



23.1.2004

DAJ

Original: anglais

Prise de position de l'UER
à l'égard de la proposition de règlement sur la loi applicable
aux obligations non contractuelles ("Rome II") *

RESUME	2
1. Liberté d'expression et des médias: les préoccupations des radiodiffuseurs	4
1.1 Enoncé du problème.....	4
1.2 Compétence judiciaire internationale: le règlement de Bruxelles	7
1.3 Loi applicable: de règles nationales de "conflit de lois" à un futur règlement Rome II	8
2. Droits de la personnalité et protection de la vie privée dans le secteur des médias: importantes améliorations requises.....	9
2.1 Application de la règle générale (article 3 §1).....	9
2.2 Clause de sauvegarde spécifique pour la liberté d'expression et des médias (article 6 §1) ...	10
<i>Proposition de l'UER</i>	11
2.3 Droit de réponse et mesures équivalentes (article 6 §2)	12
<i>Proposition de l'UER</i>	13
2.4 Exclusion des dommages et intérêts non compensatoires et notamment des dommages punitifs (article 24)	14
3. Droits de propriété intellectuelle: clarification requise pour éviter toute confusion.....	14
<i>Proposition de l'UER</i>	15

*Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") du 22 juillet 2003, COM (2003) 427 final, présentée par la Commission.

RESUME

Seul le principe du pays d'origine peut garantir la liberté d'expression et la liberté des médias.

Une désignation claire de la loi applicable, en particulier dans les cas transfrontaliers de diffamation, d'atteinte à la vie privée et autres litiges portant sur le contenu, a une importance capitale pour les radiodiffuseurs et les médias en général, dans leur rôle de garants de la liberté d'expression.

La radiodiffusion a toujours eu un aspect transfrontalier car les faisceaux hertziens ne s'arrêtent pas aux frontières. Dans la réalité d'aujourd'hui, la réception transfrontière des programmes de radio et de télévision par câble, satellite voire depuis peu par l'Internet est un phénomène de plus en plus répandu en Europe, contribuant à la libre circulation des informations.

L'application de la règle générale (article 3 §1) du règlement "Rome II" que propose la Commission pourrait conduire à l'applicabilité simultanée de nombreuses lois étrangères dans des litiges transfrontaliers impliquant des médias. Dans le cas des transmissions par satellite, par exemple, cela pourrait se traduire par l'application des lois de tous les pays situés dans l'empreinte du satellite. La diffusion en continu sur l'Internet ("streaming") permet de recevoir les services dans le monde entier. Or dans le domaine de la protection de la vie privée et des droits de la personnalité, les lois diffèrent beaucoup d'un Etat membre à l'autre dans l'Union européenne. Les différences sont encore plus accusées si l'on prend en compte les pays extra-européens où il n'existe pas d'équivalent à la Cour européenne des Droits de l'Homme pour faire respecter la liberté d'expression.

Il peut arriver qu'une publication ou une émission soit carrément bloquée ou qu'une rediffusion en soit empêchée parce qu'une seule loi nationale est différente de celle du pays où est établi l'éditeur ou le radiodiffuseur. L'application d'une loi étrangère peut aussi permettre des demandes de compensation financière même si le contenu d'une publication ou émission est parfaitement licite dans le pays où l'éditeur ou le radiodiffuseur a sa résidence habituelle.

Il est clair que les journalistes et les réalisateurs de programmes doivent connaître et respecter les lois pertinentes du pays où ils travaillent mais on ne peut exiger d'eux une connaissance de l'ensemble des lois de tous les pays où le programme peut être reçu. Sinon ils travailleraient en permanence dans un total flou juridique, ce qui aurait sur eux un effet dissuasif, réduirait leur marge de manoeuvre pour diffuser des programmes d'information sur des sujets sensibles et prêtant à controverse, avec pour conséquence une *limitation de la liberté d'expression et des médias*.

Pour se prémunir contre d'éventuels problèmes, les radiodiffuseurs seraient également enclins à chercher des moyens de restreindre la réception transfrontalière de leurs émissions (diffusées en clair) en recourant notamment au cryptage, ce qui *réduirait l'accès des citoyens aux informations*. Une telle situation *nuirait en outre au fonctionnement du marché intérieur* dont la directive "Télévision sans frontières" et la directive sur le satellite/câble jettent les bases en ce qui concerne la radiodiffusion. Les deux directives sont conçues pour faciliter la radiodiffusion transfrontalière et cet objectif est réalisé en appliquant le principe du pays d'origine dans les secteurs respectifs couverts par ces directives.

En ce qui concerne les différends transfrontaliers impliquant des médias, la règle générale énoncée dans l'article 3 §1 doit donc être remplacée par une règle spécifique. En conséquence, ce que propose principalement l'UER est de modifier l'article 6 de la proposition de règlement - dont le paragraphe 2 retient déjà l'option du pays d'origine dans le cas du droit de réponse - selon le libellé suivant:

Article 6 - Atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité

- "1. Sans préjudice de l'article 3, paragraphe 3, la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte portée à la vie privée ou aux droits de la personnalité par une émission ou une publication est celle du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur a sa résidence habituelle. ~~est celle du for lorsque l'application de la loi désignée par l'article 3 serait contraire aux principes fondamentaux du for en matière de liberté d'expression et d'information.~~
2. La loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes, ainsi qu'à toute mesure préventive ou action en cessation prise à l'encontre d'un radiodiffuseur ou d'un éditeur à propos du contenu d'une émission ou d'une publication est celle du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur a sa résidence habituelle."

