

REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

n° 8
décembre 2023



TABLE DES MATIÈRES

DOSSIER :

LE DROIT EN SPECTACLE _____ 9

PARTIE 1.

LE DROIT COMME OBJET DE SPECTACLE _____ 11

Avant-propos _____ 13

Julie DE GUILHEM, Tannaz GHOLIZADEH et Tatiana KOZLOVSKY

1. Le Droit peut-il être un spectacle ? _____ 15

Valérie Laure BENABOU

2. La justice en procès _____ 29

Maya ROS Y BLASCO

3. Réalisme et vraisemblance du procès dans le théâtre du premier âge classique (1640-1670) _____ 53

Romain DUBOS

4. Identification et mobilisation de la rhétorique shakespearienne du pouvoir au sein de l'appareil réflexif juridique _____ 71

Abraham LE GUEN

5. Droit et Théâtre : miroirs _____ 89

Sylvin BRANIER-RENAULT

6. Les procès fictifs : usages artistiques et sociaux du procès dans la cité _____ 109

Nathalie GOEDERT

Ninon MAILLARD

7. Le spectacle de la justice dans les séries judiciaires télévisées _____ 135

Barbara VILLEZ

PARTIE 2.

LE DROIT COMME SOURCE DE SPECTACLE _____ 149

8. Le costume et le droit _____ 151

Julie MATTIUSSI

9. Transparence de la justice et spectacle _____	163
Emmanuel JEULAND et Kenneth KPONOU	
I.- L'absence des acteurs du procès civil_____	167
Kenneth KPONOU	
II.- La diffusion des audiences et la question du spectacle_____	179
Par Emmanuel JEULAND	
10. Le Tribunal international Monsanto : une tribune à l'appel de l'évolution du droit _____	193
Joris FONTAINE	
11. Entre République et religion, une approche politique des cérémonies familiales _____	205
Martin BAUX DUPUY Rébecca DEMOULE	
12. JOP 2024 : ne pas gâcher la fête ? _____	217
Florence BELLIVIER Antonin GUILLARD	
13. La loi relative aux influenceurs : spectacle(s) et réseaux sociaux _____	233
Tatiana KOZLOVSKY Robin PLIQUE	

DOSSIER :

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE LA PRESSE_____**253**

La liberté d'expression et de la presse _____	255
Jonas KNETSCH	
La liberté d'expression, un droit constitutionnel _____	257
Khalil FENDRI	
La liberté d'expression de l'universitaire _____	269
Xavier DUPRÉ DE BOULOIS	
Liberté d'expression et responsabilité civile _____	281
Patrice JOURDAIN	
Les abus de la liberté d'expression et la responsabilité civile _____	291
Sami JERBI	

Liberté d'expression et cessation de l'illicite _____	319
Jonas KNETSCH	
La protection de la liberté d'expression dans le domaine de l'art : l'exemple du <i>street art</i> _____	331
Marine RANOUIL	
Réflexions sur la liberté d'expression à partir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne n° 6096 du 4 décembre 2014 _____	339
Salma ABID-MNIF	
La liberté d'expression en droit international privé _____	357
Salma TRIKI	

La liberté d'expression en droit international privé

Salma TRIKI

*Maître de conférences agrégée en droit privé
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis
Université de Carthage*

Aussi belles et fragiles que les sphères envoyées par le souffle d'un enfant dans son lanceur de bulles, les libertés individuelles coexistent et évoluent. Dans les sociétés qui se veulent démocratiques, tout l'enjeu est de les faire doter d'une force de résistance suffisante, bien qu'elles soient *concurrentes*¹, pour prospérer concomitamment, sans empiètement.

L'article 4 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 présente la liberté comme la capacité de « pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La liberté est ainsi identifiée par son contenu et par la précision de son étendue.

Par son contenu, elle se définit comme un « pouvoir faire ». Et la doctrine nous enseigne que pour qu'elle ait un contenu concret, elle doit se voir attribuer un domaine matériel précis : ainsi, parle-t-on de la liberté d'« entreprendre », de « se marier », de « se déplacer », « de s'exprimer »... correspondant à « pouvoir entreprendre », « se marier », « se déplacer », « s'exprimer »...

Par son étendue, ce pouvoir libre de chacun est défini par la négative :

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La frontière de la liberté est ainsi tracée par l'intérêt légitime d'autrui. Il s'en infère qu'il n'y a pas de liberté sans limitation. Et cette limitation est le point central de la définition du Droit, telle que se la présente Kant, lorsqu'il écrit que le droit est « l'ensemble des conditions qui permettent à la liberté de chacun de s'accorder à la liberté de tous. »

Parmi toutes les libertés, seule la liberté d'expression nous intéressera dans cette étude. Elle se définit largement comme rassemblant et la liberté d'opinion

¹ G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, Paris : LGDJ, 13^e éd. 2007, p. 176 (« Le droit arrête le droit, la liberté la liberté, la paix la paix. »)

et la liberté d'information². La liberté d'expression est ainsi impliquée dans tout le processus qui va de l'accès à l'information à travers sa mise à disposition pour le public³, la liberté de sa recherche, de sa collecte et de sa réception, à la formation de l'opinion⁴ – celle-ci pouvant être un schéma de pensée, un jugement ou encore un sentiment – jusqu'à son extériorisation et/ou sa diffusion et communication sous quelque forme que ce soit.

Le contenu de l'expression en cause peut être de toute nature : religieux⁵, académique, artistique, scientifique... et les outils de communication sont de plus en plus variés : il s'agit de tous les supports accessibles à la perception humaine par l'ouïe, la vue, le toucher... : ce sont les publications comme les livres et les journaux, les moyens de communication audiovisuelle comme la télévision, la radio ou le cinéma, le monde de l'internet⁶ et des réseaux sociaux⁷, les interprétations musicales, le théâtre, la peinture...

Ainsi comprise, si on transpose la définition de l'article 4 de la DUDH à cette liberté particulière qu'est la liberté d'expression, elle s'entendrait alors comme le pouvoir donné à l'individu de se faire ses propres idées en ayant accès aux informa-

² L'article 10-1 de la CESDH de 1953 est particulièrement intéressant en ce qu'il souligne expressément que la liberté d'expression touche à toutes ces phases de la pensée : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière [...] »

³ C'est ainsi que l'exercice du droit à l'oubli est notamment conditionné dans le test de mise en balance posé par la CJUE en application de la directive 95/46 relative à la protection des données par l'inexistence d'un intérêt public à l'accessibilité des informations litigieuses. CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL c. Agencia Espanola de Proteccion de Datos*. Sur cette affaire, v. P. S. BERMAN, « Yahoo ! c. LICRA, Le droit international privé et la déterritorialisation des données », in H. MUIR WATT, L. BIZKOVA, A. BRANDAO de OLIVEIRA, D. P. FERNANDEZ ARROYO et M. MA (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris : Pedone, 2020, p. 733.

⁴ G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, Étude de droit privé*, th. Paris 1, Paris : Dalloz, 2006, n° 8 : « La liberté d'opinion consiste en l'établissement d'une idée personnelle, d'un schéma de pensée, d'un jugement ou d'une critique, ce qui ne présage aucunement de son extériorisation ; son contenu est donc infiniment moins vaste que celui dont la liberté d'expression peut être porteuse. »

⁵ Certaines constitutions soulignent le lien qui lie la liberté de conscience à la liberté d'expression. Ainsi en est-il de la Constitution de la Pologne qui dispose dans son article 25 que : « (...) 2. Les pouvoirs publics en République de Pologne sont impartiaux dans les questions de convictions religieuses, de conceptions du monde et philosophiques, en garantissant la liberté de leur expression dans la vie publique. »

⁶ La liberté d'expression sur Internet a été reconnue, pour la première fois par le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU, le 5 juillet 2012.

⁷ On trouve une définition des réseaux sociaux dans la toute récente loi française n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne complétant le IV de l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette définition légale se présente ainsi : « On entend par service de réseaux sociaux en ligne toute plateforme permettant aux utilisateurs finaux de se connecter et de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils, en particulier au moyen de conversations en ligne, de publications, de vidéos et de recommandations. »

tions et en recevant librement celles dont il juge en avoir besoin, de les extérioriser ou de les communiquer librement tant qu'il ne nuit pas à autrui.

Puisant ses fondements dans le courant des Lumières⁸, la liberté d'expression agit sous une double détente, individuelle et sociétale : d'un côté, elle est l'une des sources de réalisation de la dignité de l'être humain, être doué d'intelligence, qui a besoin d'exercer sa liberté de pensée avec une autonomie intellectuelle lui permettant de progresser tout en étant lui-même ; et d'un autre côté, elle est incontestablement la condition sine qua non de la société démocratique comme l'a affirmé une décision du 6 octobre 2004 de la Cour d'arbitrage de Belgique (devenue Cour constitutionnelle) qui a considéré que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique⁹ » car c'est en définitive elle qui permet la libre circulation des idées, et donc le pluralisme, et c'est par elle que plusieurs autres libertés se réalisent. Sous ce rapport, la liberté d'expression est une liberté politique qui relève « de la «
fondamentalité logique » ou « systémique » comme clé des droits fondamentaux¹⁰ ».

Vu l'importance de son rôle, il n'est nullement étonnant de voir la liberté d'expression proclamée et protégée par les textes internationaux fondamentaux¹¹

⁸ M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2012, n° 36, p. 137 : « La liberté d'expression est un acquis du courant des Lumières développé au cours du XVIII^e siècle, en Europe comme outre-Atlantique, où l'individualisme, couplé avec l'abolition des privilèges, particulièrement dans la France de 1789, ou, aux États-Unis, avec celle de toute forme de soumission à un pouvoir, a consacré le rôle central de l'homme dans l'organisation démocratique de la vie sociale et a développé la nécessité pour chacun de s'exprimer librement, alors que cette liberté était auparavant dévolue aux seules autorités royales et religieuses ».

⁹ Il s'agit de la décision n° 157/2004 (https://www.lachambre.be/site/wwwcfm/dlms/dlms_doc.cfm?entity=juriz&xfile=0000000204%5CCA157.pdf).

¹⁰ X. BIOY, « La protection renforcée de la liberté d'expression politique dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme », *Cahiers de droit* 2012, vol. 53, n° 7.

¹¹ Citons à titre indicatif les articles 10 et 11 de la DDHC du 26 août 1789 : le premier prévoit que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. » et le second dispose que : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. » ; l'article 19 de la DUDH 1948 dispose que : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. » ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000) à laquelle l'article 6 du TUE, dans la rédaction résultant du traité de Lisbonne, a conféré la même valeur juridique que les traités, réitère au niveau de son article 11 la définition précitée de la CESDH ; la Déclaration de principes sur la liberté d'expression et l'accès à l'information en Afrique de la CADHP, publiée en avril 2020 insiste sur l'importance de cette liberté en disposant dans son article 1^{er} que : « 1. La Liberté d'expression et d'information, y compris le droit de chercher, de recevoir et de communiquer des informations et idées de toute sorte, oralement, par écrit ou par impression, sous forme artistique ou sous toute autre forme de communication, y compris à travers les frontières, est un droit fondamental et inaliénable et un élément indispensable de la démocratie. 2. Tout individu doit avoir une chance égale pour exercer le droit à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, sans discrimination aucune. »

et les différentes constitutions¹². Ainsi, en Tunisie, la Constitution de 2022 garantit dans ses articles 37 et 38 la liberté d'opinion, d'expression, d'information et de publication, le droit d'accès à l'information et l'État s'y dit engagé à réaliser l'accès aux réseaux de communication¹³.

Mais comme toute liberté, la liberté d'expression ne doit pas être sans limites. Les abus d'expression empiètent en effet sur des droits individuels¹⁴ ayant la même valeur dans la hiérarchie des normes que la liberté d'expression, puisque constitutionnalisés : les droits à la vie privée, à l'image, à la préservation des données à caractère personnel, ou la dignité tout court en cas d'injure ou de diffamation... L'exercice de la liberté d'expression doit alors faire l'objet d'une régulation par le droit. Celui-ci est en effet tenu d'apporter des réponses au conflit entre les différents intérêts en cause. Et c'est alors tout à fait attendu de retrouver dans des textes proclamant les libertés et les droits humains une limitation de la « liberté » d'expression. Ainsi en est-il du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1967) qui fustige, dans son article 19, « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence... ».

Se conjuguant souvent avec la quête de la puissance¹⁵ et touchant à plusieurs domaines : personnel, politique, professionnel (etc.), le dosage par le droit de la liberté d'expression en ces temps de démocratisation de l'expression sur les réseaux sociaux est désormais d'une actualité cuisante aussi bien à l'échelle interne¹⁶ qu'internationale¹⁷. La liberté d'expression peut en effet être en jeu dans une relation impliquant plus d'un système juridique à travers des éléments d'extranéité déterminants. Ainsi en serait-il d'une diffamation lancée à l'étranger et ciblant une personne qui réside habituellement dans le for ou encore lorsqu'un jugement est rendu à l'étranger

¹² Aux États-Unis d'Amérique, le *First Amendment* du 25 septembre 1789, ratifié le 15 décembre 1791, garantit aux citoyens leur liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis. V. aussi article 5 de la Loi fondamentale allemande (1949), l'article 20 de la Constitution espagnole ; l'article 14 de la loi fondamentale autrichienne du 21 décembre 1867 relative aux droits généraux des citoyens dans les royaumes...

