

La position des radiodiffuseurs et des autres médias selon "Rome II" Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

par *Mireille van Eechoud*

EDITORIAL

Que vous évoque le terme "compétence" dans le contexte des services de médias transfrontières ? L'éternelle question de savoir qui peut réguler un service de radiodiffusion de RTL et selon quelle loi ? La proposition d'étendre le champ d'application de la Directive "Télévision sans frontières" aux services de médias non linéaires ? L'éventualité de l'ouverture de la Convention européenne sur la télévision transfrontière à des pays tiers non-européens ?

Toutes ces réponses sont parfaitement plausibles. Pourtant, chacune d'entre elles ne concerne qu'un seul aspect de la "compétence", c'est-à-dire des accords de compétence juridique conclus par les Etats afin de faciliter la prestation transfrontalière de services de médias.

Il existe toutefois une seconde série de problèmes de compétence : ceux qui découlent de différends privés entre des sociétés et/ou des particuliers portant sur des atteintes à leurs droits respectifs. Ces droits peuvent provenir d'obligations contractuelles ou être conférés par la loi. Songez, par exemple, aux droits de la propriété intellectuelle et aux droits voisins, ou encore aux faits dommageables - actions intentées pour diffamation, pour atteinte à la vie privée ou pour concurrence déloyale.

Les questions de droit international privé - c'est le domaine qui nous occupe lorsque nous étudions des litiges internationaux de nature privée - ont donné lieu depuis longtemps à des accords inter-étatiques : la Convention de Bruxelles, de 1968, et celle de Rome, de 1980, qui traitent des problèmes de conflits de juridiction et de loi pour les obligations contractuelles. Afin de cerner plus précisément encore ce domaine juridique très complexe, le législateur communautaire a entamé des travaux en vue d'"élever" ces conventions au niveau de Règlement de la CE. Si "Bruxelles I" s'applique déjà, "Rome I" attend encore son adoption définitive ; alors seulement, ses dispositions de droit international privé sur les obligations contractuelles seront directement applicables dans les Etats membres de l'UE.

Le législateur communautaire a en outre commencé à s'intéresser aux questions de détermination de la loi applicable liées aux litiges privés à caractère non contractuel qui n'ont pas encore été traitées. Aujourd'hui, les travaux sur une proposition de Règlement "Rome II" battent leur plein. Au vu de leur importance, notamment pour le secteur de l'audiovisuel, ce numéro d'IRIS *plus* étudie dans le détail le contexte, les objectifs et les dispositions du projet de Règlement "Rome II" sur les obligations non contractuelles.

Strasbourg, Octobre 2006

Susanne Nikoltchev

Coordinatrice IRIS

*Responsable du département Informations juridiques
Observatoire européen de l'audiovisuel*

IRIS *plus* est un supplément à IRIS, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2006-10



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

La position des radiodiffuseurs et des autres médias selon "Rome II" Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

Mireille van Eechoud

Institut du droit de l'information (IViR),
Université d'Amsterdam

Introduction

La responsabilité des radiodiffuseurs et des médias en général en matière d'obligations non contractuelles (préjudices civils) prend des formes diverses. Ils peuvent être poursuivis pour violation présumée de droits relatifs à la propriété intellectuelle, pour actes de concurrence déloyale, ou pour d'autres faits dommageables. Par comparaison avec les autres secteurs, les médias audiovisuels sont plus exposés à des plaintes pour diffamation et pour atteinte à la vie privée ou aux autres droits de la personnalité. Quand une telle plainte prend un caractère international – par exemple lorsqu'une émission radiodiffusée cause un préjudice à l'étranger, ou lorsque les demandeurs sont étrangers – les législations nationales en matière de droit international privé répondent à trois questions : quel est le tribunal compétent pour connaître de la demande ? Quelle est la loi applicable ? Quel est l'effet de la décision de justice dans d'autres Etats ? La première question, celle de la compétence, est soumise à des règles différentes par rapport à la deuxième question, celle de la détermination de la loi applicable. Le principal instrument européen concernant les questions de juridiction et la reconnaissance des jugements à l'étranger est le Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹.

En matière de détermination de la loi applicable, il existe des dispositions européennes concernant les obligations contractuelles, mais pas encore pour les obligations non contractuelles. La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (1980) a vocation à devenir un Règlement ("Rome I")², à l'instar de la Convention de Bruxelles (1968), avant elle. Parallèlement, les travaux en vue de l'élaboration d'un Règlement "Rome II" sont presque terminés. Il comprendra des dispositions générales sur la détermination de la loi applicable aux faits dommageables/délits civils et aux autres obligations non contractuelles, comme l'enrichissement sans cause. Le 25 septembre 2006, le Conseil de l'Union européenne a adopté officiellement la position commune qu'il avait arrêtée en juin de la même année³. La proposition est actuellement entre les mains du Parlement européen pour une seconde lecture. La diffamation fait partie des sujets les plus controversés, car le Parlement souhaite que cette question soit incorporée au texte, alors que le Conseil l'a supprimée.

Dans le présent article, nous étudierons de plus près le texte de Rome II en son état actuel et son impact futur sur les secteurs de la radiodiffusion et des médias. Nous présenterons le contexte législatif et les objectifs de Rome II, avant de proposer une introduction à ses dispositions principales. Nous accorderons une attention particulière aux questions de propriété intellectuelle, de concurrence déloyale et de violation des droits de la personnalité (diffamation, notamment).

Contexte de Rome II

La proposition Rome II s'inscrit dans une série d'instruments de droit international privé. On a assisté, au cours des dernières années, à un regain d'activité législative dans ce domaine au niveau communautaire. Ceci est principalement dû au fait que le Traité d'Amsterdam a placé sans ambiguïté l'harmonisation du droit international privé sous la compétence de la CE. Avant l'entrée en vigueur du traité en 1999, les conflits de lois relevaient de ce que l'on appelle le "troisième pilier" : il s'agissait d'un domaine où la Commission européenne ne possédait qu'un droit d'initiative partagé, et qui nécessitait un vote unanime du Conseil.

La compétence de légiférer en matière de droit international privé est réglementée par les dispositions portant sur la libre circulation des personnes (Troisième partie, Titre IV du Traité CE). L'article 65 du Traité CE,

qui traite de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, prévoit notamment que les mesures adoptées en raison de leur nécessité vis-à-vis du bon fonctionnement du Marché intérieur doivent viser à "favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence". La législation est adoptée selon la procédure de codécision, avec un vote à la majorité qualifiée. A ce jour, les nouvelles dispositions introduites concernent principalement les aspects procéduraux des litiges transfrontaliers, par exemple la signification et la notification d'actes judiciaires ainsi que l'obtention des preuves⁴, mais aussi, bien sûr, la question de la compétence et de l'exécution (Bruxelles I, *supra*). L'adoption de règles de conflits pour les délits civils constituerait un nouveau pas important vers une législation harmonisée en matière de droit international privé.

Les tentatives d'élaboration de règles européennes communes en matière de règle des conflits de lois pour les délits civils remontent à la fin des années 1960. Il s'agissait à l'origine d'incorporer dans ce qui devait devenir la Convention de Rome (1980) des dispositions sur les obligations non contractuelles ; aucun accord n'a toutefois été trouvé. Le Groupe européen de droit international privé (GEDIP), constitué d'universitaires, a repris ces travaux et présenté en 1998 un projet qui a servi de base à l'avant-projet de proposition présenté par la Commission européenne en mai 2002. Cet avant-projet a été soumis à une série de consultations publiques qui ont culminé lors d'une audition publique au printemps 2003.

La proposition Rome II de juillet 2003 était nettement différente de l'avant-projet⁵. En première lecture, le Parlement européen a accepté plus de cinquante amendements qui ont à leur tour entraîné des modifications importantes. La Commission européenne a soumis au Conseil, en février 2006, une proposition révisée qui ne comprenait que certains des amendements adoptés par le Parlement et excluait complètement la question de la diffamation dans les médias – un thème particulièrement controversé, les normes nationales des différents Etats membres dans ce domaine étant jugées très disparates (cf. ci-après).