Dans le paragraphe 1 modifié est désignée en principe la loi du pays d'origine, qui coïncide normalement avec la principale zone de distribution; le cas d'une émission ou d'une publication ayant spécifiquement été destinée à un autre pays trouve une solution satisfaisante dans l'application de l'article 3 §3. Cette solution garantit la prévisibilité juridique, la liberté des médias et le fonctionnement correct du marché intérieur.

D'autres amendements proposés par l'UER consistent à aligner le préambule et l'article 19 sur la nouvelle version proposée de l'article 6 et à clarifier, afin d'éviter toute confusion, l'article 8 en ce qui concerne les atteintes portées aux droits de propriété intellectuelle.

1. Liberté d'expression et des médias: les préoccupations des radiodiffuseurs

1.1 Enoncé du problème

Les règles de compétence juridictionnelle et de conflit de loi sont des éléments clé de l'environnement juridique des radiodiffuseurs: ils peuvent être la pierre angulaire ou au contraire la pierre d'achoppement de la liberté d'expression et de la liberté des médias.

Les faisceaux hertziens ne s'arrêtant pas aux frontières, la radiodiffusion a de tout temps présenté un volet transfrontalier. Les radiodiffuseurs sont ainsi exposés à un certain risque d'être traduits devant des tribunaux étrangers ou de tomber sous le coup de lois étrangères, avec les conséquences imprévisibles que l'on peut imaginer. Heureusement, ce risque ne s'est pratiquement jamais matérialisé.

Plus récemment, de nouvelles techniques (notamment les satellites de réception directe) et le nouveau cadre législatif mis en place par la directive "Télévision sans frontières"¹ ont beaucoup contribué à étendre la réception de la télévision et de la radio en Europe bien au-delà des frontières (indépendamment des débordements terrestres inévitables).

Toutefois, en ce qui concerne la protection des droits de la personnalité et de la sphère privée, les règles diffèrent encore beaucoup d'un Etat membre à l'autre, indépendamment du cas des pays extra-européens et du champ d'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le droit matériel en ce domaine n'est pas uniforme sur des questions comme la reconnaissance et la protection des divers aspects des droits de la personnalité (réputation, vie privée, image), les recours dont disposent les plaignants (la possibilité, par exemple de demander des actions préventives avant la publication), les parties justiciables (l'entreprise média, la direction générale, le journaliste en personne, etc.) et la priorité accordée à la protection de la liberté d'expression et des médias. Une harmonisation du droit matériel applicable en matière de droits de la personnalité et de protection de la vie privée n'est pas envisageable en Europe dans l'immédiat, encore moins est-elle susceptible de voir le jour à l'échelle mondiale.²

Ceci explique l'importance capitale des règles du droit international privé pour les radiodiffuseurs; elles déterminent en effet a) le tribunal compétent dans des différends transfrontaliers impliquant des médias (voir le point 1.2 ci-après), et b) la loi applicable (voir le point 1.3 ci-après). Bien que le règlement Rome II ne se préoccupe que de ce dernier aspect, les deux aspects sont étroitement liés, en théorie et en pratique, dans la mesure où des critères semblables leur sont appliqués.

Dans la pratique, la réalité européenne est qu'aujourd'hui encore les radiodiffuseurs sont traduits en justice dans le pays où est située la station de radiodiffusion et que les tribunaux appliquent la loi nationale de ce pays. Normalement, c'est aussi le pays où se trouve l'auditoire principal de la chaîne de radiodiffusion. Cette façon de faire a des avantages évidents en particulier pour les plaignants: facilité d'exécution du jugement et application d'une loi nationale que le tribunal connaît bien. Les cas de médias pris dans le feu croisé de juridictions multiples sont fort rares et s'agissant de la radiodiffusion il n'existe pratiquement aucune jurisprudence à ce jour.

¹ La directive 89/552/CEE, modifiée par la directive 97/36/CE, est basée sur les principes du "rattachement au pays d'origine", de la liberté de réception et de la liberté de diffusion.

² Il est remarquable à cet égard que le Conseil de l'Europe ait renoncé en automne 2003 à ses travaux sur une déclaration concernant la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée, au vu de la complexité et de la sensibilité de la matière.

Nous avons connaissance d'un seul cas où une procédure pour diffamation, avec demande de réparation du préjudice moral, a été engagée devant un tribunal étranger (norvégien en l'espèce) contre un radiodiffuseur (la télévision publique suédoise SVT) qui avait diffusé un programme traitant des pratiques cruelles et illégales de la chasse aux phoques. La Cour suprême de Norvège a conclu que les plaignants - les chasseurs de phoques qui invoquaient le motif d'une atteinte à leur réputation du fait d'un film construit sur des documents fournis par un citoyen norvégien, M. Lindberg, - avaient capacité d'agir contre le radiodiffuseur et le journaliste responsable en saisissant le tribunal de district de Nord-Troms en Norvège.³ Le cas est particulièrement intéressant puisque le "rapport Lindberg" indirectement imputé avait déjà fait l'objet de jugements antérieurs en Norvège, prononcés en faveur des chasseurs de phoques; toutefois, un jugement rendu par ce même tribunal de district de Nord-Troms a donné matière à une requête introduite devant la Cour européenne des Droits de l'Homme qui en l'espèce a conclu à une violation de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.⁴ Pour la Cour européenne des Droits de l'Homme, l'intérêt des chasseurs de phoques à ce que leur réputation fût protégée "ne saurait l'emporter sur l'intérêt général essentiel qu'il y avait à ce que se tînt un débat public bien documenté sur une question importante au plan local, national aussi bien qu'international".