¹³ Article 37 : « Les libertés d'opinion, de pensée, d'expression, d'information et de publication sont garanties. Aucun contrôle préalable ne peut être exercé sur ces libertés. » ; article 38 : « L'État garantit le droit à l'information et le droit d'accès à l'information. L'État œuvre en vue de garantir le droit d'accès aux réseaux de communication. »

¹⁴ Sur la distinction entre les droits et les libertés, v. notamment, J.-B. RACINE, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *Petites Affiches* 23 septembre 2014, n° 190, p. 7.

¹⁵ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », *RLDI* août-septembre 2010, n° 5 (« Il est permis de penser que la motivation des acteurs n'est pas exclusivement d'ordre commercial et que peut facilement s'y mêler une volonté de puissance. »).

¹⁶ Ainsi, une affaire a fait couler beaucoup d'encre sur les réseaux sociaux en Tunisie en décembre 2022 : l'affaire Nour AMMAR : une lycéenne qui s'est fait renvoyer du Lycée pilote des arts d'El Omrane à la suite d'une vidéo postée sur TikTok dénonçant l'attitude, qu'elle a jugée agressive, d'un professeur, par ailleurs acteur tunisien connu.

¹⁷ L'actualité de la question s'est amplifiée après l'accès à la propriété de l'influente plateforme X (anciennement appelée *Twitter*) d'Elon MUSK, le riche homme d'affaires américain prônant, sans cacher sa volonté de puissance, « une vision absolutiste de la liberté d'expression ». Il est à indiquer que *Twitter* était achetée par M. Elon MUSK pour la somme de 44 milliards de dollars.

pour décider de l'existence d'un abus de liberté d'expression et que l'exequatur en est demandé dans le for.

Théoriquement, un droit de l'homme, qualifié en tant que tel par un système juridique et étant lié à la dignité de l'être humain, doit être reconnu par ce même système de la même manière à tous les êtres humains¹⁸. Et certains textes internationaux n'omettent pas, dans ce sens, de souligner que la liberté d'expression s'exerce « sans considération de frontière...¹⁹ ». Mais c'est un fait que les différents États n'ont pas tous la même perception de cette liberté. L'internationalité appelle donc forcément à déterminer les éléments de normativité du rapport juridique (compétences juridictionnelle et législative). Et ce conflit de perceptions, qui prend parfois la forme d'un conflit de cultures, est forcément à la source de problèmes en droit international privé.

L'actualité du sujet ne semble pas prête à décliner avec le temps, bien au contraire, tant les moyens techniques offrent avec la numérisation des outils, disponibles entre autres à un très jeune public²⁰, des possibilités qui étaient, jadis, unimaginables. Le Web²¹, « le réseau des réseaux²² », « le plus puissant des moyens d'expression²³ », le média²⁴ le plus interactif parmi les médias, à l'égard duquel prévaut le principe de la liberté de communication²⁵, se caractérise par une facilité d'utilisation, une rapidité de diffusion de l'information et une ubiquité « sans précédent²⁶ », et qui

¹⁸ S. TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, th. Paris 1, 2013, p. 417 et s.

¹⁹ V. article 19 § 2 PIDCIP et art. 10 de la CESDH.

²⁰ Il n'est pas anodin de voir la France adopter une loi instaurant une « majorité numérique ». V. la très récente loi n° 2023-566 du 7 juillet 2023 visant à instaurer une majorité numérique et à lutter contre la haine en ligne, complétant le IV de l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette loi, imposant des obligations sur les fournisseurs de réseaux sociaux, arrête la « majorité numérique » à 15 ans, l'âge à partir duquel le mineur n'a plus besoin du consentement de ses parents pour s'inscrire sur un réseau social.

²¹ Madame Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE attire l'attention sur la différence entre le Web et l'internet : « Contrairement à une idée communément reçue, internet et le web ne doivent pas être confondus. Le premier désigne l'ensemble des réseaux, y compris internes. Le terme dérive de l'anglais *internetting*, qui signifie « interconnecter des réseaux ». Il se réfère à une technologie apparue dans les années 1970 aux États-Unis, notamment à des fins de stratégie militaire (le réseau Arpanet). Le web, lui, a vu le jour au début des années 1990. Il correspond à l'ouverture d'internet au grand public : *world wide web*, la toile d'araignée mondiale. » (« Propos introductifs », *RLDI* 2012, n° 81, p. 82).

²² I. BARRIÈRE-BROUSSE, « Propos introductifs », art. préc., p. 82.

²³ A. ELLOUMI, « Les limites de la liberté d'expression relatives à la protection de certains intérêts publics fondamentaux », *Études juridiques* 2013, p. 4.

²⁴ V. M.-E. DRIEUX, « Régulation de l'internet. Libertés et droits fondamentaux », *RLDI* 2012, p. 92 et s. : « Il s'agit d'un moyen de communication ou média. Il est alors appelé à être régi par le droit des médias ou de la communication qui, du point de vue de la rigueur et de la précision juridique, pourrait ou devrait être dénommé "droit de la publication" ».

²⁵ Le Conseil constitutionnel l'a rappelé notamment dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

²⁶ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », *RLDI* août-septembre 2010, p. 4.

vont crescendo faisant passer le Web d'une génération à une autre²⁷. Ce faisant, de la liberté d'expression, le monde de l'internet fait une arme redoutable, mais à double tranchant²⁸.

Les mécanismes du droit international privé ne peuvent rester insensibles à ces phénomènes et ils sont constamment appelés à s'adapter pour aborder ce dilemme caractérisé en même temps par la fondamentale de la liberté d'expression, la diversité de sa conception dans les différents fors, la gravité des dérives et la mondialisation de la communication.

Face à ces données, la question se pose de savoir comment le droit assure aujourd'hui la régulation de la liberté d'expression dans les relations privées internationales ?

Nous pouvons, à l'observation, et en partant de l'acception large de la liberté d'expression, dégager trois niveaux de régulation : d'abord, nous verrons que c'est en modulant l'autonomie de la volonté des parties que le droit international privé régule parfois l'exercice de la liberté d'expression. Ceci est généralement le cas lorsque celle-ci n'apparaît qu'en filigrane dans les rapports internationaux. Le droit international privé la protège alors discrètement, mais assez efficacement (I). Quand elle transparaît à la surface, le droit international privé, conformément à son habitude, recourt en premier à une régulation par la proximité. Nous verrons que la démarche est en cours d'affinement (II). D'autres fois, le droit n'a pas d'autres moyens que l'impérativité pour consacrer la régulation de la liberté d'expression. Mais face à un monde numérique foisonnant, l'efficacité de l'impérativité, telle qu'entendue classiquement, n'est pas toujours au rendez-vous : Le droit international privé cherche encore son chemin et le chantier ne fait que commencer (III).

²⁷ Quatre générations peuvent aujourd'hui être distinguées : le Web 1.0 ou le « web vitrine » qui se caractérise par une diffusion de contenu à sens unique : c'est le web de la période de 1990 à 1999 ; le Web 2.0, de 2000 à 2009 : appelé « Web social » car il est collaboratif, plus démocratique, grâce à l'interconnexion. L'internaute partage l'information et participe à sa production grâce aux téléphones intelligents, aux réseaux sociaux et aux blogs ; le Web 3.0, appelé « Web sémantique », présente encore plus d'intelligence en ce qu'il personnalise la masse d'informations : d'un Web de documents, internet devient le web des données : l'internaute reçoit une réponse personnalisée selon ses besoins et son contexte ; le web 4.0 appelé aussi le « Web intelligent » « vise à immerger l'individu dans un environnement (web) de plus en plus prégnant. » V. <https://www.click2cell.com/blog/evolutions-web-web-1-0-web-2-0-web-3-0-web-4-0/>

²⁸ B. AUDIT, « Droit international de l'internet », art. préc. : « Elle ouvre la voie du meilleur comme du pire : d'un côté, la diffusion sans limite des informations, des idées et de la connaissance, en un mot, le rapprochement des peuples et la réalisation du village global ; mais, de l'autre, autant de possibilités de manipulation des esprits et des moyens décuplés de se livrer à des activités criminelles, lucratives ou non lucratives, et ce avec la sécurité d'échapper à la répression grâce à l'anonymat ou simplement à la distance ».

I.- La régulation de la liberté d'expression par la modulation de l'autonomie de la volonté : une protection discrète

Dans certaines situations, la liberté d'expression n'est pas invoquée en tant que telle, mais apparaît en filigrane. En observant la jurisprudence, l'on remarquera que c'est par la modulation de la *volonté* des parties que la liberté d'expression est souvent préservée. Dans ce cadre, la liberté religieuse, en tant que manifestation de la liberté d'expression, particulièrement de son volet « liberté d'opinion », constitue un prisme de regard fort intéressant, en permettant le déploiement de méthodes et de mécanismes donnant tous à la volonté de l'intéressé une envergure capable de la protéger (A). Inversement, c'est en limitant l'effet de l'autonomie de la volonté que le droit international privé préserve, même si ce n'est qu'indirectement, la liberté d'expression de la partie faible d'un contrat d'adhésion en annulant des clauses d'élection de for (B).

A.- La protection de la liberté d'expression par la préservation de la volonté : Le testament comme « lieu » de liberté d'expression

Certaines préférences et croyances religieuses ne transparaissent qu'à l'occasion de la mort d'une personne : par testament. Il est intéressant d'observer les démarches suivies par le droit international privé comparé pour protéger cette forme très particulière de liberté d'expression : nous verrons que pour préserver la volonté exprimée par le *de cuius*, le droit international privé peut faire appel aux grands moyens : le mécanisme des lois de police ou l'exception de l'ordre public. Deux affaires le démontrent : une, qualifiant la loi française sur les funérailles de loi de police (1) et l'autre, l'affaire *Molla Sali*, instaurant le consentement testimonial comme condition nécessaire à la mise en œuvre de la dérogation légale aux valeurs de la laïcité (2).

1.- La loi française sur les funérailles : une loi de police

Dans un arrêt du 19 septembre 2018²⁹ rendu par la Cour de cassation française, il était question de préciser la qualification de l'organisation des funérailles d'une personne. Il appartenait au juge de trancher entre la qualification de cette question comme question de « statut personnel », ce qui conduirait, conformément à la convention franco marocaine de 1981³⁰, applicable en l'occurrence en raison de la nationalité marocaine du défunt, à l'application de la loi marocaine ; et la qualification de la loi française du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles comme

²⁹ Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, n° 18-20.693, *D.* 2018, p. 2280, note C. BAHUREL et p. 2384, obs. S. GODECHOT-PATRIS et C. GRARE-DIDIER ; *AJ fam.* 2019, p. 167, obs. J. HOUSSIER ; *JCP G* 2018, 1142, note H. PÉROZ.

³⁰ Convention entre la République française et le royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, signée à Rabat le 10 août 1981, et publiée en France par le décret n° 83-435 du 27 mai 1983 (*JORF* 1^{er} juin 1983, p. 1643).

étant une loi de police, auquel cas la loi nationale du *de cuius* serait purement et simplement évincée.

C'est l'article 3 de cette loi qui était en cause. Il met à l'honneur la volonté de la personne concernée en disposant que :

« Tout majeur ou mineur émancipé, en état de tester, peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture.

Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions.

Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par-devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens, elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de la révocation ».

La qualification était hautement importante : le défunt était de nationalité marocaine et domicilié en France et avait exprimé la volonté qu'on procède à l'incinération de sa dépouille. Or, la mère et les collatéraux du défunt revendiquaient l'application de la règle de conflit prévue par la convention franco marocaine du 10 août 1981, et partant de la loi marocaine, qui prévoit des funérailles musulmanes pour les musulmans.

La Cour de cassation a procédé à la qualification en donnant à la loi française une application territoriale internationalement impérative considérant que « la liberté d'organiser ses funérailles ne relève pas de l'état des personnes mais des libertés individuelles et que la loi du 15 novembre 1887, qui en garantit l'exercice est une loi de police applicable aux funérailles de toute personne qui décède sur le territoire français ».

La solution n'était pas inédite mais était encore plus explicite que celles l'ayant précédée en ce qu'elle s'est prononcée sur la qualification exacte de la loi en tant que loi de police³¹ parce que loi de liberté publique. Cette qualification détonne dans le monde des lois de police qui ont généralement pour effet de *limiter* la liberté des personnes par elles ciblées. Cette loi offre en effet à la personne concernée un champ de liberté qui, sans être illimité, se trouve être plus large que ce qui est octroyé dans certains pays³². La liberté religieuse acquiert ainsi force obligatoire par l'effet d'une norme de relevance volitive que représente le « testament » présumé. Ce faisant, le juge français promeut une forme de « laïcité dispositive³³ » et protège l'opinion formée et le choix exprimé par l'impérativité du mécanisme des lois de police.

