

Programmaufsicht darf keine Fachaufsicht bilden

Bundesgerichtsentscheid vom 14. Februar 2005 (2.A 528/2004; BGE-Publikation vorgesehen)

Die Programmaufsicht hat sich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken und darf keine Fachaufsicht bilden, auch wenn die entsprechenden Grenzen flussend sind. Eine rundfunkrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht schon dann vor, wenn im Nachhinein und losgelöst von jedem zeitlichen Druck festgestellt werden kann, dass ein Beitrag anders und überzeugender hätte gestaltet werden können, sondern nur, wenn die programmrechtlichen Mindestanforderungen verletzt sind.

La surveillance des programmes doit se limiter à un contrôle de l'application du droit et ne doit pas être une surveillance de la manière de travailler des diffuseurs, même si les frontières ne sont pas toujours claires. Pour qu'on retienne une violation de l'obligation de diligence selon le droit des programmes, il ne suffit pas qu'après coup, on puisse constater, indépendamment de toute pression du temps, qu'une émission aurait pu être réalisée autrement et de manière plus convaincante. Il n'y a violation que si les exigences minimales posées par le droit des programmes n'ont pas été respectées.

Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Rahmen des Informationsmagazins «Rundschau» strahlte SF DRS am 17. Dezember 2003 den Beitrag «Rentenmissbrauch» und ein anschliessendes Studiogespräch mit Nationalrat Rudolf Rechsteiner aus. Thema war der Missbrauch der IV-Rente durch ausländische Staatsangehörige. Die UBI hiess am 14. Mai 2004 eine Programmbeschwerde gegen den erwähnten Beitrag gut. Das Sachgerechtigkeitsgebot von Art. 4 Abs. 1 RTVG sei verletzt worden. Die «Rundschau» habe in unzureichender Weise zwischen (nicht begründeten) Rentenbegehren und (nicht gerechtfertigten) Rentenbezügen unterschieden, dem Publikum wesentliche Fakten nicht vermittelt (Verfahren und Zuständigkeiten bei der Zusprechung der IV-Rente) und subjektive Erfahrungsberichte nicht ausreichend hinterfragt. Die gegen diesen Entscheid der UBI von der SRG SSR Idée Suisse eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hiess das Bundesgericht gut.

Aus den Erwägungen:

2.1 Nach Art. 4 RTVG sind (in Konkretisierung von Art. 93 Abs. 2 BV) Ereignisse «sachgerecht» darzustellen; die Vielfalt der Ereignisse und Ansichten muss angemessen zum Ausdruck kommen (Abs. 1); Ansichten und Kommentare haben als solche erkennbar zu sein (Abs. 2). Das aus diesen Programmanforderungen abgeleitete Gebot der Objektivität verlangt, dass der Hörer oder Zuschauer durch die vermittelten Fakten und Auffassungen in die Lage versetzt

wird, sich eine eigene Meinung zu bilden. Das Prinzip der Wahrhaftigkeit verpflichtet den Veranstalter, Fakten objektiv wiederzugeben; bei umstrittenen Sachaussagen ist der Zuschauer so zu informieren, dass er sich darüber selber ein Bild machen kann (BGE 119 Ib 166 E. 3a S. 170 [«VPM»]; 116 Ib 37 E. 5a S. 44 [«Grell-Pastell»]). Das Gebot der Sachgerechtigkeit verlangt nicht, dass alle Standpunkte qualitativ und quantitativ genau gleichwertig dargestellt werden (vgl. zu Wahlsendungen: BGE 125 II 497 ff. [«Tamborini»]); entscheidend ist, dass der Zuschauer erkennen kann, dass und inwiefern eine Aussage umstritten ist (Urteile 2A.32/2000 vom 12. September 2000 [«Vermietungen im Milieu»], E. 2b/cc, und 2A.437/1996 vom 3. Februar 1997 [«Die Kinder von Magnitogorsk»], E. 2b/cc). Ein allgemeines Problem kann in diesem Rahmen - bei geeigneter Einbettung - auch anhand von Beispielen illustriert werden (Urteil 2A.32/2000 vom 12. September 2000 [«Vermietungen im Milieu»], E. 2c; vgl. auch das Urteil des EGMR i.S. Selistö gegen Finnland vom 16. November 2004 [56767/00], Rz. 52 und 68: «It is natural in journalism that an individual case is chosen to illustrate a wider issue»).

2.2 Die gesetzlichen Programmbestimmungen schliessen weder Stellungnahmen und Kritiken von Programmschaffenden noch den «anwaltschaftlichen Journalismus» aus, bei dem sich der Medienschaffende zum Vertreter einer bestimmten These macht; auch in diesem Fall muss aber die Transparenz im dargelegten Sinn gewahrt bleiben (BGE

121 II 29 E. 3b S. 34 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]). Der Beitrag darf insgesamt nicht manipulativ wirken. Als Manipulation gilt eine in Verletzung der im Einzelfall gebotenen journalistischen Sorgfaltspflichten erfolgte, unsachgemässe Information des Publikums (vgl. BGE 114 Ib 204 E. 3d S. 208 [«Nessim Gaon»]; FRANZ ZELLER, Öffentliches Medienrecht, Bern 2004, S. 255 ff.; STUDER/MAYR VON BALDEGG, Medienrecht für die Praxis, Zürich 2000, S. 156 ff.; DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, Rz. 774 ff.). Dabei ist - entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin - praxisgemäss auch der nichtverbalen Gestaltung des Beitrags (Kameraführung, Tonfall usw.) Rechnung zu tragen (vgl. Urteil 2A.32/2000 vom 12. September 2000 [«Vermietungen im Milieu»], E. 2a; BGE 121 II 29 E. 3c S. 35 ff. [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]). Der Umfang der erforderlichen Sorgfalt hängt im Einzelfall von den Umständen, dem Charakter und den Eigenheiten des Sendefässes sowie dem Vorwissen des Publikums ab (BGE 122 II 471 E. 4 [Schwermetall II]; 121 II 359 E. 3 und E. 4c [«Adrian Gasser»], 29 E. 3a S. 33 f. [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]; 114 Ib 204 E. 3d S. 208 [«Nessim Gaon»]). Je heikler ein Thema ist, umso höhere Anforderungen sind an seine publizistische Umsetzung zu stellen (BGE 121 II 29 E. 3b S. 34 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]). Welche gestalterischen Mittel wie eingesetzt werden, ist nur so lange Sache des Veranstalters, als er dem Gebot der «Sachgerechtigkeit» nachkommt. Art. 5 Abs. 1 RTVG, der die Programmautonomie garantiert, gilt lediglich im Rahmen der allgemeinen Informationsgrundsätze von Art. 4 RTVG bzw. von Art. 93 Abs. 2 BV.

2.3 Der Programmautonomie ist bei der Beurteilung der einzelnen Sendung insofern Rechnung zu tragen, als sich ein staatliches Eingreifen nicht bereits dann rechtfertigt, wenn ein Beitrag allenfalls nicht in jeder Hinsicht voll zu befriedigen vermag, sondern nur, falls er auch bei einer Gesamtwürdigung (vgl. BGE 114 Ib 204 E. 3a S. 207 [«Nessim Gaon»]) die programmrechtlichen Mindestanforderungen von Art. 4 RTVG verletzt (BGE 121 II 359 E. 3 S. 363 f. [«Adrian Gasser»]). Die Erfordernisse der Sachgerechtigkeit und Ausgewogenheit als Kriterien der Objektivität dürfen nicht derart streng gehandhabt werden, dass Freiheit und Spontaneität verloren gehen. Die in Art. 17 Abs. 1 und Art. 93 Abs. 3 BV garantierte Autonomie der Medienschaffenden ist zu wahren; der ihnen bei der Programmgestaltung zustehende Spielraum verbietet es, bereits einzugreifen, wenn eine Sendung nicht in jeder Hinsicht überzeugt (BGE 121 II 359 E. 4f S. 367 [«Adrian Gasser»]; 119 Ib 166 E. 4e S. 174 [«VPM»]).

3. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Beurteilung des angefochtenen Beitrags durch die UBI als zu streng:

3.1 Der umstrittene Bericht wurde im Rahmen des politischen Informationsmagazins «Rundschau» ausgestrahlt. Der angebliche «Rentenmissbrauch» bildete, nachdem die Schweizerische Volkspartei (SVP) das Schlagwort der

«Scheininvaliden» geprägt hatte, im Sommer und während des Wahlkampfs des Herbsts 2003 eine in den verschiedenen Medien engagiert und kontrovers diskutierte Problematik (vgl. etwa Tages-Anzeiger vom 13. Juni und 14. Juni 2003: «Blocher will gegen 'Scheininvaliden' vorgehen»; «Kritiker kontern Blochers Angriff auf Invalide»; NZZ vom 21. Juni 2003: «IV - zu ernst für ein Wahlkampfgefecht»). Beim Zuschauer durfte im Dezember 2003 dementsprechend ein gewisses Vorwissen vorausgesetzt werden (vgl. BGE 121 II 359 E. 4c S. 365 [«Adrian Gasser»]) - dies auch hinsichtlich des Funktionierens der Invalidenversicherung. Durch den Hinweis auf die 4. IV-Revision und die in diesem Rahmen zur Verbesserung des medizinischen Abklärungssystems geschaffenen regionalen ärztlichen Dienste wurde für den Zuschauer ersichtlich, dass über IV-Gesuche kantonal entschieden wird und eine gewisse Vereinheitlichung des Beurteilungsmassstabs angestrebt ist. Dass der Beitrag vor allem auf Aussagen von Ärzten beruhte, ist nicht zu beanstanden, nachdem diesen im IV-Verfahren eine entscheidende Rolle zukommt (vgl. BEATRICE BREITENMOSER et al., «Eingliederung vor Rente» - realisierbares Ziel oder bloss wohlklingender Slogan?, Warum nimmt die Zahl der IV - Rentenbezügerinnen und -bezüger zu?, in: Soziale Sicherheit 6/1999, S. 288 ff., dort S. 290; R. CONNE, Arbeitsfähigkeit und Invalidenversicherung, in: Schweizerische Ärztezeitung 2003, S. 2361 ff., dort S. 2363). Zudem wurden auch Vertreter der IV-Institutionen selber befragt, so die damalige Vizedirektorin des Bundesamts für Sozialversicherung (Beatrice Breitenmoser), welches die Aufsicht über die kantonalen IV-Stellen ausübt, sowie ein Oberarzt der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) Basel Z. Auf die Frage, was die IV unternehme, um die Rentenflut in den Griff zu bekommen, führte Beatrice Breitenmoser aus, dass es verschiedene Faktoren gebe, welche die IV nicht beeinflussen könne, so etwa die Ärztedichte, die dazu führe, dass es schneller zu Konsultationen und in deren Folge zu Anmeldungen bei den IV-Stellen komme. Die IV könne aber ihr Abklärungssystem verbessern; die (neuen) regionalen ärztlichen Dienste verstärkten in diesem Zusammenhang das medizinische Know-how und förderten den Kontakt zur behandelnden Ärzteschaft. Hieraus ergab sich für das Publikum die Bedeutung, welche den Ärzten zukommt; gleichzeitig wurde damit, wenn auch nur summarisch, das Funktionieren der IV verdeutlicht («Aamäldig bin ere IV-Schtell») und indirekt ein gewisses Defizit bei den ärztlichen Abklärungen eingeräumt («...zum s'ärztliche know-how vo dr IV wirklich z'schterke»).

