
Editorial

Der Entwurf für ein neues Mediengesetz geht in die Vernehmlassung und bietet Diskussionsstoff

Liebe Leserin, lieber Leser

Im Juni hat der Bundesrat den Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über elektronische Medien publiziert und die Vernehmlassung dazu eröffnet. Gemäss der Vorlage sollen in Zukunft neben Radio und Fernsehen auch Online-Medien zum medialen Service public beitragen und gefördert werden können. Die Diskussion über das Für und Wider eines solchen Erlasses und über die geplanten Inhalte ist bereits im vollen Gange. «Medialex» wird das Gesetzesprojekt aufmerksam verfolgen. Im aktuellen Newsletter finden Sie einen Überblick über die in Vernehmlassung gegebene Vorlage und eine erste Einschätzung.

Als zweiten Beitrag finden Sie im Newsletter die Rechtsprechungsübersicht zum Medienzivil- und -zivilprozessrecht. Frau Professor Christiana Fountoulakis setzt sich mit relevanten Entscheiden des Bundesgerichtes, so u.a. zur Frage der Gewinnherausgabe in der Causa Hirschmann, aber auch kantonaler Instanzen sowie der europäischen Justiz auseinander.

Der nächste Newsletter erscheint nach den Sommerferien, um den 10. September.

Simon Canonica, Redaktor *medialex*



Oliver Sidler, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zug

Das neue Bundesgesetz über elektronische Medien

Ein Überblick über das Gesetzesvorhaben und eine erste Einschätzung

Résumé Il paraît que la loi sur la radio et la télévision va être substituée par une loi fédérale sur des médias électroniques. Le projet envoyé en consultation par le Conseil fédéral prévoit une réglementation extensive du mandat de service public de la SSR. C'est une commission qui va être compétente pour l'octroi de la concession SSR ainsi que pour la conclusion des mandats de prestations et la répartition des contributions de promotion. Une régularisation dépendante de la technologie (distinction entre la diffusion sans fil-terrestre et la diffusion à travers d'une ligne) n'est pas prévue. Des médias électroniques qui ne sont plus seulement offerts linéaire dans le sens de radio et télévision mais aussi sur appel reçoivent un apport financier. Le domaine d'application de la nouvelle loi a donc changé dans plusieurs aspects envers la loi sur la radio et la télévision.

I. Überblick

Mit Spannung wurde es erwartet, das neue Mediengesetz, das sich nun „Bundesgesetz über elektronische Medien“ nennt. Die Erwartungen waren gross, vielleicht zu gross. 1

Was ist neu gegenüber dem geltenden Radio- und Fernsehgesetz? Ausführlicher geregelt wird der Service Public-Auftrag der SRG. Neu soll eine Kommission für die Erteilung der SRG-Konzession sowie für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und die Erteilung von Förderbeträgen zuständig sein. Verzichtet wird auf technologieabhängige Regulierung (Unterscheidung nach drahtlos-terrestrischer Verbreitung und Verbreitung über Leitungen). Finanziell unterstützt werden neu elektronische Medien, welche nicht wie bisher nur linear im Sinne von Radio und Fernsehen, sondern auch auf Abruf angeboten werden. Der Geltungsbereich des neuen Gesetzes hat gegenüber dem Radio und Fernsehgesetz einige Veränderungen erfahren. Ich werfe somit zunächst einen Blick auf den Geltungsbereich und die Zweckbestimmung des neuen Gesetzes. 2

II. Geltungsbereich und Zweckbestimmung

Mit der Bezeichnung im Gesetzestitel („elektronische Medien“) sind Medienangebote gemeint, die fernmelde-technisch übertragen werden und für die Allgemeinheit bestimmt sind. Damit lehnt sich das Gesetz an Art. 93 BV an, in dem es den Begriff der „elektronischen Medien“, der traditionell für Radio und Fernsehen gebraucht wird, verwendet. Erweitert wird der Begriff dahingehend, dass nicht nur zeitlich angesetzte Angebote, sondern auch Angebote, die nicht zeitlich angesetzt sind, darunterfallen. 3

Unter das Gesetz fallen Medienangebote der SRG, Medienangebote, die Gegenstand einer Leistungsvereinbarung sind sowie schweizerische Fernsehprogramme. Als Medienangebote gelten elektronische Medien, die fernmelde-technisch übertragen werden und für die Allgemeinheit bestimmt sind. Die Definition der elektronischen Medien ist im Zweckartikel (Art. 1 Abs. 2) wohl eher atypisch an dieser Stelle aufgeführt. Radioprogramme werden nicht mehr separat aufgeführt und werden vom Gesetz auch nicht weiter erfasst, sofern diese nicht Leistungsvereinbarungen abschliessen. Reine Audioangebote fallen somit nur unter das Gesetz, wenn sie Gegenstand von Leistungsvereinbarungen sind. Audiovisuelle Angebote, seien sie linear oder nicht linear verbreitet, werden auch ohne Leistungsvereinbarungen vom Gesetz erfasst, sofern diese Angebote nach dem geltenden internationalen Recht der 4

schweizerischen Rechts hoheit unterliegen (Art. 2 Abs. 2 E-BGeM). Das sind audiovisuelle Angebote, die linear ausgestrahlt werden (Fernsehprogramme), wenn die Niederlassung des Veranstalters in der Schweiz ist, Frequenzen oder Satellitenkapazitäten, die vom schweizerischen Regulator zugeteilt werden, genutzt werden oder aber eine Aufwärtsverbindung zu einem Satelliten genutzt wird, die sich in der Schweiz befindet (vergleiche Art. 5 EGÜF).

5 Elektronische Medienangebote werden vom neuen Gesetz erfasst, wenn sie von einer Organisation, welche die Auswahl, den Inhalt und die Gestaltung des Medienangebots bestimmt, angeboten werden. Das Gesetz geht bei der Verwendung des Begriffes „Medien“ davon aus, dass diese immer von einer Organisation angeboten werden. Der Medienbegriff, wie er sonst im Recht, zum Beispiel im Strafrecht, verwendet wird, kennt keine diesbezügliche Einschränkung. Die Verwendung des Begriffes „Medien“ im Schweizer Recht bedarf noch einiger Klärung.

III. Mindestanforderungen

6 Die Mindestanforderungen („Programmbestimmungen“ gemäss geltendem Recht) an die Medienangebote sind nun von allen Anbietern zu erfüllen. Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen und vorgängig die Ombudsstellen werden somit künftig nicht nur das SRG-Onlineangebot, sondern sämtliche Online-Medienbeiträge, die vom Gesetz erfasst werden, auf Beanstandung hin auf ihre Übereinstimmung mit den Mindestanforderungen zu überprüfen haben. Erweitert wird der Katalog der Mindestanforderungen um Medienbeiträge, die diskriminieren, zum Hass gegen bestimmte Gruppierungen oder Angehörige einer Gruppierung aufrufen. Diese Bestimmung geht über Geltungsbereich der Strafbestimmung von Art. 261bis StGB (Rassendiskriminierung) hinaus. Auch die Jugendschutzbestimmungen werden gegenüber dem geltenden Recht erweitert und neu auf nicht linear gesendete Medienangebote angewendet.

IV. Finanzierung

7 Finanziert wird das System der elektronischen Medien weiterhin privat- und öffentlich-rechtlich.

8 Die Bestimmungen zur privatrechtlichen Finanzierung – Werbung und Sponsoring – entsprechen zum grössten Teil der bisherigen Regelung. Die zeitliche Begrenzung sowie die zeitliche Ansetzung von Werbung wird nur in Bezug auf lineare Medienangebote beschränkt. In den Radioprogrammen und in den nichtlinearen Medienangeboten der SRG ist Werbung verboten. Wie bisher ist Eigenwerbung möglich. Dem Bundesrat wird die Kompetenz gegeben, weitere Einschränkungen in Bezug auf die Werbung und das Sponsoring in den Medienangeboten der SRG vorzunehmen, wobei er dabei insbesondere die Entwicklung des Werbemarkts und die Interessen der anderen Medienunternehmen berücksichtigen muss.

9 Neben der SRG werden Medienangebote mit Leistungsvereinbarungen, insbesondere mit regionalen Informationsleistungen oder Medienangebote für bestimmte Bevölkerungsgruppen sowie partizipative Medienangebote gefördert. Dabei wird kein Unterschied zwischen linearen und nichtlinearen Angeboten, d. h. zwischen Radio und Fernsehen sowie audiovisuellen Online-Angeboten, gemacht. Neu hat der Bundesrat die Kompetenz, bei der Festlegung der Höhe der Abgabe (Gebühren) an die SRG einen Maximalbetrag für die kommerziellen Einnahmen festzulegen. Auch bei der Verwendung des Abgabenteils möchte der Bundesrat mitreden, indem er einerseits den Anteil der Abgabe für die Information, wie auch den die besten Koproduktionen in den Bereichen Unterhaltung und Sport mit anderen schweizerischen Medienanbieterinnen festlegen kann.

