point de départ intéressant pour quelques observations concernant la détermination du locus delicti du point de vue d'un site web. Bien que sensu stricto faites à l'occasion de l'interprétation d'une règle de conflit, les observations seront également valables pour la délimitation de la portée géographique d'autres formes d'exercice de souveraineté.

Un résumé des faits permettra de comprendre la décision et de nuancer les critiques quant à la prise en considération, par exemple, de la situation géographique de l'individu pour lequel les actes illégitimes sur Internet constituent une violation des intérêts. Le récit des faits donne à penser qu'Internet s'étendant à l'échelle mondiale, bouscule le droit international privé. En effet, bien que les protocoles qui servent de base au réseau global ne tiennent pas compte des éléments territoriaux, le gestionnaire d'un site doit se rendre compte qu'il est en principe mondialement accessible. Souvent, ainsi que nous l'avons relevé ci-dessus,

12. Régie Nationale des Usines Renault s.a. v. Zhang, [2002] 76 A.L.J.R. 551.

c'est précisément ce qui détermine le choix de ce médium. Il s'ensuit que le comportement auquel l'Internet sert de base fera naître d'autant plus de points de rattachements territoriaux. Ne pourrait-on pas craindre que Dow Jones perde de vue ces arguments et « mythologise » le fantôme de la compétence mondiale ? Par le biais de l'accessibilité globale des informations sur le réseau Internet, elle contraindrait de rendre le contenu concerné conforme à tous les ordres juridiques du monde. Pour autant que la décision mette en balance l'option soit d'une base plutôt étroite ou d'une base assez large en vue de la détermination de « l'État souverain », elle ne constituera pas alors forcément une menace quant à l'usage d'Internet comme moyen de communication.

24. Entamons l'analyse: Dow Jones & Company Inc. est l'éditeur du Wall Street Journal et du magazine Barron's. Dow Jones gère aussi un site d'actualité, WSJ.com. Après inscription, il est possible d'accéder à la partie payante du site. Une autre partie de WSJ.com est accessible gratuitement. L'information publiée sur WSJ.com inclut Barron's Online, soit la réplique on line de l'édition « papier » Barron's. L'édition du 28 octobre 2000 de Barron's Online publie l'article « Unholy Gains » lequel fait mention de Joseph Gutnick. Ce dernier considère que l'article le présente sous un faux jour. Sur la base de cette diffamation présumée, il entame une procédure en vue de l'obtention de dommages et intérêts à Victoria (Australie). C'est en effet là qu'il réside et que se situe l'établissement général de ses entreprises. Bien qu'il fasse aussi commerce hors de l'Australie – par exemple aux États-Unis – et qu'il contribue à des projets caritatifs en Amérique et Israël, le point focal d'une partie majeure de sa vie économique et sociale se situe à Victoria.

b. La décision de la Supreme Court of Australia

25. La Supreme Court of Victoria est d'avis que l'information hébergée sur le site WSJ.com est publiée à Victoria (Australie) au motif que : « when downloaded by Dow Jones subscribers who had met Dow Jones's payment and performance conditions and by the use of their passwords ». Il est utile de souligner ici que les consultations « abusives » ne peuvent, selon Dow Jones, être qualifiées de publication australienne.

L'argument de Dow Jones & Company Inc. selon lequel la publication de l'article litigieux dans Barron's Online se situe en Amérique et plus spécifiquement au New Jersey où se trouvent les serveurs utilisés par Dow Jones n'est, pour la Cour, pas décisif.

26. En droit australien il semble que l'on accentue plutôt le fait que le message publié y est téléchargé. Car c'est ce téléchargement qui a porté préjudice à la réputation de Joseph Gutnick en Australie. Par conséquent, l'ordre judiciaire australien s'estime compétent pour ordonner la réparation de l'atteinte à la réputation de Gutnick.

27. La décision est attaquée devant la High Court of Australia. Durant cette procédure, les différentes parties au litige ont développé des arguments semblables à ceux élaborés en première instance. Ils forcent à se pencher sur la nécessité d'une approche nouvelle et adéquate – du point de vue des prestataires de services électroniques (et surtout le content provider), de la victime et de la détermination de l'ordre judiciaire compétent – de l'ampleur éventuelle d'une publication sur Internet. La force intrinsèque de ce nouveau moyen de communica-

tion peut donner une autre dimension aux déclarations sur Joseph Gutnick que de simples commérages entre voisins.

c. La High Court of Australia et la localisation du serveur

28. Dow Jones, attaquant la décision de la Supreme Court of Victoria, persiste à souligner le rôle central, au moins en principe, de la localisation des serveurs. Le magazine contesté, *Barron's*, y est accessible pour téléchargement. Ce facteur permettrait le rattachement aux Etats-Unis et en particulier au New South Brunswick.

A l'appui de son argumentation, Dow Jones souligne le rôle purement passif du content provider. C'est l'utilisateur final, à la fin de la chaîne de communication, qui cherche et « ramasse » l'information à l'aide de son browser, qui lui permet l'exploration du World Wide Web.

