

La diffamation mondialisée

David CHEKROUN

Après les tribunaux français, leurs équivalents anglais seraient-ils en passe de s'ériger en censeurs mondiaux de la recherche ? Selon David Chekroun, un « tourisme de la diffamation » se met en place, l'Angleterre devenant un pôle d'attraction pour ceux qui veulent engager une action contre les chercheurs et les journalistes.

Dans une tribune publiée dans le *Monde*, en date du 19 mai 2010, MM. Cuniberti et Hofmann¹ se sont inquiétés, avec raison, de voir la France et ses tribunaux répressifs s'ériger en censeur mondial de la recherche universitaire à propos de la rocambolesque affaire Joseph Weiler. Qu'on en juge ! Professeur à la *Law School* de l'Université de New York, M. Weiler dirige un site Internet spécialisé dans la recension d'ouvrages de droit international (www.globallawbooks.org). Pour ce site, il commande à un professeur allemand réputé une analyse d'un ouvrage écrit en anglais par une universitaire israélienne sur la procédure devant la Cour pénale internationale. Très critique et publiée en ligne, cette recension n'a pas été appréciée par l'auteur de l'ouvrage, qui aux termes de vifs échanges (les lettres sont publiées sur le site www.ejiltalk.org), a décidé de porter plainte contre M. Weiler qui comparâtra à la fin septembre devant le tribunal correctionnel de Paris. Aussi saurons-nous à cette date si la « la France a mieux à offrir aux grands universitaires de ce monde que les prétoires de ses tribunaux correctionnels », pour reprendre la conclusion de MM. Cuniberti et Hofmann.

¹ http://www.lemonde.fr/opinions/article/2010/05/19/la-france-censeur-mondial-de-la-recherche-universitaire-par-gilles-cuniberti-et-herwig-hofmann_1353649_3232.html

Le « *Libel tourism* » : une variante du « *forum shopping* »

Cet article ne souhaite pas instruire à nouveau le débat sur l'affaire Weiler mais entend sensibiliser la communauté académique sur une menace d'origine anglaise, autrement plus réelle, radicalement plus actuelle et véritablement plus forte que son incertaine cousine française. Cette procédure porte le nom évocateur de « *libel tourism* » ou « tourisme de la diffamation » car il offre aux demandeurs la possibilité d'engager une action en diffamation au civil devant les tribunaux qui sont davantage favorables à leurs prétentions tout en évitant le juge naturel moins enclin à entendre leur cause.

Ce tourisme de la diffamation est une variante de ce que les juristes appellent, sous une formule à l'étymologie autant anglaise que latine, « *forum shopping* » et qui consiste pour le demandeur (et plus exceptionnellement pour le défendeur) à s'assurer le for ou tribunal le plus favorable pour défendre ses intérêts. En des termes simples, cela revient à rechercher en quelque sorte un « bon » juge, à trouver un for comme on fait ses emplettes². Ce *forum shopping*, n'est ni nouveau dans le système romano-germanique (notamment en France), ni dans le système de *common law* (notamment aux États-Unis, ou en Angleterre) mais il s'est intensifié en raison de l'internationalisation du commerce et de l'intensification des échanges internationaux. Si bien que la mondialisation de l'économie s'accompagne désormais de la mondialisation des droits. Cette mondialisation est aujourd'hui une donnée et le droit, un produit d'exportation qui, comme l'analysent très justement Julie Allard et Antoine Garapon, « s'infiltré, parfois sans visa, d'une sphère nationale dans une autre »³.

Mais cette mondialisation du droit se trouve elle aussi accompagnée par la mondialisation de la justice avec la constitution d'une sorte de supermarché universel de la justice. C'est dans cet espace que le *forum shopping* s'épanouit et se répand avec d'autant plus de force que les activités des sociétés s'intensifient ou que les mouvements financiers se localisent dans plusieurs lieux. Aussi, dès lors qu'un accident industriel ou écologique se réalise par le biais d'une filiale ou qu'un produit se trouve entaché d'un défaut de conformité dans un pays autre que celui de l'immatriculation de la société, le *forum shopping* est susceptible de se poser. On se souvient alors qu'à la suite de l'explosion de l'usine américaine

² D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », Dalloz, 22 avril 2010 p. 975 et s.