V. Leistungsauftrag und Leistungsvereinbarungen

10 Quasi als Antwort auf die medienpolitische Debatte, die zur No Billag-Initiative geführt wurde, regelt das neue Gesetz den Leistungsauftrag der SRG detailliert und umfassend. Die Anweisungen lesen sich stellenweise wie ein Programmhandbuch. Interessant wird sein, wie sich in der Praxis Service Public-Unterhaltung von kommerziellen Angeboten zu unterscheiden vermag. Oder die Aufzählung zur Sportberichterstattung, die so umfassend ist, dass sie auch weggelassen hätte werden können. Der Leistungsauftrag der SRG bietet viel Stoff für die parlamentarische Debatte. Im Übrigen enthält der Auftrag an die SRG die bereits in letzter Zeit vorgetragenen Bedürfnisse wie beispielsweise die Zusammenarbeit mit Dritten, Zurverfügungstellen von Inhalten und Zugang zum Archiv, etc.).

11 Die neuen Leistungsvereinbarungen mit anderen Medienanbietern lehnen sich an das heute geltende Gebührensplitting an, sind aber nicht so starr geregelt. So werden beispielsweise die geographischen Versorgungsgebiete nicht mehr vorgegeben; der Bundesrat definiert aber weiterhin Gebiete, für die eine Leistungsvereinbarung abgeschlossen werden kann. Gefördert werden nicht wie bisher lokale und regionale Radio- und Fernsehveranstalter mit umfassenden lokalen oder regionalen Informationen, sondern allgemein Medienangebote (linear oder nicht linear), die einen besonderen Beitrag zur demokratischen Meinungs- und Willensbildung, zur kulturellen Teilhabe

und zur gesellschaftlichen Integration bezogen auf den lokalen, regionalen oder sprachregionalen Raum anbieten. Gefördert werden sollen Generalistenangebote für ein breites Publikum, Angebote für spezifische Interessen gesellschaftlicher oder kultureller Gruppen wie auch partizipative Medienangebote für gesellschaftliche oder kulturelle Gruppen mit Einbezug des Publikums in Produktion und Inhalt.

VI. Neue Behördenzuständigkeit

Die Zuständigkeiten der Behörden sollen ebenfalls neu geregelt werden: Eine neu geschaffene Kommission für elektronische Medien (KOMEM), welche aus fünf bis sieben unabhängigen Sachverständigen bestehen soll, erteilt künftig die SRG-Konzession, schliesst Leistungsvereinbarungen mit Medienanbieterinnen ab, erteilt Förderbeiträge an andere Medien (das noch prüfen) und ist auch zuständig für die indirekte Medienförderung (Unterstützung von Nachrichtenagenturen, Selbstregulierungsorganisationen der elektronischen Medien und Weiterbildung, etc.). Aufgeführt wird im Begleitbericht exemplarisch der Presserat als möglicher Empfänger von Förderbeiträgen. Eine breitere finanzielle Abstützung dieser wichtigen Institution ist zu begrüssen. Das Geld aus dem Gebührentopf müsste wohl auf die Förderung des schweizerischen Journalismus und der Selbstregulierungsorganisation im Bereich der elektronischen Medien beschränkt werden. 12

Dem Bundesamt für Kommunikation, welches bisher diese Aufgaben, soweit sie bereits im alten Gesetz enthalten waren, vorbehalten waren, bleibt die allgemeine Aufsicht über die Einhaltung des Gesetzes. Die Prüfung des Inhalts von Medienbeiträgen (die heutige Programmaufsicht) bleibt weiterhin bei der unabhängigen Beschwerdeinstanz bestehen. Die diesbezüglichen Regelungen wie auch die vorangelernten Ombudsstellen (neu sollen diese auf die vier Sprachräume zusammengelegt werden) bleiben gleich. 13

VI. Ausblick

Der Gesetzesentwurf kommt schwerfällig daher, und die Auseinandersetzung mit dem Begrifflichen bereitet dem Leser anfänglich Mühe. 14

Die Erwartungen an das neue Gesetz waren hoch. Erfüllt werden konnten sie nicht, denn der Verfassungsartikel von Art. 93 BV lässt keine umfassende Regelung sowohl von Radio und Fernsehen als auch sämtlichen Onlineangeboten zu. Immerhin sind die audiovisuellen Inhalte, die fernmeldetechnisch verbreitet werden, vom Verfassungsartikel 93 BV erfasst. Dazu gehören die nun neu zu regulierenden nichtlinearen Medienangebote. Zu Recht geht der Entwurf davon aus, dass der Verbreitungskanal, d. h. die technische Seite der Verbreitung, nicht als taugliches Abgrenzungskriterium für die Regulierung genügen darf. Der Entwurf ist somit richtigerweise technologie-neutral ausgestaltet. 15

Lohnt sich nun der ganze Aufwand? Braucht es ein neues Gesetz, nur um audiovisuelle Angebote, die nicht linear online angeboten werden, zu fördern? Braucht es eine neue Kommission, welche Förderbeiträge verteilt und Leistungsvereinbarungen mit den Anbietern abschliesst? Vielleicht hätte eine sanfte Revision des Radio- und Fernsehgesetzes genügt, um die Anliegen der No Billag-Debatte und den Umfang des von der SRG zu erbringenden Service Public-Angebots regeln zu können. Der vorliegende Gesetzesentwurf enthält zur Förderung von elektronischen Onlineangeboten interessante Gedanken. Diese machen aber nur dann Sinn, wenn Online-Angebote, die nicht als elektronische Medien gelten, miteingeschlossen werden. Dazu fehlt aber zurzeit die Verfassungsgrundlage. Wäre es nicht an der Zeit, diese zu schaffen und dann ein schlankes Gesetz zur Medienregulierung auszuarbeiten? 16

Zusammenfassung Das Radio- und Fernsehgesetz soll durch ein Bundesgesetz über elektronische Medien abgelöst werden. Der vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Entwurf sieht eine ausführliche Regelung des Service Public-Auftrags der SRG vor. Neu soll eine Kommission für die Erteilung der SRG-Konzession sowie für den Abschluss von Leistungsvereinbarungen und die Erteilung von Förderbeiträgen zuständig sein. Verzichtet wird auf technologieabhängige Regulierung (Unterscheidung nach drahtlos-terrestrischer Verbreitung und Verbreitung über Leitungen). Finanziell unterstützt werden neu elektronische Medien, welche nicht wie bisher nur linear im Sinne von Radio und Fernsehen, sondern auch auf Abruf angeboten werden. Der Geltungsbereich des neuen Gesetzes hat gegenüber dem Radio und Fernsehgesetz einige Veränderungen erfahren.



Christiana Fountoulakis, professeure ordinaire, Chaire de droit civil 1, Université de Fribourg

Julien Francey, docteur en droit, avocat-stagiaire

D'un médecin sado-maso, d'un escroc, d'un crétin et d'autres personnages

Aperçu de la jurisprudence fédérale, cantonale et internationale rendue durant l'année 2017 en matière de droit civil et de procédure civile en lien avec les médias

Zusammenfassung Das Bundesgericht hat sich 2017 in einem viel beachteten Entscheid ein weiteres Mal zur Medienberichterstattung in der Affäre Hirschmann geäussert, die es als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung qualifiziert. Es äusserst sich auch zum Recht des Verletzten auf Gewinnherausgabe. In zwei weiteren Fällen des Bundesgerichts geht es zum einen um die Rechtswidrigkeit gemischter Werturteile in satirischen Blättern und zum anderen um eine prozessuale Frage in Zusammenhang mit dem Vorbringen neuer Tatsachen. Aus der kantonalen Rechtsprechung ist ein Urteil des Appellationsgerichts Basel zu erwähnen, das sich der Ansicht anschliesst, die Prozesskosten einer vorsorglichen Massnahme seien im Falle von deren Gutheissung vorläufig dem Gesuchsteller aufzuerlegen. Das Handelsgericht Zürich hat im Berichtszeitraum gleich zwei Entscheide gefällt, die vorliegend von Interesse sind: Im einen Fall hatte es zu beurteilen, ob die Medienberichterstattung des «Blick» in Zusammenhang mit einem wegen Sexualdelikten in erster Instanz verurteilten Arzt persönlichkeitsverletzend war. Im zweiten Fall ging es um Beweislast und Beweismass in Zusammenhang mit einem Gesuch um vorsorgliche Massnahmen gegen periodische Medien. Relevant sind schliesslich ein Entscheid des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) sowie ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Der EuGH präzisiert seine Zuständigkeitsrechtsprechung bei Persönlichkeitsverletzungen durch online-Medien in Anwendung von Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-Verordnung und entwickelt diese weiter. Der EGMR befasst sich einmal mehr mit der Haftung eines Internet host providers.