Concernant d'autres délits, il existe en outre des différences dans la détermination de l'illégalité de certains actes : quel acte relève, par exemple, de la concurrence déloyale, ou quels sont les actes soumis à restriction qui requièrent l'autorisation du titulaire des droits de propriété intellectuelle ? Certains domaines du droit privé, tels que le droit des marques ou le droit d'auteur et les droits voisins, font depuis longtemps l'objet d'une harmonisation au niveau communautaire et les différences en matière de normes d'illégalité ont été atténuées, bien qu'elles concernent avant tout la définition des objets protégés et le domaine d'application des droits exclusifs⁶.

Outre les concepts de responsabilité (responsabilité sans faute et pour faute, responsabilité du fait d'autrui) et les délais de prescription, d'autres questions liées aux délits civils sont traitées de façon variable par les différents Etats membres. Les types de réparations éligibles au titre des dommages et intérêts diffèrent, elles aussi : dommages directs ou indirects, dommages matériels ou non matériels, dommages particuliers ou dommages et intérêts à caractère dissuasif... Les dispositions en matière de responsabilité, de dommages et intérêts et de limitation de responsabilité sont parfois communes à l'ensemble des délits civils, mais il existe souvent des règles spécifiques à certains faits dommageables (par exemple : violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle ou publicité déloyale).

Pendant une grande partie du XX^e siècle, les règles nationales de conflits ont été le fait du "judge-made law" (droit jurisprudentiel). Au cours des dernières années, un certain nombre d'Etats membres ont codifié ou remanié (une partie de) leurs règles de conflits dans leurs textes

de droit international privé (ainsi la Belgique en 2004, les Pays-Bas en 2001, l'Allemagne en 1999, l'Autriche en 1998, l'Italie et le Royaume-Uni en 1995). Concernant les obligations non contractuelles, la proposition de Règlement Rome II se substituerait quasi-intégralement aux dispositions nationales, car il s'agirait de normes dites à caractère universel. Les tribunaux des Etats membres devront donc appliquer ces règles de conflits, même si elles entraînent l'application de la loi d'un autre Etat membre ou d'un pays tiers. Tous les délits civils internationaux devront être jugés selon les dispositions de Rome II, quel que soit le lieu d'établissement ou de résidence des parties concernées⁷, et quel que soit le lieu où le délit a été commis. On l'aura compris, l'impact considérable qu'aura Rome II sur les règles nationales récemment codifiées ne favorise pas le compromis. L'inclusion du principe d'application universelle a également suscité des critiques liées aux questions de compétence⁸. Comme on l'a signalé plus haut, la compétence de la CE à légiférer dans le domaine du droit international privé est encadrée par la nécessité de garantir le bon fonctionnement du Marché intérieur. Les détracteurs estiment qu'il suffit, pour les besoins du Marché intérieur, que Rome II s'applique aux cas où un délit est commis dans un Etat membre.

Objectifs de Rome II

Selon l'Exposé des motifs et les Considérants de la Position commune, l'objectif principal de Rome II est d'accroître la sécurité juridique en permettant aux parties de prévoir quelle loi régira leur responsabilité pour délits civils. Ceci devrait en retour stimuler l'activité (économique) transfrontalière. Dans le même temps, cette prévisibilité ne doit pas l'emporter sur l'équilibre raisonnable entre les intérêts de la victime et ceux de l'auteur du délit⁹. Nous le verrons, cet équilibre est très difficile à atteindre, comme le montre le débat sur les règles de conflits adaptées aux cas de la diffamation et des atteintes à la vie privée. La Commission européenne remarquait dans sa proposition d'origine que dans ces domaines, les règles nationales de conflits diffèrent considérablement et sont souvent floues. Par conséquent, dans ce domaine précis, une harmonisation des dispositions accroîtrait fortement la sécurité juridique¹⁰. Toutefois, le délit de diffamation, ainsi que d'autres atteintes aux droits de la personnalité, sont actuellement exclus du projet Rome II (cf. ci-dessous). Le texte couvrirait de nombreux délits touchant le domaine des médias, allant des plaintes pour concurrence déloyale et violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle, à la responsabilité précontractuelle.

La coexistence de différentes règles nationales de conflits est en outre perçue comme une source (potentielle) de distorsions de la concurrence, ce qui fournit une autre raison d'harmoniser le conflit de lois en matière de délits civils. Une action intentée par une société devant un tribunal d'un Etat membre peut être jugée selon des règles de fond très différentes par rapport à une action similaire intentée par un concurrent auprès d'un autre tribunal. Il faut noter que la création d'une "situation équitable" ne peut pas être un objectif en soi. La CE n'est compétente que pour harmoniser les règles de conflits lorsque le fonctionnement du Marché intérieur l'exige. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a estimé sans équivoque que la seule découverte de disparités entre les règles nationales et le risque théorique d'obstacles à l'exercice des libertés fondamentales ou de distorsion de la concurrence qui peut en résulter ne suffisent pas à justifier le choix de l'article 95 comme base juridique¹¹. L'article 95 étant l'instrument central de l'intégration du Marché intérieur, on peut supposer que le même raisonnement s'applique aux autres articles relatifs au Marché intérieur, notamment l'article 65 du Traité CE. Pour que l'UE agisse, il faut par conséquent que l'écart entre les différentes dispositions de droit international privé ait un effet réel et notable sur le Marché intérieur. Les projets initiaux et ultérieurs n'ont pas précisé si cela était effectivement le cas ou non.

Rome II entend également faciliter la reconnaissance des jugements prononcés dans d'autres Etats membres. Le principe est le suivant : la confiance mutuelle dans les décisions de justice des différents Etats membres est plus grande lorsque ces Etats appliquent les mêmes règles de fond dans des affaires similaires¹². Notons toutefois que, selon le Règlement de Bruxelles, l'exécution d'une décision provenant d'un autre Etat membre ne peut pas être refusée au motif qu'elle n'est pas conforme aux règles de conflits en vigueur dans le for qui reconnaît le jugement.

Rome II devrait en outre présenter l'avantage de décourager le "forum shopping", ou "course aux tribunaux" : si tous les tribunaux appliquent

les mêmes règles de conflits aux affaires de même nature, les parties n'auront alors plus aucun intérêt à choisir, parmi les juridictions, celle qui applique la loi la plus favorable à leur situation¹³. L'anticipation de la loi applicable ne représente bien sûr qu'un facteur (probablement secondaire) dans le choix de la juridiction. Les préférences des parties peuvent également être influencées par des considérations de convenance, de langue, de coûts, ou encore par les avantages et inconvénients du droit procédural d'une juridiction, etc. Notons surtout que la réduction du nombre de tribunaux compétents est la façon la plus évidente d'éviter le "forum shopping".

Principales règles de conflits de lois

Rome II énonce des règles portant sur un grand nombre de délits, qui vont de la responsabilité du fait des produits défectueux aux accidents de la route en passant par la pollution de l'environnement, la violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle, et la publicité déloyale. En sont exclus un nombre limité de thèmes, notamment liés au droit de la famille et à la finance. Comme on l'a signalé plus haut, l'exclusion la plus importante, concernant les médias, réside dans l'article 1 (2) (g) de la Position commune et concerne les obligations non contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.

La proposition comprend trois règles générales de détermination de la loi applicable (présentées dans les articles 4(1), 4(2) et 14), avec des exceptions pour un certain nombre de délits spécifiques, notamment la concurrence déloyale et la violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle, qui seront étudiées séparément ci-après.

Dans la hiérarchie des règles, le délit est soumis :

- 1) à la loi choisie par les parties (liberté de choix, article 14) ou, à défaut,
- 2) à la loi du pays dans lequel le requérant/la personne lésée a sa résidence habituelle (résidence habituelle, 4(2)), ou, à défaut,
- 3) à la loi du pays dans lequel le fait dommageable a été commis (*lex loci delicti commissi*, Art. 4(1)).