Cette affaire montre que les problèmes de juridiction et de loi applicable peuvent se poser dans les cas transfrontaliers impliquant des médias, même entre deux pays partageant les mêmes traditions politiques et juridiques. Les parties défenderesses avaient produit comme argument le fait que, pour des raisons juridiques et pratiques, il était impossible d'empêcher la réception du programme de télévision en Norvège, qu'il y avait lieu de s'inquiéter de la liberté d'expression en ce qui concerne cette question sensible, compte tenu des jugements antérieurs prononcés par les tribunaux norvégiens et que la possibilité de saisir à la fois des tribunaux norvégiens et suédois entraînerait un éparpillement de la juridiction et permettrait aux plaignants de spéculer sur le choix du tribunal (for) et de la loi applicable. Le risque de "forum shopping" était accru par les sensibles différences dans le droit matériel, la loi suédoise ne permettant pas, par exemple, d'introduire une action contre le journaliste à titre individuel, mais seulement contre l'organisme de radiodiffusion.

Si ces arguments ont apparemment convaincu les juges norvégiens de première instance et d'appel, qui ont statué dans ces conditions qu'ils n'étaient pas compétents pour connaître de l'espèce, la Cour suprême de Norvège a toutefois rendu un arrêt opposé, considérant qu'il suffisait que les plaignants résident en Norvège et que les chaînes de télévision suédoises incriminées soient retransmises en Norvège par des câblo-opérateurs et puissent également être reçues par voie hertzienne dans certaines parties septentrionales de la Norvège.⁵

La Cour suprême de Norvège n'a cependant pas dit que ces motifs justifiaient également l'application de la loi norvégienne; elle s'en est remise au tribunal de district de Nord-Troms pour déterminer, conformément au droit international privé de Norvège, si c'est la loi norvégienne ou la loi suédoise qui devait s'appliquer.⁶

³ Arrêt de la Cour suprême de Norvège du 17 octobre 2001, affaire 2000/799, Skogvik et autres contre Sveriges Television AB. Publié (en norvégien) dans le Rettstidende Rt-2001-1322 (240-2001).

⁴ Arrêt du 20 mai 1999, affaire n° 21980/93, Bladed Tromso et Stansaas contre la Norvège.

⁵ La Cour a appliqué l'article 5 §3 de la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 à laquelle la Norvège a adhéré en sa qualité d'Etat membre de l'AELE et dont le libellé est pratiquement identique à celui du règlement de Bruxelles (voir ci-après). Les juges se sont spécifiquement référés à l'arrêt de la Cour de justice des CE dans l'affaire *Fiona Shevill* (voir ci-après), précisant que les différences qui existent entre les journaux et la télévision ne justifient pas un traitement différent.

⁶ Le tribunal de district n'a cependant pas eu l'occasion de statuer sur la question, les parties demanderesses ayant retiré leur plainte.

Le risque est considérable de voir de telles décisions, qui restent exceptionnelles, prendre force de règle, et ce risque serait encore aggravé par le règlement Rome II proposé. Si les cas de radiodiffuseurs poursuivis en justice à l'étranger et/ou de tribunaux appliquant des lois étrangères se multipliaient, il y aurait même lieu d'être très inquiet. Cela placerait en effet une charge disproportionnée sur les radiodiffuseurs, avec des obligations qu'ils seraient bien en peine de remplir, sans compter que cela créerait des conditions de travail éprouvantes pour les journalistes. Dans la pratique, les contraintes de temps et de ressources mettraient les rédacteurs et les juristes dans l'impossibilité de vérifier, avant la publication, si les programmes sont conformes avec les lois régissant les contenus dans une multitude de pays.

Si les radiodiffuseurs et les journalistes oeuvrant en Europe étaient de plus en plus cités à comparaître devant des tribunaux étrangers et/ou s'ils devaient pâtir de l'application de lois étrangères, peut-être même de lois incompatibles avec les principes européens de la liberté d'expression, les conséquences seraient lourdes pour l'ensemble des médias et notamment pour la richesse de l'information fournie aux citoyens et consommateurs.

La première conséquence, la plus grave aussi, serait un effet dissuasif sur les journalistes et les réalisateurs de programmes, une marge de manoeuvre réduite pour diffuser des sujets et programmes d'information traitant de questions sensibles et controversées, et pour finir une entrave à la liberté d'expression et des médias. Les médias se verraient ainsi privés en partie de leur rôle de sentinelles de la société⁷ et les radiodiffuseurs publics auraient des difficultés pour remplir leur mission et offrir des informations complètes et variées. Deuxième conséquence: les radiodiffuseurs pourraient être amenés à chercher des moyens de restreindre la réception transfrontalière de leurs émissions (transmises en clair), notamment en recourant au cryptage, ce qui priverait les citoyens d'un certain nombre de sources d'information et réduirait *de facto* la liberté d'information. Enfin, troisième conséquence, un tel développement serait diamétralement opposé aux objectifs de la directive "Télévision sans frontières" et de la directive sur le satellite/câble⁸ (et des conventions similaires du Conseil de l'Europe⁹) puisqu'il mettrait des barrières à la fourniture de services de radiodiffusion transfrontaliers en Europe et à l'utilisation des nouvelles techniques (satellite, câble, large bande, etc.); il compromettrait ainsi les efforts déployés pour créer un "espace audiovisuel européen" et élargir le choix des téléspectateurs.

Evidemment, ce n'est pas du citoyen ordinaire dont on peut craindre qu'il use de tous les recours légaux possibles pour mettre les médias sous pression; à cet égard, le danger viendrait plutôt des célébrités, des hommes d'affaires ou sociétés, tous bien placés pour profiter de toutes les possibilités du "forum shopping" (choix du for le plus intéressant) voire du "law shopping" (choix du droit le plus avantageux) qu'offrent les règlements de Bruxelles et Rome II.