Sur ce point, l'Internet se distingue des médias (de masse) classiques, comme les journaux, la radio ou la télévision. Dans ces derniers cas, l'éditeur joue un rôle actif dans la distribution. En outre, les éditeurs auraient un contrôle plus effectif sur la dispersion géographique du contenu distribué.

29. Concernant le rôle du provider, il est intéressant de comparer l'argument de Dow Jones à l'opinion du Justice Callinan. Le juge refuse d'assimiler Dow Jones à un bibliothécaire qui ne fait que placer des livres dans des étagères et n'a pas d'autre engagement concernant leur contenu. Il ne s'agit pas, selon les considérants 192-194 de l'arrêt de la High Court of Australia, d'un innocent « subordinate distributor ».

30. En plus, même si le contenu litigieux n'est pas poussé dans un ordre juridique spécifique, l'ubiquité est un atout d'Internet. Les effets qui en résultent ne peuvent dès lors pas être niés. Au-delà des remarques quant au peu de contrôle sur la localisation des effets, il est utile d'être précis sur l'ubiquité des effets et sur l'impossibilité de les localiser. Ces caractéristiques seraient à l'origine du danger d'une mondialisation de la souveraineté.

Le considérant 184 de l'arrêt de la High Court of Australia est parlant :

« ...The most important event so far as defamation is concerned is the infliction of the damage, and that occurs at the place (or the places) where the defamation is comprehended. Statements made on the Internet are neither more nor less "localized" than statements made in any other media or by other processes. Newspapers have always been circulated in many places. The reach of radio and television is limited only by the capacity of the technology to transmit and hear or view them, which already, and for many years, has extended beyond any one country. In any event, a "publisher", whether on the Internet or otherwise, will be likely to sustain only nominal, or no damages at all for publication of defamatory matter in a jurisdiction in which a person defamed neither lives, has any interests, nor in which he or she has no reputation to vindicate. Furthermore, it may that an action inadvisably brought in such a jurisdiction might be met by a finding that the jurisdiction is not a convenient or appropriate forum ».

31. Bien que l'opinion du Justice Gaudron – il s'agit des considérants 156-167 – soit nettement plus réser-

vé¹³, la portée globale d'Internet ne bouleverse pas, à son estime, le droit international privé. La puissance inédite d'Internet ne nécessite pas a priori un traitement juridique nouveau et différent.

d. La localisation fortuite ou opportuniste des serveurs

32. La High Court of Australia ne suit donc pas les arguments de Dow Jones pour qui, sauf dans l'hypothèse où le choix de la localisation des serveurs serait purement opportuniste ou fortuit (« merely adventitious or opportunistic »), la localisation de la machine qui héberge le contenu serait déterminante.

Le prestataire (c'est-à-dire le content provider) qui joue dans ce cas, selon Dow Jones, un rôle passif ne devrait tenir compte que d'un ordre juridique contrairement à l'internaute qui cherche de manière active de l'information au moyen de son browser. Cette protection de l'éditeur ne serait pas requise dans un contexte classique où la dispersion exige un rôle plus actif de l'éditeur.

33. A juste titre la High Court se pose la question de savoir s'il ne s'agirait pas d'un faux argument trop inspiré, trop proche, des spécificités techniques d'Internet. Il ne faut pas perdre de vue que l'éditeur met le contenu à la disposition du public sur le réseau mondial pour qu'il soit consulté, c'est son seul but. D'ailleurs, la communication entre le site et le browser est, tout comme sur le plan technique, interactive. La communication est clairement bidirectionnelle.

34. Une autre question surgit immédiatement : quel est le serveur dont la situation sera déterminante si le contenu est, sous l'autorité du content provider, mis à disposition du public à partir de machines installées dans différents pays ? Et quid des serveurs qui disposent, à la demande du prestataire originaire, d'une « copie cache » ? Sera-t-il déterminant de savoir quel serveur a précisément répondu à la requête particulière à l'origine du litige ou s'agira-t-il dans ce cas d'une localisation fortuite ? D'ailleurs, si l'on devait décider dans ce cas de prendre en compte chaque serveur concerné, l'avantage de l'unité du traitement juridique serait vain. Et, enfin, quelle serait dans ce cas la pertinence de la locali-

13. Sous le titre « The outcome: a result contrary to intuition », Justice Gaudron nuance les menaces d'une approche classique d'Internet, dont il ne dénie pas le caractère révolutionnaire. En plus, il souligne l'importance d'un équilibre entre le droit à la liberté de parole et le droit à la protection de la réputation. Il qualifie les deux de droit de l'homme. Cependant il critique l'approche qui garantit l'intervention législative nationale mais prône une discussion globale relative à la répartition de l'exercice de souveraineté et au contenu des normes à appliquer. Gaudron considère que : « The dismissal of the appeal does not represent a wholly satisfactory outcome. Intuition suggests that the remarkable features of the Internet (which is still changing and expanding) make it more than simply another medium of human communication. It is indeed a revolutionary leap in the distribution of information, including about the reputation of individuals. It is a medium that overwhelmingly benefits humanity, advancing as it does the human right of access to information and to free expression. But the human right to protection by law for the reputation and honour of individuals must also be defended to the extent that the law provides. The notion that those who publish defamatory material on the Internet are answerable before the courts of any nation where the damage to reputation has occurred, such as in the jurisdiction where the complaining party resides, presents difficulties: technological, legal and practical. It is true that the law of Australia provides protection against some of those difficulties, which, in appropriate cases, will obviate or diminish the inconvenience of distant liability. Moreover, the spectre of "global" liability should not be exaggerated. Apart from anything else, the costs and practicalities of bringing proceedings against a foreign publisher will usually be a sufficient impediment to discourage even the most intrepid of litigants. Further, in many cases of this kind, where the publisher is said to have no presence or assets in the jurisdiction, it may choose simply to ignore the proceedings. It may save its contest to the courts of its own jurisdiction until an attempt is later made to enforce there the judgement obtained in the foreign trial. It may do this especially if that judgment was secured by the application of laws, the enforcement of which would be regarded as unconstitutional or otherwise offensive to a different legal culture. However, such results are still less than wholly satisfactory. They appear to warrant national legislative attention and to require international discussion in a forum as global as the Internet itself ».