Cette dernière règle est courante en Europe. Elle traduit un objectif central de la détermination de la loi applicable en Europe : l'identification du système juridique avec lequel la relation juridique présente le lien le plus étroit, au sens factuel et géographique. La deuxième règle, qui considère le lieu de résidence habituelle (ou d'établissement) comme facteur de rattachement, peut également être rattachée au principe du "lien le plus étroit". Elle découle de l'importance conférée récemment à la fonction indemnitrice du droit de la responsabilité délictuelle, dont les effets se produisent principalement dans la juridiction où réside l'auteur du délit civil et la victime. La règle de la résidence habituelle l'emporte sur la *lex loci delicti*, par exemple, dans le droit international privé belge (article 99 du Code de droit international privé, 2004), néerlandais (article 3(3) loi sur la loi applicable aux délits civils), italien (article 62(2) de la loi de réforme du système italien de droit international privé, 1995¹⁴) et suisse (article 133(1), loi fédérale sur le droit international privé).

Le lieu où le délit a été commis et le lieu de résidence habituelle contribuent donc fortement à déterminer la loi présentant le lien le plus étroit avec une affaire. Mais ces principes ne sont pas gravés dans le marbre. La loi d'un autre pays peut s'appliquer s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le délit ou le fait dommageable présente un lien manifestement plus étroit avec ce territoire (article 4(3)).

Dans Rome II, la primauté est donnée au principe de l'autonomie de la volonté des parties (article 14). Les règles de la *lex loci delicti* et du lieu de résidence habituelle n'entrent en jeu que si les parties ne choisissent pas la loi applicable. Cette liberté de choix est le pendant de la liberté de démarche accordée aux parties en droit privé (fondamental), lorsqu'elles décident par exemple d'initier une action ou d'opter pour un règlement amiable, de limiter ce dernier à certains aspects, etc. Le fait de permettre aux parties de choisir la loi applicable est en outre généralement considéré comme un moyen efficace de garantir la sécurité juridique. En son état actuel, Rome II ménage des exceptions importantes en matière de liberté des parties, par exemple dans le domaine des plaintes pour violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle (voir ci-dessous).

La détermination du lieu de survenance du délit (*locus delicti*)

Nonobstant son âge vénérable et son acceptation généralisée dans toute l'Europe, l'application de la règle de la *lex loci delicti* ne produit pas des résultats tout à fait uniformes. En effet, les Etats membres attachent une importance variable au lieu où le délit a été commis lorsque la cause (le fait) et ses effets (les dommages) sont répartis sur plusieurs territoires (délict plurilocalisés). Dans le secteur des médias et de la communication, de tels faits plurilocalisés sont chose courante. C'est vrai dans la radio-diffusion "traditionnelle" et dans la presse écrite (internationale) mais plus encore, par nature, dans la fourniture de services d'information en ligne.

Actuellement, lors de la détermination du lieu où a été commis le délit en vue de choisir la loi applicable, certains pays tendent à opter pour le lieu où le dommage est survenu (Royaume-Uni, Pays-Bas). Ailleurs, le demandeur se voit offrir le choix entre la loi du lieu où est commis le fait et celui où le dommage est survenu (Allemagne). D'autres pays proposent toutefois des critères généraux afin de déterminer le "lien le plus étroit" dans les situations où le fait et les dommages qui en résultent ne sont pas limités à un seul territoire (Belgique).

La préférence accordée à la loi du pays où survient l'offense s'explique par deux raisons, souvent rappelées. Le lieu où le dommage survient est celui où se trouve la victime (ou ses intérêts concernés) au moment où le délit est commis. On considère qu'il est plus équitable et plus conforme aux attentes légitimes des personnes impliquées de permettre à la victime (passive) de pouvoir se fier à cette loi, plutôt que de permettre à l'auteur du délit (partie active) de s'appuyer sur la loi du territoire où il agit. En outre, parmi les deux fonctions principales du droit de la responsabilité civile délictuelle, qui influence les comportements et les réparations au titre des dommages, c'est la seconde qui est devenue dominante. Il est donc plus logique de favoriser le pays où le dommage survient.

L'exemple habituellement cité, issu de la jurisprudence de la CJCE en matière de délits plurilocalisés, est l'affaire *Bier v. Mines de potasse d'Alsace*¹⁵. Dans cette affaire, la CJCE devait déterminer, en se fondant sur la Convention de Bruxelles de 1968, quel était le tribunal compétent pour connaître d'une action en dommages et intérêts concernant la pollution environnementale : le tribunal de l'endroit où des sels avaient été déversés dans le Rhin (France) ou celui du lieu, en aval, où ces sels avaient produit leurs effets dommageables (dans ce cas : des cultures agricoles aux Pays-Bas). La CJCE a jugé que le demandeur pouvait tenter une action devant les tribunaux de l'un ou l'autre de ces Etats, car le délit avait eu lieu dans les deux pays (*Handlungsort* et *Erfolgort*, comme l'exprime si bien l'allemand).

Dans l'affaire *Shevill*¹⁶, qui a fait date, la CJCE a statué dans le même sens en matière de diffamation : le lieu où agit l'éditeur est son lieu d'établissement, car il constitue le lieu à partir duquel les propos diffamatoires sont exprimés à l'origine et mis en circulation. Tous les lieux où le demandeur est connu et où la publication est diffusée constituent des lieux de matérialisation du préjudice¹⁷. Si la publication est diffusée dans plusieurs pays, le tribunal de chaque Etat est seul compétent pour apprécier la diffamation commise sur "son" territoire. La juridiction de l'Etat d'origine de la publication peut recevoir des plaintes concernant tous les territoires.

La Position commune sur Rome II favorise clairement l'*Erfolgort*. Son article 4 dispose que la loi applicable "celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quel que soit le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent." La CJCE, dans l'arrêt *Marinari*¹⁸ (là encore, dans le cadre de la détermination de la compétence d'un tribunal selon la Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire), a déjà jugé que les conséquences ou les dommages indirects ne constituent pas un facteur de détermination du lieu où le délit a été commis. La CJCE a également estimé que le lieu où surviennent les dommages ne désigne pas le lieu où se matérialise une perte financière (par exemple, le lieu où se trouvent les actifs, qui est souvent le lieu d'établissement). Dans cet esprit, en matière de diffamation, par exemple, c'est le lieu où survient l'atteinte à la réputation qui est pris en compte. Dans le cas d'une violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle, il faut considérer le pays dont le marché se trouve touché (par exemple : opportunités d'exploitation des droits par

leur titulaire). En pratique, c'est souvent le pays pour lequel une protection est réclamée. La *lex loci delicti* coïncide alors avec la *lex protectionis*.

Liberté de choix (autonomie de la volonté des parties)

Le grand avantage du principe de l'autonomie de la volonté des parties est bien entendu qu'il offre à l'auteur du délit civil et à la victime une sécurité juridique quant à la loi à laquelle sont soumises toutes les obligations résultant d'un usage donné. Dans certaines juridictions (les Pays-Bas, par exemple), les parties peuvent effectuer leur choix avant la survenance d'un litige, ce qui peut être un outil particulièrement efficace lorsque des parties se trouvant dans un lien contractuel veulent soumettre à la même loi des questions de nature non contractuelle et celle de la rupture de contrat. Dans d'autres juridictions, le choix ne peut être effectué qu'après la survenance du litige, ce qui était également l'approche retenue dans la proposition d'origine de la Commission européenne pour Rome II. Le Parlement européen a accepté un amendement rendant possible un choix *ex ante* en cas de liens interentreprises. Cette solution a finalement été acceptée par la Commission et le Conseil de l'Union européenne. Pour reprendre la formulation de la Position commune : "[lorsque les parties] exercent toutes une activité commerciale, [elles peuvent choisir la loi applicable] par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage."

Autre point de désaccord : la question de savoir si la liberté de choix doit être étendue à tous les types de délits. L'avant-projet de 2002 n'excluait pas un choix par les parties dans les cas de violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle et d'atteintes aux droits de la personnalité (diffamation, vie privée, et autres thèmes apparentés). Une règle spéciale de conflits en matière de propriété intellectuelle a été introduite dans la proposition "officielle" de 2003 et, par conséquent, la Commission a déclaré dans l'Exposé des motifs que "l'autonomie de la volonté n'est pas admise (...) pour la propriété intellectuelle, matière à laquelle elle n'est pas adaptée." Cette explication semble pour le moins insatisfaisante, si l'on songe que le choix par les parties est possible dans un certain nombre d'Etats membres (tels que la Belgique ou les Pays-Bas)¹⁹.