3.2 Die Gründe für die Zunahme der IV-Leistungen sind umstritten (Breitenmoser et al., a.a.O., S. 288: «...geben Anlass zu Spekulationen»). Der Filmbeitrag vertrat die These, dies sei stärker als bisher vermutet auf einen «Rentenmissbrauch» insbesondere von (gewissen) Ausländer(gruppen) zurückzuführen. Dabei konnte er sich unter anderem auf die Erklärung des Präsidenten des Ärzterverbandes FMH stützen, wonach es Leute gebe, die mit der gezielten Absicht in die Schweiz kämen, das hiesige System auszubeuten. An-

hand konkreter Beispiele sollte dies illustriert werden. Der Filmbericht war zwar - für sich selber betrachtet - provokativ und spielte mit den Emotionen des Zuschauers, doch ist seine programmrechtliche Zulässigkeit im Gesamtzusammenhang, d.h. unter Einbezug des anschliessenden Studiogesprächs, zu würdigen und nicht allein aufgrund der etwas reisserisch formulierten Einleitung; Filmbericht und Diskussion bildeten erkennbar eine thematische Einheit. Das Gespräch relativierte den Filmbeitrag deutlich und brach ihm weitgehend die Spitze: Die filmische Einführung diente als These (auch) dazu, in der dem regelmässigen «Rundschau»-Zuschauer bekannten Art und Weise dem Studio-gast «auf den Zahn» zu fühlen. Nationalrat Rechsteiner (SP/BS) als Mitglied der Sozialkommission der grossen Kammer stellte die im Filmbeitrag provokativ dargestellten Einzelfälle dabei in einen grösseren Zusammenhang. Er unterstrich wiederholt, dass entgegen der im Filmbeitrag und vom Befrager vertretenen Auffassung, nicht der «Rentenmissbrauch» durch Ausländer, sondern in erster Linie «arbeitsmarktliche» (kein Platz mehr in der Arbeitswelt für Arbeitnehmer, welche nicht mehr die volle Leistung erbringen könnten) und «finanzmechanische Gründe» (Abschieben von nicht vermittelbaren Arbeitnehmern von der Fürsorge zur IV als «letztes Netz») für die Zunahme der IV-Leistungen entscheidend seien. Die gezeigten Beispiele seien «aufs Ganze gesehen untypisch» und unter dem Begriff «Exoten» einzureihen. Auf das Insistieren des Befragers hin lud er das Fernsehen ein, nicht nur die gezeigten missbräuchlichen Situationen, sondern auch die viel grössere Zahl der «normalen» Fälle zu dokumentieren. Hierdurch setzte er zum einseitigen, als These den angeblichen Rentenmissbrauch durch Ausländer in den Vordergrund stellenden Filmbeitrag einen Gegenpunkt; dieser erlaubte es dem Zuschauer, sich gesamthaft ein eigenes Bild zu machen. Sendungen dürfen dramaturgisch packend umgesetzt sein und eine «emotionale Dimension» aufweisen (BGE 121 II 29 E. 3b S. 34 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]); auch verbietet die journalistische Unvoreingenommenheit nicht, gewisse Hypothesen zu formulieren, solange der Zuschauer befähigt bleibt, sich aufgrund des Gezeigten eine eigene Meinung zu bilden (BGE 121 II 29 E. 3c/bb S. 36 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]; 119 Ib 166 E. 3b S. 171 [«VPM»]). Dies war hier gestützt auf die «Aufarbeitung» des Beitrags und der darin vertretenen Auffassung im anschliessenden Studiogespräch der Fall.

3.3 Bereits der umstrittene Bericht selber enthielt im Übrigen gewisse relativierende und erklärende Elemente:

3.3.1 These des Filmbeitrags bildete die Annahme, dass der Missbrauch der IV-Renten «tatsächlich grösser» sei als vermutet - «und der Anteil der Ausländer überdurchschnittlich». Zwar wurde in der Folge nicht klar zwischen (nicht begründeten) Rentenbegehren und (nicht gerechtfertigten) Rentenbezügen unterschieden, doch war dies für den minimal aufmerksamen Zuschauer erkennbar: Zur Einleitung im Off-Kommentar, wonach Ausländer viele Rentenbegeh-

ren zu Unrecht stellten, erklärte der Präsident des Ärztesverbandes FMH, dass die entsprechende Quote bei 20%, wahrscheinlich aber höher liegen dürfte. Die hieraus gezogene Schlussfolgerung des Befragers, dies entspreche der Zahl jener Ausländer, die missbräuchlich eine IV-Rente «bezögen», war offensichtlich falsch, was sich aus der Fragestellung und der entsprechenden Antwort ergab. Nationalrat Rechsteiner stellte im anschliessenden Studiogespräch den Denkfehler - als Schwachpunkt der vom Fernsehen vertretenen These - denn auch ausdrücklich mit der Feststellung richtig, das es sich hierbei um die heutige Rückweisungsquote handle, d.h. die Zahl jener Fälle, in denen es die IV abgelehnt hat, Leistungen zu erbringen.

3.3.2 Der beanstandete Filmbeitrag wies im Weiteren darauf hin, dass es keine offiziellen Zahlen zum IV-Missbrauch gebe; «IV-Chefin» Beatrice Breitenmoser bestätigte jedoch: «35% aller IV-Bezüger seien Ausländer» - deutlich mehr, als dies dem Anteil der ausländischen Wohnbevölkerung entspreche. Zwar war die Nennung dieser Zahl unmittelbar nach dem unzutreffenden Schluss, dass die vom Präsidenten des Ärztesverbandes genannten 20% sich auf jene Ausländer bezögen, die missbräuchlich eine Rente erhielten, unglücklich und tendenziös, doch konnte der Zuschauer erkennen, dass es dabei um die IV-Leistungen als solche und nicht mehr um die Gesuche ging. Vor allem aber wurde die damit verbundene implizite Unterstellung, die Zahl belege, dass mehr Ausländer (missbräuchlich) eine Rente bezögen, durch das anschliessende Statement der Vizedirektorin des Bundesamts für Sozialversicherung relativiert, worin diese erklärte, warum der Anteil ausländischer Bezüger von IV-Leistungen höher sei, als dies dem Anteil der Ausländer an der Wohnbevölkerung entspreche: Die ausländische Wohnbevölkerung sei häufiger erwerbstätig als die schweizerische, weshalb bei gesundheitlichen Problemen schneller an die IV gelangt werde, da das Erwerbseinkommen dahinfalle; zudem arbeite die ausländische Wohnbevölkerung im Vergleich zur schweizerischen in Berufsbranchen, in denen es eher zu Rücken- und Knieproblemen komme. Die UBI kritisiert, die befragte «IV-Chefin» habe damit implizit dargelegt, «dass der im Off-Kommentar gemachte Vergleich ohne weitergehende Analyse nicht dazu» taue, «um einen erhöhten Missbrauch der IV-Rente durch ausländische Staatsangehörige zu belegen»; inwiefern hierin eine Verletzung der rundfunkrechtlich gebotenen journalistischen Sorgfaltspflichten liegen könnte, ist indessen nicht ersichtlich: Wird aus einem Beitrag selber für den Zuschauer deutlich, dass die vom Journalisten verwendeten Zahlen nicht geeignet sind, die von ihm vertretene These zu stützen, ist die geforderte Transparenz gewahrt, auch wenn das entsprechende Vorgehen ein zweifelhaftes Licht auf die Seriosität seiner journalistischen Arbeit werfen mag. Der Zuschauer erhält ein Element in die Hand, das ihm erlaubt, sich über die vom Journalisten suggerierte Meinung ein eigenes Bild zu machen und sie zu relativieren (vgl. BGE 121 II 29 E. 3c/bb S. 36 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]). Dies gilt umso mehr, wenn die

entsprechende Argumentation - wie hier - im anschliessenden Studiogespräch durch einen (weiteren) Kenner der Materie (Nationalrat Rechsteiner) im gleichen Sinn aufgenommen und ergänzt wird («Drecksarbeiten», welche vor allem von Ausländern besorgt werden; Doppelbelastung; ungenügende Erholungszeit; vorrangig körperliche und weniger psychische Beeinträchtigungen bei Ausländern usw.).

3.3.3 Soweit die UBI im Zusammenhang mit dem Fall Gökham kritisiert, dieser sei nicht geeignet gewesen, einen «Rentenmissbrauch» zu belegen, da Gökham gar keine IV-Rente beziehe, sondern erst ein entsprechendes (chancenloses) Gesuch stellen wolle, verkennt sie, dass dies für den Zuschauer wiederum erkennbar war: Auf die Frage, was der Arzt dazu sage, dass er nicht mehr arbeiten könne und eine Rente wolle, erwiderte Gökham, dass er ihn hierfür als zu jung erachte, worauf der Kommentator festhielt: «Psychotherapeut H. behandelt Gökham wegen seiner Depression. Die medizinischen Folgen seiner Schussverletzung klären zurzeit andere Ärzte ab. Der Psychotherapeut hätte Bedenken, falls Gökham eine IV-Rente bekäme.» Damit war für das Publikum klar, dass Gökham tatsächlich keine Rente bezieht, gestützt auf die behaupteten psychischen Probleme (Liebeskummer) - wie auch die UBI angenommen hat - kaum eine solche wird erwirken können und es deshalb in erster Linie darum ging, seine Einstellung zu einer Berentung aufzuzeigen (Rentenbegehrlichkeit).

3.3.4 Wenn sich die Unabhängige Beschwerdeinstanz daran stösst, dass verschiedene Details der einzelnen Portraits nicht weiter vertieft worden sind - etwa die Frage, ob der Marokkaner Mohammed weiterhin die volle IV-Rente erhalten wird, obwohl er die ihm angebotene Stelle auch anonym vor der Kamera ausgeschlagen hat -, stellt sie an die journalistischen Pflichten zu hohe Anforderungen: Zwar wären solche Informationen im Hinblick auf das Funktionieren der Kontrollmechanismen der IV allenfalls interessant gewesen, Gegenstand des Beitrags bildeten jedoch nicht die Schicksale der einzelnen gezeigten Personen als solche, sondern der - durch das anschliessende Studiogespräch für den Zuschauer erkennbar relativierte - Versuch der «Rundschau»-Redaktion, provokativ die Probleme der IV darauf zurückzuführen, dass der Rentenmissbrauch durch Ausländer höher sei als bisher angenommen.