³¹ Sur cette jurisprudence passée, v. E. GALLANT, « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », *Rev. crit. DIP* 2019, p. 224.

³² Sur l'étendue de cette liberté, v. E. GALLANT, « La liberté d'organiser ses funérailles relève d'une loi de police », art. préc., p. 228.

³³ La « laïcité dispositive », générée par le contrat, est à l'opposé de la « laïcité impérative » que le droit impose. Sur ces concepts, v. S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, th. Paris 2, Paris : Dalloz, 2022.

La solution n'a pas reçu l'appui unanime de la doctrine en ce qui concerne la nature de la loi en question en tant que « loi de police³⁴ », mais les critiques sont d'accord sur le principe de faire des valeurs de ladite loi le socle d'un ordre public international qui évincerait toute loi étrangère contraire et neutraliserait l'atteinte portée à cette liberté d'opinion, en l'occurrence une liberté ayant un contenu religieux³⁵.

Les deux solutions, sans être identiques, ont un dénominateur commun non négligeable. Et c'est vers l'impérativité territoriale des dispositions de la loi de 1878 par leur qualification en tant que lois de police que va notre préférence plutôt que vers la simple proclamation du caractère fondamental des valeurs qu'elle défend, assurée par l'exception de l'ordre public. Le caractère précis de la loi de 1878, la clarté du message à passer, son caractère fondamental et son importance dans une société laïque méritent une telle qualification.

2.- Affaire *Molla Sali c. Grèce* : le consentement testimonial comme condition nécessaire à la mise en œuvre de la dérogation légale aux valeurs de la laïcité

Une autre affaire³⁶ se rapportant à la validité de certaines dispositions testimoniales nous intéresse bien que les termes du débat qu'elle soulève ne relèvent pas *stricto sensu* du droit international privé mais du conflit interne à un pays entre la loi civile et une loi coutumière en vigueur dans ce même pays. L'affaire reste intéressante car sa solution finale est parfaitement transposable à toute autre affaire similaire contenant un élément d'extranéité caractéristique qui l'aurait internationalisé³⁷ lorsque la loi applicable s'avère être la loi grecque.

Dans cette affaire, un Grec, *Molla Sali*, appartenant à la communauté musulmane de Thrace, avait légué à son épouse, par testament établi par-devant notaire, la totalité de ses biens, comme le permettait le Code civil grec. Après son décès, ses sœurs ont contesté la validité dudit testament en se fondant sur la prévalence en droit grec, pour la matière successorale, des coutumes musulmanes et de la *charia* sur le Code civil, conformément aux dispositions du traité de Sèvres de 1920³⁸ et du

³⁴ D'aucuns soulignent en effet l'absence d'indication spécifique au sein de la loi de son champ d'application, et le fait que la liberté de funérailles ne semble pas cruciale à l'organisation politique sociale, ou économique de l'État. En ce sens M. BOUTEILLE-BRIGANT, « La loi sur la liberté des funérailles : une loi de police ? », *Lexbase Lettre juridique* 18 octobre 2018, n° 758.

³⁵ Sur la complexité d'une qualification de la question comme partie intégrante de l'ordre public international intervenant par l'effet de l'exception de l'ordre public, v. L. CARAYON, « La mort nous prend là où nous sommes », note sous Civ. 1, 19 sept. 2018, n° 18-20.693, *Dr. famille* 2018, comm. 281.

³⁶ CEDH, 19 déc. 2018, req. 20452/14, *Molla Sali c. Grèce*.

³⁷ Sur l'intérêt de l'étude de ce cas de droit grec pour un internationaliste, v. Y. BAAZAOU, *La méthode des intérêts : Paradigme du droit international privé contemporain (Tour d'horizon de récentes jurisprudences et législations)*, th. Tunis, 2022, p. 276.

³⁸ Article 14 § 1 de ce traité, ratifié par le décret des 29 septembre et 30 octobre 1923.

traité de Lausanne³⁹ ainsi que de l'article 6 de la loi d'accompagnement du Code civil, et ce pour les seuls ressortissants grecs de Thrace de confession musulmane. Or, selon la *charia*, un héritier *ab intestat* ne peut bénéficier d'une succession testamentaire, sauf ratification ultérieure par ses consorts de la volonté exprimée par le *de cuius* dans le testament.

Les juridictions du fond⁴⁰ ont débouté les sœurs en se fondant sur l'incompatibilité du régime juridique applicable à la succession d'un Grec musulman avec les principes constitutionnels et conventionnels d'égalité, de liberté et de non-discrimination du fait qu'un Grec musulman n'a pas les mêmes droits que les autres Grecs. De son côté, la Cour de cassation grecque est allée dans le sens inverse se tenant à une application stricte de la distribution des compétences entre le droit commun et le droit musulman.

Saisie par l'épouse, la Cour européenne des droits de l'homme juge que la réservation au profit d'une minorité de l'application de son droit coutumier ne doit pas être imposée à ses membres. Autrement, elle se transformerait en une discrimination. L'application de ce régime spécifique doit, en plus de la permission légale, relever de la volonté de la personne concernée⁴¹. Et le droit positif grec d'évoluer dans ce sens quelques mois avant le rendu de la décision de la Cour de Strasbourg⁴² exigeant l'accord de toutes les parties impliquées dans la relation juridique en cause pour que le régime religieux soit applicable.

Au-delà de la question du statut successoral strictement entendue, c'est le caractère fondamental de la liberté d'opinion qui a fait basculer la solution vers un déclassement de la loi religieuse, pourtant protégée par son statut légal. La protection de la formation de l'opinion religieuse et de son extériorisation dans un testament en toute liberté, et à égalité avec les autres citoyens grecs, s'est avérée un enjeu fondamental prévalant sur le partage légal de compétences entre le statut laïque et le statut religieux et la protection escomptée est déléguée à l'autonomie de la volonté comme critère permettant de résoudre ce problème de conflit interpersonnel.

³⁹ Articles 42 et 45 de ce traité, ratifié par le décret du 25 août 1923.

⁴⁰ Trib. prem. inst. Rhodope, 1^{er} juin 2010, réf. 50/2010 ; CA Thrace, 28 septembre 2011, réf. 392/2011 (rejetant l'appel des requérantes).

⁴¹ Pour un commentaire plus détaillé de cette affaire, v. Y. BAAZAOUÏ, *La méthode des intérêts*, th. préc., p. 276 et s.

⁴² Loi grecque n° 4511/2018 du 15 janvier 2018.

B.- La protection de la liberté d'expression par la limitation de l'autonomie de la volonté : la mise en échec des clauses de compétence dans les contrats d'adhésion

Le contrat liant une société de gestion d'un réseau social (la société *Facebook*, *X...*) à un souscripteur d'un compte sur ce réseau de communication est la seule porte d'accès à ce souscripteur à l'exercice de la liberté d'expression sur ce réseau.

Les deux parties de ce contrat peuvent faire preuve d'abus quant à un exercice normal de la liberté d'expression. Ainsi, le titulaire du compte peut profiter de l'accès au réseau pour émettre des informations mensongères portant atteinte à la réputation et à l'honneur d'autres personnes ou pour tenir des propos racistes... De même, l'exercice par la société du pouvoir de limitation d'accès, ou encore mieux, de fermeture du compte, peuvent ne pas être fondés sur des éléments objectivement suffisants ou légitimes. De ce dernier point, il est clair que la société gestionnaire du compte dispose d'une force de frappe pouvant réduire considérablement ou même anéantir l'accès au réseau du titulaire du compte. Et la possibilité, ouverte à ce titulaire, d'ouvrir un nouveau compte à tout moment n'est pas équivalente à un exercice normal de la liberté d'expression car le nouveau compte ne peut pas offrir une visibilité sur le réseau équivalente à celle de l'ancien permettant d'émettre ou de recevoir les informations souhaitées avec la même envergure.

L'accès au juge est donc une condition *sine qua non* d'un exercice normal de la liberté d'expression du titulaire du compte. Or, dans les contrats à la base de ce type de relation, la pratique montre le succès d'une clause d'élection de for donnant compétence aux tribunaux du siège principal de la société mère, doublée souvent d'une clause d'*electio juris* offrant la compétence législative à la loi de ce même pays, ce qui donne en principe à ce dernier une compétence plénière pour normer une telle relation. Ces clauses sont insérées dans des contrats, rédigés entièrement par la société et proposés à l'adhésion des nouveaux souscripteurs qui n'ont qu'à cocher la case d'acceptation pour se voir affecter un compte, à entendre une porte d'accès au réseau doublement communicante : recevoir et émettre des informations.

Dans les affaires ayant opposé des sociétés américaines à des souscripteurs résidant habituellement dans d'autres pays relativement à la limitation d'accès ou à la fermeture du compte par la société, le titulaire qui veut contester la décision et retrouver ses droits sur le compte se trouve alors en principe obligé de porter plainte devant un juge qui lui est, très souvent, inaccessible.

Ainsi, en était-il dans une affaire opposant un titulaire de compte français qui réside habituellement en France à la société californienne *Facebook*⁴³. Celle-ci a suspendu l'accès de l'internaute à son compte. Se trouvant devant l'impossibilité

⁴³ CA Paris, 12 février 2016, RG n° 58-2016 (la décision peut être consultée sur le site internet <https://www.isdc.ch/media/1593/16-paris-12-fevrier-2016-facebook.pdf>).

de saisir le juge californien, le titulaire du compte suspendu a saisi le juge de sa résidence habituelle, le juge français, contrairement à ce que préconisait la clause d'élection de for. Et la compétence demandée a été acceptée.

Tel que décrit, le rapport contractuel entre les deux parties est objectivement international. Et si ce type de clause est en principe valable en matière contractuelle sur le fondement du principe phare de la matière, celui de l'autonomie de la volonté, la Cour d'appel de Paris, confirmant la position du tribunal de grande instance de Paris, a fondé sa compétence en qualifiant le contrat en cause de « contrat de consommation », et ce en dépit de la gratuité du service pour le souscripteur. La Cour affirme, en effet, que « si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société *Facebook Inc.* retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres, de sorte que sa qualité de professionnel ne saurait être sérieusement contestée ; qu'il n'est pas plus contestable que le contrat souscrit est un contrat d'adhésion sans aucune latitude autre que l'acceptation ou le refus ».

Vu sous cet angle, le contrat est un contrat d'adhésion et c'est alors le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui devient applicable pour fixer les règles sur la compétence directe en donnant au consommateur, en sa qualité de partie faible, le choix entre le juge du lieu de son domicile et celui où est domicilié le professionnel⁴⁴, ce qui a confirmé, en l'espèce, la compétence du juge français. Celui-ci a appliqué ensuite sa loi pour apprécier la validité de la clause attributive de juridiction en cause. Il a eu notamment recours au code de la consommation⁴⁵ concluant à l'aspect abusif de ladite clause⁴⁶ et, partant, à son annulation.

La protection de la partie faible a ainsi permis l'annulation de la clause d'élection de for en la taxant d'être une clause abusive.

⁴⁴ Articles 15 et 16 du règlement.

⁴⁵ Art. L. 132-1 et R. 132-2 C. consom.

⁴⁶ La cour d'appel énonce que « considérant que le juge de la mise en état a relevé de manière pertinente que la clause attributive de compétence prévue à l'article 15 des conditions générales du contrat oblige le souscripteur, en cas de conflit avec la société, à saisir une juridiction particulièrement lointaine et à engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat souscrit pour des besoins personnels ou familiaux ; que les difficultés pratiques et le coût d'accès aux juridictions californiennes sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à le priver de tout recours à l'encontre de la société *Facebook Inc.* ; qu'à l'inverse, cette dernière a une agence en France et dispose de ressources financières et humaines qui lui permettent d'assurer sans difficulté sa représentation et sa défense devant les juridictions françaises ; que dès lors, la clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes contenue dans le contrat a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; qu'elle a également pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice ».

Offrant une réponse, à notre sens plus complète, la Cour Suprême du Canada a jugé en 2017 dans l'affaire *Douez c. Facebook*⁴⁷ que la société ne pouvait pas invoquer la clause d'élection de for pour s'opposer à une action collective intentée contre la société *Facebook* pour atteinte à la vie privée en Colombie britannique. Outre la qualification des titulaires des comptes de « consommateurs », la Cour souligne la valeur constitutionnelle des intérêts en jeu : « ... La liberté contractuelle n'est pas illimitée. Le tribunal jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet, par application du critère des motifs sérieux, de refuser de donner effet à un contrat pour des raisons liées à l'intérêt public lorsque les circonstances s'y prêtent. Généralement, la liberté contractuelle se voit ainsi limitée pour deux motifs principaux : protéger la partie la plus vulnérable ou protéger... les mesures sociales, économiques ou politiques prises par l'État dans l'intérêt de la collectivité... Dans la présente affaire, les deux sont en jeu. Il y a à la fois inégalité du pouvoir de négociation dans un contrat de consommation qui tient du contrat d'adhésion et intérêt à ce qu'une juridiction locale statue sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels ».