sation des serveurs pour la détermination de l'objet du litige, question qui semble aussi se poser s'il n'y a qu'une machine en cause.

35. Quid d'un prestataire qui installe ses serveurs dans un pays où les coûts d'opération sont inférieurs ou dans le pays qui a créé le climat le plus stimulant (par exemple un pays qui subventionne les activités des prestataires de services électroniques) ? S'agit-il d'un choix purement opportuniste dont il ne sera dès lors pas tenu compte..., va-t-on nier le rattachement si la volonté de fuir vers une oasis juridique est claire et quels sont les critères pour en décider ? Le rattachement est quand même une réalité. On touche peut-être ici la raison pour laquelle Dow Jones reste muet lorsqu'il s'agit de préciser les conditions permettant de conclure à un rattachement opportuniste ou fortuit.

e. La balance des intérêts de la High Court

36. La proposition de Dow Jones semble attirante mais l'alternative du rattachement au lieu de réception risque d'engendrer beaucoup d'insécurité juridique.

Il va de soi que cette solution conviendrait à l'éditeur lequel n'aurait plus, en principe, à prendre en considération qu'un ordre juridique. Rien n'empêchera plus la croissance d'Internet comme forum et le prestataire de services en ligne n'aura qu'à conformer ses offres aux conditions d'un seul ordre juridique.

37. Mais c'est oublier un peu vite les intérêts de ceux qui sont touchés par l'information distribuée, par exemple la victime diffamée, et ce qu'il adviendrait du « marché » touché par l'offre sur Internet. Est-il souhaitable que l'on

puisse faire relever les concurrents et les consommateurs de la compétence des tribunaux d'un pays vis-à-vis duquel l'offre est de facto indifférente ? Quand l'ordre juridique dans lequel est localisé le serveur (lieu d'émission) présente des idées nettement différentes de celle retenues dans l'ordre juridique du pays de réception, la constatation semble d'autant plus importante.

Justice Callinan indique clairement – au considérant 199 – le déséquilibre entre le risque d'une manipulation du rattachement par les prestataires de services électroniques et les intérêts des personnes touchées par un contenu diffusé sur l'Internet.

Il l'exprime comme suit :

« The appellant's submission that publication occurs, or should henceforth held to occur relevantly at one place, the place where the matter is provided, or first published, cannot withstand any reasonable test of certainty or fairness. If it were accepted, publishers would be free to manipulate the uploading and location of data so as to insulate themselves from liability in Australia or elsewhere: for example by using a web server in a "defamation free jurisdiction" or, one in which the defamation law are tilted deucedly toward defendants. Why would publishers, owning duties to their sharholders, to maximise profits, do otherwise. The place of "uploading" to a web server may have little or no relationship with the place where the matter is investigated, compiled or edited. Here, the State where the matter was uploaded was different from the State in which the article was edited. Matter may be stored on more than one web server, and with different web servers in different jurisdictions. Many publications in this country, whether by televi-

sion, radio, newspaper or magazine originate in New South Wales. The result of the adoption of a rule of a single point of publication as submitted by the appellant is that many publications in Victoria, South Australia, Tasmania, Western Australia and Queensland would be governed by the Defamation Act 1974 which provides, in its present form, for a regime by no means commanding general acceptance throughout this country. Choice of law in defamation proceedings in this country raises a relatively simple question of identifying the place of publication as the place of comprehension: a readily ascertainable fact ».

38. Les arguments de Dow Jones font clairement paraître son intérêt – et en général les intérêts des prestataires de services électroniques – de voir les services offerts soumis à l'exercice de souveraineté d'un seul Etat. Une approche nuancée s'impose. Il faut souligner que le soi-disant avantage pour le prestataire est surtout un boni pour le prestataire qui offre ses services à partir d'un pays où la réglementation est « plus accueillante ». Pour un concurrent agissant dans le pays au sein duquel leurs offres s'affrontent et où la réglementation est plus stricte, cet argument est moins avantageux. D'ailleurs, si l'acceptation du rattachement à l'ordre juridique du lieu de destination de la communication (de masse) classique est, en matière extracontractuelle, abandonnée pour l'Internet... une même politique doit être prise en considération pour les médias classiques ; autrement l'on crée une différence de traitement dont la justification semble peu évidente.

f. La clause « marché intérieur », un problème analogue

39. Une analogie à la discussion développée dans l'affaire dont eu à connaître la High Court of Australia peut être trouvée relativement au droit applicable aux questions spécifiques du commerce électronique dans le contexte européen et à la difficulté de s'accorder quant à la signification précise de la clause « marché intérieur ». Y a-t-il une vraie règle de conflits ? Il faut déterminer si l'obligation faite aux Etats membres de veiller à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné est l'équivalent d'une règle de conflit en faveur de la loi du pays d'origine. Dans cette analyse, il faudra prendre en considération l'article 3, 2 qui interdit aux Etats membres de restreindre, pour des raisons relevant du domaine coordonné, la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre.