3.3.5 Der Beitrag stellte für die angebliche «Rentenbegehrlichkeit» gewisser Ausländer bzw. Ausländergruppen in erster Linie auf die Aussagen zweier Ärzte ab. Dabei handelte es sich zwar - was die UBI beanstandet - teilweise um Informationen aus zweiter Hand und «subjektive Erfahrungsberichte», doch verletzen solche die journalistische Sorgfaltspflicht nicht, wenn - wie hier - ein Thema zur Diskussion steht, bei dem die direkt Betroffenen aus nahe liegenden Gründen kaum bereit sind, selber vor der Kamera Auskunft zu geben, eine spezifische Geheimhaltungspflicht (Arztgeheimnis) zu beachten ist und sich zudem die Aussagen mehrerer, grundsätzlich vertrauenswürdiger Quellen

überschneiden (vgl. BGE 114 Ib 204 E. 4c S. 212 [«Nessim Gaon»]). Die einzelnen Stellungnahmen wurden durch den Präsidenten der Ärztegesellschaft in dem Sinn generalisiert, dass andere Ärzte ähnliche Erfahrungen gemacht hätten. Dass Ärzte bei der Ausarbeitung ihrer Gutachten einem gewissen Druck seitens der Patienten ausgesetzt sind, ist nicht neu (vgl. etwa NZZ vom 21. Juni 2003: IV - zu erst für ein Wahlkampfgefecht: «Hat es sich ein Patient einmal in den Kopf gesetzt, dass er krank ist, nicht mehr arbeiten könne und deshalb Anspruch auf eine IV-Rente habe, gerät der Arzt massiv unter Druck») und kann auch einschlägigen Fachpublikationen entnommen werden (BREITENMOSEER et al., a.a.O., S. 290; CONNE, a.a.O., S. 2362). Der Präsident der FMH erklärte diesbezüglich, dass ihm «etliche» Kolleginnen und Kollegen bekannt seien, welche solche Erfahrungen gemacht hätten. Auf die Nachfrage, ob sie, wie vom einem Arzt C. geschildert, auch bedroht worden seien, bejahte er dies.

3.4 Zusammengefasst ergibt sich damit, dass der angefochtene (Film-)Bericht allenfalls anders und journalistisch besser hätte gestaltet werden können, der Beitrag in seiner Gesamtheit (Film und Studiogespräch) Art. 4 RTVG jedoch nicht verletzt hat. Die Programmaufsicht hat sich auf eine Rechtskontrolle zu beschränken und darf keine Fachaufsicht bilden (BGE 122 II 471 E. 5 S. 481 [«Schwermetall II»]; ZELLER, a.a.O., S. 251 und 260 f.), auch wenn die entsprechenden Grenzen fließend sind. Eine rundfunkrechtlich relevante Sorgfaltspflichtverletzung liegt nicht schon dann vor, wenn im Nachhinein und losgelöst von jedem zeitlichen Druck festgestellt werden kann, dass ein Beitrag anders und überzeugender hätte gestaltet werden können, sondern nur, wenn die programmrechtlichen Mindestanforderungen verletzt sind. Ein aufsichtsrechtliches Einschreiten rechtfertigt sich - auch im Hinblick auf Art. 10 EMRK (vgl. Urteil des EGMR i.S. VgT gegen die Schweiz vom 28. Juni 2001, Recueil CourEDH 2001-VI S. 271, Ziff. 68) - bloss, wenn der (mündige) Zuschauer in Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflichten manipuliert wird; er sich gestützt auf die gelieferten Informationen oder deren Aufarbeitung kein eigenes sachgerechtes Bild mehr machen kann, weil wesentliche Umstände verschwiegen (BGE 121 II 29 E. 3c/bb S. 36 [«Mansour - Tod auf dem Schulhof»]) oder «Geschichten» durch das Fernsehen «inszeniert» werden (BGE 122 II 471 E. 5a S. 482 [«Schwermetall II»]; vgl. auch das Urteil 2A.32/2000 vom 12. September 2000 [«Vermietungen im Milieu»], E. 2c in fine). Andere, untergeordnete Unvollkommenheiten fallen in die redaktionelle Verantwortung des Veranstalters und sind durch dessen Programmautonomie gedeckt (Urteil 2A.113/1997 vom 6. Oktober 1997 [«Meuterei auf dem Hauenstein»], E. 3b). Die vorliegende Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben; es ist festzustellen, dass dieser die Programmbestimmungen nicht verletzt hat (vgl. das Urteil 2A.197/2001 vom 5. Juli 2001 [«Il Regionale»] sowie das Dispositiv von BGE 116 Ib 37 ff. [«Grell-Pastell»]).■

ANMERKUNGEN:

Das Bundesgericht hat die UBI in diesem Fall zu Recht zurückgepfiffen, um sie daran zu erinnern, dass sie keine Fachaufsicht ausüben, sondern sich auf die Rechtskontrolle zu beschränken hat. Zweifellos hat der Beitrag ärgerliche Mängel: Der gravierendste ist sicher, dass der Filmbericht nicht genügend deutlich zwischen (nicht begründeten) Rentenbegehren und (nicht gerechtfertigten) Rentenbezügen unterschieden hat. Als Zuschauer hätte man sich auch gewünscht, dass der Journalist die subjektiven Erfahrungsberichte der interviewten Personen kritischer hinterfragt und Fakten geliefert hätte, welche die von ihm vertretene These gestützt hätten. Dies alleine reicht aber für eine Programmverletzung nicht aus: Von der Programmaufsicht zu beurteilen ist der Beitrag als Ganzes und dieser bestand neben dem Filmbericht auch aus einem sachlich geführten und differenzierenden Interview mit einem in Fragen der Sozialpolitik ausgewiesenen SP-Nationalrat. Zusammen mit relativierenden Äusserungen der IV-Chefin im Filmbericht setzte das Interview ein Gegengewicht zur suggestiven Argumentation des Journalisten und machte deren Unzulänglichkeit

ten sichtbar. Die UBI wäre gut beraten, bei der Prüfung des Sachgerechtigkeitsgebots im Sinne ihrer früheren Praxis (vgl. z.B. UBIE in VPB 59.42 «Kassensturz: Dioxin» und UBIE in VPB 62.27 «10 vor 10: Filz im Glarner Baugewerbe») klarer zweistufig vorzugehen und zwischen einer Manipulation des Publikums und einer Verletzung journalistischer Sorgfaltspflicht zu unterscheiden. Erste und zwingende Hürde einer Verletzung des Sachgerechtigkeitsgebots soll die Manipulation des Publikums sein. Fragen der journalistischen Sorgfaltspflicht sind erst von Belang, wenn diese Schwelle überschritten ist. Solche Prüfungsmethodik respektiert die durch Art. 17 Abs. 1 und 93 Abs. 3 BV garantierte Programmfreiheit der Medienschaffenden. Sie stellt sicher, dass die Aufsichtsbehörde nicht bereits dann in den Gestaltungsspielraum der Journalisten eingreift, wenn eine Sendung nicht in jeder Hinsicht überzeugt. Hätten sich die UBI-Mitglieder in diesem Sinne gefragt, ob das Publikum durch den Beitrag manipuliert worden ist, wären sie wohl zu einem Nein gekommen.

PROF. CHRISTOPH BEAT GRABER, BERN

EN DIRECT DE STRASBOURG AUS STRASSBURG

EGMR beanstandet überrasende zivilrechtliche Sanktionen gegen öffentliche Kritik

In zwei Urteilen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) von der nationalen Ziviljustiz angeordnete Entschädigungssummen einstimmig als überhöht bezeichnet. Die von den englischen bzw. türkischen Gerichten zugesprochenen Beträge bedeuteten einen unverhältnismässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) der verurteilten Personen:

Steel & Morris c. Grossbritannien: Überhöhte Entschädigung für Mc Donald's

Nach dem umfangreichsten Zivilprozess in der englischen Rechtsgeschichte (allein das erstinstanzliche Verfahren dauerte 313 Tage und verursachte ein Prozessdossier von 40'000 Seiten) verurteilte das zuständige Gericht zwei Umweltaktivisten zur Bezahlung von hohen Entschädigungssummen an den Nahrungsmittelkonzern Mc Donald's: Die beiden Beklagten wurden zur Bezahlung von 36'000 bzw. 40'000 Pfund verpflichtet, weil sie 1990 im Namen von London Greenpeace einige Tausend kritische Flugblätter gegen das Grossunternehmen («What's wrong with Mc Donald's») verteilt hatten. Die Flugblätter enthielten neben zutreffender Kritik verschiedene von der englischen Zivil-

justiz als unbegründet bezeichnete Vorwürfe (z.B. die Bezeichnung der Lüge und der Verantwortung für den Hunger in der Dritten Welt).

Der Gerichtshof hält fest, dass die sehr gravierenden Vorwürfe auf den Flugblättern Themen von allgemeinem Interesse betrafen (z.B. unmoralische Arbeitsbedingungen, Waldrodung, Ausbeutung von Kindern, aggressive Werbung; Rz. 88 der Urteilsbegründung). Dass die Vorwürfe nicht von Medienschaffenden stammten, ist nach Ansicht des EGMR kein Grund für einen verminderten Schutz der Äusserungen: «(...)in a democratic society even small and informal campaign groups, such as London Greenpeace, must be able to carry on their activities effectively and that there exists a strong public interest in enabling such groups and individuals outside the mainstream to contribute to the public debate by disseminating information and ideas on matters of general public interest such as health and the environment». (Rz. 89). Zu beachten sei auch, dass auf Flugblättern ein gewisses Mass an Zuspitzung und Übertreibung toleriert werden müsse. Die im vorliegenden Fall geäusserten Tatsachenbehauptungen wogen aber sehr schwer. Selbst wenn die Beklagten die Flugblätter lediglich verteilt hatten, versties es nicht gegen die Meinungsfreiheit, ihnen die Beweislast für die Wahrheit der Vorwürfe aufzubürden (Rz. 90-93). Gerade bei derart umfangreichen und komplexen Gerichtsverfahren zum Schutz der Reputation eines multinationalen Unternehmens müsse der Staat aber unbedingt auf prozessuale Waffengleichheit zu achten. Die Verweigerung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für die minder bemittelten Beklagten missachtete daher nicht nur das Menschenrecht auf ein faires Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Rz. 59-72), sondern auch die Meinungsfreiheit. Auf dem Spiel stehen nicht nur die Anliegen der Beklagten, sondern auch der freie Informationsfluss: «The more general interest in promoting the free circulation of information and ideas about the activities of power-

ful commercial entities, and the possible 'chilling' effect on others are also important factors to be considered in this context» (Rz. 95).