³ J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation, La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005, p. 1.

de la société Union Carbide à Bhopal en Inde, du naufrage de l'Amoco-Cadiz en France, ou du crash de l'avion charter égyptien Flash Airlines au large de Charm el-Cheikh, ce sont les tribunaux américains qui ont été recherchés et non les tribunaux des États des lieux de survenance du dommage, en l'espèce l'Inde, l'Égypte et la France, car les victimes et leurs familles pensaient obtenir des indemnités plus généreuses aux États-Unis qu'ailleurs, et ce en raison d'une part de la méthode très libérale d'évaluation du préjudice et d'autre part de la présence d'un jury civil.

On l'aura compris, le *forum shopping* porte aussi bien sur le fond que sur la procédure. Aujourd'hui, l'avantage attendu de ce *forum shopping* ne tient pas tant à l'application de la loi qu'à la possibilité pour les parties d'accéder à la protection des tribunaux américains et anglais⁴ et à leur arsenal judiciaire. Il s'agit en premier lieu de l'accès aux preuves détenues par l'adversaire, connues sous le nom de *discovery*⁵. En deuxième lieu, les *contingency fees* permettant à des demandeurs démunis de s'adjoindre le service d'avocats prêts à se faire rémunérer sur les dommages-intérêts obtenus, sont très souvent recherchés car de nombreux pays comme la France interdisent ce genre de pratiques. En troisième lieu, sont visées les actions de groupe ou « *class action* », qui permettent à un grand nombre de personnes, souvent des consommateurs ou des investisseurs, de poursuivre une entreprise afin d'obtenir une indemnisation financière importante par des jurys populaires. Ces trois formes de particularités procédurales, inconnues dans de nombreux droits comme en France, ont pour effet de détourner les demandeurs de leur juge naturel et de les pousser à rechercher la compétence du juge américain ou plus exceptionnellement anglais. Ce sont ainsi de nombreuses sociétés françaises et européennes comme Vivendi, Alstom, Dexia, Parmalat ou

⁴ Dans une affaire célèbre, "The Atlantic Star" ([1973] Q.B. 364, spec. p. 381 ; [1972] 3 All ER 705 ; [1972] 3 WLR 746), Lord Denning proclamait à propos de la justice anglaise que « *No one who comes to these courts asking for justice should come in vain. He must, of course, come in good faith. The right to come here is not confined to Englishmen. It extends to any friendly foreigner. He can seek the aid of our courts if he desires to do so. You may call this "forum shopping" if you please, but if the forum is England it is a good place to shop in, both for quality of goods and the speed of service.* »

⁵ Il convient de rappeler que la procédure de *discovery* est un mode d'investigation gouverné par le droit anglo-américain, dans lequel les avocats et leurs clients peuvent exiger de la partie attaquée tout document utile à la preuve de leurs causes. Les procédures de *discovery* sont inconnues du droit français car elles heurtent notre philosophie du procès. En France, c'est aux parties qu'il revient d'apporter les preuves de leurs allégations et celles-ci ne peuvent que très exceptionnellement rechercher des éléments de preuve détenus par l'autre partie. Aussi, il n'est pas rare que dans des litiges transnationaux, le demandeur tente d'engager l'action aux États-Unis afin que le juge prononce une *discovery*, qui en pratique présente deux avantages décisifs pour le demandeur. En premier lieu, il s'agit d'obliger l'adversaire à révéler une extraordinaire masse de documentation (courriels, correspondances d'employés et dirigeants d'entreprise, contrats et documents de travail). En second lieu, cette procédure peut être une arme de choix pour faire plier celui qui n'aurait ni les moyens ni le souhait de révéler toute l'information sollicitée. Toutefois, ces procédures de *discovery* posent de nombreux problèmes dans les contentieux transnationaux car ses conséquences interfèrent parfois avec des traités internationaux ou des lois nationales, notamment la protection des données personnelles (comme en France).

la Société Générale qui ont été attaquées devant les tribunaux américains par des parties le plus souvent françaises et européennes.