Lorsqu'il était encore envisagé d'inclure la question de la diffamation, il n'était pas jugé nécessaire d'empêcher un choix par les parties dans les affaires de diffamation. Tant que seul un choix *ex post* était possible, il ne semblait pas nécessaire de protéger la victime, considérée comme la partie la plus vulnérable. On ne sait pas précisément pourquoi la possibilité de choisir la loi applicable dans les affaires de concurrence déloyale a disparu. A un moment donné, quelque part entre la publication de la proposition révisée de la Commission au début de l'année 2006 et l'accord politique sur Rome II quelques mois plus tard, la règle de conflits en matière de concurrence déloyale a été complétée par un paragraphe excluant la détermination de la loi applicable par les parties (article 6(4) de la Position commune). Le Parlement était favorable à la soumission des actions pour concurrence déloyale aux règles générales de l'article 3 ainsi, apparemment, qu'à celle de l'autonomie de la volonté des parties.

L'article 14 dispose que le "choix est exprès ou résulte de façon certaine des circonstances et ne porte pas préjudice aux droits des tiers". Selon la Commission européenne, cette formulation vise à protéger les parties faibles, telles que les consommateurs et les salariés, contre un choix inconsidéré²⁰. La condition d'un accord *ex post* étant posée à l'article 14, il n'est pas possible, aux termes de cette clause, d'inclure un choix qui aura une valeur légale dans les contrats de consommation standard (par exemple licences "shrink wrap" ou "click wrap" et autres licences pour utilisateur final - produits pour lesquels le consommateur accepte de fait les conditions relatives à la licence en ouvrant l'emballage d'un produit acheté, ou en cliquant sur un bouton "J'accepte", dans le cas d'un contenu distribué en ligne - qui comprennent une clause sur la loi applicable non seulement en matière de rupture de contrat, mais aussi de plaintes non contractuelles).

Une limitation générale de la liberté de choix des parties est prévue pour les affaires dont le seul élément "international" est la loi choisie. Les parties peuvent soumettre leur litige à une loi étrangère, même si tous les autres éléments sont liés à une juridiction donnée (par exemple un lieu d'établissement commun, qui est également le lieu où s'est produit le fait donnant lieu à l'action pour délit). Toutefois, en faisant ceci, ils ne peuvent pas contourner les dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger.

Mécanismes de dérogation

La proposition Rome II comprend deux mécanismes de dérogation qui permettent la non application de la loi auquel est soumis le délit selon les règles de choix par les parties ou sur la base du critère du "lien le plus étroit", exprimés dans les articles 4 à 13. L'exception d'ordre public est posée dans l'article 26 de la Position commune (*Vorbehalt Klausel*, ordre public) ; la doctrine des règles prioritaires apparaît à l'article 16 (*Eingriffsnormen*, lois de police, lois d'application immédiate).

La dérogation d'ordre public apparaît depuis longtemps dans les normes nationales et internationales de conflits de lois. Elle a traditionnellement deux fonctions, l'une positive et l'autre négative. Dans sa fonction négative, elle joue un rôle de bouclier contre les dispositions relevant d'une loi étrangère dont l'application irait manifestement à l'encontre des règles fondamentales du for considéré (article 26 de la Position commune).

Dans l'arrêt *Krombach*, la CJCE a dû statuer sur la clause de l'ordre public dans la Convention de Bruxelles, qui autorise le refus de l'exécution d'un jugement étranger. Selon la Cour, le recours à la clause de l'ordre public n'est acceptable que dans l'hypothèse où la décision rendue dans un autre Etat "heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis en ce qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental"²¹. Dans le contexte des conflits de lois, le concept d'"ordre public" est donc bien plus étroit qu'en droit interne. Les droits fondamentaux tels que la liberté d'expression peuvent donner lieu à l'invocation de la clause de l'ordre public, mais sans doute seulement en tant que bouclier contre la loi de pays tiers qui ne protégeraient pas la liberté d'expression à un niveau comparable à celui de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans sa fonction positive, la clause de l'ordre public permet, traditionnellement, à certaines règles propres au for considéré de supplanter (partiellement) la loi qui devrait s'appliquer, non pas parce que les dispositions étrangères sont inacceptables, mais parce que les règles du for sont jugées prioritaires dans les affaires internationales. La fonction positive de la clause de l'ordre public tend de plus en plus à être remplacée par la doctrine des lois de police. La terminologie est parfois déroutante, car en jurisprudence et dans les documents législatifs, le terme d'"ordre public" est parfois utilisé dans sa fonction positive comme étant synonyme de "lois de police".

Les lois de police sont des dispositions relevant du droit semi-public qui remplacent en partie la loi qui devrait normalement s'appliquer, en raison de l'intérêt prioritaire qu'a un Etat à les voir appliquer dans un cas précis. Les critères, tels qu'ils ont été établis par la Cour suprême des Pays-Bas, sont les suivants : 1) il doit exister un lien direct et étroit entre l'affaire et l'intérêt (social ou économique) que prétend servir la loi de police en cause ; et 2) l'intérêt ou les intérêts servi(s) par la loi de police doi(ven)t être supérieur(s) à l'intérêt que présenterait l'application intégrale de la loi qui devrait normalement s'appliquer²².

Propriété intellectuelle

Le projet préliminaire ne comprenait aucune disposition particulière en matière de propriété intellectuelle. Toutefois, pendant la phase de consultation, de nombreuses parties intéressées ont soutenu que Rome II devait, au choix, ne pas couvrir les violations de droits relatifs à la propriété intellectuelle, ou faire appel à la *lex protectionis*, c'est-à-dire garantir l'application de la loi du pays pour lequel une protection est demandée. En pratique, c'est le pays où se produit l'usage (non autorisé) de l'objet protégé – telle qu'une œuvre de l'esprit, un enregistrement sonore ou une émission. Il s'agit du territoire sur lequel le titulaire des droits estime que son droit relatif à la propriété intellectuelle est atteint.

Les parties intéressées ont rappelé l'existence du principe de territorialité dont il est universellement reconnu qu'il sous-tend les droits de propriété intellectuelle. On considère en outre que cette dimension découle des traités multilatéraux qui assurent une protection internationale, entre autres pour le droit d'auteur (copyright) et la propriété industrielle (par exemple, la Convention de Berne de 1886 ou la Convention de Paris de 1883). Certaines parties intéressées ont soutenu que ces instruments internationaux, dans les faits, prescrivaient la *lex loci protectionis*, qui découle du principe de territorialité²³.

Au vu des opinions exprimées pendant la phase de consultation, la Commission européenne a effectivement retenu la *lex protectionis* pour en faire une règle spécifique aux violations de droits relatifs à la propriété intellectuelle. En effet, les règles générales de détermination de la loi applicable "... ne semble[nt] pas compatible[s] avec [les] exigences spécifiques à la matière de la propriété intellectuelle²⁴." La Commission n'a pas expliqué de façon plus précise à quel égard et pourquoi ces règles générales lui semblaient problématiques en matière de propriété intellectuelle.

On s'interroge souvent, dans la doctrine juridique, sur la validité de l'argument selon lequel les traités multilatéraux prescrivent, directement ou indirectement, l'application de la *lex protectionis*²⁵. Le raisonnement selon lequel le caractère territorial des droits de propriété intellectuelle entraînerait nécessairement l'adoption de la *lex protectionis* a été battu en brèche car il est fondé sur des propriétés "circulaires" : l'application territoriale du droit d'auteur et d'autres droits est souvent défendue via l'argument de la souveraineté législative, qui entraîne des différences entre les différents droits nationaux de la propriété intellectuelle, ce qui à son tour justifie l'application territoriale de ces droits. Cette approche ne tient pas compte de la possibilité qui s'offre aux Etats, précisément en raison de leur souveraineté législative, d'adopter des règles de conflits qui prescrivent l'application de normes juridiques étrangères. La nécessité des règles de conflits s'explique par les différences constatées dans les droits (fondamentaux) nationaux. De plus, une vision strictement territoriale de la propriété intellectuelle va dans le sens de l'application de la loi du for, c'est-à-dire de la loi du pays dans lequel le litige est porté devant les tribunaux. Ce n'est pas nécessairement le même pays que le territoire pour lequel une protection est demandée. Ainsi, la principale règle du Règlement de Bruxelles I, qui couvre également la question de la compétence pour les actions concernant la propriété intellectuelle, dispose que le tribunal compétent est celui du lieu où est domicilié le défendeur.