La Cour a examiné les considérations touchant à « l'inégalité flagrante du pouvoir de négociation⁴⁸ » et la nature des droits en jeu. Cela peut parfaitement être transposable à la liberté d'expression pour fonder la compétence du for de la résidence habituelle du (ou des) souscripteur(s) du compte.

En plus de la protection « discrète » de la liberté d'expression par la modulation de l'autonomie de la volonté, la régulation se fait d'une manière plus directe quand le débat soumis au juge a pour objet même l'étendue de la liberté d'expression.

II.- La régulation de la liberté d'expression par la proximité : une démarche en cours d'affinement

Quand est directement en cause la liberté d'expression dans son rapport avec les droits de la personnalité, la qualification de ces derniers s'impose pour identifier les règles de conflit de lois ou de juridiction applicables.

Font-ils partie de l'état de la personne auquel cas, ils seront considérés comme des éléments du statut personnel ? En dépit de l'article 43 du CDIP tunisien qui énonce que « les droits de la personne sont régis par la loi nationale dans les cas des personnes physiques », la réponse à cette question est négative car même si ces droits sont centrés sur la personne, celle-ci y est considérée, nous explique M. Ali

⁴⁷ Cour suprême du Canada, 23 juin 2017, *Douez c. Facebook Inc.*, 2017 CSC 33. V. aussi <https://www.nortonrosefulbright.com/fr-ca/centre-du-savoir/publications/aoc3e470/la-cour-supreme-du-canada-se-prononce-sur-la-clause-delection-de-for-pour-les-non-amis-facebook-la-poursuite-pour-atteinte-a-la-vie-privee-peut-se-derouler-en-colombie-britannique>.

⁴⁸ Cour suprême du Canada, 23 juin 2017, *Douez c. Facebook Inc.*, arrêt préc., § 38 et 53.

Mezghani, non « en raison de son appartenance à une nation, ou à la famille⁴⁹ » mais plutôt parce que ces droits appartiennent à toute personne humaine.

C'est en fait vers la catégorie des délits qu'il faut se tourner pour résoudre les litiges qui surviennent touchant aux droits de la personnalité. Cette catégorie se fonde sur l'idée d'une responsabilité légale, dite encore extracontractuelle⁵⁰. Et à défaut d'une règle de conflit spécifique aux droits de la personnalité, la règle de conflit de la catégorie large des délits s'applique. Cependant, des interrogations nouvelles apparaissent liées à la mise en œuvre de cette règle avec la numérisation croissante des relations humaines.

Le droit international privé comparé laisse montrer un foisonnement exceptionnel lié aux activités numériques explorant de nouvelles pistes qui ont laissé émerger un débat entre les « exceptionalistes » et les « non-exceptionalistes⁵¹ » du cyberspace annonçant que le monde nouveau soumet, depuis un moment, le droit international privé à une énième épreuve.

La numérisation des données et la facilité de l'accès au monde de l'internet soumettent la question des limites de la liberté d'expression à un « perpétuel questionnement⁵² ». Un processus d'affinement s'en dégage⁵³ nous invitant à focaliser, parmi les critères pouvant être mis en œuvre pour résoudre la question de la compétence judiciaire et/ou législative, sur le lieu du dommage qui s'affirme avec un contenu de plus en plus précis en droit comparé (A), tout en prêtant attention à quelques bourgeonnements poussant vers de nouvelles spécialisations des rattachements (B).

⁴⁹ A. MEZGHANI, *Commentaire du Code de droit international privé*, Tunis : CPU, 1999, p. 106.

⁵⁰ Cette catégorie se définit comme « l'obligation, mise par la loi à la charge d'une personne, de réparer un dommage subi par une autre », sous réserve de la démonstration d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité.

⁵¹ Les « non exceptionalistes » du cyberspace forment la doctrine qui pense qu'Internet ne changera pas foncièrement le cadre juridique existant. À l'opposé, les « exceptionalistes » démontrent les problèmes juridiques auxquels l'homme se confronte avec l'outil numérique sont inédits et que de nouvelles analyses sont nécessaires. Sur ces deux doctrines, v. P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA*, le droit international privé et la déterritorialisation des données », art. préc., p. 738.

⁵² On parle des « données numériques qui circulent à travers le monde en entretenant peu de relations avec le territoire physique » comme un « phénomène omniprésent [qui] donne lieu à une déferlante de nouvelles interrogations juridiques qui se renouvellent au fur et à mesure de l'évolution spectaculaire des technologies » (P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA*, le droit international privé et la déterritorialisation des données », art. préc., p. 725).

⁵³ L'intitulé de F. JAULT-SESSEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in *Internet et le droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 167 est dans ce sens particulièrement parlant.

A.- Le lieu du dommage comme critère de rattachement

Dans le Code de droit international privé tunisien, adopté en 1998⁵⁴, on ne trouve pas de règles spécifiques dédiées aux limites de la liberté d'expression, ou plus largement à la consécration des droits de la personnalité, et ce contrairement à certaines législations ou projets de législations récents en droit comparé⁵⁵. C'est donc le droit commun de la responsabilité extracontractuelle qui s'applique et celui-ci veut que la *compétence directe du juge* tunisien soit acceptée entre autres⁵⁶ lorsque la Tunisie est le lieu du fait générateur du dommage⁵⁷, avec possibilité pour la victime, en cas de délit complexe⁵⁸, d'opter pour la Tunisie en tant que lieu du dommage subi, c'est-à-dire qu'une option est ouverte à la victime entre le for d'origine (lieu du fait générateur du dommage) et le for de destination (le lieu du dommage subi)⁵⁹.

Les mêmes solutions⁶⁰ prévalent en droit français à travers l'article 46 CPC⁶¹.

⁵⁴ Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, portant promulgation du Code de droit international privé. Il est à indiquer que même l'avant-projet de réforme du Code de droit international privé proposé en 2019 par la Commission de réforme du Code de droit international privé n'a pas prévu de règle particulière en la matière.

⁵⁵ V. par exemple le projet d'un article 5 *bis* à ajouter au Règlement Rome II ou encore les articles 94 et 95 du projet du Code de droit international privé français.

⁵⁶ La compétence du juge tunisien est acceptée aussi lorsque la Tunisie est le lieu de la résidence habituelle du défendeur, chef de compétence principal du Code (article 3 CDIP) ou est le for élu par les parties après la naissance du litige (article 4 CDIP). Sur ces chefs de compétences, v. A. MEZGHANI, *Commentaires du Code de droit international privé*, *op. cit.*, p. 152 et s. ; I. HADJ SASSI, « La responsabilité civile délictuelle en droit international privé tunisien », in S. BEN ACHOUR et S. TRIKI (dir.), *Le Code de droit international privé : Vingt ans d'application (1998-2018)*, Tunis : Latrach, 2020, p. 341, spéc. p. 346 et s.

⁵⁷ Article 5 CDIP. Ce chef de compétence est objectivement valable car coïncidant très souvent avec le chef de compétence universel de la résidence habituelle du défendeur. On le retrouve en droit européen dans l'affaire *Fiona Shevill* dont l'objet était un délit de presse et le critère considéré comme pertinent était celui du « lieu d'établissement de l'éditeur de la publication litigieuse » (CJCE, 7 mars 1995, aff. C-68/93, *Fiona Shevill*, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 487, note P. LAGARDE). De même, nous le retrouvons dans les affaires relatives aux atteintes aux droits de la personnalité perpétrées sur internet. V. l'arrêt *eDate et Martinez* ayant retenu « le lieu d'établissement du demandeur » (CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate et Martinez*, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; p. 1279, chron. T. AZZI ; p. 1285, chron. S. BOLLÉE et B. HAFTEL ; p. 2331, obs. L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; *Rev. crit. DIP* 2012, p. 389, note H. MUIR-WATT).

⁵⁸ Le délit complexe se caractérise par le fait que ses éléments constitutifs (fait générateur et dommage) ne se localisent pas sur le territoire d'un seul État.

⁵⁹ Pour la critique d'une telle solution au regard du principe de l'égalité, v. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, Paris : Dalloz, 11^e éd. 2023, n° 1459 ; M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », in *Internet et le Droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 181.

⁶⁰ La licéité des clauses attributives de juridiction en matière extracontractuelle, sauf règles impératives de compétence en faveur du juge du for est consacrée par la jurisprudence française depuis Civ. 1, 17 décembre 1985, *Compagnie des signaux et entreprises électriques*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 537, note H. GAUDEMET-TALLON ; *GADIP* n° 72.

⁶¹ Cet article dispose que « le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, [...] en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ». La compétence du juge français sur le fondement des règles domestiques de compétence internationale joue, conformément à l'article 6

Pour les contentieux extracontractuels intégrés à l'espace judiciaire européen, le Règlement Bruxelles I bis⁶² consacre entre autres aussi⁶³ la compétence du juge du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Cette compétence qu'ouvre l'article 7 § 2 est interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne⁶⁴ comme offrant au demandeur dans les délits complexes, une option entre le juge du lieu du fait générateur et celui du lieu du dommage⁶⁵.

Le lieu du dommage subi⁶⁶ est un sérieux concurrent au critère du lieu du fait générateur. Mais il peut donner lieu à des interprétations divergentes⁶⁷ lorsque le cadre de la violation du droit de la personnalité est l'espace numérique.

du Règlement Bruxelles I bis, chaque fois que le défendeur réside habituellement en dehors des pays de l'Union européenne. Il est à indiquer que ces règles prévoient aussi que la compétence du juge français peut être également ouverte sur le fondement de la nationalité du demandeur ou du défendeur en application des articles 14 et 15 du Code civil.

⁶² Règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁶³ Le Règlement retient aussi la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur (article 4) et celle du juge européen élu (article 25).

⁶⁴ CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de potasses d'Alsace*, aff. C-21/76, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 563, note P. BOUREL ; *JDI* 1977, p. 728, note A. HUET ; *D.* 1977, p. 613, note G. A. L. DROZ. Pour la Cour, « l'expression « lieu où le fait dommageable s'est produit » doit être entendue en ce sens qu'elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'évènement causal. Il en résulte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur devant le tribunal soit du lieu où le dommage est survenu, soit du lieu de l'évènement causal qui est à l'origine de ce dommage » (décision rendue en matière de pollution transfrontière).

⁶⁵ La victime présumée étant généralement la demanderesse dans ces affaires, ce chef de compétence est souvent un *forum actoris*. Or, et jusqu'à preuve du contraire, une telle demanderesse n'est que victime présumée conformément à la présomption d'innocence en faveur de la défenderesse. Cela ouvre la brèche à une critique de la théorie de la focalisation d'être « trop favorable au demandeur à l'action en réparation » puisqu'il lui suffit d'alléguer de son statut de victime pour « bénéficier d'un *forum actoris* ». P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1132 (quoique les auteurs nuancent leur affirmation en écrivant que le demandeur dans ces affaires peut aussi être l'auteur du dommage dans les États qui accordent à cette catégorie une « action déclaratoire négative de responsabilité » ; *op. cit.*, p. 1107). Mais une autre partie de la doctrine, représentée ici par D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris : PUF, 2021, Coll. Thémis, p. 504 et s., nie à cette option d'être fondée sur un esprit de faveur à la victime en ce sens qu'elle « repose sur le postulat - et non sur une simple présomption - de l'égalité adéquate des deux termes de l'option aux intérêts que le for du délit est destiné à prendre en charge... L'option est dictée par l'égalité proximité des deux fors et non par le souci de favoriser la victime. Elle n'a aucunement pour objectif d'introduire un *forum actoris* protégeant le demandeur (dictée par l'idéologie de la réparation) et jugé a priori suspect. » Et les auteurs de citer l'arrêt CJCE, 16 janvier 2014, aff. C-45/13 où la Cour rappelle que l'article 7 § 2 du règlement Bruxelles I bis n'a pas pour objet la protection de la victime : elle ne s'explique que « parce qu'il est impossible de choisir entre les deux éléments constitutifs du délit ».

⁶⁶ Ce rattachement s'intègre dans une logique indemnitaire contrairement au lieu du fait générateur exprimant plutôt une logique répressive. V. sur cette différence P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1076 et s. P. LAGARDE, « Réflexions sur le dommage en tant que facteur de rattachement en droit international privé », in *Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières. Mélanges Bertrand Ancel*, Paris : LGDJ, 2018, p. 263.

⁶⁷ C'est ainsi que la qualification de certains faits, comme la diffusion, ne fait pas toujours le consensus. Analysée par certains comme préjudice, d'autres y voient un « acte générateur de dommage ». V. dans ce sens P. de VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1100 et s. ainsi que la jurisprudence citée à la note 1 (p. 1101).

