



# Responsabilité et compétence dans les affaires de diffamation en ligne



Étude du Conseil de l'Europe  
DGI(2019)04  
Rapporteur: Emeric Prévost

Préparée par le Comité d'experts sur les  
dimensions des droits de l'homme dans le  
traitement des données et les différentes  
formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT)





DGI(2019)04

**Étude sur les formes de responsabilité et questions  
de compétence juridictionnelle relatives à l'application du droit civil  
et administratif en matière de diffamation dans les États membres  
du Conseil de l'Europe**

Préparée par le Comité d'experts sur les dimensions des droits de l'homme  
dans le traitement automatisé des données et les différentes formes  
d'intelligence artificielle (MSI-AUT)

Rapporteur : Emeric Prévost

Edition anglaise :

*Liability and jurisdictional issues in defamation cases*

*Les vues exprimées dans cet ouvrage sont de la responsabilité des auteurs et ne reflètent pas nécessairement la ligne officielle du Conseil de l'Europe.*

Toute demande de reproduction ou de traduction de tout ou d'une partie de ce document doit être adressée à la Direction de la communication (F-67075 Strasbourg ou [publishing@coe.int](mailto:publishing@coe.int)). Toute autre correspondance relative à ce document doit être adressée à la Direction générale Droits de l'Homme et Etat de droit.

Couverture : Service de la production des documents et des publications (SPDP), Conseil de l'Europe

Photo: Shutterstock

Cette publication n'a pas fait l'objet d'une relecture typographique et grammaticale de l'Unité éditoriale du SPDP.

© Conseil de l'Europe, septembre 2019

Imprimé dans les ateliers du Conseil de l'Europe

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	5
<b>1) Recherche opportuniste de juridiction dans les affaires de diffamation</b> .....	6
(i) le phénomène du « forum shopping » .....	6
(ii) Forum shopping dans les affaires de diffamation et risques du point de vue des droits de l’homme .....	7
(iii) Tentatives d’adoption de mesures à l’égard du « forum shopping » et de ses effets négatifs .....	9
<b>2) Questions abordées et méthodologie de l’étude</b> .....	10
<b>FORUM SHOPPING ET RÈGLES EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE ET LA RECONNAISSANCE ET L’EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS</b> .....	12
<b>1) Règles de compétence internationale directe et risques de forum shopping connexes</b> .....	13
(i) Le domicile du défendeur et le principe de la <i>lex loci delicti</i> – rappel .....	13
(ii) Délits complexes – considérations générales .....	14
(iii) Délits complexes en matière de diffamation et approche de la CEJ .....	14
(iv) Règles de compétence internationale directe dans le régime de la Convention de Lugano .....	16
(v) Les règles de compétence internationale directe dans le contexte du Brexit .....	17
<b>2) Le forum shopping et les règles de reconnaissance et d’exécution des jugements étrangers</b> .....	18
(i) L’exception d’ordre public .....	19
(ii) Exception de fraude à la loi .....	21
(iii) Exception de chose jugée ( <i>res judicata</i> ) .....	21
<b>RECENSEMENT DES FACTEURS SUSCEPTIBLES D’INFLUER SUR LA PRATIQUE DU FORUM SHOPPING EN MATIÈRE DE DIFFAMATION</b> .....	23
<b>1) Délais de prescription</b> .....	23
<b>2) Charge de la preuve et exigences en matière de preuve</b> .....	25

<b>3) Action en constatation négative (action déclaratoire négative)</b> .....	27
<b>4) Jugement par défaut</b> .....	<b>28</b>
<b>5) Type et montant des dommages-intérêts</b> .....	29
<b>6) Le coût de la procédure</b> .....	30
<b>7) Financement par une tierce partie</b> .....	31
<b>8) Injonctions judiciaires et infraction d'outrage au tribunal</b> .....	33
<b>9) Abus de droit</b> .....	33
<b>10) Doctrine du forum non conveniens</b> .....	34
<b>11) Règles de conflit de lois</b> .....	36
<b>CONCLUSION</b> .....	38
<b>TABLEAUX</b> .....	41
<b>TABLEAU 1. États appliquant les instruments du régime de Bruxelles</b> .....	41
<b>TABLEAU 1. État actuel du droit de l'UE concernant les règles relatives à la compétence internationale directe</b> .....	41
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	42

## INTRODUCTION

Dans le mandat du Comité directeur sur les médias et la société de l'information (CDMSI) pour l'exercice biennal 2018-2019, le Comité des Ministres a demandé au Comité directeur de réaliser une étude sur « un possible instrument normatif sur les formes de responsabilités et les questions juridictionnelles liées à l'application des lois civiles et administratives sur la diffamation dans les États membres du Conseil de l'Europe » ; et ce par le biais du Comité d'experts sur les dimensions des droits de l'homme dans le traitement automatisé des données et les différentes formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT), structure subordonnée nommée par le Comité des Ministres pour faciliter le travail du CDMSI.

Lors de sa première réunion, le 6-7 March 2018, le comité d'experts a décidé de nommer M. Emeric Prévost, expert indépendant, rapporteur pour la préparation de l'étude.

### **Composition du comité d'experts MSI-AUT**

Abraham BERNSTEIN, Professeur d'informatique, Université de Zürich

Jorge CANCIO, Spécialiste en relations internationales, Office fédéral de la communication, Suisse

Luciano FLORIDI, Professeur de philosophie et d'éthique de l'information, Université d'Oxford

Seda GÜRSES, Professeure Assistante, Université Technique Delft

Gabrielle GUILLEMIN, Juriste principale, ARTICLE 19

Natali HELBERGER, Professeure de droit de l'information, Université d'Amsterdam

Luukas ILVES (Président), Directeur adjoint et maître de recherche, Conseil de Lisbonne

Tanja KERŠEVAN SMOKVINA, Secrétaire d'État, Ministère de la Culture, Slovénie

Joe MCNAMEE, Consultant Indépendant

Evgenios NASTOS, Chef de l'Unité de l'information, Ministère de la politique numérique, des télécommunications & médias, Grèce

Pierluigi PERRI, Professeur de droit de l'informatique, Université de Milan

Wolfgang SCHULZ (Vice-Président), Professeur de droit, Université de Hamburg

Karen YEUNG, Professeure agrégée interdisciplinaire en droit, éthique et informatique, Université de Birmingham

Dans nos sociétés modernes de plus en plus interconnectées, du contenu publié dans un État peut être consulté instantanément dans le monde entier et produire des effets sur un nombre infini de personnes. Des propos prétendument diffamatoires peuvent donc être réputés avoir causé des dommages dans plusieurs États, ce qui peut donner lieu à des litiges internationaux complexes. En conséquence, la pratique consistant à rechercher la juridiction la plus avantageuse (« forum shopping ») a augmenté en fréquence et gagné en inventivité, avec un impact potentiellement négatif sur la liberté d'expression. La présente étude vise à mieux faire comprendre le phénomène de « forum shopping » dans les affaires de diffamation et à recenser les facteurs qui peuvent y conduire, en vue de recenser les bonnes pratiques existantes ou en gestation.

## **1) Recherche opportuniste de juridiction dans les affaires de diffamation**

### **(i) le phénomène du « forum shopping »**

Le terme « forum shopping » désigne la pratique consistant à choisir la juridiction susceptible de donner l'issue la plus favorable<sup>1</sup> à une action donnée, même s'il n'existe qu'un lien ténu, voire aucun lien entre la question de droit posée et le domaine de compétence de cette juridiction. Cette pratique s'observe dans différents domaines et ne se limite pas aux affaires de diffamation.

Il est naturel que le demandeur ait à choisir la juridiction à saisir lorsqu'il existe un chevauchement de compétences. L'élection de for fait partie de l'exercice du droit d'accès à un tribunal garanti par la Convention. C'est par conséquent l'absence de lien ou la nature incongrue du lien entre l'objet du litige et la juridiction saisie qui différencie la pratique du « forum shopping » de celle, ordinaire, de l'élection de for.

Choisir une juridiction plutôt qu'une autre peut offrir au demandeur bon nombre d'avantages : (1) les règles de procédure de la juridiction retenue peuvent lui être plus favorables que celles d'autres juridictions, (2) le droit matériel applicable au fond du litige (déterminé selon les règles de conflit de lois de la juridiction en question) peut être plus avantageux pour lui, ou (3) la pratique de la juridiction en question (par exemple en octroyant des dommages-intérêts élevés). Plusieurs facteurs interdépendants peuvent donc influencer sur le choix de la juridiction, indépendamment des motivations personnelles du demandeur.

Le forum shopping n'implique pas nécessairement un abus de droit (droit procédural ou autres droits) ni une intention malveillante de la part du demandeur. Le souhait de mettre

---

<sup>1</sup> Le qualificatif « favorable » peut concerner ici différents aspects de l'action en justice : motif de l'action, charge de la preuve et niveau de preuve exigé, mais plus généralement, il a trait au montant de l'indemnisation à laquelle peut prétendre le demandeur.

les meilleures chances de son côté pour obtenir une issue favorable à son action n'est pas en soi illégitime. Cela dit, comme le montreront les chapitres suivants, la pratique du « forum shopping » peut avoir un impact négatif sur un certain nombre de droits de l'homme, et ce d'autant plus que le demandeur agit de mauvaise foi ou commet un abus de droit.

## **(ii) Forum shopping dans les affaires de diffamation et risques du point de vue des droits de l'homme**

Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont des lois anti-diffamation dans leurs systèmes juridiques. Celles-ci ne présentent généralement pas de risque pour la liberté d'expression si (a) elles répondent aux exigences de « qualité de la loi », (b) elles poursuivent des buts légitimes comme la protection de la réputation et des droits d'autrui conformément à l'article 10(2) de la CEDH et (c) elles sont appliquées en prêtant dûment attention à la proportionnalité de l'ingérence, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ce sont souvent les aspects procéduraux de l'application de ces lois qui les font se retourner contre la liberté d'expression ou d'autres droits de l'homme, en raison soit de l'inadvertance des tribunaux, soit d'une intention malveillante du demandeur.

Le « forum shopping » n'est pas nouveau en soi. La pratique judiciaire des États membres du Conseil de l'Europe (ci-après « États membres du CdE ») regorge d'exemples de forum shopping<sup>2</sup>. Cela dit, il apparaît que la tendance des demandeurs à faire la démarche active de choisir une juridiction plutôt qu'une autre pour leurs actions a augmenté en fréquence et gagné en inventivité assez récemment<sup>3</sup>.

Ce phénomène est très courant dans les affaires de diffamation et il n'est pas difficile de comprendre pourquoi. Tout d'abord, la mondialisation facilite la circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes, tandis qu'Internet et la transition globale vers les services de médias et de communication en ligne (comme les blogs, réseaux sociaux, plateformes de partage de vidéos, etc.) rendent l'information disponible en tout temps et en tout lieu. Toute déclaration publiée en ligne est susceptible d'être vue par un nombre infini de personnes, ce qui renforce son impact. Une déclaration diffamatoire peut donc causer des dommages plus importants, éventuellement dans plusieurs États, ce qui peut donner lieu à des litiges internationaux complexes.

Ensuite, bien qu'une propension générale des tribunaux à se déclarer compétents dans les affaires de diffamation ait déjà pu être notée par le passé, on assiste ces dernières années à

---

<sup>2</sup> Mayer Pierre, Heuzé Vincent, *Droit International Privé*, Montchrétien, 10<sup>e</sup> édition, 2010, n° 32 et n° 266 et suiv.

<sup>3</sup> Forum Shopping : À Practitioner's Perspective. Anthony Fitzsimmons. The Geneva Papers (2006) 31, p. 314–322 <https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2Fpalgrave.gpp.2510076.pdf>

une tendance croissante des tribunaux à exercer une compétence personnelle sur les sociétés Internet établies à l'étranger dans les litiges relatifs à des contenus.

Du fait des disparités entre les lois nationales en matière de diffamation, les règles de conflit de lois et de compétence et les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers, ces évolutions ont créé un climat favorable aux demandeurs dans les affaires de diffamation, ouvrant également la voie à d'éventuels abus.

Bien souvent, en cas de « forum shopping », le défendeur ne peut savoir à l'avance où une plainte en diffamation sera déposée. Il arrive que le demandeur choisisse une juridiction en raison de l'impossibilité pour le défendeur de comparaître devant un tribunal étranger pour défendre sa cause ou de l'effet dissuasif que peuvent avoir le seul coût de la procédure ou le montant potentiel de l'indemnisation. Par ailleurs, la même déclaration prétendument diffamatoire peut donner lieu à de multiples plaintes contre le défendeur, et ce dans plusieurs juridictions.

L'extrême imprédictibilité de la juridiction et le risque d'être entraîné dans des procédures judiciaires longues et coûteuses peuvent créer un climat de peur et d'autocensure chez ceux qui exercent leur liberté d'expression, et en particulier les journalistes, les autres professionnels des médias et les universitaires. Cela provoque à terme un effet dissuasif sur la liberté d'expression et un appauvrissement du débat public, au détriment de la société dans son ensemble<sup>4</sup>. Dans un environnement où le numérique, la mobilité et les médias sociaux occupent une place de plus en plus grande, ces risques sont particulièrement élevés pour les médias traditionnels comme les radiodiffuseurs et les journaux, dont les modèles économiques sont mis à rude épreuve si bien qu'ils se retrouvent dans une situation financière vulnérable<sup>5</sup>. D'éventuelles fermetures de ces médias par suite de nombreuses et coûteuses procédures en diffamation constitueraient un grave danger pour le pluralisme et la diversité des médias<sup>6</sup>. Compte tenu de leurs effets importants et directs sur la liberté d'expression, les procédures en diffamation peuvent être utilisées intentionnellement par le demandeur pour réduire au silence les voix critiques et empêcher les médias d'exercer leur rôle de « chien de garde » public et d'éclairer le débat sur les questions d'intérêt général.