I. Introduction

La chronique présente et discute les arrêts rendus par le Tribunal fédéral au cours de l'année précédente. Elle tient également compte d'une sélection d'arrêts cantonaux et internationaux, notamment de ceux rendus par la Cour de la Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'ils concernent aussi le droit suisse et revêtent un intérêt général. ¹

II. Une campagne médiatique peut constituer une atteinte illicite aux droits de la personnalité et donner lieu à une action en remise du gain (ATF 143 III 297)

Le groupe Tamedia ainsi que le journal «20 Minuten» ont largement couvert l'instruction pénale ouverte contre Carl Hirschmann. Celui-ci a estimé qu'il faisait l'objet d'une campagne médiatique illicite et a exigé le retrait de plusieurs articles ainsi que le versement d'un tort moral. Suite au rejet de sa demande par le Tribunal de commerce du canton de Berne, Hirschmann a saisi le Tribunal fédéral qui a rendu un long arrêt. ²

- 3 Les juges fédéraux ont reproché au Tribunal de commerce d'avoir uniquement examiné la licéité des articles au regard de leur véracité et du droit à l'honneur, sans toutefois se pencher sur leur compatibilité avec le droit au respect de la vie privée. En effet, une information véridique peut constituer une atteinte si le reportage n'est pas objectif ou diffuse des faits inutilement rabaisant. En outre, tout article qui révèle un fait appartenant au domaine privé ou secret enfreint le droit au respect de la vie privée. Chacun possède ainsi un certain droit à décider quelle information il souhaite partager et avec qui. Il est certes vrai que le demandeur devait accepter une plus grande intrusion dans sa vie privée en raison de son statut de personnalité de boulevard. Cependant, la campagne médiatique dont il a fait l'objet a largement dépassé ce qu'il devait tolérer ; les médias ont couvert l'affaire de manière très intense durant une année en dévoilant toute sorte d'informations sur Hirschmann qui n'avaient aucun lien avec la procédure pénale et qui le ridiculisaient auprès du lecteur moyen. Il avait ainsi totalement perdu la maîtrise de ses informations personnelles. Le fait que plusieurs médias autres que ceux du groupe Tamedia et le «20 Minuten» aient contribué à la campagne ne change rien à ce constat: toute personne qui contribue à l'atteinte peut être recherchée peu importe son degré de participation (cf. art. 28 al. 1 CC).
- 4 Le Tribunal fédéral a ensuite examiné si le simple besoin de divertissement du lectorat constituait un motif justificatif qui permettait de lever l'illicéité de l'atteinte. Contrairement à la doctrine qui nie tout intérêt public à de la simple distraction, il a estimé que le divertissement correspond à un motif justificatif invocable par les médias. Toutefois, ce dernier est faible: lorsqu'il s'agit uniquement de divertir le public, une atteinte ne sera généralement pas justifiée. En revanche, si la distraction vise également un but d'information, compris comme la discussion de faits nouveaux relevant de l'intérêt commun, ce motif justificatif peut s'avérer prépondérant. En l'espèce, les articles n'avaient pas pour but principal de rapporter le déroulement de la procédure pénale impliquant le demandeur, mais bien plus de raconter d'anciens épisodes d'importance secondaire de sa vie privée. Pour le Tribunal fédéral, les médias ne poursuivaient donc pas un but d'information; il s'agissait surtout de raconter des faits à sensation qui ne pèsent pas lourds dans la mise en balance des intérêts en présence. Par conséquent, le besoin de divertissement du lectorat ne primait pas les droits de la personnalité d'Hirschmann.
- 5 Le Tribunal fédéral a ensuite abordé l'action en remise du gain (art. 423 CO, applicable de par le renvoi de l'art. 28a al. 3 CC). En raison de la difficulté d'évaluer le gain consécutif à une atteinte par voie de presse, le Tribunal fédéral a rappelé que la victime dispose d'un allégement du fardeau de la preuve qui vise aussi bien l'existence du gain que son montant (application analogique de l'art. 42 al. 2 CO). Dans l'arrêt Schnyder (ATF 133 III 153), le Tribunal fédéral avait précisé qu'un article illicite peut non seulement augmenter les ventes du média, mais aussi participer à la conservation de ses sources de revenus. Le maintien des recettes d'un média est alors considéré comme un gain, pour autant qu'il soit en relation de causalité avec l'atteinte.
- 6 Pour évaluer le gain obtenu par un média, le juge doit notamment se fonder sur le nombre d'abonnés et de tirages, sur le chiffre d'affaires, sur la grandeur du reportage et sur son caractère ponctuel ou répétitif. S'il s'agit d'une série de reportages, voire d'une campagne médiatique, les articles ultérieurs n'ont pas besoin d'être constitutifs d'une atteinte illicite indépendante ; ils peuvent également servir à maintenir un certain souvenir des précédents articles illicites.
- 7 L'application de l'art. 42 al. 2 CO ne dispense pas la victime d'alléguer et de prouver les faits nécessaires à l'établissement du gain. A cet égard, il convient de relever que les différentes informations pertinentes se trouvent généralement en possession du média qui peut refuser de collaborer. C'est pourquoi, le Tribunal fédéral a décidé d'octroyer au lésé une prétention accessoire sous forme d'action en reddition de compte basée sur l'art. 2 CC. Cette action échelonnée (*Stufenklage*) permet ainsi à la victime de contraindre le média à lui fournir les renseignements utiles pour étayer le montant du gain qui sera exigé dans l'action principale tendant à la remise du gain.
- 8 Dans le cas présent, la juridiction précédente avait rejeté l'action en reddition de compte au motif que le lésé aurait déjà dû motiver comment évaluer concrètement le gain réalisé par les médias. Pour le Tribunal fédéral, ce raisonnement revient à imposer le même degré de motivation et d'allégation pour l'action échelonnée (reddition de compte) que pour l'action principale (remise du gain). Or, l'action en reddition de compte a précisément pour but d'obtenir les informations nécessaires pour évaluer le gain qui sera ensuite réclamé lors de l'action principale. Il n'est donc pas possible au stade de l'action échelonnée de déjà disposer des informations qui permettront d'évaluer le gain. Partant, le recours est également admis sur ce point.
- 9 Enfin, le Tribunal fédéral s'est penché sur le tort moral réclamé par le lésé. Le Tribunal de commerce bernois avait considéré que la seule audition du demandeur pour démontrer l'intensité de l'atteinte psychique et la causalité ne suffisait pas à satisfaire les exigences imposées par l'art. 8 CC; Hirschmann aurait également dû proposer d'autres moyens de preuve à l'appui de sa prétention. Le Tribunal fédéral a rejeté cette argumentation. En effet, l'art. 168 al. 1 lit. f CPC prévoit explicitement l'audition des parties comme moyen de preuve. En outre, le CPC n'établit aucune priorité des moyens de preuve. L'instance précédente ne pouvait donc pas nier d'emblée toute crédibilité à l'audition du demandeur sans l'avoir au préalable interrogé pour se forger sa propre conviction.

Cet arrêt important en droit des médias a fait l'objet de nombreux commentaires, dont ceux de Matthias Schwaibold, *Ein Schrecken ohne Ende*, *medialex* 2017, p. 23 ss et de Daniel Glasl, *Medienkampagne und Gewinnabschöpfung – Kein Schrecken ohne Ende*, *medialex* 2017, p. 29 s.

III. «Escroc» dans un article d'une revue satirique ne porte pas atteinte à l'honneur (TF, 14.12.2017, 5A_267/2017, statuant sur le recours interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois du 2.3.2017, PT13.03115)

Dans son arrêt non publié du 14 décembre 2017, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de confirmer sa jurisprudence en matière d'atteinte à l'honneur provoquée par un jugement de valeur mixte (*gemischtes Werturteil*). L'affaire concernait une publication dans un journal satirique qui racontait, avec suffisance et un humour mordant, les tripatouillages d'un certain Monsieur X. Ce X, cuisinier de formation, se serait décoré de titres faux et aurait été directeur d'une holding mise en faillite qui offrait des «services juridiques low-cost, des conseils en investissements et en affaires». Avec une deuxième société, il aurait tenté de vendre des maisons sur des terrains qui ne lui appartenaient pas. Une association dont il aurait été directeur et chef du service juridique aurait été menée à la ruine peu après. Le récit utilisait ponctuellement des mots comme «aigrefin», «ce valeureux directeur», «l'arnaque», «entourlouper» ou encore «l'escroc». L'article avait également été publié sur le site internet dudit journal.

Une requête de mesures superprovisionnelles visant à interdire la mise en ligne de certaines pages de l'article a été rejetée. Sur requête provisionnelle, le même tribunal a ordonné le retrait de l'article dans son intégralité puis a admis l'action au fond introduite par X. En plus de l'interdiction de diffuser l'article litigieux, le journal a été condamné à publier un communiqué pour informer le lecteur du caractère illicite de l'atteinte. La Cour d'appel vaudoise, saisie par le journal, a vu l'affaire d'un autre angle et a levé l'ordonnance de l'instance précédente, en estimant notamment que l'utilisation du mot «escroc» était admissible en l'espèce. Monsieur X a alors recouru devant le Tribunal fédéral.