Eine weitere Verletzung der Meinungsfreiheit lag in der Höhe der zugesprochenen Entschädigungssummen. Sie waren zwar nach englischem Standard eher moderat, aber angesichts des Einkommens der Beklagten (einer Teilzeit-Barkeeperin und eines arbeitslosen Alleinerziehenden) sehr einschneidend. Zudem war der Konzern nach englischem Recht nicht verpflichtet, durch die Publikation der Flugblätter verursachte finanzielle Einbussen nachzuweisen: «(...) the Court observes that not only were the plaintiffs large and powerful corporate entities but that, in accordance with the principles of English law, they were not required to, and did not, establish that they had in fact suffered any financial loss as a result of the publication of the 'several thousand' copies of the leaflets found to have been distributed by the trial judge» (Rz. 96). Die zugesprochenen Geldsummen waren daher unverhältnismässig hoch. Einstimmig stellte der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 6 und 10 EMRK fest und verurteilte den englischen Staat, den beiden Umweltaktivisten Genugtuungssummen von 20'000 bzw. 15'000 Euro zu bezahlen (Urteil der 4. Kammer N° 68416/01 «Steel & Morris c. Grossbritannien» vom 15.2.2005. n

Pakdemirli c. Türkei: Zivilbusse wegen Beleidigung des Staatschefs

Als unverhältnismässig betrachtete der Gerichtshof auch eine Genugtuungssumme von umgerechnet rund 60'000 Euro, welche dem damaligen türkischen Staatspräsidenten Demirel zugesprochen worden war. Demirel war 1995 vom Vizepräsidenten der oppositionellen Mutterlandspartei ANAP an einer Medienkonferenz im Anschluss an die strafrechtliche Verfolgung zweier früherer ANAP-Minister mit einer Salve von Verwünschungen und Beschimpfungen eingedeckt worden. Nach den unbestritten gebliebenen Behauptungen des verurteilten Politikers bedeuteten die damals rund 60'000 Euro die höchste in der Türkei je zugesprochene Genugtuung als Ausgleich für die Unbill einer Persönlichkeitsverletzung.

Der Gerichtshof wiederholt, dass ein erhöhter Schutz des Ansehens eines Staatsoberhauptes dem Geist der Menschenrechtskonvention widerspricht (Rz. 51-52). Er wendet sich auch dagegen, dass eine Genugtuungssumme als zivilrechtliche Busse ausgestaltet wird: «La Cour remarque enfin la conception, résolument absolue, du juge au sujet du dommage moral causé au Président de la République:» Il s'agit de la diminution d'une valeur personnelle, qui ne sera jamais restituée «et son appréciation pour la réparation qui suit indubitablement cette même logique conceptuelle:» A cet effet, la réparation à caractère dissuasif pour l'auteur et satisfaisant pour la victime est une approche en vigueur dans le système juridique occidental. «La réflexion

punitive du juge, aux dépens du principe de proportionnalité prévu dans la législation et de la jurisprudence nationales, transforme la réparation en une amende civile.» (Rz. 53)

Der EGMR verwirft zudem die Begründung der türkischen Justiz, der abschreckend hohe Geldbetrag sei auch ein Ersatz für die fehlende Möglichkeit, den Oppositionspolitiker strafrechtlich zu belangen und ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe zu verurteilen (die Aufhebung seiner parlamentarischen Immunität war abgelehnt worden; Rz. 50). Der Gerichtshof hält dazu fest: «La Cour note que la législation interne pertinente ne fixe pas de plafond, ni de plancher pour de telles indemnités, mais prévoit trois critères devant régir l'évaluation de la somme à juger: le statut, la fonction et la situation économique des parties. La Cour constate que dans le cas de l'espèce, vu la motivation du jugement en cause, outre ces trois critères, le tribunal civil s'en est tenu à la possibilité non exploitée de la poursuite au pénal du requérant, grâce à son immunité parlementaire (voir le paragraphe 50 ci-dessus). Or une juridiction civile n'a pas pour fonction de se substituer aux juridictions pénales (Rz. 58). (Urteil der 2. Kammer N° 35839/97 «Pakdemirli c. Türkei» vom 22.2.2005). ■

ANMERKUNGEN:

Das Ansehen öffentlich tätiger Personen und Firmen verdient Schutz, aber nicht um jeden Preis: Sanktionen gegen ehrenrührige Publikationen sind auch dann sorgfältig auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen, wenn die geäusserte Kritik die Grenzen des Erlaubten überschritten hat. Die neuere Strassburger Rechtsprechung gibt diesem Grundsatz immer deutlichere Konturen.

1. Präventive Eingriffe kommen gemäss der etablierten EGMR-Praxis nur unter besonderen Umständen in Betracht. Zurückhaltung ist aber auch bei repressiven, erst im Stadium nach der Veröffentlichung ansetzenden Sanktionen angezeigt. Dies hat der Gerichtshof Ende 2004 in einem Grundsatzurteil zur Bestrafung beleidigender Publikationen deutlich gemacht, welches Gefängnisstrafen für klassische Ehrverletzungen einen Riegel geschoben hat («Cumpana & Mazare c. Rumänien» vom 17.12.2004 in *medialex* 1/2005, S. 47f.)

2. Enger wird der staatliche Spielraum nun auch bei nachträglichen zivilrechtlichen Sanktionen. Bei der Anwendung zivilrechtlicher Normen darf die Optik ebenfalls nicht auf die Rechtspositionen von Kläger und Beklagtem verengt werden. Stets zu bedenken sind auch die einschüchternden Auswirkungen hoher Genugtuungssummen auf andere potenzielle Kritiker («chilling effect») - und damit ganz allgemein auf die Bereitschaft zur unerschrockenen Diskussion öffentlicher Angelegenheiten wie Umweltschutz, Gesundheit oder Parteipolitik. Dies gilt nach Ansicht des Gerichtshofs selbst für Staaten wie England, in denen die Zivilgerichte üblicherweise beträchtliche Geldbeträge für die erlittene Unbill einer Persönlichkeitsverletzung zusprechen. Auch dort darf es kapitalkräftigen Klägern nicht gelingen, unerwünschte Kritik durch die Androhung einschneidender rechtlicher und finanzieller Konsequenzen abzuwürgen. Gerade kleine, finanzschwache Gruppierungen sollen in einer demokratischen Gesellschaft die Gelegenheit erhalten, die öffentliche Debatte über wichtige Fragen zu stimulieren - und zwar ohne übermässige Furcht vor den verheerenden Folgen eines möglichen publizistischen Fehltritts.

Daraus lässt sich ableiten, dass die Höhe einer Genugtuungssumme für eine Persönlichkeitsverletzende Veröffentlichung auch durch die Finanzkraft des Publizierenden begrenzt wird. Ein Betrag, den ein kapitalkräftiges Medienunternehmen (z.B. einem

kommerziell erfolgreichen Fernsehveranstalter oder einer Boulevardzeitung) aus der Portokasse begleicht, kann im Falle eines Flugblattverteilers, Plakatklebers, Anbieters einer Website oder einer Vereinszeitung unverhältnismässig hoch sein.

3. In seiner Güterabwägung stellt der Gerichtshof auch darauf ab, ob die Minderung der Reputation dem Kritisierten einen nachweisbaren wirtschaftlichen Schaden (z.B. Umsatzeinbusse oder Stellenverlust) verursacht hat oder ob es sich lediglich um einen Ausgleich für immaterielle Unbill (Genugtuung) handelt. Im Falle eines nachgewiesenen Schadens hat die Strassburger Rechtsprechung auch hohe Schadenersatzbeträge als menschenrechtskonform akzeptiert (vgl. etwa den Zulässigkeitsentscheid zum Fall *Contra-Schmerz «SRG c. Schweiz»* vom 12.4.2001 in *medialex* 2/2001, S. 101ff). Der Gerichtshof hat sich aber bislang noch nicht vertieft mit der Frage befasst, welchen Anforderungen eine Verurteilung zum Bezahlen von Schadenersatz aus menschenrechtlicher Optik genügen muss. Die Ziviljustiz hat m.E. auch beim Zusprechen von Schadenersatzbeträgen darauf zu achten, dass ihre Urteile keinen «chilling effect» haben. Je einschneidender die finanziellen Konsequenzen für den Publizierenden, desto überzeugender wird beispielsweise der Schaden des Verletzten nachgewiesen werden müssen und desto weniger wird sich das Gericht mit blossen Wahrscheinlichkeiten begnügen dürfen. Es hat insbesondere auch sorgfältig abzuklären, welche schädigenden Folgen (z.B. Umsatzeinbusse) einer einzelnen Publikation zuzurechnen sind und welcher Anteil des Schadens etwa auf einer Folgegerichterstattung durch andere Medien beruht.

4. Auch im Zivilprozess darf eine exzessive Äusserung nicht deshalb strenger sanktioniert werden, weil sie auf die etablierten politischen (oder auch ökonomischen oder gesellschaftlichen) Kräfte zielt. Ganz im Gegenteil haben im öffentlichen Rampenlicht stehende Machtträger nach konstanter Strassburger Rechtsprechung schonungslos Kritik in gesteigertem Masse zu ertragen. Dass ausgerechnet dem (türkischen) Staatspräsidenten eine Genugtuungssumme in rekordverdächtiger Höhe zugesprochen wird, lässt sich mit diesen anerkannten Grundsätzen offenkundig nicht vereinbaren.

5. Besonders fragwürdig erscheint das Argument der türkischen Justiz, eine drastische zivilrechtliche Sanktion sei am Platz, weil der Kritiker wegen des Privilegs parlamentarischer Immunität nicht hinter Gitter gebracht werden kann. Diese Überlegung verkennt zum einen das öffentliche Interesse an der freien parlamentarischen Tätigkeit, welche eines Schutzes vor (straf-)rechtlicher Behinderung bedarf. Sie verkennt nach den Worten des EGMR aber auch die Funktion des Zivilrechts, das kein ersatzweises Strafrecht darstelle. Man kann zwar darüber streiten, inwiefern diese Formulierung des Gerichtshofs über den konkreten Einzelfall hinaus verallgemeinerungsfähig ist. In jedem Fall setzt der EGMR aber ein deutliches Signal für die auch in der Schweiz geführte Debatte um die Einführung persönlichkeitschützender «punitive damages» nach US-amerikanischem Vorbild. Das Urteil stärkt jenen den Rücken, die eine solche pönale Verschärfung des Zivilrechts ablehnen (vgl. zuletzt MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz - Ergänzungsband*, Bern 2005, S. 141).