Outre ses effets négatifs sur la liberté d'expression (telle que garantie par l'article 10 de la Convention), le « forum shopping » pose également des questions au titre des articles 6 et 13. En plaçant le défendeur dans une position défavorisée par rapport au demandeur, il peut nuire à l'égalité des armes et compromettre l'équité du procès. L'appel, bien qu'étant

---

<sup>4</sup> [Recommandation CM/Rec\(2016\)4](#) du Comité des Ministres aux États membres sur la protection du journalisme et la sécurité des journalistes et autres acteurs des médias, points 33-34.

<sup>5</sup> Rapport « Défis et perspectives pour les médias et le journalisme d'information à l'ère du développement des médias numériques, mobiles et sociaux », 2016.

<sup>6</sup> Voir [Recommandation CM/Rec\(2018\)1](#) du Comité des Ministres aux États membres sur le pluralisme des médias et la transparence de leur propriété et Déclaration du Comité des Ministres concernant la viabilité financière du journalisme de qualité à l'ère du numérique (13 février 2019).

le recours évident contre les procédures non équitables, ne permettra pas toujours de parer à tous les dommages : certaines juridictions, par exemple, ne prévoient pas de recours fondé sur le seul montant des dommages-intérêts.

### **(iii) Tentatives d'adoption de mesures à l'égard du « forum shopping » et de ses effets négatifs**

La pratique du forum shopping en matière de diffamation semble être un sujet de préoccupation sur tous les continents et dans tous les pays. En 2011 déjà, les rapporteurs spéciaux sur la liberté d'expression et représentants de quatre grandes organisations internationales ont adopté une déclaration commune<sup>7</sup> qui proposait une harmonisation des approches en matière de compétence juridictionnelle dans les affaires relatives aux contenus Internet et une limitation du nombre d'instances pouvant être saisies, de manière à lutter contre le « forum shopping ».

En 2012, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a considéré la recherche opportuniste de juridiction dans les cas de diffamation (parfois également appelée « tourisme judiciaire »<sup>8</sup>) comme un obstacle majeur à la liberté d'expression, à l'accès à l'information ainsi qu'au pluralisme et à la diversité des médias<sup>9</sup>. Dans son rapport de 2013, la rapporteuse spéciale des Nations Unies sur la situation des défenseurs des droits de l'homme s'est également dite préoccupée par la prévalence des lois sur la diffamation et le recours de plus en plus fréquent à des méthodes sophistiquées pour faire obstacle aux activités des défenseurs des droits de l'homme, notamment l'utilisation abusive du système judiciaire<sup>10</sup>.

Au niveau de l'UE, un appel à une législation contre les poursuites bâillon (aussi appelées « poursuites stratégiques contre la mobilisation publique ») pour protéger les journalistes d'investigation et les médias indépendants a également été défendu récemment par des députés européens devant la Commission européenne<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Déclaration commune sur la liberté d'expression et Internet du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection de la liberté d'opinion et d'expression, de la Représentante de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sur la liberté des médias, de la Rapporteuse spéciale pour la liberté d'expression de l'Organisation des États américains (OAS) et de la Rapporteuse spéciale sur la liberté d'expression et l'accès à l'information de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (ACHPR).

<sup>8</sup> Le forum shopping dans les affaires de diffamation est largement connu sous le nom de « tourisme judiciaire » (terme introduit par l'avocat des droits de l'homme Geoffrey Robertson). Bien que des distinctions conceptuelles puissent être faites entre les deux termes, aux fins de la présente étude ils seront considérés comme des synonymes, conformément à l'approche retenue dans la Déclaration du Comité des Ministres sur l'utilité de normes internationales relatives à la recherche opportuniste de juridiction (*libel tourism*) dans les cas de diffamation (adoptée le 4 juillet 2012, point 5).

<sup>9</sup> Déclaration du Comité des Ministres sur l'utilité de normes internationales relatives à la recherche opportuniste de juridiction dans les cas de diffamation, 4 juillet 2012, points 5-10.

<sup>10</sup> Voir notamment le Rapport de la rapporteuse spéciale sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, doc ONU A/HRC/25/55, 23 décembre 2013, par. 59 et 70.

<sup>11</sup> Cette proposition a été vivement soutenue par le Comité pour la protection des journalistes (CPJ) et a également été défendue dans une résolution du Parlement européen qui invitait la Commission à proposer une directive contre les

## 2) Questions abordées et méthodologie de l'étude

La présente étude commence par analyser les règles de compétence internationale directe et les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements qui pourraient contribuer au phénomène du forum shopping dans les affaires de diffamation. Elle poursuit par une réflexion sur les règles relatives au choix de la loi applicable et, le cas échéant, les dispositions de droit civil et administratif en matière de diffamation et la législation en vigueur sur les questions de compétence juridictionnelle et de procédure dans les États membres du Conseil de l'Europe. Cette analyse permettra de recenser de bonnes pratiques permettant soit d'atténuer le risque de forum shopping, soit d'essayer de répondre à ce phénomène en limitant son impact négatif sur la liberté d'expression.

Les règles de compétence en droit pénal étant généralement très étroitement liées au territoire d'un État, la présente étude se focalisera uniquement sur les règles du droit international privé.

Eu égard au volume important de données et au champ limité de cette étude, il n'a pas été possible d'étudier en détail tous les cadres législatifs. En revanche, une sélection d'États membres de l'UE (Allemagne, France, Italie, Irlande et Royaume-Uni) et non membres de l'UE (Suisse, Turquie, Russie, Ukraine) a été faite pour tirer des enseignements de l'expérience acquise dans différents contextes juridiques. L'étude expose également un certain nombre de différences non négligeables qui ont été relevées en matière de diffamation entre les systèmes de *common law* et les systèmes de tradition civiliste. Cela dit, toutes les observations reposent sur des éléments présentant un intérêt pour l'ensemble des États membres.

L'ensemble des données sur la jurisprudence et la législation utilisées aux fins de la présente étude sont accessibles au public depuis mai 2019<sup>12</sup>. Bien que cette étude porte principalement sur l'état du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe, il est également fait référence aux systèmes juridiques non européens (par exemple la

---

poursuites bâillon qui protégera les médias indépendants contre les procédures abusives au sein de l'UE visant à les réduire au silence ou à les intimider. En réponse à une question parlementaire sur le même sujet, la Commission européenne a encouragé des mesures au niveau national, affirmant que les États membres de l'UE avaient le droit de légiférer contre les poursuites bâillon provenant d'une juridiction hors UE et de protéger leurs ressortissants contre ce type de poursuites au sein de l'UE à condition de le faire de bonne foi, dans le cadre d'une politique publique affichée. Voir par exemple les communiqués de presse du 10 avril 2010, « EU anti-SLAPP legislation all the more urgent », à l'adresse : <http://www.eppgroup.eu/press-release/EU-anti-SLAPP-legislation-all-the-more-urgent> ; du 22 février 2018, « CPJ welcomes call for EU directive against SLAPPs », à l'adresse : <https://cpj.org/2018/02/cpj-welcomes-call-for-eu-directive-against-slapps.php> ; du 13 juin 2018 « EU Commission says no legal obstacle to introduce Anti-SLAPP legislation in Malta », à l'adresse : <https://www.eppgroup.eu/how-we-make-it-happen/with-eu-countries/malta/news/no-legal-obstacle-to-introduce-anti-slapp-legislation>, ainsi que la Résolution du Parlement européen du 3 mai 2018 sur le pluralisme des médias et la liberté des médias dans l'Union européenne (2017/2209(INI)), point 20.

<sup>12</sup> Voir en particulier la base de données Media Laws de l'IPI (<http://legaldb.freemedia.at/legal-database/>) et l'étude comparative intitulée « Defamation and Insult Laws in the OSCE Region » publiée par le représentant de l'OSCE sur la liberté des médias (<https://www.osce.org/fom/303181?download=true>).

jurisprudence et les changements législatifs aux États-Unis ou au Canada) lorsque de nouvelles façons d'aborder le forum shopping dans les affaires de diffamation peuvent être pertinentes pour l'évolution ultérieure du droit en Europe.

Dans la mesure du possible, la présente étude s'appuie sur la pratique judiciaire pour mettre en évidence et illustrer les principaux facteurs susceptibles de contribuer au forum shopping. Elle ne se veut pas une compilation d'affaires mais cherche plutôt à explorer les aspects théoriques du droit international privé qui n'ont peut-être pas encore été examinés par les tribunaux mais qui pourraient permettre de traiter les risques pour la liberté d'expression découlant du forum shopping.

## FORUM SHOPPING ET RÈGLES EN MATIÈRE DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE DIRECTE ET LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

Les règles de droit international privé en vigueur peuvent influencer de diverses manières sur la survenue du forum shopping : (1) par les règles de compétence internationale directe et (2) par les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.

Les règles de compétence internationale directe, également appelée compétence pour statuer, déterminent si les juridictions d'un État donné sont autorisées à se prononcer sur un litige<sup>13</sup>. Les disparités qui existent dans les règles de compétence internationale directe font naître des compétences concurrentes, c'est-à-dire une situation dans laquelle deux ou plusieurs juridictions de systèmes différents sont compétentes pour traiter une affaire donnée. Cette situation ouvre la possibilité pour le demandeur de choisir le for qu'il souhaite saisir et conduit au phénomène du forum shopping.

La reconnaissance et l'exécution, dans une juridiction, de jugements rendus dans une autre juridiction (étrangère) sont une autre source potentielle de forum shopping. En recourant à cette pratique, le demandeur peut obtenir gain de cause devant une juridiction étrangère mais il devra faire exécuter le jugement dans l'État où le défendeur est basé ou détient son bien. Si les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers ne prévoient pas les garanties adéquates, par exemple pour protéger l'ordre public de l'État d'exécution et les droits de l'homme qui en font partie intégrante, le demandeur peut facilement obtenir la reconnaissance et l'exécution de jugements obtenus par recherche opportuniste de juridiction.

Au niveau européen, le régime de Bruxelles<sup>14</sup> régissant l'attribution de compétence et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est l'une des réponses les plus complètes aux problèmes découlant d'un potentiel chevauchement de compétences. Cet important cadre juridique harmonise les approches d'un certain nombre d'États membres et non membres de l'UE. Cela dit, il ne couvre pas l'ensemble de la région du Conseil de l'Europe.

Cette partie procédera à une analyse générale des règles de compétence et de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers contenues dans les cadres

---

<sup>13</sup> Kropholler, Internationales Privatrecht, 4<sup>e</sup> édition 2001, p. 365, 597

<sup>14</sup> Le régime de Bruxelles se compose principalement de trois instruments : le Règlement Bruxelles I bis (remplaçant le Règlement Bruxelles I depuis le 10 janvier 2015), la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale (Convention de Lugano) et l'Accord entre la Communauté européenne et le Royaume de Danemark sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Voir également le tableau 1 « Etats appliquant les instruments du régime de Bruxelles ».

juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, en mettant en avant les principaux facteurs susceptibles d'influer sur le recours au forum shopping en matière de diffamation.

## **1) Règles de compétence internationale directe et risques de forum shopping connexes**

Dans les États membres de l'UE, les règles de l'UE en matière de compétence internationale directe sont directement applicables par les tribunaux<sup>15</sup>. Ces règles ont évolué avec la jurisprudence de la CEJ. Dans certains États membres du CdE, la compétence internationale directe est régie par la Convention de Lugano<sup>16</sup> tandis que d'autres ne prévoient pas de dispositions spécifiques concernant les litiges internationaux : dans ce cas, les tribunaux suivent les règles nationales en matière de compétence<sup>17</sup>.

Il est toutefois courant dans tous les cadres juridiques que la compétence soit établie sur la base d'éléments factuels (facteurs de rattachement), selon les circonstances de l'espèce. Bien que les facteurs de rattachement habituels soient très similaires d'un État membre du CdE à l'autre, leurs modalités d'application ont considérablement évolué pour s'adapter aux réalités de l'environnement en ligne.

### **(i) Le domicile du défendeur et le principe de la *lex loci delicti* – rappel**

En droit international privé, la compétence en matière délictuelle est généralement régie par les principes de la *lex loci delicti* (loi du lieu où le délit a été commis) et/ou de la *lex domicilii* (loi du domicile ou du lieu de résidence habituelle du défendeur).

Les Règlements de l'UE relatifs à la compétence et à l'exécution des jugements posent comme règle générale que les défendeurs sont assignés devant les tribunaux de l'État membre dans lequel ils sont domiciliés<sup>18</sup>. Ils peuvent également être poursuivis devant les juridictions d'autres États membres, mais seulement dans les conditions prévues par des dispositions spécifiques des Règlements de l'UE<sup>19</sup>. Des règles générales similaires s'appliquent en droit russe, ukrainien ou turc.

Au sein de l'UE, conformément au Règlement Bruxelles I bis<sup>20</sup>, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, le défendeur peut être attiré devant les tribunaux du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette règle vaut à la fois pour

---

<sup>15</sup> Pour un aperçu de l'état actuel du droit de l'UE concernant les règles en matière de compétence internationale directe, voir le tableau 1.

<sup>16</sup> Suisse, Danemark, Norvège et Islande.

<sup>17</sup> Par exemple, la loi turque sur le droit procédural et le droit international privé (loi n° 5718) prévoit que la compétence internationale des tribunaux turcs est régie par les règles internes en matière de compétence.

<sup>18</sup> Voir l'article 4(1) du Règlement Bruxelles I bis et l'article 2(1) du Règlement Bruxelles I.

<sup>19</sup> Voir l'article 5(1) du Règlement Bruxelles I bis et l'article 3(1) du Règlement Bruxelles I.

<sup>20</sup> Voir l'article 7(2) du Règlement Bruxelles I bis et l'article 5(3) du Règlement Bruxelles I.

l'attribution de compétence et la détermination de la loi applicable<sup>21</sup> ; elle existe également dans les cadres juridiques d'États non membres de l'UE<sup>22</sup>.

### **(ii) Délits complexes – considérations générales**

En matière délictuelle, comme indiqué précédemment, le demandeur peut généralement (et en particulier dans les règles de l'UE) saisir les tribunaux soit de l'État membre où le défendeur est domicilié, soit du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. S'agissant des délits complexes, l'éventail de choix possibles pour l'élection de for est encore plus vaste.