En outre, en matière de droit d'auteur et de droits voisins, du moins, la lecture historique et téléologique des traités ne confirme pas l'argument selon lequel ils prescriraient la *lex protectionis*. Tout le droit international de la propriété intellectuelle est construit sur le traitement national, associé à des droits fondamentaux minimaux. Les rédacteurs de la Convention de Berne et des traités ultérieurs sur le droit d'auteur et les droits voisins n'ont pas élaboré ces textes en contemplation des règles de conflits particulières. Ceci est compréhensible, car la Convention de Berne date d'une époque où le droit d'auteur était encore une discipline jeune du droit privé, dont la définition n'était pas arrêtée. De même, le développement du droit international privé s'est produit à un carrefour et a fait appel à des méthodes très variées pour déterminer la loi applicable parmi les différentes lois "en concurrence".

Ayant ses racines dans les privilèges relatifs à l'impression, le droit d'auteur était considéré par beaucoup comme strictement territorial dans son existence et son fonctionnement, voire, comme appartenant (encore) au domaine du droit public, ce qui aurait pu l'exclure complètement du droit international privé. La position floue du droit d'auteur dans le droit privé à la fin du XIX^e siècle explique également pourquoi certains pays ne garantissaient pas aux auteurs étrangers une protection sur la base de clauses générales d'égalité de traitement. De telles clauses, reconnaissant que les étrangers ont les mêmes droits et obligations en droit privé que les ressortissants nationaux, ont été inscrites dans les codes civils au cours du XIX^e siècle. D'autre part, le manque de protection des auteurs étrangers dans les textes généraux a favorisé la conclusion de traités bilatéraux, puis, plus tard, multilatéraux sur le droit d'auteur. Ces traités se sont concentrés sur une harmonisation *de facto* des normes fondamentales. Lorsque l'harmonisation était prématurée, les Etats avaient consenti à accorder aux auteurs étrangers un traitement égal ("traitement national" ou "assimilation") à celui des auteurs nationaux, parfois associé à des exigences de réciprocité²⁶.

Il est vrai qu'une lecture littérale de l'article 5(3) de la Convention de Berne sur le traitement national (et des dispositions similaires des traités plus récents) peut donner le sentiment qu'il comprend effectivement une règle de conflits. L'article 5(1) exprime le principe clé du traitement national, à savoir que les auteurs ressortissant d'états contractants jouissent des droits accordés aux auteurs nationaux, avec la protection minimale définie par les articles fondamentaux de la Convention de Berne. L'article 5(2) précise ensuite : "La jouissance et l'exercice de ces droits ne sont subordonnés à aucune formalité ; cette jouissance et cet exercice

sont indépendants de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre. Par suite, en dehors des stipulations de la présente Convention, l'étendue de la protection ainsi que les moyens de recours garantis à l'auteur pour sauvegarder ses droits se règlent exclusivement d'après la législation du pays où la protection est réclamée."

Beaucoup voient dans cette dernière phrase une règle de conflits. Toutefois, une analyse de l'objectif et de l'évolution de la formulation de l'article 5(2) au fil du temps montre que ce n'est pas le cas. L'article 5(2) se contente de réaffirmer deux points convenus dès l'origine, mais que les tribunaux de certains états contractant n'ont, dans un premier temps, pas interprété correctement lorsqu'ils ont dû trancher des litiges concernant les droits d'auteur d'étrangers²⁷. Le premier point est que la protection des auteurs étrangers ne saurait être soumise à quelque formalité que ce soit (que les auteurs nationaux aient ou non à se plier à des formalités). Le second point est qu'aucune protection réciproque, quelle qu'elle soit, ne peut être exigée à moins que la Convention de Berne ne le précise explicitement. Autre argument allant à l'encontre d'une interprétation de l'article 5(2) dans le sens d'une *lex protectionis*, il y est question du "pays où la protection est réclamée", ce qui dans tous les cas, désigne la loi du for.

Il ressort également de façon évidente des différentes lois nationales qu'une interprétation strictement territoriale de la propriété intellectuelle ne fait pas l'objet d'une acceptation universelle et que le champ d'application de la *lex protectionis* est parfois limité. Un certain nombre de lois nationales soumettent les questions de contrefaçon à la loi du lieu où se produit l'usage, mais d'autres questions, telles que la propriété, au droit du pays d'origine (Grèce, Portugal)²⁸.

D'autres lois nationales fournissent une règle de conflits spécifique à la propriété intellectuelle, couvrant tous les aspects – la contrefaçon, mais aussi l'existence, le champ d'application et la durée, généralement, ainsi que les questions de propriété et de transférabilité. La gamme des règles de conflits comprend, de façon non limitative, l'usage de la *lex protectionis*²⁹.

Cependant, le fait que les traités internationaux ne prescrivent pas la *lex protectionis* ne signifie pas que cette règle de conflits n'est pas adaptée à la propriété industrielle et à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins. Au contraire, on peut dire que c'est une règle appropriée, au moins pour les questions d'existence, de champ d'application et de durée des droits, étant donné la logique des instruments en matière de droit d'auteur et de droits voisins. Les droits de la propriété intellectuelle déterminent un équilibre entre ce qui relève du domaine public et ce qui n'en relève pas, dans une tentative de rendre justice tant aux créateurs ou producteurs individuels qu'aux intérêts de la communauté, ceci dans un climat national optimal pour la production ainsi que la diffusion des biens et des services d'information.

Si la loi applicable devait se fonder sur un lieu autre que le lieu d'utilisation (par exemple sur le pays d'origine), la cohérence du système national de propriété intellectuelle serait en danger. L'utilisation transfrontalière de produits et de services d'information est devenue courante (par exemple la musique et les logiciels). L'utilisation locale ne serait pas soumise au droit étranger seulement ponctuellement, mais systématiquement, et dans un nombre élevé de cas. Afin de conserver cet équilibre qui a été trouvé au niveau national, il faut permettre à la loi du lieu d'usage de s'appliquer.

La définition des actes constituant une violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle ne peut pas être séparée de la question de l'existence de ce droit, de son champ d'application et de son ancienneté. On peut soutenir que ces deux questions devraient par conséquent être soumises à la loi du lieu d'utilisation ou *lex protectionis*.

La même affirmation n'est pas nécessairement vraie en ce qui concerne les conséquences juridiques de la contrefaçon. On peut imaginer que la loi du lieu de résidence habituelle du détenteur des droits et du contrefacteur gouverne les voies de droit disponibles et les questions telles que la responsabilité. Il est également difficile de comprendre pourquoi les parties à un litige portant sur une contrefaçon ne pourraient pas choisir la loi applicable, du moins en ce qui concerne tous les aspects autres que la légalité ou l'illégalité du fait commis. Lorsque plusieurs juridictions sont potentiellement impliquées, comme cela peut être le cas avec la radiodiffusion par satellite ou la publication sur un site Web, la

résolution d'un conflit peut être facilitée par le fait d'accorder la liberté de choix aux parties. De même, le détenteur des droits et l'auteur présumé de la contrefaçon, opposés par un litige fondé sur un lien contractuel (licence d'exploitation, contrat de production, etc.) auraient tout à gagner de pouvoir soumettre l'ensemble des conséquences juridiques de la contrefaçon constatée à la loi qui régit le contrat.