Si la clause « marché intérieur » semble une règle claire de droit international privé, il sera intéressant de voir comment les travaux européens en vue de la rédaction d'un règlement concernant la détermination du droit applicable en matière des obligations extracontractuelles (le règlement Bruxelles II) évoluera. Si le principe de la localisation des effets du comportement y garde une place prépondérante, la question de l'absence d'harmonie entre les règles de conflit en matière quasi délictuelle au niveau général et au niveau du commerce électronique est inévitable.

40. La matière extracontractuelle, n'est pas exclue de l'article 3 de la

directive. Songeons par exemple à l'organisation de la publicité sur Internet, matière incluse dans le domaine coordonné. Le constat n'est pas sans importance. En plus, la marge dans laquelle on peut déroger au principe du pays d'origine est étroite. Il en résulte que l'évaluation de la clarté de la qualification de la clause « marché intérieur » comme règle de conflit devra prendre en compte le degré dans lequel le domaine coordonné, couvert par l'article 3, est lui aussi harmonisé. La question se pose donc de savoir si la clause « marché intérieur » n'a pas voulu adoucir les difficultés analogues à celles signalées par Dow Jones qui sont la conséquence d'un manque d'harmonisation matérielle dans le domaine coordonné. Ladite harmonisation semble pourtant une nécessité pour le bon fonctionnement de la clause. Une harmonisation réelle pourrait remédier aux conséquences négatives de l'approche qui entraîne une distinction entre l'ordre juridique qui règle un comportement et la localisation des véritables conséquences dudit comportement.

g. L'hégémonie de la *Lex americana*

41. Il est à douter que l'approche, fort profitable pour Dow Jones, prenne suffisamment en considération les autres intérêts concernés notamment illustrés dans l'argumentation de Gutnick. Comme la directive européenne concernant le commerce électronique est dédiée à l'idée de la libre circulation, le point de vue de Dow Jones souligne l'importance d'une liberté d'expression et d'échange d'information.

Par contre, l'individu Gutnick – qui comme les concurrents d'un prestataire de service électronique préfère le prin-

cipe du « pays d'origine » – peut avoir intérêt à sauvegarder sa réputation. Du point de vue desdits prestataires, il peut être intéressant de pouvoir se rattacher à l'ordre juridique du pays où les effets du comportement contesté sont constatés; c'est-à-dire là où l'on relève un dommage à la réputation ou la perturbation des mécanismes du marché détruisant les intérêts de consommateurs et/ou concurrents.

Le droit matériel des différents Etats n'apprécie pas nécessairement de manière identique les comportements sur le réseau. Par conséquent, le choix du rattachement peut avoir une influence considérable quant à leur appréciation finale. L'affaire Gutnick en est une bonne illustration. La nécessité d'un équilibre entre les différents intérêts en cause doit alors être reflétée au niveau du droit international privé. Il ne s'agit pas seulement des intérêts des personnes ou des organisations visées, mais aussi des Etats concernés.

42. Justice Callinan de la High Court of Australia souligne l'importance pratique de ces considérations. Il attire l'attention sur le risque que le rattachement en fonction de la localisation du serveur d'où l'information est censée émaner contribue à une hégémonie culturelle et économique américaine. Déjà actuellement l'Amérique est la source de la majorité des informations qui circulent sur le réseau. La législation américaine, fort tolérante pour les prestataires de services électroniques serait une oasis où nombre de sociétés établiraient leur siège pour bénéficier de ce cadre très souple pour leur communication « virtuelle ». Une concurrence législative pourrait surgir, une spirale négative et un nivellement par le bas menaceraient ensuite l'attention aux intérêts de tous ceux qui sont touchés par les informations mises en ligne et le comportement préjudiciable qui serait

protégé sous le parapluie de la loi du pays d'origine.

Illustrée dans l'affaire Gutnick, on verrait croître la prédominance de la liberté illimitée d'expression. D'autres valeurs, dont les affaires Gutnick et Yahoo! montrent l'importance respectivement dans l'ordre juridique australien et français (c'est-à-dire européen), risquent d'être minimisées. Callinan l'exprime comme suit, dans le considérant 200:

« I agree with the respondent's submission that what the appellant seeks to do, is to impose upon Australian residents for the purposes of this and many other cases, an American legal hegemony in relation to Internet publications. The consequence, if the appellant's submission were to be accepted would be to confer upon one country, and one notably more benevolent to the commercial and other media than this one, an effective domain over the law of defamation, to the financial advantage of publishers in the United States, and the serious disadvantage of the unfortunate enough to be reputation ally damaged outside the United States. A further consequence might be to place commercial publishers in this country at a disadvantage to commercial publishers in the United States ».