On entend par « délits complexes » les affaires dans lesquelles le fait dommageable a des effets dans plusieurs États. Dans ce cas, il peut être difficile pour un tribunal de déterminer le lieu où le fait dommageable s'est produit. D'autres facteurs de rattachement s'appliquent en conséquence.

La CEJ a adapté son interprétation des règles de compétence pour traiter ces délits complexes. Dans l'affaire *Mine de Potasse d'Alsace*<sup>23</sup>, elle a affirmé que lorsque le lieu où le fait dommageable s'est produit et le lieu où ce fait entraîne un dommage ne sont pas identiques, le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal soit de l'État où le dommage est survenu, soit du lieu de l'événement causal qui est à l'origine de ce dommage.

On trouve également des approches similaires dans des États non membres de l'UE<sup>24</sup>.

### **(iii) Délits complexes en matière de diffamation et approche de la CEJ**

Des situations complexes peuvent se présenter dans le cas de délits complexes de diffamation liés aux médias, le pays de publication et le pays de diffusion étant souvent différents. C'est d'autant plus le cas dans les affaires de diffamation en ligne car Internet rend l'information accessible instantanément et dans le monde entier.

La CEJ a adapté les règles de compétence de l'UE pour tenir compte de cet aspect pluri juridictionnel des affaires relatives aux médias. Dans l'affaire *Fiona Shevill* de 1995<sup>25</sup>, la CEJ a conclu que le demandeur peut intenter une action soit devant les juridictions du lieu de

---

<sup>21</sup> Voir l'article 4(1) du Règlement Rome II.

<sup>22</sup> Voir par exemple la loi de l'Ukraine sur le droit international privé du 23 juin 2005.

<sup>23</sup> CJE, *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30 novembre 1976, C-21/76

<sup>24</sup> Le Code de procédure civile turc prévoit par exemple que les tribunaux compétents sont ceux (a) du lieu où l'acte délictueux a été commis, (b) du lieu où les effets de l'acte délictueux se sont produits ou risquent de se produire ou (c) du lieu du domicile de la personne lésée.

<sup>25</sup> CEJ, *Shevill et autres c. Presse Alliance*, 7 mars 1995, C-68/93, voir en particulier le point 33.

publication d'une déclaration prétendument diffamatoire pour l'intégralité des dommages, soit devant les juridictions de chaque État où le dommage a été subi, y compris le lieu de résidence habituelle du demandeur, pour les seuls dommages causés dans cet État. Cette approche a été qualifiée par la suite d'approche « mosaïque » en raison de la diversité des juridictions pouvant être saisies par le demandeur en vue d'engager une procédure en diffamation.

Eu égard à la nature transfrontalière d'Internet et à ses incidences dans les affaires de diffamation, la CEJ a précisé son approche dans l'affaire *eDate/Martinez*<sup>26</sup>. En particulier, dans le cas d'une atteinte présumée à un droit de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site Internet, elle a introduit une nouvelle possibilité de saisir la juridiction où le demandeur a le centre de ses intérêts, au titre de l'intégralité du dommage subi. Le centre des intérêts ne correspondant pas nécessairement au domicile ou au lieu de résidence habituelle de la personne<sup>27</sup>, la CEJ a de fait renforcé son « approche mosaïque » en élargissant encore les possibilités d'élection de for.

« L'approche mosaïque » pose problème du point de vue des risques de forum shopping et de sérieuses préoccupations à ce sujet ont été portées directement devant la CEJ. Dans une affaire récente devant la CEJ, l'Avocat général Bobek a suggéré que l'approche mosaïque développée par la CEJ ne satisfaisait pas aux objectifs de prévisibilité et de bonne administration de la justice. Compte tenu du niveau d'accessibilité des informations sur Internet, l'approche mosaïque pourrait donner lieu à un harcèlement du défendeur par le demandeur en permettant à ce dernier de saisir de multiples juridictions au sein de l'UE, ce qui augmenterait les frais judiciaires et l'incertitude juridique pour le défendeur. Une telle incertitude juridique existe également si une injonction est demandée aux tribunaux de plusieurs États, ce qui pose la question de l'harmonisation de jugements différents prononçant une injonction et/ou octroyant des dommages-intérêts, jugements dont l'effet cumulé peut être excessivement onéreux pour le défendeur. Afin de réduire les risques découlant de l'approche mosaïque, l'Avocat général a proposé de limiter le choix du for à deux options : soit les juridictions de l'Etat où le fait dommageable est survenu (c'est-à-dire très probablement le lieu d'établissement de l'éditeur ou son domicile/lieu de résidence habituelle), soit les juridictions de l'Etat où le demandeur a le centre de ses intérêts (qui correspondra sans doute à son lieu de résidence)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> CEJ, *eDate Advertising GmbH et autres c. X et Société MGN Limited*, 25 octobre 2011, affaires C-509/09 et C-161/10.

<sup>27</sup> Dans l'affaire *eDate Advertising GmbH*, la CEJ a affirmé qu'une personne « peut avoir le centre de ses intérêts également dans un État membre où elle ne réside pas de manière habituelle, dans la mesure où d'autres indices tels que l'exercice d'une activité professionnelle peuvent établir l'existence d'un lien particulièrement étroit avec cet État ».

<sup>28</sup> Voir Conclusions de l'avocat général Bobek dans le dossier *Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB*, affaire C-194/16 et en particulier les points 73-90.

La CEJ n'a pas suivi l'avis de l'Avocat général Bobek et a une nouvelle fois appliqué son approche mosaïque mais l'a restreinte en disant que les demandes de rectification des données inexactes et de suppression de contenus diffamatoires ne pouvaient être portées que devant les juridictions compétentes pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage<sup>29</sup>. L'approche mosaïque de la CEJ ne s'applique pas dans les Etats hors UE.

Bien que dans les affaires de diffamation, et en particulier celles relatives à du contenu en ligne, l'attribution de compétence puisse nécessiter une approche flexible dépendant des circonstances de l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme est d'avis qu'une telle approche doit privilégier un lien étroit entre la situation délictuelle et l'État du for<sup>30</sup>. Ce lien étroit déclenche l'obligation de l'État du for en vertu de l'article 6 de la Convention, de garantir au demandeur un accès effectif au tribunal, tout en assurant au défendeur une prévisibilité suffisante quant à la juridiction devant laquelle il pourra être poursuivi.

**Bonne pratique 1 :** Les tribunaux sont compétents pour connaître d'une affaire lorsqu'il existe un lien étroit entre l'affaire et la juridiction à laquelle ils appartiennent.

#### **(iv) Règles de compétence internationale directe dans le régime de la Convention de Lugano**

Les règles contenues dans la Convention de Lugano<sup>31</sup> sont très similaires à celles du droit de l'UE. L'article 2 de la Convention de Lugano dispose que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État ». L'article 5(3) contient des règles spéciales sur la compétence et stipule qu'en matière délictuelle ou quasi délictuelle, le défendeur peut être attiré devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Il convient également de garder à l'esprit qu'en vertu de son protocole 2 sur l'interprétation uniforme de la Convention, la Convention de Lugano doit être interprétée à la lumière des instruments du droit de l'UE relatifs aux questions de compétence. Les juridictions nationales appliquent les règles de compétence contenues dans la Convention de Lugano en tenant compte de la jurisprudence de la CEJ. Les considérations précédentes relatives aux délits complexes en matière de diffamation s'appliquent donc également au régime de la Convention de Lugano.

---

<sup>29</sup> CEJ, 17 octobre 2017, Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Iisjan c. Svensk Handel AB, affaire C-194/16 ; voir en particulier les points 44 et 47-49.

<sup>30</sup> Voir Cour européenne des droits de l'homme, Arlewin c. Suède, n° 22302/10, 1<sup>er</sup> mars 2016, § 65, 72-73.

<sup>31</sup> Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale, 16 septembre 1988, telle que modifiée en 2007 par une « nouvelle » Convention de Lugano entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2010. La Convention a pour objectif d'unifier les règles de compétence en matière civile et commerciale et d'étendre l'applicabilité du Règlement Bruxelles I aux relations entre les États membres de l'UE et la Norvège, l'Islande et la Suisse. Le Règlement Bruxelles I s'applique également au Royaume de Danemark en vertu d'un accord distinct.

## (v) Les règles de compétence internationale directe dans le contexte du Brexit

Les dispositions du Règlement Bruxelles I bis resteront applicables au Royaume-Uni jusqu'à la sortie de ce dernier de l'Union européenne (Brexit)<sup>32</sup>. Cela dit, à compter de la date du Brexit, les règles nationales de compétence du Royaume-Uni s'appliqueront à toutes les procédures judiciaires engagées après cette date, si aucun autre accord international n'est conclu.

Pour régler en particulier la question de la force exécutoire des clauses attributives de compétence dans les contrats commerciaux après le Brexit, le Royaume-Uni a déposé un instrument de ratification pour adhérer à la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for (« Convention de La Haye »). Le champ d'application de la Convention de La Haye est très limité car il ne porte pas sur les règles de compétence en matière délictuelle. En ce qui concerne le délit de diffamation et en l'absence d'autre accord international<sup>33</sup>, seules les règles de compétence nationales seraient donc appliquées par les tribunaux britanniques.

Bien qu'à première vue, les règles de compétence du Royaume-Uni<sup>34</sup> ne diffèrent pas beaucoup des règles du droit de l'UE découlant du Règlement Bruxelles I bis, il convient de noter que la Cour suprême du Royaume-Uni, dans la récente affaire *Four Seasons Holdings Incorporated c. Brownlie*<sup>35</sup>, a élargi la notion de « dommages » pour y inclure les dommages indirects. Même lorsque le délit a été commis en dehors du Royaume-Uni et que le dommage direct a été subi à l'étranger, les tribunaux britanniques sont compétents si le dommage indirect est présumé avoir eu lieu au Royaume-Uni. Cette interprétation large des « dommages » risque d'ouvrir aux demandeurs la possibilité de faire du forum shopping.

Cela dit, la majorité des juges de la Cour suprême britannique ont considéré que les tribunaux devraient avoir une marge d'appréciation étendue pour décider d'accueillir une demande. Elles ont déjà une certaine marge d'appréciation en la matière. Pour pouvoir engager une action en justice au Royaume-Uni, le demandeur doit tout d'abord satisfaire au critère de la cause défendable<sup>36</sup>. Par ailleurs, des éléments prouvant que le Royaume-Uni

---

<sup>32</sup> En l'état actuel des choses, la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne est prévue au 31 octobre 2019.

<sup>33</sup> Certains États membres de l'UE comme la France, l'Autriche, l'Italie et d'autres avaient précédemment conclu des accords bilatéraux avec le Royaume-Uni, qui n'ont pas été officiellement invalidés par l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles de 1968 puis les règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis. On ne sait pas si cette pratique sera rétablie ; cependant, il est à noter que le champ d'application de ces accords est généralement très limité et ne couvre pas les questions liées au délit de diffamation (par exemple l'accord de 1934 entre la France et le Royaume-Uni).

<sup>34</sup> Lorsqu'il est fait référence aux tribunaux britanniques ou au Royaume-Uni dans cette partie, cela se limite aux règles applicables en Angleterre et au Pays de Galles. Les règles applicables en Écosse, en Irlande du Nord et à Gibraltar, en particulier, peuvent être différentes.

<sup>35</sup> Voir *Four Seasons Holdings Incorporated c. Brownlie*, 2017, UKSC 80.

<sup>36</sup> Voir *Canada Trust Co c. Stolzenberg* (n° 2) [1997] EWCA Civ 2592.

est la juridiction appropriée doivent être fournis conformément à la doctrine du *forum non conveniens*<sup>37</sup>.

## **2) Le forum shopping et les règles de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers**

Les États n'appliquent pas les mêmes règles en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements selon qu'ils sont membres de l'UE ou non. Les règles de l'UE sur la reconnaissance et l'exécution des jugements sont définies dans la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, qui a été modifiée ensuite par les Règlements Bruxelles I et Bruxelles I bis. Les règles de l'UE en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers s'appliquent lorsque les circonstances factuelles d'une affaire montrent que l'on est en présence d'une situation transfrontalière impliquant plusieurs États membres de l'UE, ce qui est souvent le cas dans les litiges pour diffamation.

Il convient également de rappeler que les règles de l'UE reposent sur le principe général de confiance et de « reconnaissance mutuelle » entre États membres. Dans le cadre du Règlement Bruxelles I bis, et contrairement aux régimes de Bruxelles I et de la Convention de Bruxelles de 1968, il n'y a aujourd'hui aucune procédure de reconnaissance et d'exécution (procédure d'exequatur) des jugements rendus par les tribunaux d'un autre État membre de l'UE<sup>38</sup>. Cela dit, en matière de diffamation, les parties ont encore la possibilité d'invoquer un nombre limité de motifs, exposés ci-après, pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement rendu par un autre État membre de l'UE (ci-après « jugement UE »).

Néanmoins, lorsqu'un jugement étranger est rendu par un tribunal d'un pays non membre de l'UE (ci-après, « jugement d'un pays tiers »), les tribunaux appliquent leurs propres règles nationales en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements étrangers. Dans certains États membres du CdE comme l'Ukraine ou la Russie, de la même manière que pour la compétence internationale directe, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers dépendent de l'existence d'un accord international fixant les règles applicables. En l'absence d'accord international de ce type, aucun jugement étranger ne peut être reconnu ni exécuté.

---

<sup>37</sup> Voir le chapitre III, partie 10 pour plus de précisions.

<sup>38</sup> Il convient de noter que les règles nationales sur l'exécution et la reconnaissance des jugements étrangers restent applicables aux jugements rendus par des tribunaux hors UE.