En matière de diffamation, les actions liées à cette variante de *forum shopping*, le « *libel tourism* », sont légions et les tribunaux « d'élection » sont toujours ceux de l'Angleterre. Il suffit pour s'en convaincre de ne citer que quelques affaires afin de saisir les stratégies des demandeurs qui n'hésitent plus à solliciter les tribunaux anglais pour faire prospérer leurs causes. En matière de presse, on relève les succès suivants : une célèbre actrice américaine contre le *National Enquirer*, un investisseur saoudien contre le *Guardian*, un citoyen grec contre le *New York Times*, un exilé politique tunisien contre le *Die Zeit*. Toujours dans ce domaine, on se souvient de l'action victorieuse de l'homme d'affaires russe, Boris Berezovsky, contre le journal américain Forbes en 1996 à la suite d'un article portant le titre de « Godfather of the Kremlin » ou plus récemment en 2005, de la procédure introduite par le réalisateur franco-polonais, Roman Polanski, qui a été autorisé à témoigner depuis la France par peur d'une extradition vers les États-Unis, contre le journal américain *Vanity Fair*. Dans le domaine de la production académique, on indiquera que les copies de l'ouvrage de l'universitaire américain Robert Collins intitulées *Alms for Jihad: Charity and Terrorism in the Islamic World* et publiées à la Cambridge University Press ont été détruites préventivement de peur que l'action engagée par le demandeur se termine soit par une condamnation conjointe de l'auteur et de l'éditeur, soit par une transaction très onéreuse.

L'affaire Ehrenfeld

Mais c'est l'affaire Ehrenfeld qui semble la plus symptomatique de ce « tourisme » d'un genre nouveau. Rachel Ehrenfeld, citoyenne israélo-américaine, a publié aux États-Unis un ouvrage sur le financement du terrorisme. Dans *Funding Evil: How Terrorism is Financed and How to Stop It*, elle affirme que l'homme d'affaire saoudien Khalid bin Mahfouz et sa famille soutiennent financièrement certains groupes terroristes proches d'Al-Qaïda. L'auteur prétend que ni son éditeur, américain, ni elle-même n'ont souhaité que l'ouvrage soit diffusé en Angleterre. Toutefois, comme le révélera le jugement anglais, vingt-trois copies ont été commandées par des internautes situés en Angleterre et le premier chapitre a été accessible en Angleterre depuis un site Internet américain. Khalid bin Mahfouz et ses deux enfants ont alors engagé une action en diffamation à Londres contre l'éditeur et l'auteur. Les tribunaux anglais ont retenu leur compétence en considérant que les vingt-trois copies et les informations disponibles sur Internet justifiaient leur saisine. Aux termes d'un jugement par défaut, ils ont

accordé aux demandeurs 10 000 £ chacun ; ont ordonné que le coût du procès soit à la charge de la défenderesse soit environ 115 000 £ ; et ont enjoint à cette dernière et à son éditeur de retirer de la vente et de l'accès aux internautes anglais les informations contenues dans le livre.