Dow Jones & Company Inc. insiste sur l'importance de pouvoir ramener le rattachement (juridique) dans les mains d'un Etat. L'argument est basé sur l'impossibilité technique de démarquer l'accès à l'information distribuée par l'Internet. La High Court of Australia prend les autres intérêts en compte et développe une alternative.

43. La clé de l'approche de la High Court of Australia semble être l'impact du comportement contesté. Les faits de

l'affaire Gutnick illustrent qu'il n'y a de dommage qu'au moment où l'information diffamatoire est lue et comprise. La publication au sens strict, considérée comme un acte unilatéral de l'éditeur, est sans importance. C'est au moment où l'information a trouvé un soi-disant « bouillon de culture » qu'elle est nuisible et par conséquent illégitime. La High Court considère (considérant 26) :

« Harm to reputation is done when a defamatory publication is comprehended by the reader, the listener, or the observer. Until then, no harm is done by it. This being so it would be wrong to treat publication as if it were a unilateral act on the part of the publisher alone. It is not. It is a bilateral act – in which the publishers make it available and a third party has it available for his or her comprehension ».

44. La High Court en conclut que l'opportunité de la détermination de la compétence judiciaire ne doit pas être examinée du point de vue du droit applicable. Ainsi l'argument de Dow Jones tiré de la dissémination étendue de l'information sur Internet ne semble pas convaincant. Dow Jones aurait dû être conscient des risques de l'usage d'Internet sur ce plan. L'importance du réseau (au point de vue de sa dimension) et la difficulté de garder le contrôle de la dissémination sont des éléments que l'on peut et que l'on doit prendre en considération choisissant l'Internet pour offrir ses services ou présenter ses informations. Ces risques ne sont d'ailleurs pas une exclusivité du réseau. Les communications de masse ont déjà mis le droit international privé à l'épreuve. Pour la High Court il est clair (considérant 30) que:

« those who post information on the World Wide Web do so knowing that the information they make available is available to all and sun-

dry without any geographical restriction ».

Ce qui veut dire que le progrès technologique, qui est à la base du choix pour le médium que constitue Internet, le World Wide Web, ne bouleverse pas nécessairement les équilibres traduits jusqu'alors dans le droit international privé.

45. Malgré les « risques » liés à l'usage d'Internet, la High Court of Australia est convaincue que l'approche du droit international privé doit tenir compte du fait qu'une publication implique au moins deux parties: celui qui envoie le contenu et celui qui le reçoit. La publication n'est accomplie qu'au moment de la réception. Il s'ensuit qu'une publication reçue par plusieurs personnes peut engendrer des rattachements pluriels, à différents ordres juridiques. Bien qu'une complexité juridique puisse en être la conséquence, il s'agit d'une réalité indéniable.

La High Court of Australia est d'avis que la publication n'est pas un acte singulier, dont la localisation doit être liée à l'acte de l'éditeur... au sens strict. La High Court considère que:

« It is only if one starts from a premise that the publication of particular words is necessarily a singular event which is to be located by reference only to the conduct of the publisher that it would be right to attach no significance to the territorial connections provided by the several places in which the publication is available for comprehension ».

46. De plus, même cette logique n'évite pas nécessairement une pluralité de points de rattachement: le rédacteur a préparé l'article et l'a envoyé à

une machine à New York, où se situent les bureaux éditoriaux de Dow Jones. Il s'agit pourtant d'une société dont le siège social se situe au Delaware. Dans une phase ultérieure le texte est transmis aux machines hébergeant l'information à South Brunswick.

Il n'y a alors aucun doute que même si la publication est censée être un acte singulier, la détermination d'un rattachement pertinent ne va pas de soi. La High Court le souligne dans le considérant 42 comme suit:

« Many of these territorial connections are irrelevant to the inquiry which the Australian common law choice of law requires by its reference to the law of the place of the tort. In that context, it is defamation's concern with reputation, and the significance to be given to damage (as being the gist of the action) that require rejection of Dow Jones's contention that publication is necessarily a singular event located by reference only to the publisher's conduct. Australian common law choice of law rules do not require locating the place of publication of defamatory material as being necessarily, and only, the place of the publisher's conduct (in this case, being Dow Jones uploading the allegedly defamatory material onto its servers in New Jersey) ».

Face à la tentative d'écartement du « lieu de l'acte » au sens strict, la High Court refuse d'appliquer le « Internet specific single publication rule »¹⁴, que Dow Jones propose¹⁵. La Cour est d'avis que des tentatives visant à généraliser un rattachement unique au lieu « where the tortfeasor acts, or [...] where the last event necessary to make the actor liable has taken place » ont échoué.