Tel était le cas en Russie, par exemple, avant l'affaire *Rentpool B.V. c. Podjemnye Technologii*<sup>39</sup>, qui a montré clairement que les jugements étrangers pouvaient être reconnus et exécutés en Russie conformément au principe de réciprocité (autrement dit, un jugement étranger est reconnu et exécuté en Russie dans la mesure où les jugements rendus en Russie peuvent également être exécutés et reconnus dans le pays étranger concerné). Le principe de réciprocité est également inscrit dans le Code de procédure civile ukrainien.

Bien que la reconnaissance et l'exécution de jugements étrangers soient essentielles dans les États membres du CdE pour assurer notamment le droit à un procès équitable (article 6 CEDH) et le droit à un recours effectif (article 13 CEDH), elles sont soumises à des restrictions. Une partie peut s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement étranger pour un nombre limité de motifs, par exemple si elle considère que le jugement en question porte atteinte à ses droits fondamentaux. Par conséquent, dans les litiges transfrontaliers, la juridiction ayant compétence internationale directe sur l'affaire, mais également celle devant laquelle la reconnaissance et l'exécution du jugement sont demandées, ont un rôle important à jouer dans la limitation des risques de forum shopping et la protection des droits de l'homme des parties.

De la même manière, les juridictions devraient reconnaître les jugements déclaratoires étrangers (jugements qui définissent les droits et le statut des parties au litige et ne nécessitent aucune action) si ces derniers visent clairement à prévenir ou à mettre un terme aux abus de procédure ou à toute autre action du demandeur susceptible de relever du forum shopping<sup>40</sup>.

**Bonne pratique 2 :** Les tribunaux identifient et reconnaissent les jugements déclaratoires étrangers qui visent clairement à prévenir ou à mettre un terme aux abus de procédure ou à toute autre action du demandeur pouvant relever du forum shopping.

### (i) L'exception d'ordre public

L'ordre public désigne habituellement les principes et normes essentiels et impératifs, auxquels il n'est pas possible de déroger et qui constituent les valeurs fondamentales d'une

---

<sup>39</sup> Affaire n° BAC-12688/09, 7 décembre 2009, citée dans Olga Vorobieva, *Private International law in Russia*, Wolters Kluwer, 2012, p. 172.

<sup>40</sup> Au-delà des frontières des États membres du CdE, la loi SPEECH des États-Unis (Securing the Protection of Our Enduring and Established Constitutional Heritage Act) promulguée en 2010 constitue un exemple de législation visant à prévenir en particulier l'effet dissuasif du forum shopping sur les éditeurs. L'affaire *Ehrenfeld c. Mahfouz*, qui a donné lieu à l'adoption de cette loi, est un exemple classique d'affaire de forum shopping dans laquelle un universitaire a été poursuivi pour avoir publié un livre qui dévoilait les processus de financement du terrorisme. Bien qu'il n'y ait pas encore eu à ce jour de nombreuses affaires reposant sur la loi SPEECH, les dispositions qu'elle contient apportent de solides garanties aux personnes résidant aux États-Unis visées par des procédures d'exécution de jugements étrangers.

société. Une juridiction peut invoquer l'exception d'ordre public pour refuser de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger dont elle établit qu'il serait contraire à l'ordre public de l'État concerné<sup>41</sup>.

Conformément aux règles de l'UE en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers, l'exception d'ordre public est un fondement juridique du refus de la reconnaissance et de l'exécution d'un jugement UE<sup>42</sup>. Contrairement aux créances incontestées pour lesquelles la procédure d'exécution est simplifiée, il apparaît peu probable que les affaires de diffamation résultant du forum shopping relèvent du champ d'application du Règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 sur les créances non contestées<sup>43</sup>. Les règles nationales autorisent généralement les tribunaux à refuser la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement d'un pays tiers pour des motifs d'ordre public.

Les règles et valeurs constituant l'ordre public peuvent varier d'un État à l'autre et évoluer dans le temps, notamment avec la pratique judiciaire. La notion d'ordre public comporte généralement deux dimensions : une dimension matérielle (où l'ordre public renvoie à des valeurs fondamentales et des règles de droit matériel) et une dimension procédurale (respect des droits de la défense). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les normes du Conseil de l'Europe contribuent grandement à définir le sens concret et le contenu de la notion d'ordre public dans les États membres du Conseil de l'Europe et à faire en sorte que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales en fasse partie intégrante.

En ce sens, l'exception d'ordre public pourrait être l'outil le plus efficace et le plus direct pour protéger le défendeur des effets négatifs découlant de l'exécution d'un jugement obtenu par recours au forum shopping (et notamment l'effet dissuasif sur la liberté d'expression). En particulier dans les affaires de diffamation, l'exception d'ordre public peut être invoquée pour refuser la reconnaissance ou l'exécution de décisions qui octroient un

---

<sup>41</sup> L'exception d'ordre public ne s'applique pas aux règles de compétence, sauf lorsqu'il existe des règles exclusives sur la compétence et les parties faibles. Dans le droit de l'UE, il existe des dispositions spécifiques pour protéger les droits des parties faibles (assurés, travailleurs et consommateurs).

<sup>42</sup> Voir l'article 45 du Règlement Bruxelles I bis.

<sup>43</sup> Le Règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées permet l'exécution directe des jugements rendus dans un État membre de l'UE dans un autre État membre de l'UE pour autant que les conditions requises soient remplies (notamment pour ce qui est de la signification de la procédure) même si, le cas échéant, le défendeur n'a pas comparu ou ne s'est pas fait représenter lors d'une audience relative à cette créance après l'avoir initialement contestée. Selon le considérant 5 du Règlement, la notion de « créance incontestée » recouvre « toutes les situations dans lesquelles un créancier, en l'absence établie de toute contestation du débiteur quant à la nature et au montant d'une créance pécuniaire, a obtenu soit une décision judiciaire contre ce débiteur soit un acte exécutoire nécessitant une acceptation expresse du débiteur, qu'il s'agisse d'une transaction judiciaire ou d'un acte authentique ». Conformément à l'article 3 du Règlement, une créance ne sera directement exécutoire (et un refus d'exécuter un jugement UE sera limité à des cas exceptionnels, par exemple lorsqu'une décision antérieure a été rendue entre les mêmes parties dans un litige ayant la même cause dans l'État membre de l'UE requis) que si le créancier a expressément reconnu la créance ou ne s'y est pas opposé, pour autant que cette absence de contestation soit assimilable à une reconnaissance tacite de la créance.

montant de dommages-intérêts disproportionné ou prononcent une injonction portant manifestement atteinte aux droits de l'homme du défendeur. Dans certains cadres juridiques, les dommages-intérêts punitifs sont considérés comme contraires à l'ordre public de l'État. Un jugement étranger peut également être rejeté pour des motifs d'ordre public si les droits procéduraux de l'une des parties, et en particulier le droit à un procès équitable et le droit à l'égalité des armes, garantis par l'article 6 de la CEDH, ont été violés devant les tribunaux étrangers (par exemple, si le défendeur n'a pas été autorisé à prouver la véracité de ses déclarations dans une affaire de diffamation en raison de restrictions procédurales<sup>44</sup>).

**Bonne pratique 3 :** de manière générale, les tribunaux et cours refusent, sur la base de l'exception d'ordre public, de reconnaître ou d'exécuter des jugements étrangers qui accordent des dommages-intérêts manifestement disproportionnés, qui ne respectent pas les garanties d'une procédure régulière ou qui résultent d'un abus de droit.

### (ii) Exception de fraude à la loi

Le principe général de droit exprimé par la formule *fraus omnia corrumpit* (le comportement frauduleux invalide tout acte ou action juridique) peut être appliqué en cas de conflit de lois et de compétence. En vertu de ce principe, lorsqu'une personne a obtenu un jugement en sa faveur par tromperie, malveillance ou malhonnêteté, la découverte de cette fraude est un motif suffisant pour refuser l'exécution du jugement en question. Dans le contexte de la diffamation, une telle situation peut se produire par exemple lorsque le demandeur affirme à tort que le centre de ses intérêts se situe dans un État donné. Au stade de la reconnaissance et de l'exécution des jugements, les affaires visées par l'exception de fraude à la loi peuvent relever dans le même temps de l'exception plus générale d'ordre public.

### (iii) Exception de chose jugée (*res judicata*)

Un principe général du droit veut que si la décision dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée devant le tribunal de l'État requis se révèle incompatible avec une autre décision d'une juridiction d'un autre État sur la même cause et entre les mêmes parties, cette décision ne sera ni reconnue ni exécutée dans l'État requis. L'exception de chose jugée peut jouer un rôle important dans le cadre de l'approche « mosaïque »<sup>45</sup> donnant lieu à plusieurs décisions potentiellement incompatibles dans plusieurs États. Une application homogène de l'exception de chose jugée dans les États membres du CdE pourrait donc constituer un autre outil efficace pour traiter le problème du forum shopping.

<sup>44</sup> Voir par exemple *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, 15 février 2005.

<sup>45</sup> Voir le chapitre II, partie 1 (iii) pour plus de précisions.

**Bonne pratique 4 :** les tribunaux appliquent systématiquement l'exception de chose jugée (*res judicata*) lorsqu'il leur est demandé de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger incompatible avec une décision rendue par une juridiction d'un autre État dans un litige ayant la même cause, entre les mêmes parties.

## RECENSEMENT DES FACTEURS SUSCEPTIBLES D'INFLUER SUR LA PRATIQUE DU FORUM SHOPPING EN MATIÈRE DE DIFFAMATION

Pour le choix de la juridiction devant laquelle son affaire aura les meilleures chances de succès, le demandeur tient compte des caractéristiques objectives des différents cadres juridiques, procéduraux et matériels, telles qu'elles sont inscrites dans la loi et découlent de la pratique, et évalue les avantages et inconvénients qu'elles peuvent présenter pour l'issue de l'affaire. Ces caractéristiques peuvent influencer sur le recours au forum shopping en rendant une juridiction plus attrayante et plus favorable au demandeur qu'une autre.

Les éléments qui entrent en ligne de compte pour l'élection de for peuvent être objectifs ou subjectifs. Les motivations peuvent être légitimes mais aussi illégitimes (par exemple obtenir le montant de dommages-intérêts le plus élevé possible, nuire au défendeur, réduire au silence des voix critiques contribuant au débat ouvert sur les questions d'intérêt général), auquel cas elles pourraient constituer un abus de droit<sup>46</sup>. À cet égard, il convient également de prêter attention au rôle des conseillers juridiques qui ont la responsabilité éthique de dissuader le demandeur de recourir au forum shopping s'il se révèle qu'il n'agit pas de bonne foi. Bien que cette étude n'examine pas de manière plus approfondie la déontologie des avocats, cet aspect devrait être pris en compte pour régler la question du forum shopping et son impact sur la liberté d'expression dans une perspective plus large.

La présente étude ne permet pas une analyse approfondie des cadres juridiques de tous les États membres du Conseil de l'Europe, mais la partie suivante tentera de discerner les facteurs les plus courants qui interviennent dans l'élection de for et peuvent donc avoir une influence sur la pratique du forum shopping. Il est à noter que ces facteurs peuvent être liés entre eux et qu'un même système ou cadre juridique peut en cumuler plusieurs.

### 1) Délais de prescription

Les délais de prescription correspondent à la période durant laquelle le demandeur peut saisir un tribunal. En matière de diffamation, plus les délais de prescription sont longs, plus le risque que l'auteur d'une déclaration soit concerné par le forum shopping augmente.

Pour déterminer si une affaire est forclosée ou non, les tribunaux se réfèrent en général soit au droit de l'État du for (dans les pays de *common law*, les délais de prescription sont considérés comme une question de droit procédural régie par la *lex fori*), ou au droit applicable au fond du litige (dans les pays de tradition civiliste, les délais de prescription sont généralement considérés comme une question de droit matériel régie par la *lex*

---

<sup>46</sup> Voir le chapitre III, partie 9 pour plus de précisions.

*causae*). Le demandeur peut donc chercher à bénéficier de dispositions favorables en matière de prescription dans des juridictions différentes.

Bien que leur durée varie d'un État membre à l'autre, les délais de prescription applicables aux affaires de diffamation sont généralement courts. À titre d'exemple, dans le Code civil ukrainien, le délai de prescription est d'un an à compter de la date de publication ou de diffusion de la déclaration diffamatoire, ou à compter de la date où le demandeur a appris ou aurait pu apprendre sa diffusion dans les médias. Le droit russe et le droit turc prévoient également des délais de prescription d'un an. Des délais similaires sont contenus dans les lois britanniques sur la diffamation<sup>47</sup> et la loi irlandaise de 2009 sur la diffamation<sup>48</sup>.

Cela dit, ces courts délais de prescription peuvent généralement être levés par les tribunaux lorsque l'inaction est justifiée par des raisons valables. La possibilité pour les tribunaux de lever et d'étendre les délais de prescription est un outil important dont disposent les juges pour établir un juste équilibre entre les droits respectifs du demandeur et du défendeur à un procès équitable et à un recours effectif, garantis par les articles 6, 8 et 13 de la CEDH, à la lumière des circonstances de l'espèce.

Le point de départ du délai de prescription est un autre facteur important à prendre en considération. Le cas du Royaume-Uni illustre bien les incidences que cela peut avoir. En effet, la loi de 1996 du Royaume-Uni sur la diffamation fixe comme point de départ du délai de prescription d'une action en diffamation, non seulement la première publication d'une déclaration, mais également chaque (nouvelle) publication ou téléchargement. Eu égard au rôle croissant d'Internet, qui rend l'information accessible à tout moment et depuis des lieux différents, de sérieuses craintes ont été exprimées quant aux effets de cette disposition et ont donné lieu à une réforme des lois britanniques sur la diffamation.