Ce dernier a rappelé que, dans la mesure où des opinions, commentaires et jugements constituent aussi des affirmations de fait (*gemischtes Werturteil*), le noyau de fait de l'opinion (*Sachbehauptungskern*) s'analyse selon les mêmes principes développés en relation avec les allégations de fait: Si le fait sur lequel le jugement de valeur se base est faux, le jugement de valeur est illicite. Si le fait est exact (et, doit-on encore ajouter, en rapport avec l'activité ou la fonction publique de la personne concernée), il ne peut y avoir illicéité que lorsque le jugement de valeur dénigre la personne concernée de manière inadmissible.

En l'occurrence et d'après les constatations de la Cour d'appel, les faits sur lesquels se fondait l'article n'étaient pas faux et le recourant n'a pas su démontrer devant le Tribunal fédéral que la constatation des faits par l'instance précédente était arbitraire. Il ne restait donc qu'à examiner l'autre point litigieux, à savoir l'utilisation du mot «escroc». Le Tribunal fédéral a rappelé que, pour juger le caractère inutilement blessant d'un mot utilisé dans une publication, il fallait se mettre dans la position du «lecteur moyen» de l'article. En l'espèce, «escroc» était utilisé aux côtés des expressions «aigrefin» (*Hochstapler*) et «arnaqueur» (*Schwindler*). «Escroc» ne laissait donc pas penser que des procédures pénales auraient été introduites à l'encontre du recourant pour délit contre le patrimoine, mais il évoquait plutôt auprès du lecteur «le sens courant d'une personne qui ... tire quelque chose de quelqu'un par fourberie» (pour le lecteur germanophone: «escroc» dans le sens de «*Gauner*» et non pas de «*wegen Betrugsdelikts Verurteilter*»). L'article avait par ailleurs été publié dans une revue au contenu et à la teneur notoirement satiriques; il y avait donc lieu d'accepter «une certaine vivacité de ton, y compris l'absence de goût et de tact, ainsi que les allégations de faits qui blessent l'honneur pour autant que le public ne les ait pas prises à la lettre, ce que l'on peut admettre en l'espèce, la revue ayant pour vocation manifeste de présenter des faits de société sur un ton mordant et satirique».

Le Tribunal fédéral n'a pas toujours été aussi clément dans sa jurisprudence sur les contenus satiriques. La direction prise dans cet arrêt doit être saluée: on admettra que les médias ne doivent pas être muselés. Pourtant, l'arrêt montre l'importance qu'il faut donner aux faits et aux moyens de preuve. A cet égard, la question de savoir si les faits relatés dans un article satirique sont vrais – ce qui rend la publication a priori licite – s'apprécie selon les éléments connus au moment de la parution de la publication et non selon les circonstances qui se sont déroulées ultérieurement. Le simple soupçon, pourvu qu'il s'appuie sur des informations «vérifiées par le média» (cons. 3) suffit donc, et des faits qui se déroulent après la publication de l'article (en l'espèce le prononcé d'acquiescement) ne rendent pas rétroactivement illicite ce dernier. Le dégât est donc vite fait. Par ailleurs, la fin de l'article litigieux (ne pas savoir comment payer l'hôtel loué pour la fête de son partenariat enregistré), bien qu'il soit réussi d'un point de vue stylistique, porte sur des faits intimes et ne répond dès lors pas à un intérêt public prépondérant. Le recourant n'a pourtant pas invoqué l'illicéité de cette partie de l'article.

IV. Le recours devant le Tribunal fédéral contre le refus de l'instance cantonale d'ordonner des mesures provisionnelles contre un média ne peut pas être motivé par des faits nouveaux (TF, 06.06.2017, 5A_773/2016)

16 Une maison d'édition publie sur son site internet deux articles sur A., en indiquant son nom complet. A. est le seul membre du conseil d'administration d'une société anonyme nommée E. Les articles en ligne font le récit de la faillite d'une société pour laquelle l'E. SA a servi d'intermédiaire de vente d'actions par téléphone à des tiers. Il est dit, dans ces publications en ligne, que les intermédiaires auraient gagné «des millions» et que la faillite aurait causé des pertes de plusieurs millions à environ 1500 investisseurs.

17 Par requête de mesures provisionnelles, A. demande que son nom soit effacé desdits articles. Tant la première que la deuxième instance cantonale refusent la demande. A. interjette recours devant le Tribunal fédéral.

18 Le recours contre une décision portant sur des mesures provisionnelles ne permet que d'invoquer la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF), dont l'interdiction de l'arbitraire (*Willkürverbot*) fait partie. Les griefs doivent être motivés et doivent démontrer en détail de quelle manière la décision de l'instance cantonale aurait été arbitraire.

19 En l'occurrence, A. se plaint d'une fausse application de l'art. 266 CPC, qui règle les conditions d'une mesure provisionnelle contre un média. Entre autre, A. fait valoir qu'en relation avec les acheteurs d'actions de la société tombée en faillite, l'un des articles litigieux parle de «victimes», ce qui ferait apparaître A. comme un criminel («*in den Dunstkreis eines Straftäters gestellt*»). Ce grief n'a toutefois pas été invoqué devant les instances cantonales et n'est donc pas admis devant le Tribunal fédéral (cf. art. 99 al. 1 LTF). L'instance précédente n'est pas non plus tombée dans l'arbitraire en refusant d'admettre un préjudice «particulièrement grave» au sens de l'art. 266 let. a CPC ; en niant la vraisemblance d'un préjudice particulièrement grave sur la base de la simple allégation du recourant, selon laquelle des connaissances lui auraient demandé s'il avait commis un crime, l'instance précédente n'a pas dépassé son pouvoir d'appréciation. Pour ces raisons, le recours est rejeté.

20 *Entre autres, le Tribunal fédéral rejette la requête de mesures provisionnelles en considérant que le fait que l'un des articles parlait de «victimes» n'avait pas été invoqué lors de la procédure antérieure; il était dès lors un fait nouveau tel qu'il est proscrit par l'art. 99 al. 1 LTF (Seine Hinweise auf die fraglichen Textstellen sind im bundesgerichtlichen Verfahren neu. Neue Tatsachen dürfen im bundesgerichtlichen Verfahren aber nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG)), E. 3.1 in fine). Pourtant, en évoquant la teneur de l'article litigieux, le requérant n'a pas présenté un fait nouveau, car le contenu de l'article était déjà connu devant les instances précédentes. Le requérant a uniquement offert une motivation juridique pour admettre une violation de l'interdiction de l'arbitraire. En effet, les instances cantonales appliquent le droit d'office (cf. art. 57 CPC); en l'occurrence, elles devaient juger si, sur la base des articles que le requérant leur avait fournis en tant que moyen de preuve, l'on pouvait admettre une atteinte (à la personnalité) au sens de l'art. 266 lit. a CPC. Le requérant était dès lors légitimé à invoquer que l'instance cantonale précédente était tombée dans l'arbitraire en n'examinant pas l'illicéité du passage qui parlait de «victimes». Son recours n'aurait donc dû échouer qu'au regard du Rügeprinzip qui exige des griefs clairement motivés, mais pas en raison de l'art. 99 al. 1 LTF.*

V. En cas d'admission d'une mesure provisionnelle, les frais et dépens doivent être mis à la charge du requérant qui a obtenu gain de cause, sauf s'il ouvre action au fond (Arrêt de la Cour d'appel de Bâle-Ville du 23 juin 2017, BJM 2018 122)

21 Au titre de mesures superprovisionnelles, le Tribunal civil de Bâle-Ville a interdit à un média de publier un reportage. Par la suite, le tribunal a rejeté les mesures provisionnelles et a levé l'interdiction ordonnée à titre superprovisionnelle. Dans son jugement, il a réparti les frais des mesures provisionnelles et superprovisionnelles par moitié et a disposé que chaque partie supporte ses propres dépens. Soutenant que la répartition des frais était contraire au droit, l'entreprise de médias a recouru contre le jugement de mesures provisionnelles.

22 Lorsque la procédure principale est pendante et que des mesures provisionnelles sont requises, la doctrine retient que le juge doit renvoyer la question des frais des mesures provisionnelles à la décision finale (cf. 104 al. 3 CPC). Les frais des mesures provisionnelles sont alors répartis selon le sort de la cause. Par contre, si la procédure principale n'est pas encore pendante, le juge doit statuer sur les frais lors de la procédure de mesures provisionnelles afin d'éviter que cette question reste sans réponse si le requérant n'ouvre pas action au fond dans le délai imparti.