Nous ne disposons malheureusement pas de jurisprudence tunisienne concluante en la matière⁶⁸, mais la jurisprudence, la législation et/ou la doctrine comparées, notamment européennes⁶⁹, nous éclairent précieusement : En effet, la question se pose de savoir comment comprendre « le lieu de la survenance du dommage subi » ? Suffirait-il de mettre en œuvre la théorie de l'accessibilité dont le critère se contente de l'accessibilité de l'atteinte (une diffamation, une injure, une atteinte à la vie privée de la personne) à partir du for ? Les fors pouvant accepter leur compétence sur ce fondement seraient alors d'un nombre très élevé et cela donnerait lieu à une sorte de compétence universelle à celui qui est saisi ; ce qui est, en droit international privé, contraire à une bonne régulation des compétences car ouvrant excessivement la porte au *forum shopping*⁷⁰. La jurisprudence européenne l'a admis pour les atteintes aux droits de la personnalité mais a limité la compétence de chaque for au seul dommage réalisé dans son ressort⁷¹. Et c'est aussi la solution retenue par le projet de Code de droit international privé français comme une alternative possible dans son article 93 pour les délits commis par voie de radio, télévision, internet ou média assimilé.

Une autre théorie est en vogue en droit comparé : celle plus exigeante de la focalisation⁷², dite encore théorie de la destination. Elle exige que l'atteinte soit non seulement accessible mais aussi pertinente, sachant que celle-ci l'est dans les atteintes aux droits de la personnalité lorsque la victime jouit, dans le lieu en question, d'une certaine réputation⁷³. C'est le lieu du centre des intérêts de la victime qui semble remplir le mieux cette condition et la meilleure méthode de l'identifier serait celle du « groupement des points de contact⁷⁴ ». Ce for est le for du délit de l'atteinte au

⁶⁸ Trib. prem. inst. Tunis, ord. réf., 25 février 2012, réf. 8977/2012, citée par A. LAADHAR, « Liberté d'expression et internet », *Études juridiques* 2013, p. 181. Une vidéo a circulé sur *Youtube* d'une femme, moitié nue, dans un quartier de tolérance, filmée à son insu. Le juge des référés a décliné sa compétence en considérant qu'il ne peut statuer sans recourir à des travaux inquisitoires et à l'expertise pour vérifier si l'Agence Tunisienne de l'Internet pouvait procéder à la suppression de la vidéo, ce qui excède sa compétence en tant que juge des référés.

⁶⁹ V. CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09 et C-161/10, *eDate et Martinez* ; 17 octobre 2017, aff. C-194/16, *Bolagsupplysningen*.

⁷⁰ Pour une affirmation claire de cette solution, v. CA Paris, 6 juin 2007, cité par F. JAULT-SESEKE, « Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », in *Internet et le Droit international*, Paris : Pedone, 2014, p. 175, note 43 (« compte tenu de l'universalité de ce réseau, appliquer le critère de la simple accessibilité aurait nécessairement pour conséquence d'institutionnaliser la pratique du *forum shopping* »).

⁷¹ CJUE, 25 octobre 2011, *eDate et Martinez*, arrêt préc. Ce système est appelé par la doctrine « système de la mosaïque ». V. sur ses points faibles P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1131 et s.

⁷² Théorie dont le nom, en traduction au terme anglais *targeting*, a été initié par O. CACHARD *La régulation internationale du marché électronique*, Paris : LGDJ, 2002, n^{os} 107 et s. (l'auteur décrit la jurisprudence américaine dans son ouvrage).

⁷³ C'est là en effet que le dommage est réellement ressenti par la victime.

⁷⁴ C'est la méthode pour laquelle vote une doctrine autorisée. V. par exemple D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 568 : « Le caractère extrêmement morcelé des solutions, variables selon le type de cyber-délict invite aujourd'hui à réfléchir à des solutions nouvelles, par généralisation du for du centre des intérêts de la victime ou désignation des juges de l'État dans lequel l'impact du site internet serait le plus significatif à l'aide d'outils de mesure

droit de la personnalité et c'est un for connu pour être « particulièrement adapté aux atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité commises en ligne⁷⁵ ». Pour Madame M.-É. Ancel, le critère de la destination « pourrait... être vu comme une sorte de version « électronique » du principe de proximité⁷⁶ ». Eu égard à ses avantages⁷⁷, particulièrement lorsque la victime est une personne physique⁷⁸, ce chef de compétence a actuellement beaucoup de succès⁷⁹ en droit comparé où l'on donne à l'État qui remplit la condition exigée la compétence sur l'intégralité du dommage en cause. Ainsi le très récent projet du Code de droit international privé français, datant de 2022⁸⁰, le consacre-t-il dans sa proposition d'article 93 alinéa 3.

Le critère du lieu de la survenance du dommage subi s'impose aussi en matière de conflit de lois. Ainsi, un choix est donné à la victime sous la forme d'une option de législation par l'article 70 alinéa 2 du CDIP tunisien⁸¹ en cas de délit complexe entre la *lex loci delicti* et la *lex loci damni*⁸², avec cependant quelques tempéraments dont

aujourd'hui opérationnels. » La même méthode est utilisée en matière de consommation où le pays de la focalisation est identifié à l'aide d'un faisceau d'indices que la jurisprudence s'est déployée à déterminer : l'extension de l'URL du site internet (.fr, .it, .de., .ca, .uk...), la langue utilisée, les unités de mesures, la monnaie... V. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions*, Paris : LGDJ, 2022 ; Y. EL HAGE, *Le droit international privé à l'épreuve de l'internet*, Paris : LGDJ, 2022.

⁷⁵ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. comm. électr.* 2022, n° 1, p. 15.

⁷⁶ M.-E. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., s'appuyant sur C. KESSEDJIAN, « Le principe de proximité vingt ans après », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges Paul Lagarde*, Paris : Dalloz, 2005, p. 507-521.

⁷⁷ Ces avantages sont essentiellement liés à une bonne administration de la justice, notamment la commodité de la saisine d'un juge de proximité pour le demandeur, la concentration du contentieux même si d'autres éléments du litige sont éparpillés, efficacité de la décision dans le lieu de vie du demandeur (suppression du contenu litigieux...)

⁷⁸ Des difficultés peuvent apparaître quant à l'identification du centre des intérêts d'une personne morale. V. en ce sens M.-É. ANCEL et B. DARMOIS, « Nouvelles problématiques de compétence internationale en cas d'atteinte à l'e-réputation », *Comm. comm. électr.* 2018, étude 8. Mais la CJUE a consacré le critère dans l'arrêt *Bolagsupplysningen* précité.

⁷⁹ La théorie est pertinente mais la vie numérique pourrait s'adapter pour la vider de son sens : Dans ce sens, F. JAULT-SESEKE écrit que l'on « peut imaginer que les utilisateurs de l'internet s'adaptent et qu'en réaction à l'adoption de la théorie de la focalisation se développent des sites que certains ont qualifiés de « passe-partout », sites qui s'adressent à tous mais à personne en particulier, qui sont rédigés en anglais et qui ne font nullement référence au pays des internautes. La théorie de la focalisation qui conduirait alors à ne retenir la compétence d'aucun juge deviendrait obsolète » (« Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle », art. préc., p. 174).

⁸⁰ Ce code serait applicable s'il est adopté lorsque le défendeur ne réside pas habituellement dans un État membre de l'Union Européenne.

⁸¹ La loi offre d'autres possibilités que nous n'examinerons pas ici car ne posant pas de problèmes spécifiques. Il s'agit de l'accord procédural et de loi de la résidence habituelle des parties si celles-ci résident habituellement dans le même lieu.

⁸² Sur la comparaison entre la *lex loci delicti* et la *lex loci damni*, V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1077 : « L'application de la loi de l'État dans lequel le fait dommageable a été commis, ou *lex loci delicti*, permettrait d'apprécier équitablement le comportement de son auteur, chacun étant à même d'apprécier, selon cette loi, les risques qui pèsent sur lui dans l'exercice de son activité. Cet argument ne saurait, à la réflexion, être décisif. Il affaiblit le *locus damni* comme facteur de rattachement surtout pour les responsabilités à base de faute... Au contraire chaque sujet de droit déployant une activité susceptible d'avoir des

notamment⁸³ une application dans tous les cas de la *lex loci delicti* à « la capacité relative à la responsabilité civile, les conditions et l'étendue de ladite responsabilité, ainsi que la personne responsable » et la « prise en considération » de ses « règles de sécurité et de comportement en vigueur⁸⁴ ». Pareillement, le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles, d'application universelle, retient, avec quelques tempéraments, la *lex loci damni*⁸⁵. Cependant, ce règlement, eu égard à l'absence d'un consensus sur l'équilibre à trouver entre les intérêts en cause⁸⁶, exclut expressément de son champ d'application « les obligations non-contractuelles découlant d'atteintes à la vie privée et aux droits de la personne, y compris de la diffamation⁸⁷ ». Mais il est à indiquer qu'une recommandation de modification du règlement Rome II⁸⁸ a été émise appelant, tout en admettant certaines dérogations⁸⁹, à adopter en cas d'émission ou de publication, le critère de

conséquences dommageables à l'étranger devrait être poussé à s'interroger sur l'éventualité d'une responsabilité sans faute que ses actes peuvent lui faire encourir à l'étranger, voire dans l'État même où il agit par application de la loi étrangère. C'est précisément cette vigilance responsable qu'encourage, en accord avec le principe de précaution, la règle de conflit donnant compétence à l'État auteur de la *lex loci damni*. » Sur ce point, v. M.-É. ANCEL, « La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 186.

⁸³ Le Code prévoit aussi dans son article 70 al. 3 l'application de la *lex communis* (loi domiciliaire commune des parties) s'il en existe. Il organise aussi la possibilité d'un accord procédural menant vers l'application de la loi du for (article 71 CDIP). L'accord procédural est défini comme étant « un accord intervenant en cours d'instance entre les parties au litige dont les droits en cause sont disponibles. Il a pour objet d'exclure la solution édictée par la règle de droit normalement compétente et de lier le juge sur les qualifications et points de droit auxquels les parties entendent limiter le débat » (S. BOSTANJI, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, th. Dijon, 2000, p. 386).

⁸⁴ Article 75 du CDIP tunisien. Sur ce point, v. I. HADJ SASSI, « La responsabilité civile délictuelle en droit international privé tunisien », art. préc., p. 355.

⁸⁵ V. l'article 4 § 1 : « Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non-contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent ».

⁸⁶ V. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, n° 1449 : « Les organes de presse, les maisons d'édition et autres entreprises du secteur des médias préconis[ent] une application du principe d'origine et s'oppos[ent] à l'acceptation largement indemnitaires mise à l'honneur par la règle générale de conflit de lois du Règlement Rome II »

⁸⁷ Sur la portée de l'article 3 § 2 de la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, V. CJUE, 25 octobre 2011, aff. C-509/09, *eDate Advertising GmbH*, qui lui ôte la qualité de règle spécifique de conflit de lois à transposer dans les législations internes des États de l'Union européenne. Sur ce point, v. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé, op. cit.*, p. 1099 et s.

⁸⁸ Rapport du 2 mai 2012 contenant des recommandations à la Commission sur la modification du règlement Rome II (disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0152_FR.html ; site consulté le 13 juillet 2023).

⁸⁹ Un article 5 *bis* est proposé à être ajouté au Règlement Rome II sous l'intitulé « Vie privée et droits de la personnalité » : « 1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à la vie privée ou aux droits de la personnalité, y compris la diffamation, est celle du pays où se produisent ou menacent de se produire les éléments les plus significatifs du dommage. / 2. Toutefois, la loi applicable est la loi du pays dans lequel le défendeur a sa résidence habituelle si celui-ci ne pouvait raisonnablement pas prévoir les conséquences importantes de son acte dans le pays désigné par le paragraphe 1. / 3. Lorsque l'atteinte résulte d'une publication

la destination comme solution de principe. Cette solution ressort de la démarche localisatrice adoptée par le juge européen qui identifie le critère du lieu de situation du centre des intérêts du demandeur victime comme exprimant le critère de la destination⁹⁰. L'atteinte vise en effet son destinataire dans son milieu et c'est donc ce lieu qui « comporte des éléments objectifs et vérifiables permettant d'identifier, directement ou indirectement, ladite personne en tant qu'individu⁹¹ ». Et le projet du Code de droit international privé français de 2022 consacre, à son tour, la solution en dédiant une règle de conflit spécifique dans ses articles 94 et 95⁹² réservant aux délits survenus par radio, télévision, internet ou tout autre média assimilable, de manière distributive, les lois des États « vers lesquels la personne dont la responsabilité est invoquée, dirige son activité » et aux atteintes liées aux droits de la personnalité notamment par diffamation la loi de l'État où se trouve le centre des intérêts de la personne lésée. Le juge tunisien ne fera que gagner en efficacité s'il interprète ainsi le critère du lieu du dommage subi en matière d'atteinte aux droits de la personnalité en se fondant comme le fait la jurisprudence européenne sur un faisceau d'indices pour identifier le public visé⁹³.