La loi britannique de 2013 sur la diffamation introduit une règle de publication unique qui exige que le délai de prescription d'une action en diffamation portée devant une juridiction britannique soit calculé uniquement à partir de la date de la première publication. Les publications ultérieures n'entrent pas en ligne de compte, sauf si elles diffèrent sensiblement de la publication initiale. Cette règle de la publication unique vise également à éviter que des actions en diffamation soient engagées au Royaume-Uni lorsque la

---

<sup>47</sup> La loi sur la diffamation de 1996 modifiant la loi sur les prescriptions de 1996 a raccourci le délai de prescription applicable aux recours en diffamation, le portant à un an (par opposition au délai de prescription de six ans généralement applicable aux délits) à compter de la date de publication d'une déclaration présumée diffamatoire. Cette loi permet cependant une certaine souplesse dans l'application des délais de prescription car les tribunaux britanniques conservent leur pouvoir discrétionnaire de lever le délai de prescription si les circonstances de l'espèce le justifient.

<sup>48</sup> Conformément à l'article 38(1) de la loi de 2009 sur la diffamation (modifiant l'article 11 de la loi sur la prescription de 1957), un délai de prescription d'un an est fixé mais peut être étendu à un maximum de deux ans sur décision d'un tribunal si les intérêts de la justice l'exigent et si le préjudice subi par le demandeur est supérieur au préjudice pour le défendeur (lié à l'allongement du délai de prescription), en tenant compte des motifs pour lesquels l'action en diffamation n'a pu être engagée dans le délai d'un an.

déclaration contestée a été publiée initialement dans un autre État et a été republiée ultérieurement au Royaume-Uni.

L'absence d'une telle règle dans les cadres juridiques nationaux peut encourager les litiges multiples et pluri juridictionnels et favoriser de ce fait le forum shopping. Il existe également une règle de la publication unique en France.

**Bonne pratique 5 :** le droit national définit clairement des délais de prescription spécifiques et raisonnablement courts pour les actions en diffamation.

**Bonne pratique 6 :** une règle de publication unique établit clairement dans la loi la date de début du délai de prescription en matière de diffamation.

**Bonne pratique 7 :** les tribunaux peuvent lever la prescription sur demande de l'une des parties si des conditions objectives et clairement définies dans la législation applicable sont remplies.

## 2) Charge de la preuve et exigences en matière de preuve

Un facteur important dans l'élection de for est la question de savoir si la charge de la preuve incombe au demandeur ou au défendeur. Alors qu'en matière pénale, le défendeur est protégé par la présomption d'innocence<sup>49</sup>, le partage de la charge de la preuve en matière civile peut être différent, selon la juridiction. En règle générale, elle incombe au demandeur. Cela dit, la plupart des États membres du Conseil de l'Europe prévoient une exception dans les affaires de diffamation, en faisant peser la charge de la preuve sur le défendeur<sup>50</sup>. Le demandeur doit uniquement démontrer que le défendeur a diffusé l'information prétendument diffamatoire ou fait la déclaration prétendument diffamatoire. Il appartient donc au défendeur de prouver la véracité ou la légitimité de sa déclaration<sup>51</sup>.

Le défendeur dispose habituellement d'un ensemble de moyens de défense<sup>52</sup> (par exemple la possibilité de renverser la charge de la preuve pour la faire peser sur le demandeur). Cela dit, il y a en la matière des variations d'un pays à l'autre, notamment sur le plan de

<sup>49</sup> La présomption d'innocence est prévue par la loi dans tous les États membres du CdE où la diffamation reste une infraction pénale.

<sup>50</sup> Par exemple, en droit pénal ukrainien, la charge de la preuve incombe généralement au demandeur mais dans les affaires de diffamation, il appartient au défendeur de prouver la véracité de sa déclaration. En droit russe, bien que la bonne foi soit présumée en matière civile, le président de la Cour suprême de la Fédération de Russie, dans une déclaration du 16 mars 2016, a clarifié la question du partage de la charge de la preuve dans les affaires de diffamation comme suit : le demandeur doit prouver le fait de la diffusion de l'information par le défendeur et le caractère discréditant de cette information, et le défendeur doit prouver la véracité de l'information qu'il a diffusée. Des approches similaires sont contenues dans les lois irlandaises et les lois britanniques en vigueur sur la diffamation. Le droit allemand fait généralement peser la charge de la preuve sur le défendeur.

<sup>51</sup> Au contraire, aux États-Unis, le moyen de défense dit « de l'affaire Reynolds » peut être invoqué, notamment par les organisations de médias, pour que la charge de prouver que la déclaration litigieuse est fausse incombe au demandeur.

<sup>52</sup> Pour plus d'informations sur les moyens de défense disponibles, voir Tarlach McGonagle, « Liberté d'expression et diffamation – Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » (p. 43-47), CdE, 2016

l'accessibilité : dans certains États membres, il est plus difficile de renverser la charge de la preuve que dans d'autres. Ces différences peuvent être un important facteur de forum shopping.

Bien qu'il ne soit pas contraire aux droits de l'homme du défendeur de faire peser la charge de la preuve sur lui<sup>53</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement affirmé que le droit à une procédure équitable et à l'égalité des armes, garanti par l'article 6 de la CEDH, doit être assuré dans les affaires de diffamation où la charge de la preuve incombe principalement au défendeur<sup>54</sup>. Compte tenu de cette exigence, les États membres du CdE devraient veiller à ce que l'éventail des moyens de défense dont dispose le défendeur ne soit pas trop limité.

Les exigences en matière de preuve sont un autre élément à considérer ici. Cette notion concerne le degré de certitude et de preuve requis pour démontrer le bien-fondé d'une allégation. Lorsque la charge de la preuve incombe au défendeur et le niveau de preuve exigé est si élevé qu'il devient peu probable que le défendeur soit en mesure de prouver la véracité ou la légitimité de sa déclaration, il y a un risque de forum shopping. À l'inverse, si le niveau de preuve exigé est élevé et que la charge de la preuve incombe au demandeur, ce dernier peut être dissuadé d'engager une action en justice.

Les exigences en matière de preuve peuvent varier d'une juridiction à l'autre. En matière civile, ce sont principalement « la prépondérance de preuve » (ou « balance des probabilités ») et « la preuve claire et convaincante », cette dernière étant plus forte. Par exemple, en droit anglais et irlandais, le niveau de preuve exigé est habituellement celui de la « balance des probabilités ». Certaines juridictions emploient d'autres critères. Dans la législation russe, il s'agit par exemple de « la conviction intime du tribunal »<sup>55</sup>.

**Bonne pratique 8 :** lorsque la charge de la preuve incombe au défendeur, les moyens de défense disponibles ne devraient pas être de nature à empêcher ou à rendre excessivement difficile le renversement de la charge de la preuve sur le demandeur.

---

<sup>53</sup> Voir l'affaire *McVicar c. Royaume-Uni*, n° 46311/99, CEDH 2002-III, dans laquelle les tribunaux ont affirmé qu'en matière de diffamation, il n'était pas en principe incompatible avec l'article 10 d'imposer au défendeur la charge de prouver la véracité des déclarations diffamatoires.

<sup>54</sup> Voir l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, n° 68416/01, dans laquelle la Cour a considéré qu'au vu de la loi sur la diffamation alors en vigueur au Royaume-Uni, le choix laissé aux demandeurs soit de retirer le tract (dirigé contre une société puissante, McDonald's) et de présenter leurs excuses à McDonald's soit de supporter la charge de démontrer, sans aide juridique, la véracité des allégations qu'il contenait, entraînait un manque d'équité dans la procédure et emportait donc violation les articles 10 et 6 de la CEDH.

<sup>55</sup> Voir Code de procédure civile russe.

### 3) Action en constatation négative (action déclaratoire négative)

L'action en constatation négative permet à une partie de faire constater par un tribunal l'inexistence de la prétention soulevée par la partie adverse. La partie devance ainsi une action par l'autre partie et s'assure un for avantageux. Les actions en constatation négative sont courantes en droit de la concurrence et en droit des brevets.

Cela dit, la pratique consistant à demander de telles déclarations, que ce soit de manière générale ou plus particulièrement en matière de diffamation, n'est pas courante dans les États membres du CdE. Alors qu'en droit suisse ou néerlandais, cette possibilité existe, elle n'est pas prévue dans le droit français, russe, ukrainien ou turc.

Lorsqu'elle est autorisée, l'action déclaratoire négative peut permettre au défendeur d'empêcher l'introduction de procédures à l'étranger par la partie adverse dans des affaires de diffamation prévisibles et de s'assurer une juridiction adéquate (par exemple son lieu de résidence habituelle), ce qui limite le risque de forum shopping. Bien que les spécialistes du droit international privé considèrent généralement que ce type d'action favorise une partie et encourage ce que l'on appelle le « forum running »<sup>56</sup>, dans un certain sens, en matière de diffamation, cet aspect pourrait être pondéré par le but de la protection de la liberté d'expression. Il est intéressant de noter que certaines juridictions reconnaissent expressément que s'assurer un lieu de juridiction favorable est un intérêt suffisant dans une action visant à obtenir un jugement déclaratoire négatif<sup>57</sup>.

Par ailleurs, il convient de noter que les actions déclaratoires négatives ne sont effectives que dans la mesure où les juridictions étrangères reconnaissent à la fois (i) l'existence d'une litispendance internationale<sup>58</sup> dans ces affaires et (ii) le caractère exécutoire des jugements déclaratoires étrangers. Une telle pratique judiciaire existe déjà<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Le « forum running » est différent du « forum shopping » sur le plan conceptuel. Il renvoie au fait que le tribunal saisi en premier est prioritaire sur les autres tribunaux saisis ensuite pour déterminer s'il est compétent pour connaître d'une affaire.

<sup>57</sup> Un jugement récent du Tribunal fédéral suisse (14 mars 2018, 4A 417/2017) a conclu qu'en droit procédural suisse, il existe un intérêt légitime pour une partie de demander une action en constatation négative en Suisse pour s'assurer de la compétence des tribunaux suisses. Cette décision vise à protéger les parties suisses contre des actions devant des tribunaux étrangers dans des litiges internationaux.

<sup>58</sup> La litispendance internationale désigne les règles qui s'appliquent lorsque des tribunaux de juridictions différentes sont saisis simultanément d'un litige ayant la même cause, entre les mêmes parties. En droit national, de l'UE ou international, la règle de litispendance veut qu'en général, lorsqu'une même question est portée devant deux (ou plusieurs) tribunaux, le premier saisi est compétent pour connaître de l'affaire.

<sup>59</sup> Bien que le champ de cette étude ne permette pas de réaliser une analyse plus approfondie, il convient de noter que le Règlement Bruxelles I bis ou la Convention de Lugano en particulier ne prévoient pas de restriction formelle à la reconnaissance des jugements étrangers, à la litispendance ou à la compétence des tribunaux concernant les actions en constatation négative. Voir par exemple, Cour de cassation, chambre commerciale, 28 octobre 2008, n° 07-20103 – une affaire entre une société française et une société néerlandaise dans laquelle la Cour française a affirmé que bien que l'action déclaratoire négative n'existe pas en droit français, les tribunaux français surseoiront à statuer si un tribunal étranger a été saisi en premier lieu d'une telle action.

#### 4) Jugement par défaut

Un jugement par défaut est un jugement contraignant rendu par un tribunal en faveur du demandeur lorsque le défendeur ne répond pas à une assignation ou ne comparaît pas devant le tribunal. Ces affaires sont généralement tranchées sur la base des seuls éléments fournis par le demandeur. Dans les États membres du CdE, les jugements par défaut existent dans les pays de tradition civiliste<sup>60</sup> comme dans les pays de *common law*<sup>61</sup>.

Le demandeur pourrait à dessein engager une procédure en diffamation auprès d'une juridiction inattendue devant laquelle il peut être difficile et coûteux pour le défendeur de comparaître et de défendre sa cause. Ce risque est d'autant plus grand qu'il existe des procédures de jugement par défaut, mais la signification de la procédure à l'étranger (c'est-à-dire le fait de notifier le défendeur en bonne et due forme de l'action engagée contre lui) n'est ni garantie, ni effective.

L'existence de conditions insuffisamment strictes autorisant les jugements par défaut en matière de diffamation pourrait encourager le forum shopping. Afin de limiter ce risque, ces conditions devraient être de nature à protéger le droit du défendeur à la liberté d'expression tout en assurant le droit d'accès à la justice et le droit à un procès équitable du demandeur. Dans la mesure du possible, les modalités d'accès aux jugements par défaut devraient être harmonisées dans l'ensemble des États membres du CdE pour éviter les incompatibilités de règles nationales. Par ailleurs, les tribunaux doivent s'assurer, avant de rendre un jugement par défaut, que le défendeur s'est bien vu signifier la procédure en diffamation engagée contre lui et en a été dûment informé. Lorsque les tribunaux ne respectent pas ce critère, il existe habituellement un moyen spécifique de refus de l'exécution ou de la reconnaissance du jugement.

**Bonne pratique 9 :** les tribunaux ne rendent des jugements par défaut que lorsque la signification en bonne et due forme des procédures internationales est effectivement garantie.

---

<sup>60</sup> Par exemple, en vertu du Code de procédure civile ukrainien, si le défendeur a été dûment informé de la procédure et s'est vu signifier une assignation mais n'y a pas répondu, le jugement par défaut est autorisé. De la même manière, en droit russe, si le défendeur a été dûment informé de la procédure et s'est vu signifier une assignation mais n'a pas comparu devant le tribunal et n'a pas fourni de raison valable pour le report de l'audience ou n'a pas demandé à ce que celle-ci soit menée en son absence, le tribunal peut rendre un jugement par défaut. Dans d'autres États membres du CdE comme la France, les jugements par défaut existent également, sous réserve que des conditions similaires soient remplies.

<sup>61</sup> Un exemple bien connu de jugement par défaut est celui qui a été rendu dans l'affaire *Ehrenfeld c. Mahfouz* (Queen's Bench Division, 3 mai 2005, [2005] EWHC 1156 (QB)) où le demandeur s'est vu attribuer la somme de 110 000 £, honoraires d'avocat compris, en raison d'un défaut de comparution du défendeur.

## 5) Type et montant des dommages-intérêts

Il convient de noter d'emblée que dans tous les États membres du CdE examinés aux fins de la présente étude, le demandeur peut demander non seulement une réparation au titre de l'équité (par exemple le retrait de la déclaration, une interdiction de publication, la publication d'excuses par le défendeur, etc.) mais également une indemnisation pour dommage pécuniaire et non pécuniaire<sup>62</sup>. Par ailleurs, des dommages-intérêts punitifs peuvent exister dans certains cadres juridiques.