23 La répartition des frais en cas d'admission de mesures provisionnelles lorsque la procédure principale n'est pas encore pendante est controversée. Un premier courant doctrinal estime que la partie succombante doit supporter les frais conformément au principe général de l'art. 106 al. 1 CPC. Cette solution est suivie par les tribunaux des cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne, de Soleure et de St-Gall. En revanche, une autre partie de la doctrine et les tribunaux zurichois font supporter (provisoirement) les frais au requérant bien qu'il ait obtenu gain de cause. Si ce

dernier n'ouvre pas action au fond, la répartition prévue dans la décision de mesures provisionnelles devient définitive. Par contre, si le requérant dépose sa demande dans le délai imparti par le juge des mesures provisionnelles, la question des frais et dépens est renvoyée à la décision finale.

En l'espèce, l'*Appellationsgericht* a décidé d'uniformiser sa pratique et a opté pour la seconde solution, à savoir mettre les frais et dépens à charge du requérant qui a obtenu gain de cause sauf s'il ouvre action pour valider les mesures provisionnelles. Pour la Cour d'appel, il ne se justifie pas de traiter différemment la répartition des frais selon que la procédure principale est déjà pendante ou non ; dans les deux cas, il convient de renvoyer la répartition des frais à la décision finale, à moins que le requérant décide de ne pas agir au fond. En outre, si la partie succombante devait supporter les frais des mesures provisionnelles et que la partie requérante ne déposait pas action au fond, la partie succombante devrait ouvrir une action indépendante au sens de l'art. 264 al. 2 CPC afin de récupérer les frais de la procédure sommaire. Imposer une telle démarche à une partie qui succombe sur la base de la seule vraisemblance et qui n'a pas l'occasion de faire trancher le litige au fond en raison du comportement du requérant ne serait pas équitable. Par conséquent, il se justifie de faire peser temporairement les coûts des mesures provisionnelles au requérant en application de l'art. 107 al. 1 lit. f CPC. Il n'est possible de déroger à ce principe qu'en cas de circonstances particulières. 24

Ce résultat rejoint la solution appliquée par le Tribunal fédéral en cas de preuve à futur (art. 158 CPC). En effet, si la procédure principale n'est pas encore pendante et que la preuve à future est admise, il appartient au requérant de supporter les frais de cette procédure, quand bien même la partie adverse accepte la preuve à futur (ATF 140 III 30). 25

En répartissant les frais judiciaires des mesures superprovisionnelles et provisionnelles par moitié et en disposant que chaque partie supporte ses propres dépens, le juge de première instance a donc violé le droit. 26

L'arrêt bâlois compare les solutions d'autres tribunaux alémaniques, mais n'examine pas la pratique des tribunaux romands. Ceux-ci semblent mettre les frais des mesures provisionnelles à charge de la partie succombante quand bien même la problématique n'a pas fait l'objet d'une analyse approfondie à notre connaissance (cf. par exemple Cour de Justice de Genève, 06.10.17, ACJC/1291/2017; Tribunal cantonal vaudois, 14.03.2017, MP/2017/1; Tribunal cantonal fribourgeois, 11.08.2017, 101 2017 140. Voir toutefois en matière d'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs: Tribunal cantonal valaisan, 09.09.15, publié in : RVJ 2016 p. 133). 27

VI. La couverture d'un procès pénal avec un titre à sensation, une histoire scabreuse et imprécise ainsi qu'un portrait du condamné est licite (Arrêt du Handelsgericht Zurich du 20.11.2017, ZR 117/2018, p. 74)

Le 14 septembre 2017, un journal à scandale publie un article en ligne portant le titre «*Sado-Maso-Arzt wegen Vergewaltigung verurteilt / Er drohte dem Opfer mit Mord*» («Un médecin sado-maso condamné pour viol / Il a menacé la victime de meurtre»). L'article fait le récit d'un procès pénal portant sur des délits sexuels et donne des détails sur l'évènement qui a conduit à la condamnation du demandeur à trois ans derrière les barreaux par le tribunal de district zurichois. L'article en ligne est accompagné de la photographie du demandeur, une barre noire couvrant cependant ses yeux. L'article mentionne le prénom du demandeur, la première lettre de son nom de famille, son âge ainsi que l'information «médecin spécialisé dans une clinique de [...] (omis dans l'arrêt)». 28

Le 18 septembre 2017, le demandeur dépose une requête de mesures provisionnelles concluant, pour l'essentiel, que l'article et la photo soient supprimés. Le juge unique du tribunal commercial de Zurich rend un long arrêt, dans lequel il refuse, après avoir procédé à une pesée des intérêts détaillée, la requête. 29

Le juge considère que la couverture médiatique d'un procès pénal ou civil demande une prise en considération des intérêts en cause dans chaque cas concret. Alors qu'un article publié par un média peut causer de sérieux préjudices à la personne concernée, il ne faut pas perdre de vue que les médias ont l'importante fonction de «jeter un pont» entre la justice et le public, ce qui correspond à un grand intérêt public. La question est moins celle de savoir si une couverture médiatique d'une procédure judiciaire est permise, mais plutôt si elle respecte suffisamment la personnalité de la personne concernée. 30

Selon le juge unique, la présente couverture médiatique constitue une atteinte grave à la personnalité du requérant, dans la mesure où elle lui reproche d'avoir commis et d'avoir été condamné pour des délits sévères (viol, contrainte sexuelle, séquestration) ainsi que du fait que la photo permet au milieu privé et professionnel du requérant de l'identifier. Pourtant, il existe un intérêt public «clairement prépondérant» à apprendre l'âge et la profession du requérant, afin de se rendre compte que de tels délits peuvent également être commis par des personnes exerçant une profession de renommée, tel un médecin. 31

Le média n'a certes pas le droit d'humilier une personne («de la clouer au pilori»); mais afin de juger si tel est le cas, il faut, selon le juge, tenir compte de la nature du média, qui, en l'occurrence, est une feuille boulevardière, caractérisé par des titres à sensation et des photos scabreuses. Le média aurait dépassé les limites s'il avait révélé le 32

nom (complet) du requérant, publié une photo qui l'aurait rendu identifiable par des tiers inconnus, ou indiqué son adresse privée ou professionnelle. Mais comme le journal n'avait rien publié de tout cela, on ne pouvait pas, selon le juge, admettre que l'article était illicite. Certes, l'auteur de l'article avait manqué de diligence en ne mentionnant pas qu'il ne s'agissait que de la condamnation par la première instance et que le requérant avait déclaré au moment du prononcé du jugement même qu'il allait recourir contre ce jugement; mais le principe de la proportionnalité ne serait pas respecté si on demandait au média de retirer l'article dans son intégralité. Le requérant aurait d'ailleurs pu faire usage de son droit de réponse (!). Pour toutes ces raisons, le Tribunal de commerce retient que le média n'a pas enfreint le droit. Néanmoins, le principe de «fairness» exigerait, selon le juge, que le journal supprime lui-même l'article litigieux.

33 *Actuellement, la photographie et l'article litigieux se trouvent encore sur Internet. A la fin de la publication, le «Blick» a cependant rajouté que «[l]e médecin persiste à contester les faits. Malgré sa condamnation, la présomption d'innocence demeure. En effet, le jugement n'est pas encore entré en force en raison d'un recours du médecin» (traduction par les auteurs). Indépendamment cet ajout, le texte qui n'épargne aucun détail intime et l'image du requérant restent problématiques. Dans la version online de l'article, la photographie est en outre extraordinairement grande et occupe presque l'entier d'une page A4. Certes, aucune jurisprudence n'impose de supprimer systématiquement une telle image, utilisée de surcroît pour illustrer des faits aussi piquants. En revanche, l'image en lien avec la profession du requérant, son âge, son prénom et la première lettre de son nom de famille, le rendent manifestement reconnaissable pour son entourage (privé et professionnel). A notre avis, cette identification n'était pas nécessaire pour poursuivre l'intérêt public «clairement prépondérant» (selon l'expression utilisée par le juge) visant à dénoncer les infractions commises par des personnes exerçant des professions de renommée.*

34 *Bien que l'article s'inscrive dans les limites du droit, le juge unique a convié le «Blick» à retirer volontairement son reportage en se basant sur le principe de «fairness». Ce raisonnement contradictoire surprend surtout que les parties ne se trouvaient pas en procédure de conciliation et que le juge a longuement pondéré les intérêts en présence. En outre, on ne voit pas quel est le fondement juridique du principe de «fairness»; soit l'article est illicite et il convient de le retirer, soit l'article respecte les droits de la personnalité du requérant et le «Blick» peut continuer à le diffuser.*

35 *La critique de cet arrêt publié dans le recueil de jurisprudence du canton de Zurich ne s'arrête pas là: le juge unique a également méconnu le droit en estimant que le requérant aurait pu utiliser son droit de réponse pour se défendre contre l'article du «Blick», ce qui excluait les mesures provisionnelles. Premièrement, l'art. 28g al. 2 CC prévoit explicitement qu'«il n'y a pas de droit de réponse en cas de reproduction fidèle des débats publics d'une autorité auxquels la personne touchée a participé». Or, les audiences d'un tribunal pénal sont généralement publiques (cf. art. 69 CPP) et il n'est pas contesté que le requérant a participé aux débats qui ont été reproduits fidèlement par le «Blick». Dès lors, le droit de réponse n'était pas ouvert en l'espèce. Secondement, le droit de réponse n'exclut pas les actions en protection de la personnalité au sens de l'art. 28a CC, y compris les mesures provisionnelles en la matière. Au contraire, il s'agit d'un moyen cumulatif à disposition de la victime (et seule est controversée la question de savoir s'il est possible de requérir par voie de mesures provisionnelles la publication d'un rectificatif au sens de l'art. 28a al. 2 CC si les conditions du droit de réponse sont remplies [STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, n° 637 s.], ce qui ne concerne toutefois pas le cas d'espèce).*

VII. En cas de mesures provisionnelles contre un média, la victime doit rendre vraisemblable le préjudice particulièrement grave et le média la justification de l'atteinte (Arrêt du Handelsgericht Zurich du 29 juin 2017, ZR 116/2017 p. 226 ss.)