écrite ou d'une émission, le pays dans lequel le ou les éléments les plus significatifs du dommage surviennent ou menacent de survenir est réputé être le pays auquel la publication ou l'émission est principalement destinée ou, si cela n'est pas évident, le pays où le contrôle éditorial est exercé, la loi de ce pays étant applicable. Le pays auquel une publication ou émission est principalement destinée est déterminé notamment par la langue de publication ou de diffusion, ou le volume des ventes ou l'indice d'écoute dans un pays donné en proportion du total des ventes ou des indices d'écoute, ou une combinaison de ces facteurs. / 4. La loi applicable au droit de réponse ou aux mesures équivalentes et à toutes mesures préventives ou actions en cessation à l'encontre d'un éditeur ou organisme de radiodiffusion concernant le contenu d'une publication ou émission et la violation de la vie privée ou des droits de la personnalité dans le cadre du traitement des données personnelles est celle du pays où l'éditeur ou l'organisme de radiodiffusion a sa résidence habituelle ».

⁹⁰ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES et S. LAVAL, *Droit international privé*, op. cit., p. 1101 : « Cette méthode aurait permis à l'État du lieu du dommage de revendiquer son emprise normative législative uniquement lorsqu'il est en même temps, l'État dans lequel d'autres éléments peuvent être localisés, comme, par exemple, le domicile ou la résidence de la victime, le lieu de la maison d'édition ou le lieu de diffusion que connaissait, voire visait spécifiquement, l'éditeur ».

⁹¹ CJUE, 17 juin 2021, aff. C-800/19, *Mittelbayerischer Verlag*, pt 46 et dispositif.

⁹² Selon l'article 94, « le droit applicable aux obligations extracontractuelles est déterminé par le 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 »). Hormis les cas où le présent code en dispose autrement et sous réserve des conventions internationales liant la France, les obligations extracontractuelles que le règlement visé au premier alinéa exclut de son champ d'application sont régies par le droit applicable en vertu dudit règlement ». Quant à l'article 95, il dispose que « lorsque le dommage est causé au moyen de la radio, de la télévision, d'internet ou d'un média assimilable, la loi visée à l'article 94 s'entend de la loi, appliquée de manière distributive, de chacun des États vers lesquels la personne dont la responsabilité est invoquée dirige son activité. À cet effet, il convient d'établir, à l'aide d'un faisceau d'indices, que le média concerné vise le public de chacun des États en cause. En cas d'atteinte à un droit de la personnalité ou de diffamation, par quelque moyen que ce soit, la loi visée au premier alinéa est la loi de l'État où se trouve le centre des intérêts de la personne lésée ».

⁹³ Madame Marie-Élodie ANCEL décrit avec beaucoup de finesse l'esprit de la théorie de la destination appliqué au conflit de lois en écrivant que « le mérite général du critère de la destination est d'offrir de résoudre le conflit de lois en tenant compte de la dynamique même de l'internet, qui rayonne partout dans le monde mais qui permet aussi à un site internet d'avoir un effet plus fort

Il découle de ce qui précède un dynamisme notable de la matière : de l'hésitation du Règlement Rome II ayant exclu de son champ d'application les « atteintes à la vie privée et aux droits de la personne, y compris de la diffamation », à la consécration pour cette même matière de la *lex damni* avec des contours assez bien définis par le projet de réforme du Règlement Rome II ainsi que par le projet de code de droit international privé français. Ce dynamisme tire les conclusions d'une progression lente de la jurisprudence européenne qui est parvenue à affiner le critère du lieu du dommage subi pour désigner, comme l'a proposé M. Pedro Cruz Villalón, Avocat général près la CJUE, « le pays où l'information diffusée serait particulièrement pertinente et où le titulaire du droit de la personnalité en cause aurait le centre de ses intérêts⁹⁴ » comme « centre de gravité du conflit entre les intérêts en jeu ». Mais le dynamisme ne s'arrête pas là. Le foisonnement de la jurisprudence comparée montre que la tendance en matière de liberté d'expression s'oriente vers la recherche de plus d'affinement : dans des situations particulières, d'autres critères de rattachement sont en train de se frayer un chemin pour une réponse mieux adaptée à la nature de l'atteinte.

B.- Vers une plus grande spécialisation des rattachements

La spécialisation, qui n'est autre qu'une définition qui se veut plus précise de la localisation de l'élément pertinent du litige, va croissant avec pour dessein le meilleur équilibre entre les intérêts légitimes. La jurisprudence européenne récente, jouissant d'une marge de liberté intéressante vu l'absence d'une règle de conflit spécifique à ce type de délit, en atteste. C'est ainsi qu'elle a écarté pour inadéquation le critère du centre des intérêts du demandeur victime lorsque celui-ci n'a pas été personnellement ciblé par le contenu en ligne mais qu'il s'en est senti offusqué eu égard au caractère général des propos. Le protagoniste principal était dans une intéressante affaire⁹⁵ un Polonais, ancien prisonnier du camp d'extermination d'Auschwitz. Il s'est senti offusqué dans « son identité et sa dignité nationale » en découvrant qu'un journal allemand, avait, au lieu de parler d'un « camp nazi implanté à Treblinka, dans la Pologne occupée pendant la seconde guerre mondiale », utilisé l'expression de « camp d'extermination polonais de Treblinka ». Le préjudice ne se cantonnait de ce fait pas à la seule personne du demandeur mais pouvait être potentiellement allégué par tout Polonais, quel que soit le lieu de ses centres d'intérêt. Cette différence de nature dans le préjudice à réparer engendre logiquement que la localisation soit reconsidérée⁹⁶. Le critère du lieu du centre des intérêts de la personne lésée

dans certains pays que dans d'autres, de toucher de manière variable les intérêts des personnes privées, des États et de l'ordre juridique international » (« La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 190).

⁹⁴ P. CRUZ VILLALON, conclusions présentées le 29 mars 2011 sur aff. C-509/09 et C-161/10.

⁹⁵ CJUE, 17 juin 2021, arrêt préc.

⁹⁶ La même idée sous-tend les analyses concernant le cas du Musée national des Beaux-Arts de Santiago au Chili qui a exposé sur son site internet les œuvres artistiques d'un peintre chilien qui s'était exilé avant sa mort en France et dont les héritiers aussi résident dans ce dernier pays,

perd sa raison d'être car ce n'est justement pas cette personne-individu qui a pu en souffrir, mais la personne abstraite de tout Polonais. C'est en tout cas ce qu'avait bien analysé la Cour de Justice de l'Union Européenne en décidant que la compétence intégrale et extraterritoriale du for du centre des intérêts du demandeur ne doit être consacrée que si le contenu litigieux « comporte des éléments objectifs et vérifiables permettant d'identifier, directement ou indirectement, ladite personne en tant qu'individu⁹⁷ ». Cette condition est nécessaire pour que le défendeur, auquel le critère du centre des intérêts du demandeur fait perdre le privilège d'être attiré devant son for naturel, réalise un minimum de prévisibilité, et donc de sécurité juridique. Et Madame Marie-Élodie Ancel d'en déduire que « si un intérêt collectif est mis à mal, il faut explorer d'autres voies processuelles (par exemple par le truquement d'actions de groupe) ou comme dans l'affaire rapportée, se satisfaire d'une intervention diplomatique⁹⁸ ».

De la même manière, lorsque l'action en diffamation, se trouve dévoyée en prenant la forme de ce qui est désormais baptisé « poursuite-bâillon⁹⁹ », passant d'un outil de défense et de protection du demandeur victime contre une liberté d'expression exercée anarchiquement, à un moyen stratégique de pression et d'intimidation contre un défendeur, afin d'arrêter net l'exercice légitime de sa liberté d'expression et sa participation active dans le débat public¹⁰⁰, la vigilance du raisonnement juridique mène vers d'autres localisations protectrices de la victime réelle. L'enjeu est la préservation de la diversité du débat public et du pluralisme caractérisant la société démocratique. La récente résolution du 11 novembre 2021 du Parlement européen¹⁰¹ est allée dans ce sens invitant la Commission européenne à présenter

sans requérir les autorisations nécessaires des titulaires du droit d'auteur. Pour Madame Marie-Élodie ANCEL, c'est la « vocation totalement culturelle, [et] donc de portée universelle » (« La compétence législative à la croisée de deux logiques », art. préc., p. 194) qui rend inadéquat le critère de la destination. Et c'est ce qu'avait relevé la cour d'appel de Paris, saisie par les héritiers, en considérant que le site visait « nécessairement tant le public des amateurs d'art ou des historiens d'art qui est par essence un public international, ouvert sur le monde et recherchant sa documentation au-delà des frontières », y compris « le public français pertinent » (CA Paris, pôle 5, ch. 1, 9 septembre 2009, RG n° 08/17985).

⁹⁷ CJUE, 17 juin 2021, arrêt préc., pt 46 et dispositif.

⁹⁸ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », *Comm. comm. électr.* 2022, n° 1, p. 16.

⁹⁹ Ce type de poursuite est aussi identifié dans le monde anglo-américain. Il prend le nom de *Strategic Lawsuits Against Public Participation*, et pour faire simple, on utilise l'acronyme *SLAPPs*.

¹⁰⁰ Le but de telles actions peut être « d'empêcher le signalement de violation du droit de l'Union [européenne] et du droit national, d'affaires de corruption ou d'autres pratiques frauduleuses et des enquêtes sur de tels agissements, ou encore d'empêcher ou d'altérer d'une autre manière la participation au débat public », fragment de la résolution du Parlement européen sur le renforcement de la démocratie ainsi que de la liberté d'expression et le pluralisme des médias dans l'Union européenne : l'utilisation abusive d'actions au titre du droit civil et pénal pour réduire les journalistes, les ONG et la société civile au silence [2021/2036 (INI)], 11 novembre 2021, pt. E.

¹⁰¹ PE, Résolution sur le renforcement de la démocratie ainsi que de la liberté d'expression et le pluralisme des médias dans l'Union Européenne : l'utilisation abusive d'actions au titre du droit civil et pénal pour réduire les journalistes, les ONG et la société civile au silence [2021/2036 (INI)], précitée. V. notamment le point 22 de la résolution, relatif à « la nécessité d'une action

des propositions visant à combattre ces procédures : on lira avec intérêt parmi les propositions celle d'amender les règlements Bruxelles I *bis* et Rome II assurant des compétences juridictionnelles et législatives protectrices de la victime d'une poursuite-bâillon¹⁰². L'idée qui sous-tend ces propositions est bien fondée. Mais la solution serait-elle dans l'uniformisation des règles de conflit et de compétence pour les questions d'atteinte à la personnalité en général ou serait-il plus intéressant de consacrer une compétence exceptionnelle du juge de la résidence habituelle de la victime dédiée à ce type particulier d'affaires ? Il est à notre sens plus logique de consacrer la deuxième branche de l'alternative, la solution étant dédiée à une situation très particulière.

Au-delà des solutions fondées sur la localisation du rapport de droit, la régulation de la liberté d'expression peut être sous-tendue par l'idée de l'impérativité. C'est alors d'une efficacité variable que le droit international privé fait preuve et c'est, à bien voir, tout un chantier qui commence.

III.- La régulation de la liberté d'expression par l'impérativité : un chantier qui ne fait que commencer

Pour assurer l'effectivité de la réglementation qu'il propose, le for pourrait être tenté de faire appel au mécanisme des lois de police ou de l'exception de l'ordre public. L'efficacité de ces mécanismes, tant qu'ils sont d'une application territoriale, est raisonnablement espérée¹⁰³. Mais l'efficacité de l'impérativité peut être entravée

législative » : « Le Parlement européen [...] partage l'avis des nombreux universitaires, praticiens du droit, organisations de la société civile et victimes qui attirent l'attention sur la nécessité d'une action législative contre le problème croissant des poursuites-bâillons ; demande instamment dès lors que les règlements Bruxelles I et Rome II soient modifiés en vue de prévenir le 'tourisme de la diffamation' ou la 'recherche opportuniste de juridiction' en prévoyant que le tribunal compétent et la loi applicable aux plaintes pénales ou aux poursuites civiles en matière de diffamation, d'atteinte à l'image et de protection de la réputation sont, en principe, ceux du lieu où le défendeur a sa résidence habituelle ; demande également l'introduction d'une règle sur le droit applicable en matière de diffamation qui soit uniforme et prévisible [...] ».