Le montant des dommages-intérêts potentiels dans un ordre juridique spécifique peut influencer sur le recours au forum shopping lorsque (i) le demandeur cherche à saisir la juridiction devant laquelle il obtiendra le montant le plus élevé de dommages-intérêts par rapport à d'autres fors possibles et/ou (ii) le demandeur cherche à menacer le défendeur d'un montant potentiellement élevé de dommages-intérêts. Comme cela a été démontré dans de précédentes études du Conseil de l'Europe sur la diffamation, ces menaces peuvent avoir un effet dissuasif préjudiciable pour la liberté d'expression<sup>63</sup>, notamment en empêchant l'auteur d'une déclaration prétendument diffamatoire de divulguer des informations ou en contraignant le défendeur à trouver un règlement amiable (qui inclut généralement des clauses de non-divulgation). À ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré à de nombreuses reprises que toute décision accordant des dommages-intérêts doit présenter un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'atteinte causée à la réputation<sup>64</sup>.

Bien que dans plusieurs États membres du CdE, la loi donne des orientations sur le montant des dommages-intérêts, ce dernier n'est généralement pas limité et dépend de l'évaluation du préjudice subi par le demandeur, sur la base de critères objectifs<sup>65</sup>.

Lorsque les procès pour diffamation peuvent être jugés par un jury<sup>66</sup>, le fait de donner des indications à ce dernier est une garantie importante contre l'octroi de dommages-intérêts disproportionnés et excessifs. Dans le système juridique irlandais, par exemple, une disposition spécifique de la loi de 2009 sur la diffamation oblige les tribunaux à donner au jury des indications adaptées sur le type et le montant des dommages-intérêts pouvant être

---

<sup>62</sup> Par exemple, le Code civil russe précise qu'outre le démenti des informations diffamatoires ou la publication d'un droit de réponse, le demandeur peut demander des dommages-intérêts et une indemnisation pour le préjudice moral causé par la diffusion de ces informations.

<sup>63</sup> Voir par exemple Tarlach McGonagle, *Liberté d'expression et diffamation*, Conseil de l'Europe, 2016.

<sup>64</sup> Voir par exemple *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, 15 février 2005, § 96-98.

<sup>65</sup> Voir par exemple l'article 151 du Code civil russe.

<sup>66</sup> Dans les pays de tradition civiliste, les affaires civiles de diffamation ne sont généralement pas jugées en présence d'un jury. En droit ukrainien, par exemple, un procès par jury est possible depuis 2012, mais uniquement en matière pénale. En Russie, le procès par jury existe également en matière pénale, mais n'est pas autorisé dans les affaires pénales de diffamation.

attribués<sup>67</sup>. Cette loi prévoit également la possibilité de former un recours sur la seule base du montant des dommages-intérêts octroyés (en gardant à l'esprit que les procédures en appel se déroulent généralement sans jury), ce qui constitue une garantie supplémentaire.

Ce type de recours existe également dans les juridictions où les affaires de diffamation ne sont pas jugées par un jury en première instance, notamment en droit français, russe ou ukrainien. Cette mesure peut être vue comme un moyen de compenser l'absence d'indications concrètes sur le montant des dommages-intérêts.

Les indemnités punitives (ou exemplaires) sont généralement octroyées à la discrétion du tribunal, lorsque le comportement du défendeur est jugé particulièrement préjudiciable. Elles sont considérées comme une sanction et sont attribuées en complément des indemnités de réparation.

Très peu d'États membres du CdE prévoient des dommages-intérêts punitifs. Il s'agit des pays de *common law*<sup>68</sup>, le Royaume-Uni et l'Irlande<sup>69</sup>. Par conséquent, dans la majorité des États membres du CdE, les dommages-intérêts punitifs n'existent pas.

Lorsque les dommages-intérêts punitifs sont autorisés, le demandeur peut être attiré par la possibilité de se voir attribuer une somme supérieure au préjudice subi. Bien que de telles indemnités semblent pouvoir encourager le forum shopping, leur impact concret dépend en grande partie de la pratique du tribunal et du professionnalisme des juges.

**Bonne pratique 10 :** le montant des dommages-intérêts octroyés par un tribunal dans une procédure pour diffamation est strictement proportionné au dommage subi par le demandeur.

**Bonne pratique 11 :** des dommages-intérêts punitifs, lorsqu'ils existent dans le cadre juridique des États membres, ne peuvent être octroyés que si des conditions strictes et clairement définies dans la loi sont remplies.

**Bonne pratique 12 :** les recours portant uniquement sur le montant des dommages-intérêts sont en principe autorisés.

## 6) Le coût de la procédure

En matière de diffamation, le coût des procédures peut être un obstacle important à l'exercice des droits prévus à l'article 6 et/ou à la protection des droits garantis à l'article 10 de la CEDH pour le demandeur comme pour le défendeur, notamment lorsqu'il s'agit de

---

<sup>67</sup> Voir les articles 31 et 32 de la loi irlandaise de 2009 sur la diffamation.

<sup>68</sup> John Y. Gotanda, "Damages in Private International Law (Volume 326)", dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff, 2007, p. 334.

<sup>69</sup> Voir par exemple l'article 32 de la loi irlandaise de 2009 sur la diffamation.

personnes physiques ou de petites organisations de médias aux ressources financières limitées. Le coût de la procédure et les honoraires d'avocat devraient être pris en compte lors de l'examen de la question du forum shopping<sup>70</sup>. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que le coût élevé des procédures peut, dans certains cas, emporter violation du droit à la liberté d'expression<sup>71</sup>.

Bien qu'il soit nécessaire de tenir compte de la situation financière du demandeur pour protéger effectivement son droit d'accès au tribunal, les frais de justice<sup>72</sup> peuvent également être considérés comme un moyen de dissuader les plaintes excessives sans motifs raisonnables. Il faudrait également prêter dûment attention à l'existence d'une aide juridictionnelle, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>73</sup>.

Bien que le champ de cette étude ne permette pas de réaliser une analyse complète des différents coûts généralement payables dans chacun des États membres du CdE, ces derniers varient considérablement, ce qui peut avoir une incidence sur le recours au forum shopping.

## 7) Financement par une tierce partie

Le financement par une tierce partie désigne la possibilité pour une partie à un litige de faire financer le coût de la procédure (y compris les frais de représentation en justice) par une tierce partie non impliquée dans la procédure. Cette pratique est née en Australie dans les années 1980-1990, et a été reconnue dans le droit procédural australien par la « décision Fostif »<sup>74</sup>.

Le financement par une tierce partie peut être proposé en vue d'obtenir un retour financier (la tierce partie recevant un pourcentage convenu du montant total des dommages-intérêts accordés par le tribunal) ou sans intérêt lucratif. Cette pratique peut donc être vue soit comme un investissement, soit, si aucun retour financier n'est attendu, comme un moyen

---

<sup>70</sup> Au Royaume-Uni, le coût de la procédure et ses effets sur le recours au forum shopping ont été examinés lors du débat qui a précédé l'adoption de la loi de 2013 sur la diffamation<sup>70</sup>, mais aucune réponse claire n'a malheureusement été apportée à la question. Des réformes ont toutefois été introduites en droit anglais, notamment en ce qui concerne la nouvelle option d'adhésion à un procès avec jury prévue à l'article 11 de la loi de 2013 sur la diffamation.

<sup>71</sup> Voir Cour européenne des droits de l'homme, *MGN Ltd c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011, n° 39401/04, par. 281-220.

<sup>72</sup> Dans certains pays, le montant des frais payables pour engager une procédure judiciaire en diffamation est relativement faible. En droit ukrainien, le demandeur doit s'acquitter de frais de justice proportionnels à sa demande (entre 1 et 10 % du montant total de la demande). En droit russe, les frais de justice pour engager une action visant à protéger l'honneur, la dignité ou la réputation commerciale sont de 300 RUB (c'est-à-dire environ 4 euros) pour les personnes physiques et de 6 000 RUB (soit environ 78 euros) pour les personnes morales. Il convient également de noter qu'en droit russe, aucune des parties n'a l'obligation de se faire représenter par un avocat professionnel.

<sup>73</sup> Voir par exemple Cour européenne des droits de l'homme, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, n° 6289/73 et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, n° 68416/01.

<sup>74</sup> *Campbells Cash and Carry Pty Ltd c/ Fostif Pty Ltd*, 2006, 229 CLR 386.

de réaliser des objectifs plus nobles (par exemple protection d'un groupe victime de discrimination, protection de l'environnement, protection de la liberté de la presse, etc.).

Le financement par une tierce partie peut servir à limiter les effets du forum shopping découlant d'inégalités financières potentielles entre les parties à une action en diffamation. Il permet à une partie économiquement viable (personne physique ou société) ou à une ONG de soutenir financièrement le défendeur (qui peut être une personne physique ou une personne morale, par exemple une petite organisation de médias), notamment dans le cadre de procédures internationales où les frais de justice et autres dépens sont sensiblement plus élevés. En permettant à une partie financièrement plus faible de défendre sa cause de manière effective devant le tribunal, le financement par une tierce partie peut être considéré comme un moyen de favoriser le droit à un procès équitable et donc de promouvoir la protection d'autres droits.

Bien entendu, on ne peut pas exclure que le financement par une tierce partie soit également utilisé dans certains cas à des fins malveillantes, par exemple pour produire un effet dissuasif sur la liberté d'expression. C'est pourquoi les règles juridiques et la pratique judiciaire ont un rôle important à jouer dans la prévention des abus, pour faire de ce mécanisme un instrument positif.

La pratique du financement par une tierce partie se développe à grande vitesse dans de nombreux pays comme le Royaume-Uni, la Suisse, l'Allemagne ou la France, notamment dans les procédures d'arbitrage<sup>75</sup>. Pour la plupart, les États membres du CdE n'y ont pas encore apporté une réponse réglementaire.

Tandis qu'en droit turc, russe ou ukrainien, aucune disposition spécifique ne traite du financement par une tierce partie, les tribunaux français ont eu l'occasion de se pencher sur la nature juridique des accords financiers entre les tierces parties qui financent le procès et la partie au litige<sup>76</sup>, mais aucune réglementation n'a été introduite en la matière à ce jour. Le droit de l'UE ne prévoit pas non plus de cadre juridique harmonisé en la matière.

Dans les pays de *common law*, la doctrine Champerty (qui interdit à une tierce partie de financer une procédure en contrepartie d'un pourcentage des dommages-intérêts finalement octroyés à la partie financée) est généralement considérée comme un moyen de

---

<sup>75</sup> Voir Omblin Ancelin et Marguerite de Causans, « Les prémices du Third Party litigation funding en France. Ou l'introduction progressive du financement de procès par un tiers », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 45, 5 novembre 2015, p. 1527 ; voir aussi Katia Boneva-Desmich, « Le Third Party Funding », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 35, 1er septembre 2016, p. 672.

<sup>76</sup> Voir Cour d'appel de Versailles, 1<sup>er</sup> juin 2006, n° 05/01038, où la Cour a considéré qu'un contrat de financement par une tierce partie revêt un caractère *sui generis*. Voir aussi Cour de Cassation, première chambre civile, 23 novembre 2011, n° 10-16.770, où la Cour de cassation française a conclu que la rémunération de la tierce partie, dans le contexte spécifique des successions, ne devait pas être excessive.

prévenir le financement par une tierce partie. La Cour suprême irlandaise l'a expressément invoquée pour interdire cette pratique<sup>77</sup>.

## 8) Injonctions judiciaires et infraction d'outrage au tribunal

Les injonctions judiciaires peuvent être définies comme des mesures juridiques strictes de nature provisoire ou permanente qui imposent une restriction de publication. Lorsque de telles mesures existent, les tribunaux peuvent ordonner rapidement à une organisation de médias de ne pas publier certains éléments d'information pour protéger les droits de personnes physiques ou de personnes morales au titre de l'article 8. Le non-respect d'une telle injonction peut aboutir à une sanction d'outrage au tribunal. Cela dit, l'effet cumulé d'injonctions ou super-injonctions judiciaires faciles à obtenir et de lourdes sanctions pour outrage au tribunal (notamment de sanctions pénales) peut restreindre indûment la liberté d'expression et nuire à la liberté des médias, tout en encourageant le forum shopping.

Dans la plupart des États membres du CdE, il existe des dispositions juridiques qui permettent aux tribunaux de rendre des ordonnances ou des injonctions pour prévenir tout dommage ou protéger les droits du demandeur<sup>78</sup>. Dans certains cadres juridiques, la procédure correspondante est contradictoire<sup>79</sup>, et dans d'autres non (comme dans le cas des super-injonctions au Royaume-Uni<sup>80</sup>).

L'infraction pénale d'outrage à tribunal pour non-respect d'une injonction (ou ordonnance) judiciaire existe au Royaume-Uni, mais pas dans les autres États membres du CdE qui ont fait l'objet de la présente étude (comme l'Ukraine, la Turquie, la Russie ou la France). Cela dit, le non-respect des ordonnances des tribunaux est souvent sanctionné par une amende<sup>81</sup>.

## 9) Abus de droit

L'abus de droit se définit généralement comme le fait d'exercer un droit soit dans un but autre que celui pour lequel il a été institué, par exemple pour causer un préjudice, soit d'une manière qui entrave l'exercice de leurs droits par les autres.

<sup>77</sup> Voir *Persona Digital Telephony Ltd & ors v The Minister for Public Enterprise & ors* [2017] IESC 27, 23 mai 2017.

<sup>78</sup> Par exemple, le Code de procédure civile ukrainien prévoit que les tribunaux peuvent interdire certaines actions et prononcer des injonctions à agir. De la même manière, le Code civil russe prévoit que les tribunaux peuvent rendre des ordonnances pour protéger les droits d'autrui.