⁷ Cf. Cour européenne des Droits de l'Homme, affaire n° 17488/90, *Goodwin contre Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, paragraphe 39.

⁸ Directive du Conseil 93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble. Voir également la note 1.

⁹ Convention européenne du 5 mai 1989 sur la télévision transfrontière, modifiée par le Protocole du 1er octobre 1998, et Convention européenne du 11 mai 1994 concernant des questions de droit d'auteur et de droits voisins du droit d'auteur dans le cadre de la radiodiffusion transfrontière par satellite.

1.2 Compétence judiciaire internationale: le règlement de Bruxelles

La compétence internationale des tribunaux est déterminée par le règlement de Bruxelles¹⁰ qui ne contient aucune règle spécifique concernant les médias ou les obligations eu égard aux droits de la personnalité et au respect de la vie privée. En vertu des règles générales qui y sont énoncées, les sociétés médias peuvent être traduites soit devant les tribunaux du pays de leur lieu d'établissement (article 2), soit "devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire" (article 5 §3). Cette seconde option pose un problème aux radiodiffuseurs si le lieu où le fait dommageable s'est produit est compris comme désignant tout endroit où l'émission peut être reçue.

C'est malheureusement dans ce sens que la Cour de justice des Communautés européennes interprète cette disposition dans l'affaire *Fiona Shevill*, encore qu'en l'espèce seule la presse écrite soit spécifiquement visée. Madame Fiona Shevill, ressortissante britannique, était accusée dans un article paru dans le journal *France Soir* d'avoir participé à des opérations de blanchissement d'argent alors qu'elle était employée à titre temporaire dans une société française. De retour au Royaume-Uni, Mme Shevill a assigné l'éditeur en diffamation devant un tribunal britannique, en demandant réparation financière du préjudice subi. Sollicitée pour une décision préjudicielle par la Chambre des Lords, la Cour de justice des Communautés européennes a répondu par l'affirmative concernant la compétence d'un tribunal britannique, bien que le journal *France Soir* fût principalement distribué en France¹¹. La Cour a toutefois limité la juridiction des tribunaux britanniques au dommage (plus précisément la partie du dommage) causé par la distribution (très limitée) de copies au Royaume-Uni.¹²

Il faut souligner que le raisonnement de la Cour a été développé pour la presse écrite et ne peut pas être transposé purement et simplement aux médias électroniques dont les caractéristiques sont différentes.¹³ De plus, la décision concerne uniquement les demandes de réparation financière (dommages et intérêts) et ne peut s'étendre à d'autres prétentions, encore moins à celles qui ne se prêtent pas à une fragmentation, par exemple les actions en cessation et le droit de réponse. Jusqu'à présent, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas eu l'occasion de clarifier l'applicabilité de l'article 5 §3 en ce qui concerne ces autres cas.

Malgré un effort évident de la part de la Cour de justice des Communautés européennes pour au moins définir au sens restreint la compétence des tribunaux dans d'autres pays que celui du lieu d'établissement de l'éditeur (la limitant au préjudice subi du fait de la diffusion de la publication dans un pays particulier), il n'en demeure pas moins que c'est une porte ouverte à des plaignants bien informés qui, au nom de l'article 5 §3, auront l'idée de traduire les éditeurs - peut-être aussi les radiodiffuseurs, un jour ou l'autre - devant des juridictions étrangères.

¹⁰ Règlement du Conseil N° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit "règlement Bruxelles I" puisqu'il remplace la Convention de Bruxelles de 1968).

¹¹ Selon les estimations, sur un total de plus de 250.000 exemplaires vendus, plus de 237.000 ont été vendus en France et seulement 230 au Royaume-Uni.

¹² Arrêt du 7 mars 1995. Affaire C-68/93. La Cour a interprété l'expression "où le fait dommageable s'est produit", utilisée dans la Convention de Bruxelles (qui sur ce point est identique au règlement Bruxelles I) de la façon suivante: "...en cas de diffamation au moyen d'un article de presse diffusé dans plusieurs Etats contractants, la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation soit devant les juridictions de l'Etat contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation, soit devant les juridictions de chaque Etat contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'Etat de la juridiction saisie." Cette solution est également désignée par "thèse de la mosaïque" car elle permet un fractionnement des dommages.

¹³ Contrairement à la position adoptée par la Cour suprême norvégienne; voir la note 3.

1.3 Loi applicable: de règles nationales de "conflit de lois" à un futur règlement Rome II

L'objectif du règlement Rome II est une harmonisation des règles permettant de déterminer la loi applicable, pour faire en sorte que ce soient les mêmes règles qui s'appliquent chaque fois qu'une affaire est portée devant un tribunal au sein de la Communauté.

Comme le précise la Commission européenne dans l'exposé des motifs de sa proposition de règlement Rome II¹⁴, l'application de règles générales nationales de "conflit de lois" dans les Etats membres conduit à une certaine diversité des solutions et à une grande insécurité juridique dans les différends transfrontaliers impliquant des médias. La seule exception est le Royaume-Uni où la "double actionability rule", appliquée dans les affaires de diffamation et cas similaires, apporte une solution claire et protège efficacement la liberté de la presse (lorsque le litige est porté devant les tribunaux britanniques)¹⁵. Dans les autres pays, il est laissé aux tribunaux le soin de trouver les solutions appropriées. S'il n'existe pratiquement aucune jurisprudence dans le cas de la radiodiffusion (radio ou télévision)¹⁶, il en existe en revanche dans quelques pays en ce qui concerne la presse écrite, mais sans résultats cohérents.¹⁷

L'imprévisibilité juridique n'est pas seulement due à l'absence de jurisprudence pertinente mais aussi et surtout au fait que les règles générales sont incapables de tenir suffisamment compte de la nécessité de protéger la liberté d'expression et la liberté des médias.