En l'état actuel de la proposition Rome II, on ne constate aucune amélioration de la sécurité juridique, ni pour les détenteurs de droits de propriété intellectuelle, ni pour les utilisateurs. Ils ne peuvent pas compter sur l'application de leur "propre" droit en cas de litige les opposant à une entreprise du même pays. Le choix par les parties n'est jamais autorisé, pas même en matière de responsabilité précontractuelle (transactions antérieures) résultant de l'échec de négociations portant sur des contrats de propriété intellectuelle (article 13 de la Position commune Rome II). Or, aux termes de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (1980), les parties à un accord impliquant la propriété intellectuelle sont libres de choisir la loi qui gouverne leurs droits et obligations contractuels.

En outre, l'application sans conditions de la *lex protectionis* s'avère problématique dès lors que l'on considère la nature immatérielle des créations intellectuelles, ainsi que l'omniprésence des technologies de communication modernes. Dans de nombreux cas, on assiste à une utilisation simultanée de l'objet protégé dans plusieurs pays, ce qui expose le fournisseur de contenu à des responsabilités dépendant de plusieurs lois (contradictoires). Une émission diffusée par satellite peut être émise depuis un territoire et reçue dans tous les pays couverts par le satellite, que le programme leur soit ou non destiné. Le fait de rendre disponible un fichier musical sur un serveur en ligne dans un pays le rend, dans le principe, accessible dans le monde entier. Des copies peuvent apparaître sur des serveurs "cache" situés ailleurs. Pendant le transport d'un fichier de A à B, des routeurs déterminent quels pays traversent les paquets de données (ou leurs copies) qui constituent le fichier. On peut se demander si tous les territoires où une œuvre ou toute autre création intellectuelle est reproduite ou communiquée devraient être considérés comme des "lieux d'utilisation" à des fins de détermination de la loi applicable³⁰. Même si un critère supplémentaire était introduit afin de limiter le nombre de lois applicables aux Etats présentant un lien étroit avec l'affaire, un grand nombre de lois nationales seraient encore susceptibles de s'appliquer. Appliquer une loi unique, du moins au niveau de la détermination des conséquences juridiques de la contrefaçon, pourrait simplifier les choses.

L'approche territoriale retenue dans Rome II semble interdire l'élaboration de critères en matière de contrefaçon, visant à identifier la juridiction avec laquelle il existe un lien étroit réel. De ce point de vue, il pourrait être préférable d'exclure de Rome II les délits liés à la propriété intellectuelle, de façon à permettre aux tribunaux des Etats membres d'élaborer des règles de conflits adaptées à des contrefaçons constatées en plusieurs lieux à la fois.

Concurrence déloyale

Aux termes de l'article 6 de la Position commune, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être. Le considérant 19 présente cette règle comme un éclaircissement de la règle de la *lex loci delicti*; en d'autres termes, le territoire où se produit l'acte illégal est considéré comme le marché où les relations de concurrence ou les intérêts des consommateurs sont touchés. Dans un certain nombre d'Etats membres, cette "règle du marché" est déjà mentionnée explicitement (par exemple en Autriche, en Espagne et aux Pays-Bas). Les parties à un litige en matière de concurrence déloyale ne sont pas libres de choisir la loi applicable (article 6(4) de la Position commune Rome II). La Position commune ne précise pas ce qui a provoqué ce revirement, car la première proposition de la Commission européenne prévoyait la liberté de choix.

Si l'acte contraire à la concurrence ne vise qu'un seul concurrent (c'est-à-dire si les intérêts des autres concurrents ou des consommateurs ne sont pas directement touchés), la règle générale de l'article 4 de la Position commune Rome II s'applique – par exemple lorsqu'un concurrent incite à la rupture de contrat ou dévoile des secrets commerciaux.

En pratique, l'exception signifie qu'un litige portant sur des actes de concurrence déloyale, sur un marché étranger et entre des sociétés établies dans le même pays, sera jugé selon la loi du territoire où elles sont toutes deux établies. Autre possibilité : lorsque les concurrents se trouvent dans une relation contractuelle en rapport avec l'action pour concurrence déloyale (par exemple divulgation ou transmission d'informations commerciales confidentielles), la loi qui régit leur contrat s'applique également au délit. Toutefois, la présence du statut du contrat ne doit pas être acceptée comme allant de soi, puisque l'article 4(3) est considéré comme une exception et doit être appliqué avec réserve.

Curieusement, cet écart par rapport aux règles du marché ne va pas jusqu'à autoriser les parties à un litige qui ne concerne que leurs relations de concurrence à choisir la loi applicable. L'article 6(4) exclut explicitement le choix par les parties sous forme d'un accord. Ceci semble insatisfaisant, car des plaintes pour concurrence déloyale peuvent résulter de litiges sur des contrats ou des négociations antérieures (par exemple responsabilités précontractuelles) or pour ces catégories, les parties sont libres de choisir la loi applicable. Pour les contrats, ceci découle de la Convention de Rome de 1980 et pour la responsabilité précontractuelle, des articles 12 et 14 de la Position commune. Il est évidemment dans l'intérêt des parties de pouvoir choisir une loi qui couvrira à la fois les aspects contractuels et les aspects annexes non contractuels de leur lien.

Diffamation et droits de la personnalité

Concernant la diffamation et les autres atteintes aux droits de la personnalité, il n'existe pas au niveau européen de norme harmonisée inspirée de droits fondamentaux³¹. Dans ce domaine, il faut maintenir un équilibre entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée. Il existe donc bien sûr un cadre de référence commun, défini dans les articles 10 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, les droits nationaux reflètent des conceptions très différentes des "droits de la personnalité", ce qui explique en partie pourquoi les Etats membres ont eu des difficultés à convenir d'une règle de conflits en matière de diffamation.

Ainsi, en Allemagne, la position des personnes affectées par des publications dans les médias est encadrée en termes de droit général (constitutionnel) de la personnalité, qui se traduit en un droit fondamental que la loi reconnaît dans le droit civil³². Les atteintes aux droits de la personnalité peuvent donner lieu à poursuite civile aux termes de la disposition générale sur les délits civils du Code civil (article 823(1) *Bürgerliches Gesetzbuch*). Ni le droit français, ni le droit anglais ne reconnaissent un droit de la personnalité général similaire. En droit anglais, les droits de la personnalité sont reconnus de façon dispersée au sein des délits particuliers. Parmi ceux-là, le délit de diffamation est d'une importance capitale, car il protège les droits de la réputation et, dans une mesure très limitée, ceux au respect de la vie privée³³. Les atteintes à la vie privée ne peuvent pas en tant que telles donner lieu à poursuite civile. Comme le droit allemand, le droit français comprend une disposition à caractère général sur les dommages civils (article 1382 du Code civil). Toutefois, il existe dans le droit français un lien fort entre les infractions de presse et la responsabilité civile. Les délits de presse sont régis par les articles 23 et suivants de la loi française sur la liberté de la presse de 1881³⁴ et ont la priorité sur les règles générales de la responsabilité pour délit. Par conséquent, les délits tels que la diffamation ne peuvent pas donner lieu à poursuite selon l'article 1382 du Code civil, à moins que les faits soient passibles d'une peine aux termes de la loi sur la liberté de la presse. L'article 1382 a toutefois une fonction résiduelle, par exemple pour les délits qui ne sont pas ou plus réglementés par la loi française sur la liberté de la presse³⁵.

Autre élément de complication : la caractérisation, dans les lois nationales, des droits de réponse. La Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière se contente d'enjoindre aux états contractants (dans une disposition non spécifique) de mettre en place un droit de réponse en radiodiffusion. Ceci n'a bien sûr pas d'effet direct dans les relations horizontales entre la presse et le grand public. Dans l'UE, le droit de réponse est harmonisé de façon minimaliste via la Directive "Télévision sans frontières", qui ne concerne que la diffusion par télévision. Pour les autres médias, le Conseil de l'UE a récemment adopté une position commune (Dossier interinstitutionnel COD/2004/0117) sur une recommandation du Conseil et du Parlement qui suggère aux Etats membres de

garantir "un droit de réponse ou des voies de droit équivalentes pour les médias en ligne, dans le respect des dispositions juridiques nationales et constitutionnelles et sans préjudice de la possibilité d'adapter ses modalités d'exercice, afin de prendre en compte la spécificité de chaque média."