DR. FRANZ ZELLER, BERN/AMSTERDAM

Weitere Strassburger Rechtsprechung

- Unverhältnismässige Strafe für das Verteilen kritischer Flugblätter über lokale Politiker, die sich selber in ein bezahltes Wahlkomitee gewählt hatten. Der Vorwurf des Diebstahls war ein satirisches Werturteil und keine ernsthafte Behauptung eines strafbaren Verhaltens. (Urteil der 4. Kammer N° 75955/01 «Sokolowski c. Polen» vom 29.3.2005)

- Unverhältnismässige Beschränkung der Meinungsfreiheit im Falle der Eigentümerin einer Tageszeitung, die 1999 wegen polemischer und sarkastischer Kritik an Kandidierenden für die Präsidentenwahl zum Bezahlen von Genugtuung und zur Publikation einer Berichtigung verpflichtet worden war. Die damalige Rechtslage erlaubte es der ukrainischen Justiz nicht, zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen zu unterscheiden. (Urteil der 2. Kammer N° 72713/01 «Ukrainian Media Group c. Ukraine» vom 29.3.2005)

- Wiederum zahlreiche Urteile gegen die Türkei, welche scharfe politische Kritik im Zusammenhang mit der Kurdenproblematik zu Unrecht bestrafte. Massgebend war jeweils, dass die Publikationen weder den Hass propagierten noch zu gewaltsamem Widerstand aufriefen. (Vgl. etwa Urteil der 2. Kammer N° 77365/01 «Falakaoglu c. Türkei» vom 26.4.2005)

- Missachtung der Meinungsfreiheit eines früheren Parlamentariers, dessen Roman über die tragischen Ereignisse in einem türkischen Dorf beschlagnahmt worden war. Einzelne Passagen des Buchs konnten zwar bei wörtlicher Interpretation als Aufruf zu Hass, Revolte und Gewalt verstanden werden. Es handelte sich aber um künstlerische Äusserungen, die sich an ein beschränktes Publikum richteten und deshalb bloss einen begrenzten Einfluss hatten. (Urteil der 2. Kammer N° 40287/98 «Alinak c. Türkei» vom 29.3.2005)

- Missachtung des Anspruchs auf gerichtliche Überprüfung zivilrechtlicher Streitigkeiten (Art. 6 Abs. 1 EMRK) im Zusammenhang mit der Einziehung von rechtsextremen Tonträgern durch die schweizerischen Behörden, die nach damaliger Rechtslage nicht beim Bundesgericht angefochten werden konnte (Urteil der 4. Kammer N° 43874/98 «Linnekogel c. Schweiz» vom 1.3.2005; vgl. *medialex* 1/2004, S. 53). ■

D'AUTRE PART UND AUSSERDEM

La musique de films est protégée

Arrêt du Tribunal fédéral
du 9 mars 2005 (4C.401/2004)

Ayant procédé commercialement à des duplications de vidéocassettes durant une dizaine d'années, sans jamais se soucier d'obtenir les autorisations des ayants droit, A. s'est

.....

finalment vu interdire par le Tribunal cantonal fribourgeois «de fabriquer sans autorisation de Suisa, sur commande de tierces personnes, des supports audio-visuels contenant de la musique dont les droits de reproduction ont été cédés fiduciairement à Suisa par ses membres ou dont Suisa assume en Suisse la gestion des droits de reproduction sur la base de contrats passé avec des sociétés de gestion étrangères». Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme interjeté par A. contre cet arrêt. Selon lui, l'interdiction, fondée sur l'art. 62 al. 1 let. a LDA est suffisamment précise. Elle n'est pas trop étendue, attendu que Suisa gère environ les quatre cinquième des oeuvres musicales existant dans le monde et qu'elle est la seule société autorisée à gérer collectivement en Suisse les droits de reproduction sur les musiques non théâtrales. Depuis l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 mars 2003 en effet (*medialex* 2003, p. 237), celles-ci comprennent les musiques de film tant préexistantes qu'originales. Tous les films dupliqués par A. sont de nature à contenir de la musique appartenant au répertoire géré par Suisa, et l'interdiction peut dès lors être formulée de manière large. D'autre part, les conditions pour admettre l'action en interdiction d'une violation imminente sont réunies. «Lorsque le défendeur a déjà commis une violation et qu'il ne reconnaît pas les droits du demandeur, il y a lieu de présumer qu'il existe un danger de répétition des actes incriminés». ■

ANMERKUNGEN:

Mit dem hier wiedergegebenen Urteil findet eine Auseinandersetzung ihr wenigstens vorläufiges Ende, die bereits mehrfach den Appellationshof des Kantons Freiburg und das Bundesgericht beschäftigt hatte. Bemerkenswert an diesem Verfahren ist vor allem die Hartnäckigkeit, mit welcher der Beklagte den offensichtlich abwegigen Standpunkt vertrat, Werkexemplare von Filmen unbekümmert um urheberrechtliche Aspekte vervielfältigen zu dürfen. Der Ausgang des Verfahrens ist dagegen wenig überraschend. Hinzuweisen ist immerhin auf folgendes:

1. In einem ersten Entscheid hatte der Appellationshof des Kantons Freiburg die Aktivlegitimation der SUISA für die Geltendmachung von Verbotsansprüchen als nicht genügend bewiesen betrachtet und die Klage abgewiesen. Mit Urteil vom 6. Mai 2002 hat das Bundesgericht diesen Entscheid korrigiert. Aufgrund des in Art. 40 URG statuierten Verwertungszwangs für nicht-theatralische Werke der Musik war die für diesen Verwertungsbereich zuständige SUISA klarerweise zur Wahrnehmung der geltend gemachten Rechte legitimiert.

2. Das Bundesgericht bestätigt seine im Entscheid vom 24. März 2003 vertretene Auffassung, dass die Wahrnehmung des Vervielfältigungsrechts an Werken der nicht-theatralischen Musik auch die für audiovisuelle Werke geschaffene Originalmusik umfasse. Insofern konnte ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die SUISA Rechte an einer Vielzahl der vom Beklagten ohne Erlaubnis vervielfältigten Filmwerke wahrnahm.

3. Dem Einwand des Beklagten, das von der Vorinstanz ausgesprochene Verbot gehe insofern zu weit, als es sich auf sämtliche Vervielfältigungen audiovisueller Werke beziehe, die zum Verkauf, zur Vermietung oder sonst wie zur Verbreitung bestimmt seien, begegnet das Bundesgericht mit dem zutreffenden Hinweis auf den umfassenden Anwendungsbereich des Art. 40 URG. Ein Fehlschluss liegt allerdings vor, wenn das Bundesgericht unter Berufung auf Dessemontet behauptet, SUISA vertrete dank Gegenseitigkeitsverträgen ohnehin rund vier Fünftel des Weltrepertoires an Musik. Das mag zwar auf einer allgemeinen Ebene zutreffen, kann aber nicht einfach auf den Bereich der Audiovision übertragen

werden. Dort herrschen andere Verwertungsstrukturen, insbesondere auch in den beiden weltweit wichtigsten Filmländern Indien und USA. Die Rechte an Filmmusik sind daher nur in einem wesentlich bescheideneren Umfang Gegenstand von Gegenseitigkeitsverträgen. An der Aktivlegitimation für die Geltendmachung von Verbotsrechten ändert sich dadurch nichts.

4. Schliesslich bekräftigt das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs die Wahrscheinlichkeit oder die konkrete Gefahr einer erneuten Rechtsverletzung voraussetzt. Das Bestehen einer Wiederholungsgefahr dürfe aber insbesondere dann ohne weiteres angenommen werden, wenn der Beklagte die in Frage stehenden Urheberrechte bereits einmal verletzt hat und die vom Kläger geltend gemachten Rechte auch weiterhin nicht anerkennt. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall klarerweise erfüllt.

DR. WILLI EGLOFF, RECHTSANWALT, BERN

.....

Keine rückwirkende Gebührenbefreiung

Bundesgerichtsentscheid vom
16. Februar 2005 (2A.83/2005)

Auch wenn einer Person eine Invalidenrente rückwirkend auf ein bestimmtes Datum zugesprochen wurde, so wird sie von der Pflicht zur Bezahlung der Radio- und Fernsehgebühren erst ab Datum des Gesuchseingangs befreit. Gemäss dem neuen Entscheid des Bundesgerichtes gilt die Gebührenbefreiung nicht auch rückwirkend auf den Zeitpunkt der Zusprechung der Ergänzungsleistungen.

«Weder die Radio- und Fernsehverordnung noch die Gesetzgebung über die Leistungen zur AHV/IV sieht eine mit der Zusprechung von Leistungen automatisch verbundene Gebührenbefreiung vor. Erforderlich ist das Stellen eines Gesuchs. Hängt das Erbringen einer Leistung von der Einreichung eines Gesuchs ab, ist es keineswegs unüblich, wenn Anspruch auf die Leistung erst ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beziehungsweise mit Wirkung ab diesem entstehen zu lassen.

Auch der Text auf der Rückseite der Gebührenberechnung, wonach dem Gesuch ein rechtskräftiger Entscheid über den Anspruch auf Leistungen beizulegen ist, widerspricht diesem Grundsatz nicht, auch wenn dieser Text den Eindruck entstehen lassen kann, ein Gesuch solle zusammen mit einem bereits rechtskräftigen Entscheid über die Ergänzungsleistungen eingereicht werden. «Indessen wird, wer wie die Beschwerdeführerin der Meinung ist, Anspruch auf Gebührenbefreiung vor rechtskräftigem Abschluss des sozialversicherungsrechtlichen Verfahrens zu haben, durch den Hinweis auf dem Rechnungsformular nicht ernsthaft daran abgehalten, zu einem früheren Zeitpunkt ein Gesuch zu stellen; zumindest erscheint es für jemanden mit einem entsprechenden Anliegen zumutbar, bei der Billag konkretere Auskünfte über die Befreiungsmöglichkeiten einzuho-

len. Auf diese Weise könnten die unerwünschten Auswirkungen des Rückwirkungsausschlusses gemäß Artikel 45 Absatz 3 RTVV vermieden werden, sofern die vom Departement beschriebene Vorgehensweise (Sistierung des vorzeitig eingereichten Gesuchs) grundsätzlich praktiziert wird. ■

Werbespot ohne politischen Bezug

Bundesgerichtsentscheid vom
26. Januar 2005 (2A.303/2004)

Die von der Allianz gegen Werbeverbote im November und Dezember 2003 lancierte Kampagne mit Werbespots im Schweizer Fernsehen DRS ist von der Unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) zu Recht für zulässig erklärt worden. Das Bundesgericht lehnte eine gegen den Entscheid der UBI erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Stiftung für Konsumentenschutz ab.

Im November und Dezember 2003 strahlte das Schweizer Fernsehen DRS im Rahmen einer breit angelegten Kampagne der «Allianz gegen Werbeverbote» verschiedene Werbespots aus. Diese bestanden in Original-Spots der Firmen Orange, Swisscom und Mediamarkt, deren ursprüngliche Fassungen mit schwarzen Zensurbalken teilweise unkenntlich gemacht worden waren. Es folgten jeweils kommentarlos während knapp vier Sekunden die Einblendung der Web-Site «www.stopp-werbeverbote.ch» und der Hinweis auf die Urheber der Aktion («Eine Kampagne der Schweizer Werbung SW/PS für die Allianz gegen Werbeverbote»).