Une harmonisation des règles de "conflit de lois" dans le cadre du règlement Rome II, doublée d'une appréhension spécifique des questions liées à la protection de la vie privée, aux droits de la personnalité et aux médias, peut donc apporter une solution valable à trois conditions:

- les critères appliqués doivent donner des résultats sans équivoque avec, à la clef, une *sécurité juridique*;
- la solution doit garantir un *haut niveau de protection de la liberté des médias*, comparable à la protection dont jouissent les médias britanniques devant leurs tribunaux nationaux;
- elle ne doit pas entraver le fonctionnement du *marché intérieur*.

Malheureusement, ce que propose la Commission, en l'état présent du libellé, ne remplit pas ces conditions.

¹⁴ Document COM(2003)427 final, pages 12, 18-19.

¹⁵ La "double actionability rule" (notion que l'on pourrait traduire par règle d'applicabilité cumulative des lois) exige une double vérification dans la mesure où les prétentions doivent être justifiées à la fois au regard du droit britannique, le Royaume-Uni étant le pays d'établissement de la partie défenderesse (l'entreprise média), et vis-à-vis du droit du pays où le produit média a été diffusé; ceci découle du fait que les plaintes pour diffamation sont exclues de la section 13 de la loi de 1995 sur le droit international privé.

¹⁶ Dans l'affaire norvégienne citée plus haut, les juges n'ont pas statué sur la loi applicable.

¹⁷ Pour d'autres détails, voir dans Kadner Graziano, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, Tübingen 2002, pages 294-324; et, du même auteur, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen* (parution prévue en 2004 aux éditions Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle /Munich et chez L.G.D.J à Paris).

2. Droits de la personnalité et protection de la vie privée dans le secteur des médias: importantes améliorations requises

2.1 Application de la règle générale (article 3 §1)

Hormis le cas particulier de l'article 6 §2, la Commission propose d'appliquer, en principe du moins, la règle générale de l'article 3 §1, autrement dit la loi du pays où le fait dommageable survient, aux différends transfrontaliers impliquant des médias et concernant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité. Cette méthode ne donne toutefois pas de résultats satisfaisants.

Pour commencer, l'application de la règle générale de l'article 3 §1 ne peut pas donner une *sécurité juridique* dans des différends transfrontaliers impliquant des médias, en dépit des efforts que semble faire la Commission, dans son exposé des motifs, pour préciser la signification de ces règles. La Commission y considère, se référant à l'affaire *Fiona Shevill*, que dans pareils cas le dommage survient au lieu de diffusion de la publication, et que le lieu de diffusion d'une publication est "l'endroit où celle-ci est portée à la connaissance des tiers et où la réputation d'une personne risque d'être lésée".¹⁸

Toutefois, le manque de clarté de l'article 3 §1 s'agissant de différends transfrontaliers impliquant des médias ne peut être compensée par une référence à l'arrêt rendu dans l'affaire *Fiona Shevill*. Comme cela est expliqué plus haut, cet arrêt laisse de nombreuses questions ouvertes et ne peut pas simplement être transposé aux médias électroniques ou à d'autres prétentions que des réclamations de dommages et intérêts. De plus, cet arrêt concerne des problèmes de juridiction et non de loi applicable, et le libellé proposé pour l'article 3 §1 n'est même pas identique à celui de l'article 5 §3 du règlement de Bruxelles. Enfin, et surtout, la jurisprudence *Fiona Shevill* a été beaucoup critiquée pour ses résultats peu satisfaisants, et la perspective de voir la Cour repenser son approche n'est pas à écarter.

Par conséquent, il faudrait certainement attendre bien des années avant que la Cour de justice des Communautés européennes ait l'occasion de rendre une jurisprudence fiable en matière d'application du nouvel article 3 §1 du règlement Rome II aux divers différends transfrontaliers impliquant des médias. En attendant, les médias devraient s'accommoder d'un flou juridique probablement pire qu'en l'état actuel des choses dans la plupart des Etats membres, sans parler du Royaume-Uni où les médias seraient confrontés à une nette détérioration de leur situation. Une approche qui laisserait essentiellement à la Cour de justice des Communautés européennes le soin de régler les problèmes serait contraire à l'objectif affiché du règlement proposé, en l'occurrence offrir une meilleure sécurité juridique.

Ce qui est peut-être plus inquiétant encore est le fait que le libellé proposé pour l'article 3 §1, tel que l'interprète la Commission lorsqu'elle se réfère à la jurisprudence *Fiona Shevill*, aggraverait le risque d'une future jurisprudence qui ne désignerait pas une seule loi mais où l'on se dirigerait vers *l'application simultanée de nombreuses lois étrangères* dans les différends transfrontaliers impliquant des médias. Dans le cas d'une transmission par satellite, ceci pourrait conduire à l'application des lois de tous les pays situés dans l'empreinte du satellite (qui souvent s'étend même au-delà de l'Europe¹⁹). Un tel résultat créerait une situation inextricable pour les radiodiffuseurs

¹⁸ Document COM(2003) 427 final, pages 12, 18-19.

¹⁹ Pour avoir une idée de l'ampleur du problème, on rappellera que la plus récente génération de satellites Eutelsat placés à 13° Est ("Hot Bird") achemine des services de télévision analogique et numérique, ainsi que des services radio et multimédia, vers les foyers reliés au satellite et au câble en Europe, en Afrique du Nord et dans de larges zones du Proche-Orient.