Aux États-Unis, l'affaire a fait grand bruit et l'auteur a initié une action contre Khalid bin Mahfouz devant les juridictions fédérales de l'État de New York afin que ni l'action ni le jugement ne soient reconnus, au motif qu'ils violent les droits garantis par le premier amendement de la Constitution⁶. L'arrêt d'appel du 20 décembre 2007 confirme le jugement d'incompétence du 3 mai 2005 du juge new yorkais en raison d'un manque de liens caractéristiques avec les États-Unis. C'est alors que le débat se déplace du judiciaire vers le législatif. En réaction à cette affaire, l'État de New York adopte une loi, le 1er mai 2008, intitulée « *Libel Terrorism Protection Act* » aux termes de laquelle les juridictions de l'État de New York sont compétentes, d'une part, pour connaître des actions déclaratoires initiées par des résidents de l'État de New York engagés dans des procédures judiciaires à l'étranger, et d'autre part, pour refuser la reconnaissance des jugements étrangers contre ces mêmes ressortissants. Une loi d'application générale du nom de « *Free Speech Protection Act* » est actuellement en préparation au Congrès américain.

En pratique, la compétence des tribunaux anglais est retenue à partir du moment où l'information (communication des entreprises, articles de presse, ouvrages universitaires) est accessible en anglais sur Internet ou sur des sites de vente en ligne (Amazon) et ce quelque soit la nationalité des parties⁷. Cette conception singulière permet au juge anglais de s'estimer compétent alors même que la quasi-totalité des ouvrages ou des lecteurs se situent dans un autre pays que l'Angleterre. La méthode que le droit anglais utilise pour aboutir à cette solution est liée à la séparabilité du dommage en fonction du lieu d'accessibilité de l'information ou de l'ouvrage. Il n'y a pas comme dans de nombreux systèmes juridiques (notamment les États-Unis), une « *single publication rule* » qui envisage le litige de façon globale, par un juge unique dans un pays unique pour toutes les copies achetées dans le

⁶ Indiquons qu'en droit, la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est une pratique ancienne et courante. Cette pratique permet qu'un jugement rendu dans un pays produise des effets dans un autre pays sans avoir à commencer un nouveau procès (c'est la reconnaissance d'un jugement étranger). Plus particulier est le cas de l'exécution des jugements étrangers qui nécessite du juge local un contrôle et parfois l'octroi de l'*exequatur*, qui constitue un préalable nécessaire pour pratiquer une voie d'exécution sur les avoirs du débiteur.

⁷ Pour une analyse en droit international privé, T. Hartley, « "Libel Tourism" & Conflict of Laws », ICLQ vol 59, janvier 2010, p. 25 et s.

monde ou pour l'ensemble des informations accessibles sur Internet. En conséquence, avec Internet et la diffusion des savoirs par des procédés tels qu'Amazon, le juge et le droit anglais ont potentiellement vocation à connaître toutes les actions de diffamation concernant tous les ouvrages et tous les sites publiés en langue anglaise. C'est ainsi qu'en 2008, une banque d'investissement située en Islande a poursuivi pour diffamation devant un tribunal londonien un journal danois relativement à un article publié en danois mais traduit partiellement en anglais sur le site Internet du journal⁸.

Les conflits de cultures juridiques et constitutionnelles

Dans ces différentes affaires, l'enjeu est considérable et dépasse la simple question du juge compétent et du droit applicable, car il porte sur les décisions à intervenir et plus généralement sur la liberté d'expression des universitaires. Plus que jamais la pensée de Pascal, « Plaisante justice qu'une rivière borne. Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà »⁹ éclaire par sa justesse. En matière de diffamation, il y a un véritable conflit de cultures juridiques ou constitutionnelles qui revient à penser l'équilibre entre, d'une part, la liberté d'expression et la liberté de la presse, et d'autre part, le droit à l'honneur et à la réputation. Or, nous savons que par tradition constitutionnelle ou par rationalité politique, les États font prévaloir l'un plutôt que l'autre.

Fervents partisans de la liberté d'expression, les États-Unis et leurs tribunaux la garantissent pour la presse, les entreprises, les chercheurs et autres internautes. Ainsi dans les prétoires, la charge de la preuve incombe exclusivement aux demandeurs de l'action en diffamation. Ceux-ci doivent prouver que l'information diffusée est fautive et qu'il y a eu intention de nuire ou « malice » de la part du défendeur. Les chances de succès du demandeur sont en réalité très faibles, comme l'a montré l'arrêt de principe de la Cour Suprême¹⁰ dans l'affaire en date du 9 mars 1964 *New York Times v. Sullivan*, sous le visa du premier amendement de la Constitution américaine qui consacre un droit quasi absolu à la liberté d'expression.