¹⁰² Art. 17 et s. du règlement n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁰³ V. sur la question de la prescription des actions en diffamation : CA Paris, 13 janvier 2003, *JCP G* 2004, II, 10018, note C. CHABERT, déclarant contraire à l'ordre public international français la prescription trentenaire de la loi ivoirienne en matière de délit de presse en tant qu'elle ne prévoit « aucun aménagement de nature à assurer la conciliation des règles régissant la responsabilité civile et du principe de la liberté d'expression » (sur cette affaire, v. aussi D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 522). Dans une autre affaire, la Cour de cassation française a qualifié de loi de police la prescription française de trois mois, applicable en matière de diffamation, évinçant ainsi la loi portugaise (Civ. 1, 19 octobre 2004, n° 02-15.680, *D.* 2005 p. 878, note C. MONTFORTS : « Attendu que la cour d'appel a relevé qu'il était reproché à M. A... B... d'avoir tenu au Portugal, en 1997, des propos imputant des vols d'outils à Joaquim X... Y... C... dans une école de Brioude pendant que son épouse y travaillait ; qu'elle en a exactement déduit qu'il s'agissait de propos de caractère diffamatoire, de sorte que devait être appliquée la prescription de trois mois de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, loi de police et d'application immédiate excluant la loi portugaise désignée par la règle de conflit »).

lorsque l'État entend l'exporter. Tout dépend à ce moment-là de l'existence (B) ou non (A) d'un vrai conflit de valeurs.

A.- L'impérativité du caractère pluraliste de l'expression : une efficacité garantie dans le cadre européen pour absence d'un conflit de valeurs

L'exigence du pluralisme culturel de l'expression à travers le déploiement des moyens forts du droit international privé, dont l'impérativité de la loi du for, a un rapport qui semble paradoxal avec la liberté d'expression. Tout en se présentant comme une limitation de la liberté individuelle d'expression, il est une garantie de la liberté d'expression collective parce que correspondant à la meilleure façon de réaliser le droit du public à l'information, ce dernier droit étant à la base de la société démocratique.

La télévision fait l'objet dans ce cadre d'un traitement particulier, pour au moins deux raisons : d'abord eu égard au caractère limité des fréquences disponibles dans le secteur de l'audiovisuel, « ce qui exige le recours au mécanisme de la concession », contrairement au secteur de la presse où « aucun obstacle technique ne se dresse à l'entrée de nouveaux concurrents¹⁰⁴ », et ensuite en raison de la grande « force de pénétration de la communication audiovisuelle¹⁰⁵ ».

Dans ce cadre, une affaire¹⁰⁶ nous semble intéressante : en l'espèce, une chaîne de télévision, TV10 s'est installée au Luxembourg tout en ayant comme public cible les citoyens des Pays-Bas. Cela s'infère clairement de la source de ses capitaux, de la nationalité de son personnel, de la langue d'émission ou du sous-titrage de ses programmes, qui étaient tous néerlandais. Ce décalage entre le lieu de l'établissement choisi et le public ciblé par l'émission avait pour but de contourner l'application de la loi territorialement compétente si l'établissement s'était fait aux Pays-Bas, à savoir la loi néerlandaise¹⁰⁷, caractérisée par une réglementation assez stricte des produits médiatiques. Cette loi, de caractère impératif, a entre autres pour politique législative de maintenir un caractère pluraliste et non commercial du système audiovisuel afin de garantir une liberté d'expression effective pour toutes les composantes de la société¹⁰⁸. Elle sert de ce fait un intérêt général que préserve aussi la directive *Télé-*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ M. VERPEAUX, « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », art. préc., p. 149.

¹⁰⁶ CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-23/93, *TV10 SA c. Commissariaat voor de Media*.

¹⁰⁷ En la matière, la loi est la *Mediawet* du 21 avril 1987 réglant la fourniture de programmes de radiodiffusion et de télévision, les redevances de radiotélévision et les mesures d'aides aux organes de presse (*Staatsblad* 1987, n° 249). Sur le régime mis en place par la *Mediawet* concernant le partage du temps d'antenne sur le réseau national, v. le rapport d'audience dans l'affaire C-353/89, disponible sur https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:985e2ff2-f8d8-445a-8bbo-4671a813ee7a.0001.06/DOC_1&format=PDF (page consultée le 15 juillet 2023).

¹⁰⁸ V. sur cette affaire, Y. BAAZAoui, *La méthode des intérêts*, th. préc., n°s 680 et s ; P. DEMARET, « L'accès au marché des services réglementés : la libéralisation du commerce des services dans

vision sans frontières (TSF)¹⁰⁹. En réponse à l'accusation faite par TV10 aux Pays-Bas de porter atteinte à son droit européen de liberté de prestation de service, la CJUE n'a pas condamné les Pays-Bas dont la Commission des médias a assimilé la chaîne étrangère à une chaîne nationale et lui a appliqué la loi interne, ce qui a conduit à interrompre la transmission de ses programmes aux Pays-Bas. La décision¹¹⁰ n'est point étonnante car la garantie du pluralisme culturel est promue en tant que valeur par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, elle-même¹¹¹.

Plus fondamentalement, l'impérativité prônée par le for se trouve plus diluée avec la déterritorialisation du flux d'informations.

B.- L'efficacité douteuse de l'impérativité extraterritoriale comme réponse à la déterritorialisation du flux d'informations sur le Web

C'est un lieu commun en droit international privé que de souligner l'importance des frontières : l'espace y est en effet conçu comme fragmenté en territoires et la méthode de référence est celle de localiser l'objet du litige dans l'un de ces systèmes juridiques.

Or, c'est précisément cette caractéristique que l'évolution technique de l'espace numérique semble vouloir vider de son sens, en la rendant obsolète. Dans certaines situations, l'ubiquité d'internet se joue carrément de la localisation du droit international privé et il est certain que cette évolution n'est pas que technique, touchant forcément aussi les mentalités et les modes de la vie sociale, ce qui ne peut être sans conséquences sur le droit international privé dans sa quête de solutions prévisibles et équilibrées et/ou effectives.

le cadre du traité CE », *RIDE* 2002, p. 285.

¹⁰⁹ Directive 89/552/CEE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle. Cette directive est présentée comme visant « à assurer la libre circulation des services de radiodiffusion au sein du marché intérieur tout en préservant certains objectifs importants d'intérêt public tels que la diversité culturelle, le droit de réponse, la protection des consommateurs et la protection des mineurs ».

¹¹⁰ Pour préserver le pluralisme au sein du média télévisé, la CJUE a décidé dans cette affaire qu'« un État membre [a le droit d']assimile[r] à un organisme de radiodiffusion national, un organisme de radiodiffusion constitué selon la législation d'un autre État membre et établi dans ce dernier État, mais dont les activités sont entièrement ou principalement tournées vers le territoire du premier État membre, lorsque cet établissement a eu lieu en vue de permettre à cet organisme de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire du premier État ».

¹¹¹ Dans CEDH, 24 novembre 1993, req. 13914/88, 15041/89, 15779/89 *et al.*, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, la Cour affirme que « le rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique » consiste notamment à « communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre » et que « pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'État est l'ultime garant » (§ 38).

La différence de perception de l'étendue de la liberté d'expression entre les États peut faire en sorte qu'un contenu déterminé puisse être jugé dans un pays parfaitement acceptable et irrémédiablement inacceptable ailleurs. Par application des règles classiques de territorialité, la demande faite par un État à la société en question de ne plus permettre l'accès à ce contenu jugé nocif, aux personnes résidant habituellement dans le for, reçoit exécution dans la seule extension de ce moteur de recherche qui concerne ledit pays, puisque les serveurs sont localisés justement dans ce pays. Mais la solution pêche par un important manque d'efficacité : l'injonction n'engendre pas une impossibilité pour les internautes que l'État entend « protéger » d'accéder au même contenu via le même moteur de recherche en utilisant une extension différente dont les serveurs sont localisés ailleurs (« .com » au lieu de « .tn » ou « .fr »).

La question s'est posée dans la célèbre affaire qui date du début de l'ère Internet, en l'an 2000, et dans laquelle le moteur de recherche américain *Yahoo!* proposait une vente en ligne et aux enchères d'objets liés au nazisme et au déni de l'Holocauste. Ce contenu violait frontalement la loi pénale française qui, sur ce point, ne tolère pas la « liberté d'expression » et le juge français de considérer que le simple accès au site est suffisant à matérialiser le délit : c'est le critère de l'accessibilité qui est ici appliqué, impliquant une vision impérative extraterritoriale.

En dépit du fait que *Yahoo.fr* s'est inclinée et a bloqué l'accès au site, le TGI de Paris¹¹² a émis le 22 mai 2000 une injonction provisoire à l'encontre de *Yahoo.com* (société américaine) lui ordonnant de prendre les mesures nécessaires permettant d'empêcher efficacement l'accès en France auxdits sites. Pour le juge français, toute autre démarche serait trop faible¹¹³. Or, cela revenait clairement à se donner ainsi qu'à loi française une compétence extraterritoriale, voire universelle.

La question n'allait pas poser de problème si les acceptions française et américaine de la liberté d'expression étaient les mêmes mais il n'en était rien. L'interprétation par la jurisprudence des États-Unis d'Amérique du 1^{er} Amendement à la Constitution est très libérale, faisant de la liberté d'expression un droit presque absolu. Partant, du point de vue du tribunal du lieu de la situation des serveurs, à savoir celui du district de Californie saisi par une demande de *Yahoo.com* de déclarer inopposable la décision française, c'est bien l'acception française censurant le contenu en cause qui viole frontalement l'ordre public international américain dans sa composante relative à la liberté d'expression.

¹¹² TGI Paris, 22 mai 2000, *LICRA v. Yahoo ! Inc.*

¹¹³ Viser individuellement les internautes français traitant avec ce site serait une tâche difficile (difficulté de localisation et multiplication des actions en justice) et se contenter d'une interdiction à l'égard de *yahoo.fr* serait clairement insuffisant car l'accès reste possible sur le site de *Yahoo.com*. Sur ces points, v. P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA*, le droit international privé et la déterritorialisation des données », art. préc., p. 727.

Il y a là une prétention à l'universalité de deux conceptions très divergentes de la liberté d'expression et donc un conflit touchant aux valeurs. Un vrai conflit de cultures relativement à la liberté d'expression existe et s'il a été mis en exergue on ne peut plus clairement dans cette affaire, l'on peut affirmer qu'il se manifeste aussi à des degrés différents dans d'autres affaires¹¹⁴ où le droit international privé du for se croit doté d'une efficacité particulière, notamment lorsque la protection voulue est assurée par une loi impérative. Ainsi en est-il des lois protectrices des données personnelles¹¹⁵. Mais l'on s'interroge réellement sur l'effectivité de la mise en œuvre de ces lois quand la donnée à caractère personnel traitée l'a été par un moteur de recherche dont le serveur est situé ailleurs que dans le pays protecteur.

Le droit international privé subit ainsi une pression sans précédent par le monde nouveau d'Internet l'invitant à se chercher de nouvelles pistes de normativité, notamment en se tournant vers des modes de *régulation* comptant sur les nouveaux acteurs de la communication et sur un droit plutôt souple. C'est ainsi qu'un « Conseil de surveillance » qui se dit « indépendant » est institué par *Facebook* (appelé désormais *Meta*) depuis 2020. Sa mission est de décider quant aux litiges touchant à la liberté d'expression et impliquant les titulaires de comptes *Facebook*. Le Conseil de surveillance prend pour références des sources matérielles internationales émanant principalement des Nations Unies et les standards internationaux traitant des droits de l'homme¹¹⁶. Cette action s'intègre dans le foisonnement qui a donné naissance à

¹¹⁴ C'est ainsi que pour la protection des données, la question s'est posée avec acuité dans la jurisprudence comparée sur l'applicabilité de la loi interne à la protection des données lorsque celles-ci ont été placées dans un serveur localisé géographiquement en dehors de l'État qui a émis un ordre judiciaire pour que ces données lui soient divulguées et alors même que la société de stockage des données a choisi librement le lieu du stockage des informations utiles et qu'elle est établie sur le territoire de l'État ayant émis l'ordre. Faudrait-il retenir le lieu du stockage des informations comme outil mesurant l'extraterritorialité ou le lieu où la divulgation de ces données à l'État qui les demande ? L'une des affaires les plus récentes sur ce point est celle de *Microsoft Irlande (Microsoft Corp. v. États-Unis (Microsoft Irlande), in re Mandat de perquisition dans un certains compte de courrier électronique contrôlé et maintenu par Microsoft Corp.)* 829 F 3d 197, 200 (2d Cir. 2016) ; *Microsoft Corp. v. États-Unis (Mandat de perquisition dans un certain compte de courrier électronique contrôlé et maintenu par Microsoft Corp.)*, 855 F 3d 53 (2d Cir. 2017). V. sur cette affaire J. DASKAL, « *Microsoft Irlande et la régulation des contenus : les données, la territorialité et la voie à suivre* », in H. MUIR WATT, L. BIZKOVA, A. BRANDAO DE OLIVEIRA, D. P. FERNANDEZ ARROYO et M. MA (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris : Pedone, 2020, p. 743 et s.

¹¹⁵ La protection des données à caractère personnel forme de nos jours une base de données exploitable par le marché, bien que liées intimement à la personne humaine. Pour essayer de les protéger avec efficacité, on a adopté en Tunisie, la loi organique n° 2004-63 du 27 juillet 2004 portant sur la protection des données à caractère personnel et, en Europe, le Règlement général sur la protection des données (RGPD). Le règlement s'applique selon son article 3 § 2 « au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union » ; il définit de ce fait son champ d'application international d'une manière expresse et le caractère d'ordre public de ses dispositions (et la même chose peut être dite de la loi tunisienne de 2004) permet leur application même lorsqu'une loi étrangère applicable.