étant donné que la majorité d'entre eux ont recours à la distribution par satellite qui est souvent l'unique moyen d'atteindre les foyers TV. Selon les statistiques 2002, l'Union européenne compte environ 33 millions de foyers équipés d'une antenne pour la réception par satellite, ce qui correspond à quelque 22% de tous les foyers TV.²⁰ A partir des dernières années 1990 le nombre de foyers satellite a augmenté plus rapidement que celui des foyers reliés au câble. A cela s'ajoute que dans le domaine de la télévision *numérique*, le satellite *vient en tête du classement* parmi les plateformes de distribution.²¹

Conclusion:

La règle générale de l'article 3 §1 ne donne pas de solution appropriée pour des obligations non contractuelles résultant d'une atteinte portée à la vie privée ou aux droits de la personnalité par une publication ou une diffusion. Il faut une règle spéciale pour les différends transfrontaliers impliquant des médias.

2.2 Clause de sauvegarde spécifique pour la liberté d'expression et des médias (article 6 §1)

L'UER note avec satisfaction que la Commission européenne, en incluant dans le règlement proposé la disposition de l'article 6 §1, a reconnu à tout le moins que l'application de règles générales pose un problème au niveau de la liberté d'expression et de la liberté des médias, et que la réponse à ce problème doit prendre la forme d'un article spécifique. Malheureusement, la solution proposée est loin de répondre aux préoccupations des médias.

Cette disposition aurait pour principal effet d'empêcher les tribunaux de la Communauté d'appliquer des lois (de pays non européens par exemple) incompatibles avec les principes européens de la liberté d'expression et de la liberté des médias. Les tribunaux seraient alors tenus d'appliquer la loi de leur propre pays (*lex fori*). Hormis le fait qu'un tel résultat pourrait éventuellement déjà être obtenu par le biais de la clause générale *d'ordre public* (article 22), la disposition en question manque sa cible pour trois raisons au moins.

Premièrement, elle ne peut offrir de protection efficace aux éditeurs et aux radiodiffuseurs dans des différends transfrontaliers impliquant des médias puisque, aux termes du règlement de Bruxelles dans son interprétation actuelle (voir ci-dessus), le plaignant peut choisir en premier lieu son tribunal de prédilection et a donc indirectement, par le biais de l'article 6 §1, le choix de la loi du for (*lex fori*).

Deuxièmement, elle ne peut apporter la sécurité juridique car il sera toujours possible de contester que les règles législatives qui protègent les médias sont ou non qualifiables de "principes *fondamentaux* du for". Dans la plupart des cas, ces règles n'ont pas été édictées explicitement mais ont été développées par des tribunaux sensibles au besoin impérieux de protéger la liberté d'expression.

²⁰ A la faveur d'une forte pénétration de la TV par satellite dans la plupart des nouveaux Etats membres, la proportion de foyers satellite dans l'Union européenne devrait accuser une forte augmentation avec l'élargissement de l'UE en 2004.

²¹ Voir la Communication du 19 novembre 2003 de la Commission européenne sur la régulation et le marché des communications électroniques (COM(2003) 715 final, pages 25-26. La Commission y considère le satellite comme le mode d'acheminement le plus courant en télévision numérique sachant qu'il représente quelque 70% de l'ensemble du marché de la télévision numérique; elle constate que la pénétration de la télévision numérique par satellite continue d'augmenter et que les services numériques en clair proposés par satellite sont désormais bien implantés. (Plus de 65% des foyers satellite reçoivent les émissions en mode numérique, ce pourcentage n'étant que de 13% dans le cas des foyers TV reliés au câble.)

Troisièmement, cette disposition néglige le fait que les difficultés qui guettent les médias ne découlent pas uniquement de l'application (rare en Europe) de lois étrangères qui sont incompatibles avec la liberté d'expression, mais également du seul fait de l'application d'une *myriade de lois étrangères prévoyant divers degrés de protection de la vie privée et des droits de la personnalité*. Il serait donc pratiquement impossible aux juristes des médias de s'assurer préalablement de la conformité en droit des contenus programmatiques particulièrement sensibles ou prêtant à controverse.

De ce fait, non seulement l'article 6 §1 ne protège-t-il pas la liberté d'expression et des médias, mais encore manque-t-il le but même du règlement tel qu'il est énoncé dans le 4ème considérant, à savoir: désigner la même loi nationale quel que soit le pays où se trouve le tribunal saisi du litige et favoriser par conséquent la prévisibilité du résultat des litiges et la sécurité juridique.

Proposition de l'UER:

Comme cela a été fait dans d'autres dispositions particulières du règlement proposé, il y lieu de remplacer la règle générale de l'article 3 §1 par une règle spécifique en ce qui concerne les différends transfrontaliers impliquant des médias.

L'article 6 §1 devrait être modifié comme suit:

- "1. Sans préjudice de l'article 3, paragraphe 3, la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte portée à la vie privée ou aux droits de la personnalité par une émission ou une publication est celle du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur a sa résidence habituelle. ~~est celle du for lorsque l'application de la loi désignée par l'article 3 serait contraire aux principes fondamentaux du for en matière de liberté d'expression et d'information.~~"

Cette disposition désigne la loi du pays d'origine, celui-ci coïncidant normalement avec la principale zone de distribution. Le cas d'une émission ou d'une publication ayant été spécifiquement destinée à un autre pays trouve une solution satisfaisante dans l'application de l'article 3 §3, méthode qui garantit la prévisibilité juridique, la liberté des médias et le bon fonctionnement du marché intérieur.