36 Dans cet arrêt très didactique, le Tribunal de commerce de Zurich a passé en revue les conditions pour ordonner des mesures provisionnelles contre un média à caractère périodique (art. 266 CPC en lien avec l'art. 261 CPC). A cette fin, il a commencé par rappeler qu'une mesure provisionnelle peut également être dirigée contre un média si l'atteinte est actuelle et non seulement imminente, comme le prévoit pourtant le texte légal.

37 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. TF, 23.02.12, 5A_641/2011 consid. 7.1), les conditions de l'existence d'un préjudice particulièrement grave (art. 266 lit. a *in fine* CPC) et de l'absence manifeste de justification de l'atteinte (art. 266 lit. b CPC) doivent être démontrées avec une quasi-certitude. En se basant sur les critiques de la doctrine, le Tribunal de commerce s'est cependant distancié de cette jurisprudence fédérale et a retenu qu'il suffisait de rendre ces deux éléments vraisemblables. Cette pratique rejoint celle des tribunaux cantonaux zurichois et zougais. Le fardeau de la preuve revient à la victime. Par contre, l'entreprise de médias doit rendre vraisemblable la justification de l'atteinte afin d'éviter que la victime ne doive prouver un fait négatif, à savoir que la violation n'est manifestement pas justifiée.

38 S'agissant de l'atteinte, le Tribunal de commerce a constaté que le média avait rédigé un article sur l'existence d'une procédure judiciaire ouverte aux USA contre le requérant. Dans son article, le média avait notamment utilisé les termes suivants: «escroquerie massive», «l'accusé», «l'inculpation», «présomption d'innocence» ou encore «l'acte d'accusation». Ces éléments suggèrent auprès du lecteur moyen l'existence d'une procédure pénale, même si le

média avait précisé, à un seul endroit, qu'il s'agissait d'une procédure civile. En donnant l'impression que le requérant faisait l'objet d'une procédure pénale aux USA alors qu'en réalité, seule une procédure civile avait été ouverte à son encontre, le média a diffusé des faits erronés qui portaient atteinte à son honneur. En outre, le nom du requérant était explicitement cité dans l'article sans que le média n'ait expliqué pourquoi l'intérêt public requerrait sa révélation.

Les autres conditions des mesures provisionnelles contre un média (urgence, préjudice particulièrement grave et proportionnalité) étant remplies, le Tribunal de commerce a ordonné à l'entreprise de médias de retirer son article de son site Internet et lui a imposé de contacter Google pour qu'il supprime l'article litigieux de ses serveurs. 39

VIII. Compétence judiciaire en application de «Bruxelles Ia»: Le centre des intérêts d'une personne morale se trouve dans l'Etat membre dans lequel elle exerce l'essentiel de son activité économique – Les actions défensives doivent être intentées devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel la personne lésée a son centre des intérêts (CJUE, 17.10.2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan c. Svensk Handel AB, C-194/16)

Bolagsupplysningen, une société de droit estonien, et Mme Ilsjan, une employée de celle-ci, ont introduit un recours contre Svensk Handel, société de droit suédois, devant un tribunal de première instance en Estonie. Les requérantes ont demandé à cette juridiction d'imposer l'obligation à Svensk Handel de rectifier les données inexactes publiées sur son site Internet à propos de Bolagsupplysningen et de supprimer les commentaires y figurant, de verser à Bolagsupplysningen des dommages-intérêts d'un montant d'environ 56'600 € et de payer à Mme Ilsjan une juste réparation pour le préjudice moral. Les requérantes reprochent à Svensk Handel d'avoir inscrit, sur son site Internet, Bolagsupplysningen sur une liste « noire » en indiquant que cette société commet des actes de fraude et de tromperie. Sur le forum de discussion dudit site, il y aurait environ 1000 commentaires, parmi lesquels des appels directs à la violence à l'encontre de Bolagsupplysningen et de ses employés, dont Mme Ilsjan. 40

Le tribunal estonien a considéré que le recours était irrecevable faute de compétence internationale. L'appel des requérantes contre cet arrêt a été rejeté en deuxième instance. La Cour suprême a disjoint les demandes de Bolagsupplysningen et de Mme Ilsjan, estimant que, pour cette dernière, l'affaire doit être renvoyée devant la première instance. 41

S'agissant de la requête introduite par Bolagsupplysningen, la Cour suprême a estimé qu'elle relevait de la compétence des juridictions estoniennes pour la partie du dommage survenue en Estonie. Elle s'est toutefois demandée si Bolagsupplysningen aurait également pu s'adresser aux juridictions estoniennes pour exiger la réparation de la totalité du préjudice subi ou pour requérir la rectification des données inexactes et la suppression des commentaires. Enfin, la Cour suprême s'est interrogée sur les critères qui permettent de déterminer où se situe le centre des intérêts d'une personne morale en application du Règlement n° 1215/2012 («Bruxelles Ia»). Dans ces conditions, la Cour suprême a suspendu la procédure et a posé ces questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). 42

La Grande Chambre de la CJUE rappelle d'abord les bases légales : Selon l'art. 7 point 2 Bruxelles Ia, en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être atraite, dans un autre Etat membre, devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Selon la jurisprudence constante de la Cour, l'expression «lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire» vise à la fois le lieu de l'évènement causal et celui de la matérialisation du dommage. En l'occurrence, il se pose la question de savoir si les tribunaux estoniens sont compétents au titre du lieu de la matérialisation du dommage allégué. Selon l'arrêt *Shevill* (arrêt du 7.3.1995, C-68/93), une personne physique peut intenter contre l'éditeur d'un média une action en dommages-intérêts devant les juridictions de chaque Etat membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, mais seul le dommage causé dans cet Etat membre peut faire l'objet de cette action. Pourtant, dans le contexte spécifique d'Internet, une personne physique qui s'estime lésée par de contenus mis en ligne, doit avoir la faculté de déposer une action en responsabilité devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts, afin d'y exiger l'intégralité du dommage causé (arrêt *eDate Advertising*, 25.10.2011, C-509/09 et C-161/10). 43

La Cour précise ensuite que ces règles doivent valoir indépendamment de la nature matérielle ou immatérielle du dommage prétendument subi. En effet, si la nature du dommage peut avoir, en fonction du droit applicable, une influence sur le caractère réparable du préjudice allégué, elle est sans incidence sur la détermination du centre des intérêts d'une personne. S'agissant de l'identification dudit centre, la Cour rappelle que ce critère concrétise le lieu où le dommage se matérialise le plus significativement. Pour une personne physique, il correspond en général à l'Etat membre de sa résidence habituelle. Il peut toutefois se trouver ailleurs, dans la mesure où d'autres indices, tel que l'exercice d'une activité professionnelle, peuvent établir un lien particulièrement étroit avec cet Etat (arrêt *eDate Advertising*). 44