Das Bundesgericht erachtet in seinem Urteil die beanstandeten Werbespots nicht als politisch und somit als zulässig. «Ob und inwiefern einem Spot politischer Charakter zukommt, beurteilt sich nach seinem Inhalt, dem zeitlichen und sachlichen Kontext der Ausstrahlung sowie der Wahrnehmung durch die Zuschauer und deren Vorwissen (vgl. BGE 126 II 7 E. 6b S. 19 ff.; 111 Ib 56 E. 3c; VPB 57/1993 Nr. 49 [«Schweizer Berghilfe»]; VPB 68/2004 Nr. 28 [«Schweizerische Flüchtlingshilfe»]; vgl. auch Urs Thönen, a.a.O., S. 99 ff.). Entscheidend ist die Wirkung, welche von der beanstandeten Werbung zu einem bestimmten Zeitpunkt und in einem konkreten politischen Umfeld auf die demokratische Meinungs- und Willensbildung ausgeht (BGE 126 II 7 E. 6b S. 19); diese muss die mit Art. 18 Abs. 5 RTVG verbundene Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit im Einzelfall als notwendig erscheinen lassen und sie im Sinne von Art. 10 Ziff. 2 EMRK rechtfertigen.» Der umstrittene TV-Spot hat aus Sicht des Bundesgerichts zwar einen politischen Inhalt, schafft aber keinen direkten Bezug zum Konsum von Alkohol und Tabak, auf den die

Befürworter von Werbeverbote in erster Linie zielen. Die Stossrichtung ist weiter gefasst und richtet sich gegen Einschränkungen der wirtschaftlichen Kommunikation schlechthin. Zudem stand die Kampagne weder sachlich noch zeitlich in Zusammenhang mit einer konkreten Volksabstimmung.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn im Parlament gegenwärtig über Werbeverbote für Alkohol und Tabak diskutiert werde. «Im Rahmen der Referendums- und Initiativdemokratie gibt es kaum ein Thema, das nicht irgendwie politisch relevant ist oder es zumindest werden könnte (BGE 126 II 7 E. 6b/bb S. 20). Die Zulässigkeit einer politischen Werbung am Fernsehen beurteilt sich deshalb im Einzelfall nach Treu und Glauben (BGE 126 II 7 E. 6b/bb S. 20), wobei Verbote bis zu einer neuen gesetzlichen Regelung auf das im Sinne des Entscheids des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 28. Juni 2001 Erforderliche zu beschränken sind; dies gilt insbesondere, wenn sie nur für das landesweite Fernsehen, nicht aber auch für die anderen Medien Anwendung finden (EGMR-Urteil i.S. VgT, a.a.O., Ziff. 74). Eine entsprechende Notwendigkeit besteht gegebenenfalls im Vorfeld einer konkreten Abstimmung, Wahl oder Lancierung einer Initiative oder eines Referendums (vgl. Pierre-Ami Chevalier, L'interdiction de la «propagande politique» à la radio-TV: Un cas-tête, in: medialex 1996 S. 61 ff.), nicht indessen bereits dann, wenn das Publikum - ohne schockierende Bilder, die allenfalls eine andere Beurteilung erlauben würden (EGMR-Urteil i.S. VgT, a.a.O., Ziff. 76) - allgemein auf eine politische Fragestellung aufmerksam gemacht werden soll, auch wenn diese später Gegenstand einer Volksabstimmung bilden kann. Parlamentarier und Verwaltung sind regelmässig einem Lobbying ausgesetzt und müssen hiermit umzugehen wissen; es bestehen diesbezüglich keine ausreichenden Gründe, einen Werbespot, der Teil einer grösseren, parallel in anderen Medien betriebenen Kampagne bildet, zu untersagen bzw. nachträglich für programmrechtswidrig zu erklären.» Aus den erwähnten Gründen hat das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den UBI-Entscheid abgewiesen. Offen liess es, ob die Beschwerdeführerinnen, welche u.a. Aufgaben in der Tabakprävention wahrnehmen, die Legitimationsvoraussetzungen erfüllen. ■

Emissions évoquant une plainte pénale: prudence!

Arrêt du Tribunal fédéral
du 8 mars 2005 (2A.614/2003)

Le Tribunal fédéral a admis le recours de droit administratif déposé par Jean-Yves Bonvin, directeur du «Nouveliste» et membre du conseil d'administration de la Banque cantonale du Valais, contre une décision de l'AIEP du 22 août

2003. Il juge que le reportage diffusé le 18 décembre 2002 par la Télévision suisse romande dans le cadre des éditions du 19:30 et du 22:30 du Téléjournal a bel et bien violé le droit des programmes. Le Tribunal fédéral fait notamment valoir que l' «on peut attendre une prudence particulière du journaliste qui traite une procédure pénale en cours, surtout si elle a été ouverte à la suite du dépôt d'une plainte pénale, car on sait que de nombreuses plaintes pénales ne sont pas fondées.»

Le reportage en question faisait état d'une plainte pour faux dans les titres déposée par l'ex-femme d'un notaire de Monthey contre Jean-Yves Bonvin. En 1993, la plaignante avait repris dix millions de francs d'hypothèques, prétendument victime de son inexpérience. Selon ses dires, c'est à tort que Jean-Yves Bonvin, dans ses anciennes fonctions, aurait fourni une attestation de solvabilité. Dans sa décision, l'AIEP avait souligné le caractère exagérément dramatique de l'introduction faite par la présentatrice du téléjournal. Elle avait fait remarquer que l'introduction à un reportage télévisé est de nature à orienter la compréhension qu'en aura le public et qu'en l'espèce, le public ne pouvait que s'attendre à une affaire scandaleuse, avec un notable qu'on imagine déjà un pied en prison. Mais l'AIEP avait néanmoins relevé une précaution oratoire en fin de présentation, suffisante selon elle pour rendre celle-ci encore acceptable. Pour le reste, l'AIEP avait estimé que le public avait pu prendre connaissance de tous les faits déterminants.

Tel n'est pas l'avis du Tribunal fédéral, pour qui l'émission ne permet pas de comprendre les faits ayant amené l'ex-femme du notaire à déposer une plainte pénale. La valeur informative de l'émission était «quasi nulle». Les faits eux-mêmes «n'intéressaient pas le journaliste. (...) On a l'impression globale que l'émission querellée s'est attachée à démontrer que les soupçons pesant sur Jean-Yves Bonvin étaient suffisants pour justifier la poursuite de la procédure pénale en cours». Le Tribunal fédéral relève lui aussi «le ton contestable» de l'introduction. Il fait remarquer que, sur la base des pièces en sa possession, le journaliste devait faire preuve de prudence, la plaignante n'étant pas la pauvre femme naïve pour laquelle elle cherchait à se faire passer. En donnant la parole au président de l'Association des clients de banques «qui parle avec aplomb de magouilles», le journaliste «a dépassé les bornes». La personne en question est utilisée «en quelque sorte comme témoin à charge», alors que son langage excessif aurait mérité un correctif, soit par le journaliste lui-même, soit par un témoin à décharge. Le journaliste, au surplus, avait assez d'éléments lui montrant que la plainte pénale n'avait que des chances minimales d'aboutir. En conclusion, il «a manipulé les téléspectateurs et, par conséquent, violé l'art. 4 LRTV». ■

Besserer Jugendschutz bei Internetauftritten

Bundesgerichtentscheid vom 8. März 2005 (6P.122/2004; 6S. 345/2004)

Das Bundesgericht hat einen Internetanbieter verurteilt, der auf seinen Web-Seiten so genannte weiche Pornographie allgemein zugänglich gemacht hat. Die fraglichen Bilder waren auf dem Internet für jedermann abrufbar, wobei lediglich ein Fenster auf den heiklen Inhalt der folgenden Seiten aufmerksam machte. Durch bloßes Anklicken mit der Maus konnte dieser Hinweis zum Verschwinden gebracht werden, was nach Ansicht des Bundesgerichtes zur Folge hatte, dass der pornographische Inhalt auch für Jugendliche zugänglich wurde, weshalb die für die Webseite verantwortliche Person zu Recht bestraft worden sei.

Auf der fraglichen Webseite verbreitete der verantwortliche Anbieter unter anderem Fotografien von ganz oder teilweise entkleideten Frauen, deren primäre Geschlechtsorgane sichtbar waren. Das Bundesgericht wertete diese Fotografien als so genannte weiche Pornographie. Gemäss Artikel 197 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer pornographische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornographische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet. Gegenstände oder Vorführungen im Sinne dieser Bestimmung gelten nicht als pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben (Art. 197 Ziff. 5 StGB). Absolut verboten ist die so genannte harte Pornographie, bei der es um «sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten» geht. Im vorliegenden Fall bewertete das Bundesgericht die fraglichen Bilder als weiche Pornographie. «Der Begriff Pornographie setzt ein Zweifaches voraus. Zum einen müssen die Darstellungen oder Darbietungen objektiv betrachtet darauf ausgelegt sein, den Konsumenten sexuell auszureizen (BGE 128 IV 260). Zum anderen ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen heraus getrennt wird, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann. (...) Weiche Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB ist dabei ohne besondere Betonung des Genitalbereichs begrifflich kaum denkbar.» Das Bundesgericht sprach den fraglichen Bildern jeglichen schutzwürdigen kulturellen Wert ab und qualifizierte sie somit als pornographisch. Es bemerkte zudem, dass das Angebot nicht mit einer wirksamen Massnahme von der Betrachtung durch unter 16-Jährige abgeschirmt worden sei. «Zwar ist einzuräumen, dass es ange-

sichts der Fülle des pornographischen Materials, das im In- und Ausland über das Internet verbreitet wird, fraglich erscheint, ob der Jugendschutz in diesem Bereich vollumfänglich sichergestellt werden kann. Schwierigkeiten der Strafverfolgung allein rechtfertigen es jedoch nicht, das Zugänglichmachen von weicher Pornographie über das Internet anders zu beurteilen als über Radio, Fernsehen oder Telefon, denn damit würde einer Umgehung der Bestimmungen Tür und Tor geöffnet.» ■

ANMERKUNGEN:

Es mag erstaunen, dass es in der heutigen Zeit, wo bereits die Mitglieder der Ballettcrew des Stadttheaters Bern am Sonntagmittag nackt vor einem gänzlich unvorbereiteten Publikum herumturnen noch jemandem gelingt, wegen weicher Pornographie verurteilt zu werden. Ob dieses Urteil auch ergangen wäre, wenn der Täter nicht zugleich auch noch Kinderpornographie besessen hätte, sei dahingestellt.

Das Bundesgericht verneinte, dass die Website mit den pornographischen Bildern Kunst darstelle. Das Bundesgericht geht davon aus, dass sich Kunst nicht definieren lasse, grenzt sie aber dergestalt ein, dass es nicht allein auf das Selbstverständnis des Künstlers ankomme und dass das Verständnis eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters zugrundezulegen sei und nicht etwa das eines Kunstsachverständigen (E. 10.1.3). Gerade der zugrundeliegende Sachverhalt zeigt, dass sich anhand dieser Kriterien nur Extremfälle ausschliessen lassen. Man könnte genau so gut sagen, dass die Bundesrichter für diese Website nicht aufgeschlossen genug gewesen seien, denn bloss aus dem Argument, dass die Site ein ziemlich eklektisches Sammelsurium darstellt, lässt sich nicht ableiten, dass sie keine Kunst ist: Der künstlerische Ausdruckswille könnte gerade darin bestehen, heterogene Gegenstände zueinander in Beziehung zu setzen etc. Es gibt demnach keinen Grund, eine halbwegs eigenwillig gestaltete Pornosite nicht als Kunst anzusehen. Mit der Abkehr von ästhetischen Anforderungen an Kunst ist zugleich die Möglichkeit einer sinnvollen Definition verloren gegangen. Als Kunst werden heute in erster Linie die Erzeugnisse des dafür ausdifferenzierten Kunst- und Kulturbetriebs anerkannt. Bei diesen Erzeugnissen wird ein Richter nur mit Mühe sagen können, es handle sich nicht um Kunst, da anerkannte Kulturschaffende aus dem Kulturbetrieb immer werden sagen können, der Richter sei eben ein Banause. Bei Werken, welche nicht dem anerkannten Kulturbetrieb entstammen, kann der Kunstcharakter leichter abgesprochen werden.