¹¹⁶ M.-É. ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », art. préc., n° 10. V. aussi P. S. BERMAN, « *Yahoo ! c. LICRA, le droit international privé et la déterritorialisation des données* », art. préc., p. 740 et s. : Après la vision « rigidement territoriale » qui a prévalu

un Code des bonnes pratiques contre la désinformation, signé et présenté le 16 juin 2022 par trente-quatre signataires¹¹⁷, dont *Facebook*, ayant adhéré au processus de révision du code de 2018 selon les orientations de la Commission européenne¹¹⁸. Parmi les desseins de cette effervescence, l'on trouve l'affirmation d'une responsabilité plus grande des moteurs de recherche.

Ces derniers, et à moins d'une signalisation du contenu par un tiers comme étant illicite, sont habitués à une sorte d'immunité¹¹⁹ du fait qu'ils ne sont pas des « éditeurs de contenus » mais de simples « prestataires techniques ». En effet, et à la différence des éditeurs de contenus, les moteurs de recherche ne sont que de simples fournisseurs d'accès, n'ayant pas de contrôle sur les contenus publiés¹²⁰. Aux États-Unis, cette immunité est consacrée législativement par la fameuse Section 230 du *Communications Decency Act*, issu d'une loi votée en 1996 par le Congrès et réglementant les contenus sur internet¹²¹. Cette immunité dont profitent les plateformes numériques en cas de contenu illicite non signalé est jusque-là considérée comme partie prenante de la liberté d'expression en ce qu'elle facilite l'accès à l'information à celui qui la cherche. Mais elle a dernièrement été pointée du doigt

pendant le XIX^e siècle et celle « fonctionnaliste fondée sur la nature des contacts avec le territoire du for », c'est vers une « vision plus cosmopolite et pluraliste du droit international privé » qu'il faut tourner le regard concevant la communauté comme « un ensemble d'affiliations multiples et non exclusives ». Pour l'auteur, les États-nation ne sont plus les mêmes en présence de tous ces flux transnationaux impressionnants d'informations, de personnes et de capitaux. Ce changement touchant de plein fouet le caractère unifié de ces sociétés ne peut être sans impact sur la légitimité du monopole qu'exerçaient les États sur la production normative. D'où l'entrée sur la scène de la production normative de nouveaux acteurs (des quasi-législateurs ou agents responsables de l'application de la loi) représentant des communautés « non-étatiques ». L'auteur en déduit joliment que « la loi n'est pas simplement le commandement coercitif d'un pouvoir souverain, mais un langage pour imaginer des mondes alternatifs futurs ».

¹¹⁷ Parmi lesquels nous pouvons citer Microsoft, Google, Meta, TikTok, Instagram, Snapchat... Pour la liste entière, v. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/signatories-2022-strengthened-code-practice-disinformation>. Il est à signaler que Elon Musk a retiré Twitter du Code de bonnes pratiques. V. G. Roux, « *Twitter se retire du code européen de bonnes pratiques contre la désinformation, un nouveau bras de fer entre la plateforme et l'UE* », France TV, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/internet/reseaux-sociaux/twitter/twitter-se-retire-du-code-europeen-de-bonnes-pratiques-contre-la-desinformation-un-nouveau-bras-de-fer-entre-la-plateforme-et-l-ue_5854946.html.

¹¹⁸ Sur ces orientations, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_2585.

¹¹⁹ Civ. 1, 17 février 2011, n° 09-67.896, *Sté Nord-Ouest Production et Sté UGC Image c. Sté Dailymotion*.

¹²⁰ E. DÉRIEUX, « Régime de la presse en ligne : entre spécificités et unicité du droit des médias », *Légicom* 2011/1, p. 142 : « Compte tenu d'un système d'indexation automatique, ne peuvent pas être présumés avoir connaissance du contenu auquel ils permettent l'accès ».

¹²¹ L'alinéa c.1 dispose en effet qu'« aucun fournisseur ou utilisateur d'un service informatique interactif ne doit être traité comme l'éditeur ou l'auteur d'une information provenant d'un autre fournisseur de contenu informatif ». Le *Communications Decency Act* comprend également un alinéa c.2 exonérant le fournisseur ou l'utilisateur de responsabilité civile de « toute mesure prise volontairement et de bonne foi pour restreindre l'accès ou la disponibilité de matériel que le fournisseur ou l'utilisateur considère comme obscène, lascif, dégoûtant, excessivement violent, harcelant ou autrement répréhensible, que ce matériel soit ou non protégé par la constitution ». Cette disposition fut le centre d'un important différend ayant opposé *Twitter* à Donald TRUMP, alors président des États-Unis d'Amérique et en campagne électorale pour se faire réélire.

devant la Cour suprême des États-Unis par la demanderesse dans la célèbre affaire *Gonzales*¹²² demandant à évaluer la responsabilité des plateformes numériques, notamment *Google*, dans l'amplification de contenus terroristes publiés en ligne. Par une très attendue décision, la Haute Cour américaine a estimé le 18 mai 2023 que la démonstration par les requérants d'une « participation consciente, volontaire et coupable [de la plateforme] aux actes répréhensibles d'autrui » n'a pas été apportée. Et elle a rejeté lesdites allégations confirmant l'idée de l'immunité des plateformes numériques¹²³. Une décision contraire aurait « ébranlé l'économie du numérique¹²⁴ ».

Cela ne veut pas dire que la responsabilisation des géants du numérique est au point mort. En France, la loi du 24 août 2021¹²⁵ instaure jusqu'à la fin 2023, un

¹²² La famille GONZALEZ accuse *Google*, à la suite du décès de leur fille dans les attentats de Paris de novembre 2015, d'avoir participé à travers *YouTube* dont il est propriétaire, à la diffusion de vidéos de propagande de l'État islamique via son algorithme de recommandation, eu égard aux contenus susceptibles d'inciter à la radicalisation. Pour plus de détails sur cette affaire, v. V. NDIOR, « États-Unis : La Cour suprême se prononce dans les affaires *Taamneh* et *Gonzalez* », *Blog du Club des Juristes* 2 juin 2023, accessible sur www.leclubdesjuristes.com/international/etats-unis-la-cour-supreme-se-prononce-dans-les-affaires-taamneh-et-gonzalez-549, consulté le 15 juillet 2023.

¹²³ Deux décisions portant sur des questions semblables ont été rendues le 18 mai 2023 par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique : *Gonzalez c. Google* (sur les étapes de cette affaire, v. <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gonzalez-v-google-llc/>) et *Twitter c. Taamneh* (sur les étapes de cette affaire, v. <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/gonzalez-v-google-llc/> ; la décision accessible sur https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-1496_d18f.pdf).

¹²⁴ V. NDIOR, « États-Unis : La Cour suprême se prononce dans les affaires *Taamneh* et *Gonzalez* », art. préc. Et ce n'est pas étonnant de voir que cette affaire a suscité un grand intérêt et que de nombreux mémoires d'*amicus curiae* ont été déposés par des ONG afin de tenter d'éclairer la cour.

¹²⁵ Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République dite « loi CRPR » ou encore dite « loi séparatisme ». Cette loi apporte entre autres des modifications à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Ainsi l'article 42 de la loi de 2021 ajoute à la loi de 2004 un article 6-4-I ainsi formulé : « Les opérateurs de plateforme en ligne définis à l'article L. 111-7 du code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur le classement, le référencement ou le partage de contenus mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse un seuil de nombre de connexions déterminé par décret, qu'ils soient ou non établis sur le territoire français, concourent à la lutte contre la diffusion publique des contenus contrevenant aux dispositions mentionnées au troisième alinéa du 7 du I de l'article 6 de la présente loi ainsi qu'aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Les contenus illicites visés par le 3^e alinéa du 7 du I de l'article 6 de la loi de 2004 sont définis comme « l'apologie, la négation ou la banalisation des crimes contre l'humanité, la provocation à la commission d'actes de terrorisme et leur apologie, l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap ainsi que la pornographie infantile, l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que les atteintes à la dignité humaine ». Le contenu illicite visé par l'article 33 de la loi de 1881 consiste en l'injure commise par les supports visés par l'article 23 de la même loi (« soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ») « envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et

régime de modération des contenus illicites qui, par le caractère répressif des sanctions¹²⁶, responsabilise les plateformes en ligne et les fait « concourir » à l'effort de lutte contre les contenus illicites lorsqu'elles visent le public français (théorie de la destination) et ce quel que soit le lieu de leur établissement¹²⁷. Cette loi, habilite le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) à superviser les processus de modération mis en place par les réseaux sociaux, plateformes de partage de vidéos, moteurs de recherche... La loi de 2021 est adoptée en prévision d'un règlement européen : le *Digital Services Act* (DSA) ou règlement sur les services numériques¹²⁸ du 19 octobre 2022 qui entrera en application pour les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche¹²⁹ le 25 août 2023¹³⁰ et il est doté de moyens assez performants.

À une échelle beaucoup moindre mais dans le même sens de la responsabilisation ascendante de tout intervenant, la Cour européenne des droits de l'homme vient de considérer que la responsabilité d'un titulaire de compte dans un réseau social déterminé peut être engagée lorsqu'il ne supprime pas, après l'avoir consulté, un contenu illicite rédigé par un tiers sur sa page¹³¹, en soulignant que c'est en sa qualité de « producteur de contenu » que la condamnation est prononcée.

« l'injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ».

¹²⁶ De fortes sanctions financières pourraient être prononcées. Elles peuvent atteindre 20 millions d'euros ou 6 % du chiffre d'affaires mondial.

¹²⁷ Cela se déduit de l'article 42 de la loi française du 24 août 2021 précitée qui vise « les opérateurs de plateforme en ligne... qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur le classement, le référencement ou le partage de contenus mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse un seuil de nombre de connexions déterminé par décret, qu'ils soient ou non établis sur le territoire français ».

¹²⁸ Règlement 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques.

¹²⁹ Une première série de ces intervenants a été publiée sur le site de la Commission européenne le 25 avril 2023. Dix-sept très grandes plateformes sont concernées : *Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube et Zalando*. Deux très grands moteurs de recherche sont aussi concernés : *Bing et Google Search*.

¹³⁰ On peut lire un résumé de l'apport du texte, publié le 23 avril 2023, sur le site français de *Vie publique* dans <https://www.vie-publique.fr/eclairage/285115-dsa-le-reglement-sur-les-services-numeriques-ou-digital-services-act>. Ainsi, pour mieux maîtriser le flux des informations qui circulent, « les plateformes en ligne devront proposer aux internautes un outil leur permettant de signaler facilement les contenus illicites. Une fois le signalement effectué, elles devront rapidement retirer ou bloquer l'accès au contenu illégal. Dans ce cadre, elles devront coopérer avec des 'signaleurs de confiance'. Ce statut sera attribué dans chaque pays à des entités ou organisations en raison de leur expertise et de leurs compétences. Leurs notifications seront traitées en priorité » et dans tous les pays de l'UE, un « "coordinateur des services numériques", autorité indépendante désignée par chaque État membre, sera mis en place ». En cas de non-respect du DSA, des astreintes et des sanctions pourront être prononcées. Pour les très grandes plateformes et les très grands moteurs de recherche, la Commission pourra infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 6 % de leur chiffre d'affaires mondial. Et en cas de violations graves et répétées au règlement, les plateformes pourront se voir interdire leurs activités sur le marché européen ».

¹³¹ CEDH, 15 mai 2023, req. 45581/15, *Sanchez c. France*. Les propos étaient de nature raciste. Et il s'infère de l'arrêt une obligation pour un titulaire de compte sur un réseau social de supprimer

Il s'agit là d'un bourgeonnement actif qui vient à la suite de la prise de conscience que l'effectivité de la protection des valeurs fondamentales de la société ne peut être assurée que par une responsabilisation accrue des intervenants directs. Et quand ces intervenants sont aussi grands que les géants du numérique, le droit international privé classique se découvre parfois à court d'idées et le conflit de cultures n'y aide pas forcément. De nouvelles sources apparaissent alors forçant ces intervenants hors-norme à converger vers une nouvelle culture responsabilisante où ils jouent un rôle crucial dans la réalisation de l'effectivité de la valeur à protéger. La perte de l'État en termes d'exclusivité dans la réglementation des rapports internationaux se poursuit ainsi avec une vitesse qui devient vertigineuse en touchant au monde du numérique. L'État n'a plus vraiment le choix : il doit apprendre à compter sur des « partenaires » dont les intérêts sont principalement commerciaux et qui ne sont pas des plus dociles vu leur puissance financière et technologique et l'étendue géographique de l'intervention de leurs services.

les commentaires haineux et racistes émis par des tiers sur sa page.