- 45 Quant à la question de savoir quel est le centre des intérêts d'une personne morale, la Cour estime que celui-ci doit traduire le lieu où la réputation de la personne morale est la plus implantée; il doit donc être déterminé en fonction du lieu où la personne morale exerce l'essentiel de son activité économique. Ce lieu peut coïncider avec le lieu de son siège statutaire; c'est le cas lorsque la personne morale exerce, dans l'Etat membre où ce siège est situé, l'ensemble ou l'essentiel de ses activités et que la réputation dont elle y jouit est, par conséquent, plus importante que dans tout autre Etat. La localisation dudit siège n'est toutefois pas, en soi, un critère décisif.
- 46 Finalement, la Cour se prononce sur la question de savoir si la personne lésée dans sa personnalité par la publication en ligne de données inexactes ou diffamatoires peut, devant les juridictions de chaque Etat membre où les informations sont accessibles, demander la rectification ou la suppression de ces données. Elle répond par la négative. La jurisprudence développée dans l'arrêt *Shevill*, selon laquelle la victime peut introduire action dans chaque Etat membre où le contenu est accessible pour réclamer le dommage causé sur le territoire de cet Etat, ne peut pas s'appliquer à la demande en rectification ou suppression du contenu illicite. En effet, la publication en ligne est de nature ubiquitaire et les demandes en modification ou en suppression sont chacune indivisibles. Ces demandes ne peuvent donc être portées que devant une juridiction compétente pour connaître de l'intégralité d'une demande de réparation du dommage (arrêt *eDate Advertising*) et non devant une juridiction qui n'a pas une telle compétence.
- 47 *Il s'agit d'un arrêt important qui précise la compétence judiciaire en matière de violation des droits de la personnalité par un média sur le plan européen. Les arrêts Shevill et eDate Advertising traitaient uniquement la question de la compétence judiciaire concernant les dommages matériels résultant d'une atteinte à la personnalité par un média (dommages-intérêts, réparation du tort moral, etc.; «actions réparatrices») en établissant deux règles: la personne lésée peut saisir les tribunaux de tous les Etats membres dans lesquels le contenu litigieux est ou a été accessible afin de réclamer le dommage qui s'est produit dans cet Etat; ou bien la personne peut demander l'ensemble du dommage subi devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel elle a son centre des intérêts. Ces deux arrêts ne concernaient que des atteintes subies par une personne physique. L'arrêt Bolagsupplysningen apporte des clarifications bienvenues sur la compétence judiciaire en lien avec la rectification ou la suppression de données portant atteinte à la personnalité sur Internet («actions défensives»). Il est ainsi précisé qu'une telle demande doit être intentée devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel la victime a son centre des intérêts. La «théorie de la mosaïque» développée dans l'arrêt Shevill ne s'applique donc pas aux actions défensives. Cette jurisprudence est judicieuse; eu égard à l'universalité d'Internet, si l'on avait appliqué la jurisprudence Shevill, une personne domiciliée dans l'Union européenne aurait pu demander devant n'importe quel tribunal de l'UE de rectifier ou supprimer le contenu litigieux, avec effet global. Finalement, l'arrêt Bolagsupplysningen clarifie une autre question controversée, à savoir si les principes développés en application de «Bruxelles Ia» en matière d'atteinte à la personnalité valent également pour une personne morale. La Cour répond par l'affirmative, ce qui nous paraît tout à fait justifié: dans la mesure où une personne morale est protégée elle aussi dans sa personnalité (ce qui semble être le cas dans toutes les juridictions de l'UE), elle doit jouir de la même protection juridique sur le plan procédural également. Notons encore que les précisions apportées dans l'arrêt Bolagsupplysningen devraient être reprises lors de l'application de la Convention de Lugano. Elles sont donc d'intérêt immédiat pour la Suisse aussi.*

IX. La CourEDH ne retient pas la responsabilité de deux hébergeurs de blogs qui ont permis la diffusion de commentaires illicites par des internautes anonymes (CourEDH, 07.02.17, Pihl c. Suède, n° 74742/14 et CourEDH, 19.09.17, Tamiz c. Royaume-Uni, n° 3877/14).

- 48 Dans deux affaires de 2017, la CourEDH s'est penchée sur la responsabilité de l'hébergeur pour la diffusion de commentaires diffamatoires publiés par des tiers. Les faits à la base de ces arrêts étaient semblables: certains internautes avaient publié anonymement sur un blog des commentaires diffamatoires; M. Pihl avait été accusé d'être un nazi, alors que M. Tamiz, politicien londonien, avait notamment été traité de crétin et de trafiquant de drogue notoire. Les victimes ont alors recherché l'hébergeur du blog en estimant qu'il aurait dû empêcher la publication des commentaires illicites. Dans l'affaire Pihl, l'hébergeur du blog était une petite association à but non lucratif, alors que dans le cas Tamiz, il s'agissait de Google avec son service blogger.com.
- 49 A chaque fois, les juridictions nationales ont considéré que l'hébergeur du blog n'avait pas violé les droits des victimes en participant à l'atteinte. Celles-ci ont alors saisi la CourEDH en estimant que les Etats avaient manqué à leur obligation positive de protéger leur droit au respect de la vie privée qui englobe le droit à l'honneur.
- 50 Lorsque plusieurs libertés fondamentales s'opposent, comme en l'espèce le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression des hébergeurs de blogs, il convient de les mettre en balance. Pour procéder à cette délicate pesée des intérêts, la Cour a repris les quatre critères déjà développés dans l'affaire *Delfi* relative à la responsabilité des hébergeurs de blogs (*Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09, par. 142 s.): (i) le contexte des commentaires, (ii) les mesures prises par l'hébergeur pour éviter l'atteinte, (iii) la possibilité de rechercher le véritable auteur de la publication et (iv) les conséquences d'une condamnation pour l'hébergeur.

Dans l'affaire Pihl, la Cour a constaté que l'hébergeur avait retiré le commentaire un jour après en avoir été informé par la victime. De son côté, M. Tamiz a utilisé la fonction «signaler un contenu abusif» mis en place par Google pour dénoncer les commentaires litigieux. Google avait alors indiqué qu'il ne supprimerait pas lui-même les contenus, car il appartenait à la personne responsable du blog d'apprécier le bien-fondé de la requête. Celle-ci avait ensuite retiré les commentaires signalés trois jours après la notification de Google. 51

En ce qui concerne le contexte des commentaires, la Cour a noté que l'association à but non lucratif n'avait pas elle-même écrit l'article et ne pouvait donc pas anticiper le commentaire offensif posté à l'égard de M. Pihl. En outre, sa petite taille n'était pas susceptible d'attirer de nombreux commentaires. S'agissant des contenus publiés sur le blog de Google, la Cour a constaté que même si leur illicéité était claire, ils se limitaient à de la simple vulgarité largement rencontrée sur Internet et qu'un politicien devait tolérer. En outre, Google n'avait pas non plus rédigé l'article ayant donné lieu aux commentaires litigieux. 52

Dans les deux affaires, la Cour a également relevé que les victimes n'avaient pas examiné la possibilité de rechercher les auteurs des commentaires illicites avant de se tourner vers les hébergeurs. En particulier, M. Tamiz aurait pu s'en prendre à l'auteur du blog qui a permis d'héberger les commentaires illicites avant de rechercher Google. 53

Au regard de ce qui précède, la Cour a donc décidé à l'unanimité dans les deux affaires que les Etats avaient suffisamment ménagé les intérêts en présence en refusant de tenir responsables les hébergeurs pour les commentaires illicites. 54

Ces deux décisions sur la responsabilité des hébergeurs de blogs s'inscrivent dans la lignée des arrêts Delfi (n° 64569/09) et MTE-Index c. Index (n° 22947/13). Dans la première affaire, la Grand Chambre avait pour la première fois tenu responsable un portail de news (Delfi) pour des commentaires illicites de tiers. Dans son appréciation, la Cour avait surtout retenu que Delfi, grand média professionnel, avait lui-même rédigé l'article polémique et pouvait donc anticiper les commentaires illicites qu'il cherchait d'ailleurs à générer afin d'augmenter ses revenus publicitaires. Dans cette mesure, l'hébergeur aurait dû contrôler et retirer certains commentaires sans attendre une notification de la victime (pour un commentaire de cet arrêt: FOUNTOULAKIS/FRANCEY, Jusletter du 7 septembre 2015). Dans un arrêt postérieur (MTE-Index c. Hongrie), la Cour a en revanche nié la responsabilité d'un hébergeur de blogs. Contrairement à l'affaire Delfi, l'hébergeur n'avait pas lui-même rédigé l'article ayant donné lieu aux commentaires litigieux et ces derniers constituaient des jugements de valeurs qui n'imposaient pas d'être retirés sans notification de la victime (cf. FRANCEY, Medialex 2016 p. 107 ss). Avec les arrêts Tamiz et Pihl, la Cour a ainsi eu l'occasion de confirmer les critères pour apprécier la responsabilité des hébergeurs et a pu affiner sa jurisprudence (pour une analyse approfondie de la responsabilité des hébergeurs: FRANCEY, La responsabilité délictuelle des fournisseurs d'hébergement et d'accès Internet, 2017, n° 434 ss). 55

Résumé En 2017, le Tribunal fédéral a une fois de plus eu l'occasion de se prononcer sur la campagne médiatique dans l'affaire Hirschmann, qu'il juge contraire aux droits de la personnalité. L'arrêt traite aussi du droit du lésé à la remise du gain. Dans deux autres arrêts, le Tribunal fédéral s'est penché sur l'illicéité d'un jugement de valeur mixte diffusé dans une publication satirique, respectivement sur une question procédurale en relation avec la présentation de faits nouveaux. De la jurisprudence cantonale, on citera d'abord un arrêt de la Cour d'appel bâloise qui se rallie à l'avis selon lequel les frais et dépens doivent provisoirement être supportés par le requérant en cas d'admission de mesures provisionnelles. Le Tribunal de commerce de Zurich a, quant à lui, rendu deux arrêts en 2017 qui méritent d'être mentionnés: Le premier cas concerne la couverture médiatique par le «Blick» d'un procès pénal contre un médecin condamné en première instance pour avoir commis des délits sexuels. Le second cas traite du fardeau et du degré de la preuve en relation avec une requête de mesures provisionnelles contre un média périodique. Finalement, on mentionnera un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et une décision de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). La CJUE confirme et précise sa jurisprudence en matière de compétence judiciaire relative à des atteintes à la personnalité par un média en ligne en application de l'art. 7 par. 2 du Règlement «Bruxelles Ia». La CourEDH se penche une nouvelle fois sur la responsabilité de l'hébergeur en ligne.

Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zum Entwurf für ein Mediengesetz

Am 20. Juni 2018 hat der Bundesrat grünes Licht gegeben für die Eröffnung der Vernehmlassung zum Entwurf des neuen Bundesgesetzes über elektronische Medien (BGeM). Die interessierten Kreise können bis am 15. Oktober 2018 zur Vorlage Stellung nehmen. Das neue Gesetz soll die Möglichkeit eröffnen, dass künftig neben Radio und Fernsehen auch Online-Medien zum medialen Service public beitragen und gefördert werden können. An einem umfassenden Service-public-Auftrag für die SRG wird festgehalten, daneben sollen wie bis anhin andere private Medienanbieterinnen für demokratierelevante Medienangebote unterstützt werden. Für die Erteilung der Leistungsaufträge und die Aufsicht darüber soll eine neue staatsunabhängige Kommission geschaffen werden. All dies soll letztlich einer vielfältigen, umfassenden und qualitativ hochstehenden Schweizer Medienlandschaft dienen. Mit dem neuen Gesetz soll das bestehende Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) abgelöst werden. Diese Neuordnung drängt sich auf, da die fortschreitende Digitalisierung zu einer Veränderung der Medienangebote und -nutzung geführt hat. (BAKOM)

Im aktuellen Newsletter finden Sie einen Überblick und eine erste Einschätzung zu der in Vernehmlassung gegebenen Gesetzesvorlage.

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht – Droits constitutionnel et administratif

1.2 Recht des Informationszugangs der Öffentlichkeit – Accès général à l'information

- Arrêt du Tribunal fédéral du 23 avril 2018 (1C_698/2017)

Vu que la pratique du Tribunal fédéral pénal relative à la mise à disposition du public de ses décisions est conforme aux principes définis par le droit fédéral (LOAP et CPP), le recours est rejeté.

Le droit de consulter les prononcés non anonymisés, principe de la publicité, différences de publicité selon la qualification de la décision

art. 69 CPP, art. 63 LOAP

[Zum Entscheid](#)

- Urteil des Bundesgerichts vom 13. Juni 2018 (1G_4/2018)

Nur zu einem Urteil kann eine Erläuterung verlangt werden, nicht zu einem Passus in der Begründung – in casu: es dürften «keine weiteren persönlichen Daten» des Beschwerdeführers bekanntgegeben werden in Urteil 1B_87/2018.

Voraussetzungen für eine Erläuterung

Art. 129 BGG

[Zum Entscheid](#)

1.3 Radio- und Fernsehrecht – Droit de la radiodiffusion

- Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 2. Februar 2018 (b.770)

Zwar war die Darstellung einer Frau, die sich ins Ausland abgesetzt hatte, um Massnahmen der KESB zu entgehen, mangelhaft, doch beeinträchtigte sie die Meinungsbildung des Publikums nicht in rechtserheblicher Weise.

Programmautonomie, Sachgerechtigkeitsgebot, Unschuldsvermutung, Sicherung der politischen Meinungsbildung, Vielfaltsgesamt

Art. 93 BV, Art. 4,5 und 6 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheid der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 2. Feb. 2018 (b.774)

Der Entscheid der Redaktion des «Regionaljournal Ostschweiz», nicht über zwei Volksmotionen zu berichten, ist Ausfluss der Programmautonomie der Veranstalter und der damit verbundenen freien Themenwahl.

Programmautonomie, Diskriminierung, Zugang zum Programm

Art. 6 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 23. März 2018 (b.775)

Im Beitrag «Gold-Deal mit Eritrea» der «Rundschau» von Fernsehen SRF entsprechen die vermittelten Fakten zum Goldhandel den Tatsachen, und die Stellungnahmen der interviewten Flüchtlinge sowie Politiker waren als persönliche Meinungen erkennbar

Popularbeschwerde, Programmautonomie, Sachgerechtigkeitsgebot, Fehler in Nebenpunkten, Vielfaltsgebot

Art. 93 BV, Art. 4 und 6 RTVG

[Zum Entscheid](#)

- Entscheidung der Unabhängigen Beschwerdeinstanz UBI vom 7. Juni 2018 (b.780)

Bei einer Eingabe zu einer viel diskutierten Sendung wie die «Arena» zur No-Billag-Initiative sollte es leicht möglich sein, die für eine Popularbeschwerde erforderliche Unterstützung von 20 Mitunterzeichnern zu erhalten

Beschwerdebefugnis, Popularbeschwerde, Öffentliches Interesse, Zuständigkeit der UBI

Art. 89, 94 und 96 RTVG

[Zum Entscheid](#)

3. Strafrecht – Droit pénal

3.3 Rechtsgüter der Allgemeinheit – Biens juridiques de la collectivité

- Arrêt du Tribunal fédéral du 17 mai 2018 (6B_267/2018)

Vu que la proposition faite quelques heures après l'attentat qui avait visé la rédaction de Charlie Hebdo d'aller « brûler du muzz » révélait clairement une incitation à la haine ou à la discrimination d'un groupe religieux, le recours a été rejeté.

Discrimination raciale, expression faite publiquement, présomption d'innocence

Art. 261bis al. 1 CP, art. 10 CPP

[Zum Entscheid](#)

4. Privatrecht – Droit privé

4.1 Persönlichkeitsschutz (ZGB/UWG) und Datenschutz – Protection de la personnalité (CC/LCD) et protection des données

- Urteil des Bundesgerichts vom 4. Juni 2018 (5A_923/2017)

Die Kosten für einen Entscheid, mit dem vorsorgliche Massnahmen gegen eine Publikation auf einer Website abgelehnt worden waren, durften dem Beschwerdeführer auferlegt werden, obwohl die Publikation während des Verfahrens gelöscht wurde.

Aktuelles Interesse, Prozesskosten, Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip, Streitwert, Ermessen, Gegenstandslosigkeit

Art. 76 BGG, Art. 96, 261 ZPO

[Zum Entscheid](#)

Literatur/Bibliographie

Baumgartner, Tobias, Kommunikation und Medien / [Rechtsentwicklungen EU], in: Wirtschaftsrecht Schweiz – EU: Überblick und Kommentar 2017/2018. Zürich, Dike-Verlag, 2018. S. 83–111

Brühwiler, Stefan, Keine Privatkopieausnahme für virtuellen Aufzeichnungsdienst: Anmerkungen zum EuGH-Entscheid «VCAST Limited», in: Sic!, Zürich, 2018, H. 5, S. 271–274

Fankhauser, Roland, 1967-. – Wider die Boulevardisierung der Verbrechen: ein Denkanstoss zugunsten von Betroffenen, in: Recht. Bern, Jg. 36(2018), H. 2, S. 76–82. Existiert auch in elektronischer Form

Heinemann, Andreas, Digitale Medien und das Kartellrecht, in: Medien und direkte Demokratie. Zürich, Schulthess, 2018. S. 45–63. – Literaturverz.

Hettich, Peter, Digitalisierung, Medienkonvergenz und Anforderungen an das Recht, in: Medien und direkte Demokratie. Zürich, Schulthess, 2018. S. 23–43. – Literaturverz.

Hürlimann, Daniel; Kettiger, Daniel – Zugänglichkeit zu Urteilen kantonaler Gerichte [Ressource électronique]: Ergebnisse einer Befragung, in: Justice – Justiz – Giustizia [Ressource électronique]. Bern. 2018/2. Schwerpunkt-Ausgabe: Gerichtskommunikation

Rizvi, Salim, Urheberrecht: Entwicklungen 2015–2017. Bern, Stämpfli, 2018. 173 S. (njus.ch; 2015–2017)

Thalmann, Urs, Medienförderung ist Pflicht: die Informationsfreiheit garantiert die Verfügbarkeit von vielfältiger Information, in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern. – 25. Juni 2018

Thalmann, Urs, Die parallele Kompetenz zur Medienförderung von Bund und Kantonen [Ressource électronique], in: Jusletter [Ressource électronique]. Bern. – 02. Juli 2018