Glücklicherweise schafft das Fehlen eines Kunstbegriffs im Strafrecht (anders als etwa im Urheberrecht) keine weiteren Probleme, da Kunst nicht allgemein von der Strafbarkeit ausgenommen wird, sondern nur wenn sie schützenswerten kulturellen Interessen dient. Damit ist auch ausgedrückt, dass Kunst nur in Ausnahmefällen so schützenswert sein wird, dass sie gegen Strafnormen verstossen darf. Kunst darf nämlich nicht etwa alles, sondern bei Lichte besehen nicht mehr als jedes andere menschliche Verhalten auch: Erachtet der Gesetzgeber eine Norm als derart fundamental, dass er sie mit Strafe bewehrt, so wird menschlichen Ausdrucksbedürfnisse nur in Ausnahmefällen der Vorrang zu gewähren sein.

In Bezug auf die praktisch bedeutsame Frage der Verbreitung der Pornographie über Internet ist dem Bundesgericht vollauf zuzustimmen: Das Vorschalten einer Disclaimerseite vor pornographische Bilder ist sicherlich nicht dazu geeignet, Jugendliche vom Betrachten der Bilder abzuhalten, eher im Gegenteil. Wer pornographische Bilder ohne Zugangssperre (z.B. Passwort, das nur nach Altersnachweis abgegeben wird) bereitstellt, stellt diese jedem, also auch Kindern zur Verfügung.

GERHARD FOLKA, LIC. IUR., FREIBURG

Le demi-frère de Ben Laden ne peut prétendre à l'anonymat

Arrêt du Tribunal fédéral du
3 février 2005 (5C.179/2004)

Le livre «Ben Laden, la vérité interdite» n'a pas porté atteinte illicitement à la personnalité de Yeslam Binladin. Tel est l'avis du Tribunal fédéral, qui a rejeté le recours en réforme déposé par le demi-frère d'Oussama Ben Laden contre l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 18 juin 2004. L'homme d'affaires demandait l'interdiction de la diffusion de l'ouvrage en Suisse, ainsi qu'une indemnité pour tort moral d'un million de francs.

Dans son jugement, le Tribunal fédéral rappelle que «n'importe quelle incorrection, imprécision, généralisation ou approximation ne suffit pas à faire apparaître un compte rendu comme erroné dans son ensemble; un écrit ne sera considéré comme globalement inexact - et partant illicite que s'il ne correspond pas à la réalité sur des points essentiels et montre la personne concernée sous un angle si erroné, ou en donne une image si faussée, qu'elle s'en trouve rabaissée de manière sensible dans la considération de ses semblables». En l'occurrence, en laissant entendre qu'il n'est pas exclu, eu égard à leurs structures opaques, que les sociétés de Yeslam Binladin servent au financement d'activités terroristes, l'ouvrage litigieux porte atteinte à l'honneur de celui-ci et de ses sociétés. La question est de savoir si la publication du livre est justifiée par un intérêt public ou privé prépondérant, tel celui du public à être informé de faits importants. Pour le Tribunal fédéral, il ne fait pas de doute que depuis les événements du 11 septembre 2001, le fait que le demi-frère d'Oussama Ben Laden vit en Suisse et qu'il y dirige un groupe de sociétés décrites comme opaques peut susciter l'intérêt d'un lecteur moyen. «Si Yeslam Binladin menait en Suisse une vie retirée, sans participation notable à la vie publique, notamment à celle de la place économique, cet intérêt du public à être informé sur la présence d'un demi-frère d'Oussama Ben Laden dans notre pays ne l'emporterait peut-être pas sur celui des demandeurs à ne pas attirer l'attention et à ne pas être exposés à la suspicion générale entourant les personnes qui sont ou ont été relativement proches du chef présumé d'Al Quaida. Cependant, il est notoire qu'au début de l'année 2001, le demandeur Yeslam Binladin, qui faisait déjà l'objet d'une certaine publicité en raison de ses activités économiques, a donné lieu involontairement à des discussions politiques dans le cadre de sa procédure de naturalisation. Les questions soulevées par ses origines familiales et ses activités économiques ont ainsi acquis, au moins passagèrement, une certaine importance pour le public et il est dès lors de toute façon légitime que des journalistes en traitent dans des articles de presse ou dans des livres».

Il reste à examiner si, aux yeux d'un observateur moyen, l'ouvrage litigieux présente Yeslam Binladin et ses sociétés sous un faux jour ou s'il parle d'eux en termes inutilement blessants. Pour le Tribunal fédéral, les sociétés «off-shore», ou sociétés-écrans, apportent par définition une certaine opacité aux relations économiques qu'elles recouvrent. Dans ces conditions, le fait que le demandeur soit un demi-frère d'Oussama Ben Laden et qu'il dirige un réseau de telles sociétés «peut légitimement amener à se demander s'il existe entre les activités des demandeurs et celles du réseau terroriste Al Quaida un lien, à tout le moins indirect, notamment sur le plan financier. Il en résulte que les auteurs de l'ouvrage litigieux pouvaient poser cette question et relater tous les faits en rapport avec elle».

Le Tribunal fédéral note que les auteurs du livre n'ont pas répondu à la question, ni affirmativement ni négativement. Certes, ils ont plutôt mis en évidence la possibilité d'une implication directe ou indirecte plutôt que la possibilité tout aussi réelle qu'il n'y ait pas de telle implication. «Mais il n'en demeure pas moins que, dans leur ensemble, les passages où il est question des demandeurs laissent apparaître, assez clairement pour un lecteur moyen, que l'éventuelle implication de Yeslam Binladin et de ses sociétés dans le financement d'activités terroristes n'est encore à ce jour, aux yeux mêmes des auteurs, qu'une simple hypothèse non vérifiée. L'ouvrage ne présente dès lors pas les demandeurs sous un faux jour». Un démenti n'aurait dû être apporté par les auteurs «que s'il avait été prouvé que cette hypothèse était fausse». ■

Weko untersagt Buchpreisbindung

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005

Die Wettbewerbskommission (Weko) hat untersagt den Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz. Die Weko kam zum Schluss, dass der Sammelrevers nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

Beim Sammelrevers handelt es sich um ein Preisbindungssystem, bei welchem sich die einzelnen Buchhändler verpflichten, die von den Verlagen festgesetzten Endabnehmerpreise bei Verkauf der dem Sammelrevers unterstellten Verlagszeugnisse einzuhalten (Buchpreisbindung). Rund 90% der in der Schweiz verkauften deutschsprachigen Bücher unterliegen der Buchpreisbindung.

Die Weko erklärte den Sammelrevers ein erstes Mal am 6. September 1999 für unzulässig. Dagegen erhoben der Schweizer Buchhändler- und Verlegerverband und der Börsenvereins des deutschen Buchhandels Verwaltungsgerichtsbeschwerden. Am 14. August 2002 hiess das Bundesgericht die Beschwerden teilweise gut und wies den Fall zur Neubeurteilung an die Weko zurück. Die Weko hatte zu prüfen, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

Geprüft wurde insbesondere, ob der geltende Sammelrevers zu einer Erhöhung der Sortimentsbreite und -tiefe, zu einer höheren Produktvielfalt oder zu einer Verbesserung des Vertriebs durch eine höhere Verkaufsdichte und eine bessere Beratung führt. Die Weko ist sich der kulturellen Besonderheit des Gutes Buch bewusst. Sie stellte jedoch fest, dass die behaupteten positiven Wirkungen des Sammelrevers nicht nachgewiesen werden konnten. Ob eine möglicherweise erhöhte Verkaufsdichte bei fehlenden wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründen ausnahmsweise aus kulturpolitischen Gründen wünschenswert wäre, darf nach dem Gesetz nicht von der Weko, sondern nur vom Bundesrat berücksichtigt werden. ■

Chronique de la jurisprudence 2003/2004: Le droit civil de la personnalité

Franz Werro

Professeur à l'Université de Fribourg

Annick Achtari

Assistante à l'Université de Fribourg

I. Droit civil/Zivilrecht

1. **Caroline von Hannover siegt im Rechtsstreit um Schutz des Privatlebens in Deutschland (Art. 8 EMRK)**. (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (3. Kammer) vom 24. Juni 2004 «Von Hannover c. Deutschland» (Beschwerde No 59320/00); *medialex* 3/2004, 158 (Rem. D. BARRELET)).

2. **Interdiction disproportionnée d'un livre sur la santé d'un chef d'Etat décédé (Art. 10 CEDH)**. (Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (2ème Chambre) du 18 mai 2004 «Plon (société) c. France» (Requête No 58148/00); *medialex* 3/2004, 162 (Rem. D. BARRELET)).

3. **Persönlichkeitsverletzung durch Gerichtsberichterstattung (Art. 28 ZGB, Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 8. August 2003 (5C.104/2003), BGE 129 III 529; *medialex* 4/2003, 234).

4. **Vorsorgliche Massnahme bei Persönlichkeitsverletzung im Internet (Art. 9 BV, Art. 28c ZGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 28. Oktober 2003 (5P.308/2003); SJ 2004 I 250; SJZ 100/2004, N. 19, 465).

5. **Kostspielige Verletzung der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 2. September 2004 (5C.57/2004); NZZ vom 3. September 2004, N. 205, 17).

6. **Droit à l'oubli: le «Journal de Genève» condamné (art. 41 CO, art. 28 ss CC)**. (Arrêt du Tribunal fédéral du 23 octobre 2003 (5C.156/2003); *medialex* 1/2004, 57 ; sic ! 2004 312; plädoyer 1/2004, 67; sic! 2003, 312).

7. **Insinuations illicites à l'égard d'un politicien (art. 28 s. CC)**. (Arrêts du Tribunal de première instance du canton de Genève du 9 octobre 2003, JTPI/11565 et JTPI/11566/2003; *medialex* 1/2004, 58).

8. **Mesures provisionnelles contre la «Rundschau» (art. 28c CC)**. (Arrêt du Pretore du district de Lugano du 17 septembre 2003, Di.2003.00584; *medialex* 2003 240).

9. **Licenciement immédiat pour détournement du courrier électronique d'un supérieur hiérarchique (art. 337 CO)**. (Arrêt du Tribunal fédéral du 21 octobre 2003 (4C.223/2003); ATF 130 III 28; JdT 2004 I 63; plädoyer 1/2004, 70).

10. **Kündigung wegen E-Mail mit sexueller Belästigung? (Art. 337 OR, Art. 197 StGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 30. Juli 2003 (4C.109/2003); *medialex* 1/2004, 55).

11. **Persönlichkeitsschutz vor Kunstfreiheit (Art. 28 ZGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 27. Mai 2003 (5C.26/2003 und 5P.40/2003); *medialex* 2003, 177 (Anm. P. STUDER); plädoyer 4/2003, 66; sic! 2003 792).

12. **Keine Darstellung mit Unwahrheiten (Art. 28h Abs. 2 ZGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 29. August 2002 (5C.75/2002); *medialex* 2003, 56 (Rem. D. BARRELET)).