14. Voy. F. KUITENBOURWER, « Uitspraak over forumkeuze en Internet », *Computerrecht*, 2003, p. 97.

15. Considérant 43.

47. La High Court situe par contre la diffamation là où le dommage à la réputation est localisé... il s'agit du lieu où il pourra effectivement y avoir atteinte à la réputation et où les publications offensives sont lues et comprises. C'est là que se trouve le véritable centre du litige, c'est-à-dire de la demande en réparation. C'est aussi là que les valeurs sur lesquelles repose l'ordre juridique sont mises en danger, ce qui justifie l'intervention de l'état concerné et donc le rattachement de la cause à ses tribunaux. On peut envisager une approche analogue dans une série d'autres hypothèses dans lesquelles l'information diffusée (par Internet) est à la base d'un dommage. Le dommage est déterminant et non pas le comportement¹⁶. Dès lors que l'on utilise Internet, l'information n'est disponible en forme compréhensible qu'au moment où elle est téléchargée par l'ordinateur de l'utilisateur, qui en prend connaissance... ce qui cause le dommage à la réputation.

48. Bien que la High Court considère que des situations dans lesquelles les caractéristiques du comportement dommageable ont une importance spécifique pour conclure à l'illégitimité, n'est-il pas indispensable, en droit international privé, de tenir compte du fait que précisément les conséquences induisent le sens qu'il convient de donner à ces caractéristiques ?

h. La High Court et le Single publication rule

49. In concreto, l'approche de la High Court of Australia ne risque pas d'engendrer un conflit entre une multitude d'ordres juridiques qui voudraient s'imposer et exercer leur souveraineté. Au cours de la procédure en première instance, Joseph Gutnick a limité sa réclamation à la réparation du dommage à Victoria (Australie), à la suite de la publication de Barron's Online dans cet Etat. Pour la Cour il est par conséquent évident que la procédure est maîtrisée par le droit matériel de l'état de Victoria¹⁷. Le considérant 48 ne laissant pas la place au doute sur ce point:

« The place of commission of the tort for which Mr. Gutnick sues is [...] readily located in as Victoria. That is where the damage to his reputation of which he complains in this action is alleged to have occurred, for it is there that the publications of which he complains were comprehensible by readers. It is his reputation in that State, and only that State, which he seeks to vindicate. It follows, of course, that substantive issues arising in the action would fall to be determined according to the law of Victoria ».

50. La High Court of Australia ne partage pas l'idée de Dow Jones selon laquelle la publication est un événement unique et singulier. Il est alors

16. La Cour supérieure s'exprime en son considérant 44 comme suit: « In defamation, the same considerations that require rejection of locating the tort by reference only to the publisher's conduct, lead to the conclusion that, ordinarily, defamation is to be located at the place where the damage to reputation occurs. Ordinarily that will be where the material that is alleged to be defamatory is available in comprehensible form assuming, of course, that the person defamed has in that place a reputation, which is thereby damaged. It is only when the material is in comprehensible form that the damage to reputation is done and it is damage to reputation, which is the principal focus of defamation, not any quality of the defendant's conduct. In the case of material on the World Wide Web, it is not available in comprehensible form until downloaded on to the computer of a person who has used a web browser to pull the material from the web server. It is where that person downloads the material that the damage to reputation may be done. Ordinarily then, that will be the place where the tort of defamation is committed ».

17. Voy. le considérant 6: « In the course of the proceedings before the primary judge, Mr Gutnick preferred an undertaking to sue in no place other than Victoria in respect of the matters which founded his proceeding. The primary judge recorded in his reasons that Mr Gutnick seeks to have his Victorian reputation vindicated by the courts of the State in which he lives [and that he] is indifferent to the other substantial parts of the article and desires only that the attack on his reputation in Victoria as a money-launderer should be repelled and his reputation re-established ».

compréhensible que la Cour ne souscrive pas à l'application du single publication rule qui, selon Dow Jones, mènerait à l'application du droit américain puisque les serveurs sont installés au South Brunswick.

Dow Jones fait alors référence au droit américain et conclut qu'en ce qui concerne la diffamation, l'usage de moyens de communication de masse, oblige à qualifier l'édition ou l'émission comme une publication singulière. Pourtant, en principe, chaque communication à un tiers est censée être une publication en soi.

Le single publication rule provient du § 577, a, du Restatement of Torts (2d) 1977, qui est adopté par 27 Etats américains. §577 dispose que :

« (1) Except as stated in Subsections (2) and (3), each of several communications to a third person by the same defendant is a separate publication.

(2) A single communication heard at the same time by two or more third persons is a single publication.

(3) Any one edition of a book or newspaper, or any one radio or television broadcast, exhibition of a motion picture or similar aggregate communication is a single publication.

(4) As to any single publication

a. Only one action for damages can be maintained;

b. All damages suffered in all jurisdictions can be recovered in the one action; and

c. A judgment for or against the plaintiff upon the merits of any action for damages bars any other action for damages between the same parties in all jurisdictions ».

51. La Cour est peu enthousiaste à l'égard de l'application du single publication rule proposée par Dow Jones. Tout d'abord le mécanisme oblige à concentrer la réparation de la globalité du dommage d'une publication en une action en justice. La concentration requise n'est dans le § 577 pas expressément liée à la compétence (exclusive ?) de l'Etat de la localisation du serveur ou à l'applicabilité du seul droit matériel de cet Etat. Selon Dow Jones, le single publication rule inspire la procédure de la détermination du juge compétent et de la détermination du droit applicable, dans l'ordre juridique du lieu de publication au sens strict. Le texte fait référence au lieu où celui qui publie a littéralement agit.