À l'opposé la Grande-Bretagne, comme la France, se range dans la catégorie des défenseurs du droit à la réputation. Ainsi dans les tribunaux anglais, l'allégation litigieuse est

⁸ D. Carvajal, « Britain, a destination for “Libel tourism” », *New York Times*, 20 janvier 2008

⁹ Pascal, pensée 294.

¹⁰ United States Supreme Court, *New York Times v. Sullivan*, 9 mars 1964 (376 U.S. 254).

a priori considérée comme fausse et il appartient aux défendeurs d'établir que les faits sont vrais. Aussi, les demandeurs reçoivent-ils un accueil chaleureux et le plus souvent couronné de succès en raison du renversement de la charge de la preuve (concrètement, cela veut dire que devant les tribunaux anglais, c'est à l'universitaire, au chercheur ou au journaliste de prouver que l'ensemble de leurs allégations sont fondées et vrais) et de l'absence de question sur l'intention de nuire. Quant à la motivation des avocats à assister les demandeurs, elle est renforcée par deux règles procédurales importantes : le « *no win no fee* », système selon lequel un avocat ne perçoit ses honoraires que si l'issue d'un procès est favorable à son client, et la possibilité du pacte de *quota litis*, c'est-à-dire la convention entre un avocat et son client fixant par avance les honoraires à un pourcentage de la somme qu'accordera le tribunal à ce dernier. Indiquons à cet effet que le montant des honoraires accordés par le juge aux avocats de la partie victorieuse peut être très important et s'élever à plusieurs centaines de milliers de livres sterling. À titre d'information, on indiquera que l'action la plus onéreuse a atteint en 2008 plus de trois millions de livres.

Vers une réforme du « *Libel tourism* » ?

À la suite de ces différentes actions, l'Angleterre a connu un large débat public¹¹ portant sur la liberté de la presse, la liberté d'expression, le droit à la réputation et à l'honneur. À cette occasion, certaines ONG, certains journalistes et universitaires ont protesté contre ce *forum shopping* qui tend à ériger les tribunaux civils londoniens en véritable censeur mondial de la recherche universitaire et à forcer les auteurs à l'auto-censure. L'ancien ministre de la Justice Jack Straw s'est à cette occasion saisi du problème en installant une commission avec pour mission de réfléchir à ces actions introduites par des demandeurs étrangers et de repenser l'encadrement judiciaire de ces actions pour *in fine* en réduire le nombre¹². Trois pistes ont notamment été envisagées : le renversement de la charge de la preuve, la limitation de la règle du « *no win no fee* » et la réduction de 90 % des « *success fees* » accordés par les juges aux avocats de la partie victorieuse. Le gouvernement anglais investi le 11 mai 2010 a d'ailleurs indiqué dans son programme d'action qu'il entendait poursuivre la réforme et qu'il serait en mesure de proposer rapidement de nouvelles pistes. Nul doute que ces solutions marqueront

¹¹ Pour un exemple : conférence du 2 mai 2008 à la *Foreign Press Association* de Londres sur le thème "Libel Tourism": *The Chilling Effect on Free Speech* en présence des représentants d'ONG notamment *Freedom House* et des journaux tels que le *Financial Times* et *The Observer*.

¹² I. Oakeshott, S. Swinford, Jack Straw pledges action to end libel tourism, *The Sunday Times*, 22 novembre 2009 et accessible en ligne : <http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article6926997.ece>.

(et sans doute un peu plus que l'affaire Joseph Weiler) la recherche publiée en langue anglaise !

Publié dans laviedesidees.fr, le 15 juillet 2010

© laviedesidees.fr