Faute d'une véritable harmonisation, les règles nationales sur le droit de réponse continuent à refléter des conceptions différentes et occupent des positions variées dans chaque cadre légal. Aux Pays-Bas, par exemple, le droit de rectification de l'article 2:167 du *Burgerlijk Wetboek* (Code civil) est un corollaire du droit général à réparation pour les faits dommageables (article 2:167 du Code civil, globalement équivalent à l'article 1382 du Code civil français et à l'article 823 du Code civil allemand)³⁶. En Allemagne, le droit de *Gegendarstellung* est réglementé dans les lois sur la presse et la radiodiffusion des Länder et se caractérise comme un thème particulier du droit des médias, n'entrant pas dans le domaine normal de la responsabilité pour délits civils et de ses normes en matière de délits et de dommages. Par conséquent si, dans une affaire internationale, un tribunal estime que la loi néerlandaise est applicable à une publication présumée abusive, il tombe sous le sens que le droit de rectification de l'article 6:167 du Code civil peut également être invoqué. Toutefois, si le tribunal conclut que c'est le droit de la responsabilité délictuelle allemand qui régit la publication – par exemple parce que c'est l'un des pays de réception – il n'est pas évident que le droit de réponse tel que réglementé dans la loi allemande des médias s'appliquera également.

L'avant-projet de proposition Rome II de 2002 comprenait un article sur la diffamation disposant, d'une part, que le droit de réponse et les voies de droit équivalentes seraient régies par la loi du pays dans lequel le radiodiffuseur ou l'éditeur est établi et, d'autre part, que le caractère illégal de la publication ou de l'émission diffusée serait soumis à la loi du pays où la victime a sa résidence habituelle au moment du délit ou du fait dommageable. Cette orientation sur la victime a donné lieu à de nombreuses critiques pendant la phase de consultations. Les secteurs de l'édition et des médias, notamment, refusaient de se voir exposés, sur la base de Rome II, à des responsabilités relevant de lois qui ne favoriseraient pas la liberté d'expression. De plus, avec la règle proposée, il devenait envisageable qu'une loi régisse le caractère légal d'une publication même si celle-ci n'était pas diffusée dans le pays de résidence du demandeur. Rome II modifierait notamment fortement l'exposition des médias établis au Royaume-Uni aux plaintes pour diffamation et aux actions de nature similaire. Selon la loi de 1995 sur le droit international privé (Dispositions diverses), la "double actionability" (applicabilité cumulative des lois) est en effet abolie pour d'autres délits, mais maintenue pour la diffamation³⁷. Pour dire les choses simplement, selon la règle de "double actionability", un éditeur poursuivi devant les tribunaux anglais ne peut être tenu responsable d'une diffamation relevant d'une loi étrangère donné (par exemple celui du pays où a lieu la publication) si les faits constituent un délit à la fois en droit étranger et en droit anglais. Les médias étaient en faveur d'une règle fondée sur le lieu d'établissement de l'éditeur/du radiodiffuseur, ou d'une exclusion complète de la diffamation.

Dans la proposition de 2003, la diffamation et les faits dommageables similaires sont soumis aux règles générales (*lex loci delicti* et règle de la résidence habituelle). Il est bien précisé que la loi étrangère doit être écarté en faveur du *lex fori* si elle est incompatible avec l'ordre public du for en matière de liberté de la presse. Il est difficile de déterminer si le critère de l'ordre public est ici différent de celui qui apparaît à l'article 26, étudié plus haut.

En première lecture, le Parlement européen a estimé que le pays présentant le lien le plus étroit avec la violation constatée devait être le territoire vers lequel la publication ou le service de radiodiffusion était principalement dirigé, ou celui où était exercé le contrôle éditorial. En outre, le Parlement a adopté un amendement ayant pour effet de soumettre à la loi du pays d'établissement du radiodiffuseur ou de l'éditeur, non seulement le droit de réponse, mais aussi toute mesure préventive concernant le contenu d'une publication ou d'une émission radiodiffusée. Ces amendements n'ont pas été acceptés par la Commission européenne. Les règles de conflits des Etats membres ne donnent généralement pas une priorité directe aux intérêts des médias sur ceux des personnes (morales) dans la protection de leur réputation et de leur vie privée. Le groupe de travail du Conseil a ensuite examiné toutes les options envisageables, sans parvenir à un accord.

Rome II : une amélioration ?

Par conséquent, la Commission européenne a exclu de sa proposition révisée de février 2006 la diffamation et les atteintes à la vie privée ainsi qu'aux autres droits de la personnalité par les médias. Le concept de "médias" aurait englobé la radiodiffusion via la télévision et la radio, ainsi que les médias écrits, y compris leur diffusion sur Internet. Il est toutefois apparu qu'il n'existait aucun consensus sur la signification exacte du terme "médias". Le Conseil de l'Union européenne a donc décidé d'abandonner complètement les questions de diffamation et d'atteintes aux droits de la personnalité.

Il est peu probable que le Parlement européen renonce à cette clause sans en débattre en deuxième lecture. Le rapporteur Wallis a déjà déclaré qu'une réglementation qui ne couvrirait pas la diffamation et les sujets connexes n'était pas acceptable. Il est toutefois plus qu'improbable que la diffamation soit réintroduite dans le texte. Le sujet demeurera d'actualité en raison de la clause de réexamen : selon l'article 30 de la Position commune sur Rome II, la Commission européenne doit présenter un rapport, au plus tard quatre ans après l'entrée en vigueur du Règlement, examinant les obligations non contractuelles découlant des atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation.

Il ressort de ce qui précède que la proposition Rome II n'amènera sans doute pas une augmentation significative de la sécurité juridique pour les radiodiffuseurs ou les médias en général. Les dispositions en matière de propriété intellectuelle ne correspondent pas aux réalités d'un monde "en réseau". La proposition n'offre aux parties à un litige (futur) qu'une liberté très limitée dans la détermination de la loi applicable, et elle exclut tout choix dans les affaires de violation de droits relatifs à la propriété intellectuelle et d'actes de concurrence déloyale. La situation au regard de la diffamation et des questions voisines reste inchangée ; dans ce domaine, la prévisibilité en matière de loi applicable ne sera donc nullement améliorée. Autre sujet épineux et qui demeure flou : les rapports de Rome II avec les autres instruments, notamment la Directive sur le commerce électronique³⁸, la Directive "Télévision sans frontières" et le texte qui a vocation à lui succéder, la Directive sur les services de médias audiovisuels³⁹. Quels effets ont les principes de "contrôle par l'Etat d'origine" et de "pays d'origine" de ces directives sur la loi applicable tel que déterminée par la réglementation Rome II ? La place à donner aux diverses formes du principe de reconnaissance mutuel les autres directives peuvent être réconciliées avec les dispositions de Rome II.