52. Il est peu probable que cette localisation procure un rattachement dont la puissance permette d'y accrocher la souveraineté d'un ordre juridique sur tous les aspects de la publication.

Par analogie, on pourrait douter de l'approche de la Cour de justice des Communautés européennes. Dans son interprétation de l'art. 5, 3 du 7 mars 1995 dans l'affaire Shevill¹⁸, la Cour attribue la compétence de l'intégralité de l'affaire au juge du lieu de l'acte. La pertinence de la garantie offerte par ce rattachement pose question. En d'autres termes, ne faudrait-il pas se demander s'il n'était pas envisageable de défendre – s'inspirant indirectement du single publication rule, l'exercice « global » de souveraineté, dans le cas où le dommage créerait un rattachement manifestement très puissant. Ce rattachement permettrait, par analogie à l'adage *accessorium sequitur principale*, à l'ordre juridique correspondant de prendre également connaissance des conséquences « extraterritoriales » d'un comportement jugé ou présumé

18. Voy. note 5.

illégitime. Il est clair qu'une telle « union » des différents aspects géographiques du comportement contesté ne pourrait être envisagée que si elle est indispensable pour opérer un rattachement raisonnable à un ordre juridique vis-à-vis de toutes les parties concernées. Les caractéristiques du litige doivent écarter le moindre doute quant à la nécessité ou l'opportunité de recourir à une approche globale. N'oublions pas que contrairement à cette suggestion, dans le même arrêt Shevill, la Cour de justice a limité la compétence du juge du lieu du dommage au dommage « local ».

53. Quoiqu'il en soit, la High Court of Australia ne fait pas application du single publication rule. Selon la Cour, le mécanisme ne doit pas être utilisé en vue de la détermination du droit applicable. Il a plutôt pour but d'éviter une multitude de procédures qui engendrent le risque de contrariétés et qui peuvent être vexatoires pour les/une (des) partie(s). La Cour s'exprime à ce sujet dans le considérant 35:

« For present purposes, what it is important to notice is that what began as a term describing a rule that all causes of action for widely circulated defamation should be litigated in one trial, and that each publication need not to be separately pleaded and proved, came to be understood as affecting, even determining, the choice of law to be applied in deciding the action. To reason in that way confuses two sep-

arate questions: one about how to prevent multiplicity of suits and vexation of parties, and the other about what law must be applied to determine substantive questions arising in an action in which there are foreign elements ».

Selon la High Court of Australia, le common law est plutôt favorable à la concentration des litiges entre parties en une action qu'à des procédures successives. La Cour supérieure souligne en même temps que c'est la base de concepts tel que *res judicata* et (*issue or Anshun*) *estoppel*¹⁹. Mais la Cour souligne que ces principes n'impliquent pas qu'un lieu unique de publication doit être identifié dans chaque litige en diffamation, peu importe en effet l'importance de la diffusion des informations diffamatoires. Pour la High Court of Australia il est clair que les correctifs mentionnés n'ont pas d'influence directe sur les questions relatives à la détermination du juge compétent ou à la détermination de la loi applicable²⁰.

54. L'approche de la Cour semble saine. Elle peut inspirer l'interprétation de l'article 5, 3 du règlement Bruxelles I ou du principe du *lex loci delicti commissi* en matière de conflit de lois. La Cour de justice des Communautés européennes restreint par contre la compétence des tribunaux des pays membres où se situe le dommage au « dommage national ». Dans des situations où le dommage dans un des pays concernés est manifestement prépondérant on

19. Pour des éclaircissements, voy. les références dans le considérant 36 de l'arrêt *Gutnick* et les notes y relatives. Sur l'argument du *single publication rule* dans l'arrêt, voy. également : A. VAN HOEK, « Australia's High Court upholds local (private law) jurisdiction in case of defamation over the Internet », *International Enforcement Law Reporter*, 2003, 167-170.

20. La High Court le précise comme suit (considérant 36): « ... Effect can be given to that policy by the application of well-established principles about preclusion, including principles of *Anshun estoppel*. Conversely, where a plaintiff brings one action, account can properly be taken of the fact that there have been publications outside the jurisdiction and it would be open to the defendant to raise, and rely on, any benefit it may seek to say flows from applicable foreign law. If some of the publications of which complaint is or could be made are publications that have occurred outside Australia, or if action has been instituted outside Australia in respect of publications made in this country, or overseas, there is no evident reason why the questions thus presented are not to be answered according to the established principles just mentioned. The application of these principles, however, says nothing about questions of jurisdiction or choice of law ».

pourrait pourtant envisager de soumettre le litige, relatif à la globalité du dommage, à l'ordre juridique du lieu du dommage qui représente un rattachement majeur. Ce rattachement doit être tellement pertinent qu'il entraîne des effets « extraterritoriaux » dans

l'exercice de la souveraineté de l'état où ce rattachement se concrétise. Bien que la publication soit dans ce cas traité comme un seul événement, l'analogie n'implique pas l'assimilation avec le single publication rule.