Le libellé du préambule devrait être modifié à l'avenant:

- "(12a) Le respect ~~des principes fondamentaux en vigueur dans les Etats membres en matière de liberté de la presse de la liberté des médias~~ est assuré grâce à une clause de sauvegarde spécifique des règles spécifiques qui désignent comme étant applicable, en principe, la loi du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur a sa résidence habituelle."

En ce qui concerne les radiodiffuseurs, l'article 19 §3 du règlement proposé apporte une précision supplémentaire en définissant la notion de "résidence habituelle" au sens de la directive "Télévision sans frontières"; compte tenu de l'amendement de l'article 6 §1, l'article 19 §3 devrait se référer aux *deux* paragraphes de l'article 6 et être modifié par conséquent selon ces lignes:

- "3. Aux fins de l'article 6, ~~paragraphe 2,~~ le lieu où l'organisme de radiodiffusion est établi au sens de la directive 89/552/CEE, telle que modifiée par la directive 97/36/CE, tient lieu de résidence habituelle."

2.3 Droit de réponse et mesures équivalentes (article 6 §2)

L'article 6 §2 dit explicitement que la loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes est celle du pays où l'organisme de radiodiffusion ou l'éditeur a sa résidence habituelle. Aux termes de l'article 19 §3, il faut entendre par lieu de résidence habituelle le pays où l'organisme de radiodiffusion est établi au sens de la directive "Télévision sans frontières".

En ce qui concerne la télévision, l'application de la loi du pays d'origine (où l'organisme de radiodiffusion est établi) découle déjà, semble-t-il, de l'article 23 §2 de la proposition de règlement, qui détermine les rapports avec d'autres dispositions du droit communautaire. Seule cette solution peut éviter une entrave à l'application des articles 2, 2bis et 23 de la directive "Télévision sans frontières".

Toutefois, l'article 23 ne fait pas de l'article 6 §2 une disposition superflue. L'article 6 §2 a le double avantage d'apporter la sécurité juridique (ce qui fait défaut à l'article 23 dans son libellé actuel) et d'appliquer la solution du pays d'origine à l'ensemble du secteur des médias, qu'il s'agisse de services radiophoniques, télévisuels ou de presse écrite, en ligne ou hors ligne. Ce paragraphe va dans la bonne direction et est donc très apprécié par les médias.

Le seul problème est qu'il est encore trop restrictif car il couvre uniquement le droit de réponse et les "mesures équivalentes". Dans la perspective des médias, le droit de réponse est, au sens strict, l'une des mesures les moins préjudiciables.

Dans quelques pays, les plaignants se voient proposer, à certaines conditions, un éventail d'actions plus étendu comprenant par exemple un droit de rectification, un droit d'excuse ou autre mesure palliant les conséquences d'un acte délictueux. Aussi faudrait-il bien clarifier dans le texte ou dans le préambule du règlement que l'article 6 §2 inclut de telles solutions si elles existent.

Toutefois, les prétentions les plus gênantes dont les médias pourraient faire l'objet consisteraient à réclamer des mesures préventives ou des actions en cessation qui auraient pour effet soit de bloquer une première publication ou émission ou d'en empêcher une dissémination ultérieure.

La règle générale de l'article 3 §1 désigne la loi du pays où le dommage survient "*ou menace de survenir*". Dans son exposé des motifs, la Commission explique que cette expression indique que le règlement s'étend aussi aux actions préventives, par exemple aux actions en cessation.

L'action en cessation est la mesure qui constitue la limitation la plus grave de la liberté du média concerné. Ce type d'injonction ne devrait être prononcé qu'à titre exceptionnel et uniquement en conformité avec la loi du pays d'établissement de l'organisme de radiodiffusion.

En ce qui concerne la radiodiffusion tout au moins, il est évident que les injonctions ne peuvent être prononcées séparément pour chaque pays puisque la diffusion sur plusieurs territoires n'est elle-même pas divisible.²² La transmission par émetteurs terrestres et par satellite ne peut pas être arrêtée aux frontières. En outre, la diffusion par réseaux câblés s'inscrit dans le cadre de la liberté de retransmission prévue dans la directive "Télévision sans frontières".²³ Un raisonnement très semblable s'impose pour les services en lignes sur l'Internet.

Il serait inacceptable qu'une action en cessation s'appuyant sur la loi d'un seul pays où le service de radiodiffusion peut être reçu (par exemple un pays situé dans l'empreinte du satellite) ait concrètement comme effet d'empêcher la distribution de l'émission sur *tous* les territoires, y compris dans le pays d'origine. Dans le cas de la télévision, ceci serait incompatible avec la logique même de la directive "Télévision sans frontière" dont l'application serait ainsi entravée. Toutefois, l'article 23 §2 de la proposition de règlement Rome II n'apporte pas de solution suffisante: il est juridiquement imprécis et ne couvre pas, par exemple, la radiodiffusion sonore pour laquelle il n'existe pas d'instrument d'harmonisation européen.

La seule solution est d'appliquer le principe du pays d'origine également aux mesures préventives et actions en cessation prononcées contre les radiodiffuseurs puisque, à défaut, la liberté de proposer des services de radio et de télévision par delà les frontières serait gravement compromise. Cette solution est facilement réalisable par le biais d'un amendement du paragraphe sur le droit de réponse, ou au moyen d'un paragraphe séparé.

Proposition de l'UER:

La stricte application du principe du pays d'origine ne doit pas se limiter au droit de réponse.