<sup>79</sup> Par exemple, le Code de procédure civile français prévoit une procédure d'urgence dans laquelle le demandeur peut demander aux tribunaux de prononcer une ordonnance de référé pour empêcher la survenue d'un risque grave de préjudice (par exemple, le tribunal peut ordonner le retrait d'une déclaration ou d'une vidéo d'un site web). Les *ordonnances de référé* sont de nature contradictoire ; bien que la procédure soit rapide, les deux parties sont dûment notifiées pour qu'elles puissent préparer leur défense et comparaître devant le tribunal.

<sup>80</sup> Voir *The New York Times*, Ravi Somaiya, *British Law Used to Shush Scandal Has Become One*, 26 avril 2011, à l'adresse : <https://www.nytimes.com/2011/04/27/world/europe/27britain.html>.

<sup>81</sup> En droit russe, par exemple, le non-respect des jugements non pécuniaires des tribunaux est sanctionné par des amendes administratives à hauteur de 2500 RUB (environ 32 euros) pour les personnes physiques et 50 000 RUB (environ 665 euros) pour les personnes morales.

La notion d'abus de droit est largement présente dans les cadres juridiques des États membres du CdE. L'interdiction de l'abus de droit est aujourd'hui inscrite dans la législation civile de plusieurs pays, par exemple dans le Code civil ukrainien, le Code civil russe, le droit français<sup>82</sup> et le droit turc.

L'interdiction de l'abus de droit est également énoncée à l'article 17 de la CEDH formulé comme suit :

« Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ».

Selon les circonstances de l'espèce, le forum shopping peut constituer un abus, par une partie, de son droit d'accès à la justice et de son droit à un recours effectif, garantis par les articles 6 et 13 de la CEDH. L'interdiction expresse de l'abus de droit par la loi, ou une application cohérente de ce concept dans la pratique judiciaire, peuvent être un outil efficace pour lutter contre le forum shopping ou du moins en limiter les effets sur la liberté d'expression telle que garantie à l'article 10 de la CEDH. Inversement, l'absence d'une telle interdiction ou la réticence des tribunaux à s'appuyer sur le concept d'abus de droit peuvent contribuer au phénomène de forum shopping.

Dans les États membres du CdE, l'interdiction de l'abus de droit est généralement une composante de l'ordre public et peut être soulevée d'office par les juridictions nationales. Lorsque le droit national n'interdit pas expressément l'abus de droit, les juridictions des États membres du Conseil de l'Europe devraient pouvoir s'appuyer directement sur la CEDH pour garantir une protection effective des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'elle contient.

**Bonne pratique 13** : les tribunaux font systématiquement valoir l'interdiction de l'abus de droit pour traiter les cas manifestes de forum shopping.

## 10) Doctrine du forum non conveniens

La doctrine du *forum non conveniens* est une réponse judiciaire à la démarche active des parties à un litige de choisir un for plutôt qu'un autre. C'est à l'origine un principe de

---

<sup>82</sup> Voir Cour de Cassation, req., 3 août 1915, Coquerel c/Clément-Bayard, n° 00-02.378, et notamment l'article 1240 et suivants du Code civil français et l'article 32-1 du Code de procédure civile français. L'article 32-1 du Code de procédure civile français prévoit expressément que celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.

*common law* qui renvoie au pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de se dessaisir en faveur d'une autre juridiction mieux placée pour connaître d'une affaire.

Un ensemble de facteurs sont généralement pris en compte pour déterminer la juridiction la mieux à même de statuer. On peut citer, entre autres : (i) les liens personnels des parties avec les pays dans lesquels se trouvent les juridictions compétentes pour examiner le litige ; (ii) le lieu où les faits à l'origine du litige se sont produits ; (iii) la localisation des témoins, des documents ou d'autres preuves ; (iv) la loi applicable ; (v) la question de savoir si les garanties d'un procès équitable seraient respectées dans une autre juridiction<sup>83</sup>.

On pourrait soutenir que le pouvoir discrétionnaire du tribunal risque dans une certaine mesure d'introduire un élément d'imprédictibilité (ou d'absence de prévisibilité, selon les termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>84</sup>) ; cependant, la doctrine du *forum non conveniens* doit être considérée dans le contexte plus large du système de *common law*. La règle du précédent qui s'y applique (en vertu de laquelle une juridiction est liée par les décisions antérieures des juridictions supérieures ou de même degré et les respecte) accroît la prévisibilité de la doctrine du *forum non conveniens* car les critères établis dans les affaires antérieures pour la déclaration de compétence ou d'incompétence sont généralement suivis, sauf lorsqu'une affaire se distingue clairement des précédents existants.

Par conséquent, l'impact de la doctrine du *forum non conveniens* sur le recours au forum shopping dépend en grande partie de la qualité des critères énoncés dans la jurisprudence et du professionnalisme des juges. Dans un système judiciaire au fonctionnement professionnel et efficace, cette doctrine peut contribuer à limiter les risques et les effets préjudiciables du forum shopping, puisqu'elle permet de réaliser un examen approfondi des éléments factuels pertinents de l'espèce tout en définissant la juridiction la mieux placée pour connaître de l'affaire.

L'approche « mosaïque » de la CEJ<sup>85</sup> étant largement appliquée dans les affaires de diffamation, l'analyse du *forum non conveniens* doit également tenir dûment compte de l'intention du demandeur pour limiter la portée de son action (par exemple aux dommages subis dans une juridiction donnée) et éviter ainsi tout forum shopping manifeste.

Les pays de tradition civiliste (comme la France, la Russie, la Turquie ou l'Ukraine) n'appliquent pas, en règle générale, la doctrine du *forum non-conveniens*. Celle-ci est

---

<sup>83</sup> Pour un exemple récent d'application de la doctrine du *forum non-conveniens* à une affaire de diffamation, voir *Haaretz.com v. Goldhar*, 2018 (SCC 28). Bien que cet arrêt ait été rendu par la Cour suprême du Canada, il a valeur d'élément jurisprudentiel dépourvu de force obligatoire pour les juridictions des pays de *common law*, et en particulier de l'Irlande et du Royaume-Uni.

<sup>84</sup> Voir par exemple, *Margareta et Roger Andersson c. Suède*, 25 février 1992 (série A n° 226-A, p. 25, § 75) et *S.W. C. Royaume-Uni*, n° 20166/92, 21 novembre 1995, § 34-36

<sup>85</sup> Voir le chapitre II, partie 1 (iii) pour plus de précisions.

néanmoins applicable en Irlande (dans la mesure où le Règlement Bruxelles I bis ne s'applique pas) ou au Royaume-Uni, notamment après le Brexit puisque les règles de compétence du Règlement Bruxelles I bis cesseront de s'appliquer<sup>86</sup>.

**Bonne pratique 14 :** S'il y a lieu, les tribunaux examinent attentivement les éléments factuels pertinents de l'espèce, en définissant le for le mieux placé pour connaître de l'affaire, conformément à la doctrine du *forum non conveniens*.

## 11) Règles de conflit de lois

Lorsque les circonstances factuelles d'une affaire permettent de la relier à deux ordres juridiques différents au moins, il se produit ce que l'on appelle un « conflit de lois ». Les règles de conflit de lois renvoient généralement aux dispositions juridiques nationales et/ou internationales qui définissent la loi et les règles applicables à une question de droit donnée. En s'appuyant sur les règles de conflit de lois spécifiques à leur ordre juridique, les juges du tribunal qui a été saisi définissent les facteurs de rattachement pertinents pour déterminer la loi applicable.

Contrairement aux règles de compétence, il n'y a pour l'heure aucune règle internationale ou supranationale de conflit de lois spécifiquement applicable aux affaires de diffamation. Au niveau de l'UE, les règles de conflit de lois énoncées dans l'article 1(2)(g) du Règlement de Rome II ne s'appliquent pas aux « obligations non contractuelles découlant des violations du droit au respect de la vie privée et des droits relatifs à la personnalité, y compris la diffamation ».

Bien que le facteur de rattachement généralement applicable dans la plupart des cadres juridiques des États membres du CdE soit la *lex loci delicti* (loi du lieu où le délit a été commis), la situation devient plus complexe lorsque le fait délictueux s'est produit en un lieu et le dommage a été subi dans un autre. Dans l'environnement interconnecté actuel, de tels cas sont de plus en plus fréquents. Les approches en la matière varient d'un État membre du CdE à l'autre.

En vertu des règles françaises de conflit de lois, les tribunaux ont affirmé dans un premier temps que tant la loi du lieu de survenue du dommage que la loi du lieu où le fait délictueux s'est produit pouvaient être considérées comme applicables<sup>87</sup>. Avec le temps, cependant, la pratique judiciaire s'est orientée vers le principe de proximité qui prévoit que la loi applicable sera celle qui a le lien le plus étroit avec la situation délictuelle<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> Voir le chapitre II, partie 1 (v) pour plus de précisions.

<sup>87</sup> Voir Cour de cassation, première chambre civile, 14 janvier 1997, D. 1997, p. 177.

<sup>88</sup> Voir Cour de cassation, première chambre civile, 11 mai 1999, JDI 1999, p. 1048.

En comparaison, le Code civil russe prévoit que la loi applicable en matière délictuelle sera (i) la loi du lieu où le délit a été commis ou (ii) si, à la suite de ce délit ou d'une autre circonstance, le dommage est subi dans un autre pays, la loi de ce pays lorsque celui par qui le dommage est survenu avait prévu ou aurait dû prévoir que celui-ci se matérialiserait dans le pays en question. Les règles turques de conflit de lois disposent que la loi exclusivement applicable est celle de l'État dans lequel le dommage a été subi<sup>89</sup>.

Les règles de conflit de lois peuvent également prévoir d'autres facteurs de rattachement spécifiques. Le Code civil russe, par exemple, affirme que lorsque les deux parties ont (a) leur résidence ou, pour les personnes morales, leur lieu principal d'activité dans le même pays ou (b) la même nationalité, la loi de l'État de résidence, du lieu d'activité ou de la nationalité qu'elles ont en commun s'applique. En tout état de cause, en droit russe, les parties peuvent convenir de la loi applicable à l'affaire.

En Angleterre et au Pays de Galles, la diffamation est régie par la *common law* et la règle d'application cumulative des lois (*double actionability*) s'applique<sup>90</sup>. Cette règle a été supprimée sous la pression des organisations de médias qui craignaient l'application de lois étrangères oppressives. Cela dit, elle est soumise à une exception : lorsqu'un autre pays a un lien plus significatif avec le fait dommageable et les parties, la loi de cette juridiction s'applique<sup>91</sup>.

Lorsque les parties ne parviennent pas à s'accorder sur la loi applicable et que la détermination de cette dernière semble impossible par d'autres moyens, les règles de conflit de lois des États membres du CdE renvoient généralement au principe de proximité.<sup>92</sup>

**Bonne pratique 15** : le principe de proximité (liens étroits) s'applique pour déterminer la loi applicable à une affaire de diffamation.

---

<sup>89</sup> Voir la Loi turque n° 5718 sur le droit procédural et le droit international privé

<sup>90</sup> Règle d'application cumulative des lois : un délit ne peut faire l'objet d'une action en Angleterre et aux Pays-Bas que s'il est susceptible de donner lieu à une action au civil dans le droit étranger de la juridiction où l'acte s'est produit (généralement la publication) ou, lorsque l'acte s'est produit en Angleterre et au Pays de Galles, une action au civil en droit anglais.

<sup>91</sup> [https://e-justice.europa.eu/content\\_which\\_law\\_will\\_apply-340-ew-en.do?member=1#toc\\_2\\_5](https://e-justice.europa.eu/content_which_law_will_apply-340-ew-en.do?member=1#toc_2_5)

<sup>92</sup> Voir le Code civil russe et la loi turque n° 5718 sur le droit procédural et le droit international privé. Cela serait également le cas en vertu des règles de *common law* applicables au Royaume-Uni ou en Irlande.

## CONCLUSION

Cette étude a examiné la pratique du forum shopping lors de l'application des lois civiles et administratives relatives à la diffamation dans les États membres du Conseil de l'Europe. À l'heure de la mondialisation et des sociétés modernes de plus en plus interconnectées, ce phénomène est de plus en plus fréquent.

Bien que le demandeur ait un droit établi de choisir la juridiction devant laquelle il engage une action en diffamation, le choix délibéré d'une juridiction susceptible de lui être favorable peut avoir un important effet dissuasif sur la liberté d'expression. Dans un environnement où une action en diffamation pourrait être engagée à peu près devant chaque tribunal de chaque pays dans lequel du contenu est accessible en ligne, les défendeurs (que ce soit des personnes physiques ou des personnes morales, comme les médias) se heurtent à des niveaux d'imprévisibilité croissants, ce qui peut avoir une influence sur leur expression.

Bien que le champ de cette étude soit limité et ne permette pas d'analyser de manière approfondie les caractéristiques propres aux cadres législatifs de chaque État membre du Conseil de l'Europe, elle met en évidence la manière dont ces derniers voient et traitent le recours au forum shopping dans les affaires de diffamation. La plupart des États membres du Conseil de l'Europe ont élaboré des outils juridiques pour limiter les incidences négatives du forum shopping sur la liberté d'expression. Cette étude présente à titre d'exemple les cadres et la pratique législatifs de sept pays de tradition civiliste et de *common law*, sans procéder à une analyse globale de leur jurisprudence en la matière.

En vue de soutenir les États membres dans leurs efforts pour limiter les effets négatifs du forum shopping en matière de diffamation, l'étude recense quinze bonnes pratiques mises en place dans les États membres :

**Bonne pratique 1 :** les tribunaux sont compétents pour connaître d'une affaire lorsqu'il existe un lien étroit entre l'affaire et la juridiction à laquelle ils appartiennent.

**Bonne pratique 2 :** les tribunaux identifient et reconnaissent les jugements déclaratoires étrangers qui visent clairement à prévenir ou à mettre un terme aux abus de procédure ou à toute autre action du demandeur pouvant relever du forum shopping.