En guise de conclusion

55. Les affaires Yahoo! et Dow Jones incitent à prendre conscience des frictions entre l'Internet et le droit international privé au sens large. Néanmoins on peut se demander si les critiques des décisions ne sont pas aveuglés par le « potentiel » du médium. La force du réseau ne peut pas nous suborner à être pathétique vis-à-vis des menaces des technologies de communication pour l'efficacité d'une approche classique en droit international privé.

56. L'accessibilité ne peut pas être assimilée à l'accès. En plus, l'accès des données contestées n'implique pas nécessairement un dommage. Il n'y a de dommage que là où la prise de connaissance d'information a un impact manifeste, dans le cas de Gutnick dans l'Etat de Victoria où il est connu et réputé.

57. N'oublions pas que dans les deux décisions commentées le juge a dû faire un exercice d'équilibre très délicat. Dans le premier cas, vu les intérêts des victimes ou les valeurs de l'état récepteur fortement accentuées. Il semble, par contre, manquer d'attention pour la valeur d'Internet comme un forum d'échange d'information. A cet égard n'oublions pas dans le cas de l'affaire Yahoo! la sensibilité au nazisme. Elle a peut-être diminué le seuil pris en compte par le tribunal de grande instance pour prendre connaissance du litige.

De ce point de vue les craintes d'une introduction de la *lex americana* est fort compréhensible. Dès lors qu'une harmonisation n'est, en raison d'une multitude de valeurs différentes, ni envisageable ni souhaitable, un nivellement juridique par le biais d'une espèce de « home country rule » n'est, malgré le coût des affrontements d'ordres juridiques, pas la meilleure solution.

58. Nuançons d'ailleurs les problèmes du droit international privé. Nous avons tout d'abord signalé que l'accessibilité d'Internet n'est pas la même chose que la localisation d'effets dommageables suite à des informations distribuées via le web. En plus, si une exécution forcée s'avère nécessaire dans le pays d'où l'information provient, il n'est pas du tout exclu que l'exercice de souveraineté française/australienne (de l'Etat récepteur) ne restera pas, à la suite des différences entre les valeurs des Etats concernés, sans suite possible en Amérique.

59. Selon les décisions commentées, ceux qui feront usage du réseau devront s'attendre à un possible rattachement à tous les ordres juridiques du monde. Les diversités qui les caractérisent augmentant les risques liés à l'usage du réseau. La pertinence des difficultés de s'assurer de la conformité de l'information distribuée sur Internet avec les valeurs d'une multitude d'Etats

est soulignée par l'existence d'un régime « libéral » de responsabilité des prestataires de services intermédiaires.

Mais n'oublions pas l'éventualité d'une performance croissante des moyens permettant de « territorialiser » l'usage d'Internet. Qui plus est, l'utilisateur d'Internet connaît l'étendue mondiale du web. D'ailleurs il ne peut, peut-être, survenir guère de dommages auxquels la victime ne devrait s'attendre. Dans les affaires commentées, il n'est pas exclu que l'information était implicitement destinée à la France (Yahoo!) ou l'Australie (Dow Jones). Le rattachement n'est d'ailleurs ni négligeable ni fortuit. L'éditeur de Barron's savait par exemple fort bien où Gutnick travaillait et vivait. La localisation du dommage n'a par conséquent pas pu le surprendre.

60. En tout cas, les affaires Yahoo! et Gutnick ont démontré l'importance du rattachement engendré par le dommage. Il se trouve à l'origine du litige et complète l'acte dommageable. La destination de l'information mise à disposition des internautes ne peut pas être décisive. Des effets, même ceux qui n'étaient pas envisagés, représentent une réalité indéniable.

Ceci dit, la localisation de l'effet ne doit pas automatiquement mener à l'exercice de la souveraineté de l'Etat où cet effet est localisé. Si le résultat en était surprenant pour une des parties concernées²¹, le rattachement est trop faible pour garantir une raisonnable division de compétence entre états.

Des défauts manifestes doivent être corrigés. Du point de vue de l'article 5, 3, du règlement Bruxelles I, cette observation touche surtout le lien entre le dommage, la compétence judiciaire ainsi que la restriction de l'exercice de compétence au dommage local²².

61. Quoiqu'il en soit, le soin apporté à définir la délimitation de la souveraineté nationale n'est pas uniquement requis en matière d'Internet. Les problèmes dévoilés touchent chaque situation où il y a une pluralité de points de rattachement. Les affaires Gutnick et Yahoo! ne sont ni les premières ni les dernières à explorer les limites du fonctionnement du droit international privé. Au contraire, elles illustrent que les remèdes du droit international privé ne sont pas totalement déséquilibrés.

21. Songeons par exemple au *content provider* qui a fait des efforts sérieux, du point de vue technique ou du point de vue du contenu de l'information publiée et de sa présentation, dans le but d'éviter des effets dommageables dans l'Etat dont l'exercice de souveraineté est l'enjeu.

22. D'un point de vue analogue, il est bon de souligner que Gutnick n'a pas compliqué le jugement du comportement de Dow Jones & Company Inc. Il a limité sa plainte aux conséquences de la publication dans l'Etat de Victoria (Australie).