- 1) Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 2001/L 12. Le Danemark n'est pas lié par le Règlement Bruxelles I (mais il l'est par la Convention de Bruxelles), car il a négocié une exception générale (de même que le Royaume-Uni et l'Irlande) concernant toutes les dispositions communautaires portant sur le droit privé international. Le Royaume-Uni et l'Irlande se sont déclarés liés par le Règlement de Bruxelles et ont annoncé leur intention de se soumettre également au Règlement Rome II.
- 2) Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM(2005), 650 final du 15 décembre 2005.
- 3) Voir également, Mireille van Echoud, "Conseil de l'Union européenne : La diffamation par les médias exclue de la position commune sur Rome II", IRIS 2006-7: 5, disponible sur <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/7/article6.fr.html>
- 4) Règlement (CE) 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen, Règlement (CE) 1348/2000 du 29 mai 2000 sur la signification et la notification d'actes judiciaires ou/et extrajudiciaires, Règlement 1206/2001 du 28 mai 2001 sur l'obtention des preuves et Directive 2003/8/CE du 27 janvier 2003 sur l'aide juridique. Des propositions sont également en cours d'élaboration en vue d'un règlement portant création d'une procédure européenne d'injonction de payer ainsi que d'une procédure de règlement des litiges portant sur des montants de faible importance.
- 5) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), COM (2003)427 du 22 juillet 2003.
- 6) En matière de mise en application des droits de la propriété intellectuelle, la dernière initiative (controversée) de la Commission européenne porte sur les sanctions criminelles et non sur les recours civils (Proposition modifiée de Directive relative aux mesures pénales visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle, COM (2006) 168 du 26 avril 2006).
- 7) Cf. aussi le Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire : dans le principe, ces dispositions ne se substituent aux dispositions nationales que si le défendeur est établi dans l'UE.
- 8) O. Remien, *European Private International Law, the European Community and Its Emerging Area of Freedom, Security and Justice* (Le droit privé international européen, la Communauté européenne et son espace naissant de liberté, de sécurité et de justice), dans : *Common Market Law Review* 2001, 53-86 ; I. Thoma, "La définition et l'exercice des compétences externes de la Communauté européenne au domaine de la coopération dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière", dans : *European Review of Private Law* 2002, p. 397-416.
- 9) Exposé des motifs de la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II"), COM(2003) 427 final, p. 7, 12 et suivantes. [ci-après : Exposé des motifs de la Proposition Rome II de 2003].
- 10) Exposé des motifs de la Proposition Rome II de 2003, p. 17.
- 11) Affaire 45/86 [ECR 1987, 2671], *Système des préférences généralisées* (Commission contre Conseil). 84
- 12) Exposé des motifs de la Proposition Rome II de 2003, p. 7.
- 13) *Ibid.*
- 14) La loi italienne exige en outre que l'auteur du délit et la victime aient la même nationalité.
- 15) Bier v. Mines de Potasse, CJCE, 30 novembre 1976, affaire 21/76, [1976] ECR III-1735.
- 16) Shevill v. Presse Alliance, CJCE, 7 mars 1995, affaire C-68/93, [1995] ECR 471.
- 17) *Ibid.*
- 18) Marinari v. Lloyds, CJCE, 19 septembre 1995, affaire C-364/93, [1995] ECR I-2719.
- 19) Cf. également l'article 110 de la LDIP suisse : les droits de la propriété intellectuelle sont régis par la *lex protectionis*, mais en cas de violation, les parties peuvent convenir de l'application de la *lex fori* en ce qui concerne les conséquences juridiques de l'acte illicite. La question de savoir si le choix des parties devrait être limité au droit du for (comme l'affirme le droit suisse) est discutable.
- 20) Exposé des motifs de la Proposition modifiée de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles du 21 février 2006, COM(2006) 83 final, p. 3.
- 21) CJCE, 28 mars 2000, affaire C-7/98 Krombach [2000] ECR I-1935.
- 22) Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad*) 13 mai 1966 [1967] NJ 3 (*Altnati*), 23 octobre 1987, [1988] NJ 842 (*Sorensen*), 16 mars 1990, [1990] Ars Aequi 556 (*Bredius Museum*).
- 23) Voir les contributions soumises lors des consultations sur le projet préliminaire sur http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/wai/news_summary_rome2_en.htm
- 24) Proposition Rome II COM 2003(427), p : 20.
- 25) Pour une étude de la doctrine, cf. Mireille van Echoud, *Choice of law in copyright and related rights. Alternatives to the lex protectionis*. (Le choix de loi dans le droit d'auteur et les droits voisins. Les solutions autres que la *lex protectionis*) The Hague : Kluwer Law International 2003, p. 95 et suivantes.
- 26) Pour une analyse approfondie de l'étendue du choix de loi dans les traités sur le droit d'auteur et les droits voisins, cf. Mireille van Echoud, *op. cit.*, chapitre 4.
- 27) *Ibid.*, p. 67-70.
- 28) Cf. K. Siehr, *Das Urheberrecht in neuen IPR-Kodifikationen* (Le droit d'auteur dans les récentes codifications du droit international privé), [1988] *UFITA* 108, p. 9-25 ; article 67 de la loi grecque sur le droit d'auteur, les droits voisins et les questions culturelles, 1993.
- 29) Le droit international privé suisse comprend ainsi une *lex protectionis* classique : "Les tribunaux (...) du lieu où la protection est invoquée sont compétents pour connaître des actions portant sur les droits de propriété intellectuelle." Le Code belge de droit international privé présente une disposition similaire, mais utilise le critère général des liens les plus étroits pour déterminer le titulaire d'origine d'un droit de propriété industrielle (article 93). La loi italienne sur le droit international privé considère que le lieu d'utilisation est un facteur de rattachement. Le droit international privé autrichien mentionne le lieu d'utilisation et le lieu où survient le fait dommageable comme des facteurs de rattachement pour les questions de propriété intellectuelle.
- 30) Ceci est bien sûr également controversé en matière de droit fondamental du droit d'auteur. L'article 5(1) de la Directive sur la société de l'information dispose par exemple que la reproduction d'une œuvre ne constitue pas une infraction si elle concerne une copie éphémère n'ayant aucune valeur économique propre, réalisée uniquement aux fins d'une distribution dans un réseau par un intermédiaire (par exemple une société responsable de routeurs Internet, un fournisseur d'accès responsable d'un serveur proxy) pour des tiers. La question de savoir quelle copie exactement tombe sous le coup de l'article 5 est controversée. Cf. par exemple le rapport du 21 septembre 2001 sur la mise en œuvre de la directive dans le droit néerlandais par la *Studiecommissie Informatiematenschap* (Commission d'étude sur la société de l'information) du groupe néerlandais ALAI (*Vereeniging voor Auteursrecht*).
- 31) Le Comité directeur sur les médias et les nouveaux services de communication (CDMC) du Conseil de l'Europe a entrepris d'aligner au moins les législations nationales relatives à la diffamation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/5/article5.fr.html>
- 32) Pour une analyse dans le domaine des médias, cf. M. von Hinden, *Persönlichkeitsverletzung im Internet* (Violation des droits de la personnalité sur Internet), Tübingen : Mohr Siebeck 1999.
- 33) Pour une analyse de la protection des droits de la personnalité (en matière d'économie et de dignité) dans le droit anglo-saxon, cf. H. Beverley-Smith, *The Commercial Appropriation of Personality* (L'appropriation commerciale de la personnalité), Cambridge: Cambridge University Press 2002.
- 34) Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, version consolidée au 19 avril 2006, <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PCEAA.htm>
- 35) Sur les rapports entre délits civils dans les médias et délits de presse, cf. N. Mallet-Pouhol, "De la cohabitation entre la loi du 29 juillet 1881 sur la presse et l'article 1382 du Code Civil", *Légipresse* n° 234-II, septembre 2006, p. 93-100.
- 36) Dans le principe, les critères habituels s'appliquant au délit (acte dommageable, dommages, lien de cause à effet entre l'acte et les dommages) doivent être remplis, mais une rectification des informations erronées peut aussi être ordonnée si le défendeur ignorait (n'avait pas besoin de savoir) que les faits rapportés étaient erronés ou fallacieux et par conséquent non fiables (article 2:167(2) du Code civil néerlandais).
- 37) Cf. http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1995/Ukpga_19950042_en_1.htm#tcon
- 38) Cf. M. Helner, *The country of origin principle in the E-commerce directive - A conflict with conflict of laws?* (Le principe du pays d'origine dans la Directive sur le commerce électronique - Un conflit avec le conflit de droits ?) *European Review of Private Law* 2004/2, p. 193-213 ; M. Vermeer, *Electronic unfair competition and applicable law, an open spot in the European jungle* (La concurrence déloyale électronique et le droit applicable ; une clairière dans la jungle européenne), vol. 7.5 *Electronic Journal of Comparative Law* (<http://www.ejcl.org>), A. Dickinson *Cross border torts in EC courts - a response to the proposed Rome II Regulation*, (Les délits transfrontaliers dans les cours de la CE - réaction à la proposition de Règlement Rome II) *European Business Law Review* 2002-5, p. 369-388.
- 39) COM(2005) 646 final. Voir en outre, Susanne Nikoltchev, "Commission européenne : Projet de directive sur les services de médias audiovisuels", IRIS 2006-1: 5, disponible sur : <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/1/article7.fr.html>