L'article 6 §2 devrait être modifié comme suit:

"2. La loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes ainsi qu'à toute mesure préventive ou action en cessation contre un organisme de radiodiffusion ou un éditeur concernant le contenu d'une émission ou d'une publication est celle du pays où cet organisme de radiodiffusion ou cet éditeur a sa résidence habituelle."

Le texte du préambule devrait être modifié comme suit (nouveau considérant):

"(12b) Les mesures mentionnées à l'article 6, paragraphe 2, devraient également comprendre, lorsqu'ils existent, le droit de rectification ou le droit d'excuse, ou toute autre mesure visant à pallier les conséquences d'une atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité."

²² La thèse de la mosaïque qui sous-tend la jurisprudence *Fiona Shevill* est donc absolument inopérable dans ces cas. Voir la note 12 ci-dessus.

²³ Article 2bis; voir la note 1 ci-dessus.

2.4 Exclusion des dommages et intérêts non compensatoires et notamment des dommages punitifs (article 24)

L'article 24 exclut explicitement l'application des lois étrangères dans la mesure où elles accordent des dommages et intérêts qui vont au-delà de l'indemnisation de la personne lésée, par exemple des dommages exemplaires ou punitifs, ce type de dommages et intérêts étant jugé contraire à la politique générale communautaire (*ordre public*). Cette disposition est particulièrement importante pour les médias.

Cependant, en toute logique, le fait que le règlement ne soit contraignant que pour les tribunaux de la Communauté signifie que cette disposition n'empêche pas un tribunal américain, par exemple, d'accorder des dommages punitifs dans un jugement prononcé contre une société média européenne (pour autant que ce tribunal puisse connaître du cas).

Conclusion:

L'article 24 devrait être maintenu dans l'intitulé proposé.

3. Droits de propriété intellectuelle: clarification requise pour éviter toute confusion

L'article 8 de la proposition de règlement de la Commission reconnaît que le droit d'auteur et autres droits de propriété intellectuelle ont leurs propres règles spécifiques avec lesquelles la règle générale définie dans l'article 3 §1 du règlement n'est pas compatible. Cela signifie, soit qu'il faut exclure spécifiquement l'ensemble des droits de propriété intellectuelle du champ d'application du règlement, soit qu'il faut prévoir dans le règlement une disposition spéciale sur les droits de propriété intellectuelle.

Comme le souligne à juste titre la Commission, les tribunaux appliquent, dans les procédures concernant le droit d'auteur, la loi du pays dans lequel "l'atteinte a été commise", se conformant en cela aux principes fondamentaux du droit d'auteur énoncés dans la Convention de Berne.²⁴ La loi du pays dans lequel l'atteinte a été commise est également appliquée dans les affaires de brevets, marques et autres droits de propriété intellectuelle.²⁵

En revanche, dans le cas de droits de propriété industrielle communautaire à caractère unitaire, dont le lieu de protection est la Communauté dans son ensemble, les obligations non contractuelles visées par l'actuelle proposition sont directement régies par le règlement communautaire pertinent à caractère unitaire, ceci constituant une exception aux règles normales applicables aux droits de propriété intellectuelle. Ce fait est reflété dans l'article 8 §2 dont la deuxième phrase confirme l'applicabilité de la loi du pays dans lequel il a été porté atteinte au droit, pour toute question qui n'est pas régie par le règlement communautaire pertinent à caractère unitaire.

²⁴ Ceci correspondrait à la seule interprétation cohérente du libellé, par nature ambigu, de l'article 5 §2 de la Convention, s'il était accepté que cet article fût lui-même compris comme contenant une règle formelle de conflit de lois. Or, en général, il n'est pas admis que l'article 5 §2 de la Convention contient une règle formelle de conflit de loi, ce qui veut dire qu'on ne peut pas tabler à cet égard sur l'article 25 du règlement proposé dans sa forme actuelle.

²⁵ La loi du pays où le brevet a été délivré ou la marque déposée est nécessairement la même que celle du pays où il a été porté atteinte au droit.

Ainsi, puisque l'article 8 §2 proposé dans le règlement désigne - à juste titre - la loi de l'Etat membre "dans lequel il a été porté atteinte"²⁶ au droit, l'article 8 §1 ne devrait pas, du fait d'un libellé ambigu, autoriser une interprétation différente dans des cas identiques. Du reste, la Commission confirme elle-même, dans ses commentaires sur l'article 8, que "le principe de territorialité" (concept retenu dans l'article 5 §2 de la Convention de Berne) est à comprendre comme désignant "la loi du pays où l'atteinte a été commise".²⁷

Dans ces conditions, l'UER propose de reformuler l'article 8 comme suit:

Proposition de l'UER:

Le texte de l'article 8 devrait être modifié comme suit:

- "1. La loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays ~~pour lequel la protection est revendiquée~~ où a été commis l'acte portant atteinte à ce droit.
2. En cas d'obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété industrielle communautaire à caractère unitaire, le règlement communautaire pertinent est applicable. Pour toute question qui n'est pas régie par ce règlement, la loi applicable est celle ~~de l'Etat membre dans lequel il a été porté atteinte à ce droit~~ que désigne le paragraphe 1 ci-dessus."

Il suffirait de cette clarification pour écarter tout risque de confusion et faire en sorte que l'objectif de clarté et de sécurité juridiques soit atteint.

²⁶ Dans un souci de fidélité au texte anglais de cet article du règlement proposé, qui met en relief la notion d'*acte* causant une violation du droit, l'UER, dans sa proposition d'amendement de l'article 8 §2, rend ce passage par la formule "où a été commis l'acte portant atteinte à ce droit".

²⁷ Document COM (2003) 427 final, page 22 (sans italiques dans l'original).