**Bonne pratique 3 :** de manière générale, les tribunaux refusent, sur la base de l'exception d'ordre public, de reconnaître ou d'exécuter des jugements étrangers qui accordent des dommages-intérêts manifestement disproportionnés, qui ne respectent pas les garanties d'une procédure régulière ou qui résultent d'un abus de droit.

**Bonne pratique 4 :** les tribunaux appliquent systématiquement l'exception de chose jugée (*res judicata*) lorsqu'il leur est demandé de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger

incompatible avec une décision rendue par une juridiction d'un autre État dans un litige ayant la même cause, entre les mêmes parties.

**Bonne pratique 5 :** le droit national définit clairement des délais de prescription spécifiques et raisonnablement courts pour les actions en diffamation.

**Bonne pratique 6 :** une règle de publication unique établit clairement dans la loi la date de début du délai de prescription en matière de diffamation.

**Bonne pratique 7 :** les tribunaux peuvent lever la prescription sur demande de l'une des parties si des conditions objectives et clairement définies dans la législation applicable sont remplies.

**Bonne pratique 8 :** lorsque la charge de la preuve incombe au défendeur, les moyens de défense disponibles ne devraient pas être de nature à empêcher ou à rendre excessivement difficile le renversement de la charge de la preuve sur le demandeur.

**Bonne pratique 9 :** les tribunaux ne rendent des jugements par défaut que lorsque la signification en bonne et due forme des procédures internationales est effectivement garantie.

**Bonne pratique 10 :** le montant des dommages-intérêts octroyés par un tribunal dans une procédure pour diffamation est strictement proportionné au dommage subi par le demandeur.

**Bonne pratique 11 :** des dommages-intérêts punitifs, lorsqu'ils sont prévus dans le cadre juridique des États membres, ne peuvent être octroyés que si des conditions strictes et clairement définies dans la loi sont remplies.

**Bonne pratique 12 :** les recours portant sur le seul montant des dommages-intérêts sont en principe autorisés.

**Bonne pratique 13 :** les tribunaux font systématiquement valoir l'interdiction de l'abus de droit pour traiter les cas manifestes de forum shopping.

**Bonne pratique 14 :** s'il y a lieu, les tribunaux examinent attentivement les éléments factuels pertinents de l'espèce, en définissant le for le mieux placé pour connaître de l'affaire, conformément à la doctrine du *forum non conveniens*.

**Bonne pratique 15 :** le principe de proximité (liens étroits) s'applique pour déterminer la loi applicable à une affaire de diffamation.

La plupart des États membres du Conseil de l'Europe appliquent la notion d'abus de droit ou une exception d'ordre public pour refuser de reconnaître ou d'exécuter des jugements étrangers considérés comme disproportionnés. Par ailleurs, la plupart des États membres fixent dans la loi des délais de prescription courts et spécifiques pour les affaires de diffamation.

Cela dit, d'autres aspects mériteraient d'être renforcés. Les coûts de la procédure, ainsi que les honoraires d'avocat, devraient être pris en compte lors de la recherche de moyens de régler la question du forum shopping.

Pour l'heure, il n'existe pas d'instrument juridique traitant du forum shopping en matière de diffamation dans les États membres du CdE. Les acteurs concernés devraient être sensibilisés à ce phénomène croissant et aux risques qu'il présente pour la liberté d'expression et la liberté des médias, risques qui pourraient être traités par l'adoption de mesures spécifiques contre les poursuites bâillon au niveau national ou international.

## TABLEAUX

TABLEAU 1. États appliquant les instruments du régime de Bruxelles

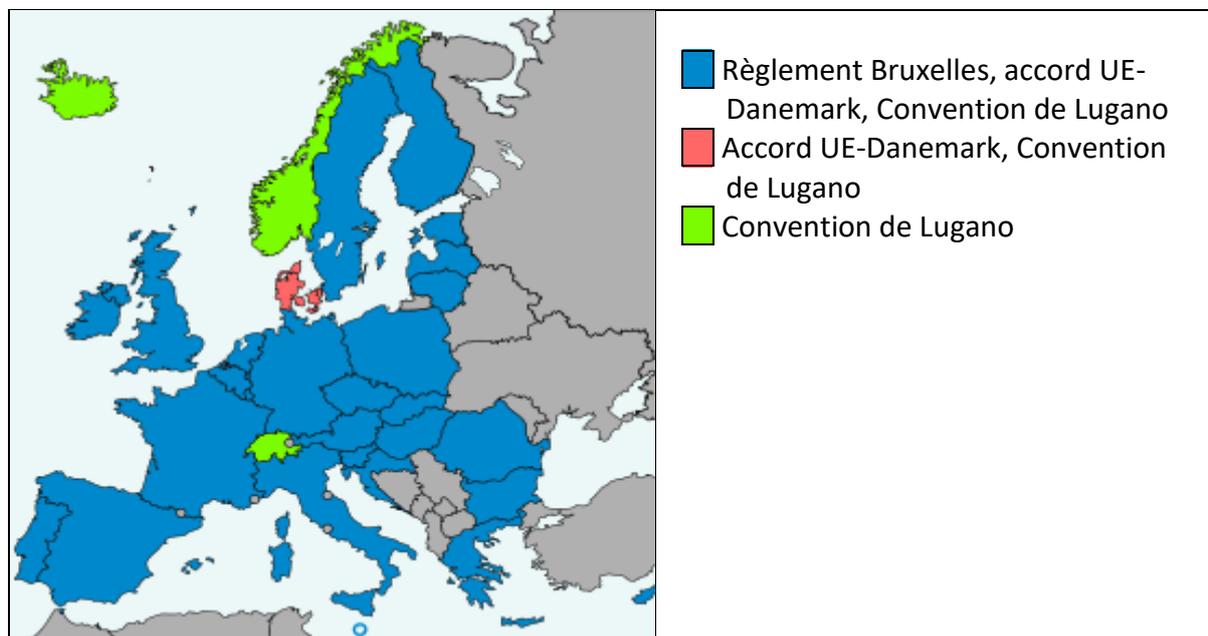


TABLEAU 1. État actuel du droit de l'UE concernant les règles relatives à la compétence internationale directe

Conformément aux règles de l'UE en vigueur en matière de compétence, telles qu'interprétées par la CEJ, dans une affaire de diffamation transfrontalière (en ligne ou hors ligne), le demandeur peut demander une indemnisation soit pour l'intégralité des dommages devant les juridictions de l'État où l'auteur des propos présumés diffamatoires est domicilié ou devant les juridictions de l'État membre où le demandeur a le centre de ses intérêts, soit pour une partie des dommages, devant les juridictions des États membres où l'information est ou était accessible.

Pour d'autres types d'actions en justice, comme les demandes visant à obtenir une ordonnance de retrait de contenus diffamatoires ou de rectification d'informations imprécises ou fausses, seuls les tribunaux compétents pour l'intégralité des dommages peuvent rendre un jugement.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Normes et instruments juridiques internationaux

#### Conseil de l'Europe :

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950

Recommandation 1814 (2007) de l'APCE « Vers une dépenalisation de la diffamation »

Résolution 1577 (2007) de l'APCE « Vers une dépenalisation de la diffamation »

Déclaration du Comité des Ministres sur l'utilité de normes internationales relatives à la recherche opportuniste de juridiction dans les cas de diffamation, adoptée le 4 juillet 2012

Recommandation CM/Rec(2016)4 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection du journalisme et la sécurité des journalistes et autres acteurs des médias

Recommandation CM/Rec(2018)1 du Comité des Ministres aux États membres sur le pluralisme des médias et la transparence de leur propriété

Déclaration du Comité des Ministres concernant la viabilité financière du journalisme de qualité à l'ère du numérique, adoptée le 13 février 2019

#### Union européenne :

Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale («Bruxelles I»)

Règlement (CE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I bis »)

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »)

#### Autres organisations internationales :

Déclaration commune du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'opinion et d'expression, de la Représentante de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) sur la liberté des médias, de la Rapporteuse spéciale de l'Organisation des États américains (OEA) pour la liberté d'expression et de la Rapporteuse spéciale de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) sur la liberté d'expression et l'accès à l'information, 1<sup>er</sup> juin 2011, disponible à l'adresse :

<http://www.osce.org/fom/78309?download=true> (consultée le 09/08/2017)

### II. Législation nationale

#### Irlande :

Loi de 2009 sur la diffamation

Loi de 1961 sur la diffamation

Loi de 1957 sur la prescription

Russie :

Code civil

Code de procédure civile

Turquie :

Loi n° 5718 sur le droit procédural et le droit international privé

Ukraine :

Code civil

Code de procédure civile

Royaume-Uni :

Loi de 2013 sur la diffamation

Loi de 1996 sur la diffamation

Loi de 1952 sur la diffamation

États-Unis :

Loi SPEECH de 2010

**III. Études et rapports**

McGonagle Tarlach, Liberté d'expression et diffamation – Étude de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 2016

Rasmus Kleis Nielsen, Alessio Cornia, Antonis Kalogeropoulos, Rapport « Défis et perspectives pour les médias et le journalisme d'information à l'ère du développement des médias numériques, mobiles et sociaux », Conseil de l'Europe, 2016

Rapport « Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study », OSCE, mars 2017

Rapport de l'UE « Étude comparative sur la situation dans les 27 États membres relative à la loi applicable aux obligations non contractuelles résultant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité », rapport final, JLS/2007/C4/028.

**IV. Ouvrages et articles**

Anthony Fitzsimmons, "Forum Shopping : A Practitioner's Perspective", The Geneva Papers (2006) 31, 314–322.

<https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2Fpalgrave.gpp.2510076.pdf>

Jan Kropholler, Internationales Privatrech, 4e édition, Tubingen, 2001

Mayer Pierre, Heuzé Vincent, Droit International Privé, Montchrétien, 10è édition, 2010

Vorobieva Olga, Private International law in Russia, Wolters Kluwer, 2012

**V. Jurisprudence internationale**Cour européenne des droits de l'homme :

McVicar c. Royaume-Uni, n° 46311/99, 7 mai 2002, CEDH 2002-III

Steel et Morris c. Royaume-Uni, n° 68416/94, 15 février 2005

MGN Ltd c. Royaume-Uni, n° 39401/04, 18 janvier 2011.

Arlewin c. Suède, n° 22302/10, 1<sup>er</sup> mars 2016

Cour européenne de justice :

Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace SA, 30 novembre 1976, C-21/76

Shevill et autres c. Presse Alliance, 7 mars 1995, C-68/93 Andrew Owusu c. N. B. Jackson, 1er mars 2005, affaire C-281/02

eDate Advertising GmbH et autres c. X et Société MGN Limited, 25 octobre 2011, affaires C-509/09 et C-161/10M.

Conclusions de l'avocat général Bobek dans le dossier Bolagsupplysningen OÜ Ingrid IIsjan c. Svensk Handel AB, affaire C-194/16B)

**VI. Jurisprudence nationale**

Canada :

Cour d'appel de l'Ontario, Goldhar c. Haaretz.com, 2016 ONCA 515.

France :

Cour de cassation, première chambre civile, 14 janvier 1997, D. 1997, p. 177.

Cour de cassation, première chambre civile, 11 mai 1999, JDI 1999, p. 1048.

Cour de cassation, chambre commerciale, 28 octobre 2008, n° 07-20103

Cour de Cassation, première chambre civile, 23 novembre 2011, n° 10-16.770

Cour de Cassation, req., 3 août 1915, Coquerel c/Clément-Bayard, n° 00-02.378

Suisse :

Tribunal fédéral, 14 mars 2018, 4A 417/2017.

Royaume-Uni :

Queen's Bench Division, 3 mai 2005, [2005] EWHC 1156 (QB).

États-Unis :

Babcock v. Jackson 191 N.E.2d 279 (N.Y. 1963.)

**VII. Divers**

Bar Council, Brexit Paper 4: Civil Jurisdiction and the Enforcement of Judgments

Document du gouvernement britannique, « Providing a crossborder civil judicial cooperation framework - a future partnership paper »

Communiqué de presse du PPE du 10 avril 2010, « EU anti-SLAPP legislation all the more urgent », disponible à l'adresse : <http://www.eppgroup.eu/press-release/EU-anti-SLAPP-legislation-all-the-more-urgent> (consulté le 09/06/2018).

Communiqué de presse du 22 février 2018, « CPJ welcomes call for EU directive against SLAPPs », à l'adresse : <https://cpj.org/2018/02/cpj-welcomes-call-for-eu-directive-against-slapps.php> (consulté le 10/04/2019).

Communiqué de presse du PPE du 13 juin 2018, « EU Commission says no legal obstacle to introduce Anti-SLAPP legislation in Malta », à l'adresse : <https://www.eppgroup.eu/how-we-make-it-happen/with-eu-countries/malta/news/no-legal-obstacle-to-introduce-anti-slapp-legislation> (consulté le 10/04/2019).

En raison de l'interconnexion croissante des sociétés modernes, les contenus publiés en ligne dans un État peuvent être consultés instantanément et partout dans le monde, ce qui peut avoir un impact énorme. Une déclaration prétendument diffamatoire peut donc être considérée comme ayant causé des dommages dans plusieurs États, ce qui peut entraîner des litiges juridiques internationaux complexes. En effet, le forum shopping est devenu plus fréquent et plus créatif ces dernières années, ce qui peut avoir un impact négatif sur la liberté d'expression.

Cette étude vise à mieux comprendre le phénomène du forum shopping dans les affaires contemporaines de diffamation et à distinguer les facteurs qui peuvent y être favorables, en vue d'identifier les bonnes pratiques existantes ou émergentes.

[www.coe.int/freedomofexpression](http://www.coe.int/freedomofexpression)

[www.coe.int](http://www.coe.int)

Le Conseil de l'Europe est la principale organisation de défense des droits de l'homme du continent. Il comprend 47 États membres, dont l'ensemble des membres de l'Union européenne. Tous les États membres du Conseil de l'Europe ont signé la Convention européenne des droits de l'homme, un traité visant à protéger les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. La Cour européenne des droits de l'homme contrôle la mise en œuvre de la Convention dans les États membres.