13. **Réduction d'un texte de réponse (art. 28g ss CC)**. (Arrêt du Tribunal fédéral du 18 février 2003 (5C.237/2002); plädoyer 4/2003, 66).

14. **Das Bild als Gegendarstellung (Art. 28g, 28i ZGB)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 18. Juni 2003 (5C.23/2003); plädoyer 4/2003, 66).

II. LCD-Droit civil/UWG-Zivilrecht

1. **Bezeichnung eines Medienunternehmens als «Mini-Berlusconi» (Art. 2, Art. 3 lit. A UWG)**. (Handelsgericht St.Gallen

vom 14. März 2002 und 24. Januar 2003, HG.2001.63; sic! 7/8/2003, 609).

2. **Publicité comparative: des exigences sévères (art. 2 CC, art. 2, 3 LCD)**. (Arrêt du Tribunal fédéral du 2 mai 2003 (4C.375/2002); ATF 129 III 86; *medialex* 2003, 180).

III. LPO/PG

1. **Pflicht der Post zur Beförderung unadressierter Massensendungen (Art. 35 BV; Art. 2-4, 9, 15 PG, Art. 1 OR)**. (Bundesgerichtsentscheid vom 7. Mai 2002 (4C.297/2001); BGE 129 III 135; JdT 2003 I 127; AJP/PJA 2003, 593; AJP/PJA 2003, 690).

La présente chronique est divisée en deux parties: La première regroupe les atteintes à divers droits de la personnalité, la seconde, les moyens d'action du lésé.

1. Les atteintes aux droits de la personnalité

Dans cette première partie, nous présenterons d'abord deux cas relatifs au respect de la vie privée tel qu'il est garanti par la CDEH. Nous examinerons ensuite un arrêt qui met en cause la liberté d'expression en tant que droit fondamental et l'obligation de droit privé de respecter cette liberté.

1.1. Le droit du public à l'information et le respect de la vie privée des personnes publiques

La Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée à deux reprises sur les relations entre le respect de la vie privée des personnes publiques et le droit à l'information du public. La première affaire concerne la publication d'un livre sur la santé d'un chef d'Etat décédé, la seconde, celle de photos parues dans la presse à sensation mettant en scène une personne publique dans sa vie quotidienne. Les deux arrêts intéressent le droit civil dans la mesure où ils concrétisent l'étendue de la protection accordée aux art. 28 ss CC.

a) L'affaire «Plon c. France»: les atteintes à la personnalité des personnes publiques occupant une fonction officielle

Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait à juger de la licéité de l'interdiction de la diffusion du livre écrit par le médecin personnel du président défunt

.....

François Mitterrand et un journaliste. Le livre avait paru peu après la mort du président et révélait notamment que, durant une dizaine d'années, ce dernier avait caché au public le cancer qui l'affectait, alors même qu'il s'était engagé devant l'opinion publique avant son élection à faire paraître un bulletin de santé régulier. La famille de Mitterrand ayant obtenu l'interdiction de la diffusion du livre et une indemnité pour atteinte à ses droits, la maison d'édition a porté l'affaire à devant la Cour de Strasbourg (cf. CEDH, affaire Plon (société) c. France [requête n° 51848/00]; *medialex* 3/2004, 162 ss, avec une note de D. BARRELET).

La Cour européenne juge qu'un livre révélant de tels faits, en violation du secret médical et publié peu de temps après la mort du chef d'Etat, pouvait être interdit de manière provisoire. Dans ces circonstances, elle relève que les révélations sont de nature à aviver le chagrin de la famille et constituent une atteinte particulièrement forte à la mémoire du défunt. En revanche, l'interdiction définitive du livre viole la liberté d'expression protégée par l'art. 10 CEDH. Elle est disproportionnée et ne répond pas à un «besoin social impérieux» lorsqu'elle est prononcée plus de neuf mois après le décès du chef d'Etat et que le livre a déjà été diffusé à 40'000 exemplaires sur Internet. Pour admettre la violation de l'art. 10 CEDH, la Cour avance trois arguments principaux: Premièrement, la Cour relève qu'avec le temps, l'intérêt public au débat historique l'emporte sur la protection des droits du président et des ayants causes de ce dernier. La publication du livre s'inscrit dans un débat d'intérêt général relatif en particulier au droit des citoyens d'être informés des affections graves dont souffre un chef d'Etat et à l'aptitude de gouverner d'une personne qui se sait gravement malade. Deuxièmement, au moment du jugement principal, les informations du livre étaient largement connues. En conséquence, la sauvegarde du secret médical ne pouvait plus constituer un motif impératif prépondérant d'interdiction. Troisièmement, la Cour relève la disproportion de la mesure, notamment au regard du fait que l'interdiction du livre s'est ajoutée à la condamnation à payer une indemnité de 340'000 FF aux ayants causes du président.

A notre avis, le jugement de la Cour doit être approuvé dans la mesure où il retient qu'un livre contenant des révélations aussi importantes sur un chef d'Etat ne peut pas être interdit de parution. Si l'état de santé d'une personne relève en principe de sa vie privée, voire intime, il en va différemment pour les dirigeants politiques. La santé de ceux-ci est une affaire publique lorsqu'elle influence la capacité d'une personne à remplir un mandat politique, qui plus est lorsque celle-ci a fait une promesse aux électeurs. Le public a droit aux informations selon lesquelles un chef d'Etat a caché pendant une dizaine d'années sa maladie à ses électeurs alors qu'il s'était engagé, avant d'être élu, devant l'opinion publique à faire paraître un bulletin de santé. Cette information relève du débat démocratique, en ce qu'elle influence la possibilité du citoyen de juger de l'aptitude de

gouverner d'une personne et la confiance que ce dernier place dans ses dirigeants. Il en va aussi de la transparence politique. Le jugement de la Cour appelle toutefois quelques remarques critiques sur les points suivants: Premièrement, l'interdiction provisoire approuvée par la Cour n'est pas convaincante. Elle est en réalité disproportionnée et incompatible avec les exigences de l'information dans une société démocratique. Comme le relève BARRELET (cf. *medialex* 03/2004, 167), la décision de la Cour apporte une certaine caution à ceux qui sont tentés d'utiliser les mesures provisionnelles comme moyen de censure, en contradiction avec le but de l'art. 28c al. 3 CC. Deuxièmement, dans la logique de ce qui précède, l'argument de la Cour, fondé sur l'écoulement du temps, pour admettre une violation de l'art. 10 CEDH par la mesure définitive n'est guère pertinent: ce n'est pas l'écoulement du temps qui rend la mesure contraire à la CEDH, mais l'intérêt du public à l'histoire et à la transparence du politique, qui existe dès le premier jour. Troisièmement, si la Cour estime que l'interdiction définitive du livre viole la liberté d'expression, elle n'en juge pas de même pour la condamnation pécuniaire. Il résulte de cette manière de juger que la presse a le droit d'informer, mais que celui-ci est assorti d'un prix: il y a là une contradiction qui n'est guère convaincante.

**b) L'affaire «von Hannover c. Allemagne»:
les atteintes à la personnalité des personnes
publiques sans fonction officielle**

Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme avait à juger de la question de savoir si la publication dans la presse à sensation de photos représentant la princesse Caroline de Monaco dans des activités de nature purement privée doit être interdite (cf. CEDH, affaire von Hannover c. Allemagne [requête n° 59320/00]; *medialex* 3/2004, 158 ss, avec une note de D. BARRELET). La Cour juge qu'en rapport avec des photos et articles sur des personnalités n'exerçant pas de fonctions officielles et qui ont pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de leur vie privée, la liberté d'expression bénéficie d'une moins grande protection qu'en rapport avec les reportages relatant des faits - même controversés - susceptibles de contribuer à un débat dans une société démocratique. Cela vaut spécialement aussi en raison du harcèlement dont ces personnes font souvent l'objet dans leur vie quotidienne. L'élément déterminant lors de la mise en balance de la protection de la vie privée et de la liberté d'expression réside dans la contribution que les photos et articles publiés apportent au débat général. Il ressort de la décision que la Cour pose deux critères. Le premier a trait à la qualité des personnes en cause; il s'agit de distinguer selon que ces dernières occupent ou non une fonction officielle. Le second critère se rapporte à la qualité de l'information en question; il faut distinguer selon que celle-ci contribue au débat démocratique ou non. Les distinctions retenues appellent les remarques suivantes: En ce qui concerne la qualité des personnes, on peut noter deux

points. Premièrement, la notoriété des personnes privées est souvent voulue, voire entretenue. Ce qui justifie qu'on distingue celles-ci des personnes exerçant des fonctions étatiques officielles, c'est sans doute qu'à la différence de ces dernières, les personnes privées ont en principe le droit d'exploiter elles-mêmes leur image et de gérer le profit que celle-ci leur rapporte. C'est de ce droit qu'elles tirent un droit à la vie privée plus étendu. Au demeurant, secondement, il est juste de retenir que les personnes exerçant des fonctions étatiques officielles doivent souffrir une réduction de la protection de leur vie privée parce qu'elles contribuent à former la conscience politique des citoyens. Mais elles ne sont pas les seules. C'est le cas de certaines vedettes médiatiques dont l'influence politique est parfois considérable. Il ne se justifie pas de traiter ces dernières différemment des personnes occupant des fonctions officielles. Ce qui est décisif en relation avec la protection de la vie privée, ce n'est pas l'exercice d'une fonction, mais l'influence qu'a une personne sur la conscience politique des citoyens.

La distinction retenue en relation avec le contenu de l'information paraît convaincant pour l'essentiel: pour juger de la liberté de la presse face à la vie privée, il faut se demander si l'information contribue au débat démocratique ou non. Au demeurant, la distinction faite entre l'information sérieuse et l'information de divertissement ne doit pas être surestimée. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle allemande, la formation de l'opinion et le divertissement ne sont pas antinomiques. Dans certaines circonstances, les reportages de divertissement peuvent même stimuler la formation de l'opinion plus que ne le feraient d'autres informations. On ne peut pas exclure alors que le droit à l'information l'emporte sur la protection de la vie privée.

1.2. Le rapport entre les droits fondamentaux et l'obligation de contracter de la poste: l'affaire «Poste c. ACUSA»

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à juger du refus de la poste de transporter à titre d'envoi en nombre, et, de ce fait, à un tarif préférentiel, les publications de l'Association contre les usines d'animaux (ACUSA). La poste avançait que les publications en cause n'étaient ni des journaux ni des périodiques. En outre, le contenu de ces publications nuisait à son image auprès du milieu de l'agriculture. ACUSA s'est estimée lésée dans sa liberté d'expression (cf. TF, 4C.297/2001; ATF 129 III 135; JdT 2003 I 127; AJP/PJA 2003, 593; AJP/PJA 2003, 690).

En ce qui concerne le tarif préférentiel de l'envoi, le Tribunal fédéral expose que le transport de journaux qui ne sont pas l'objet d'un abonnement ne fait pas partie des services fondamentaux que la poste doit obligatoirement assurer à un tarif préférentiel (service universel, anc. art. 2, 15 LPO; art. 3 s. LPO; anc. art. 11 OPO). Ce type de transport appartient aux prestations libres que la poste peut assurer sans y être tenue (service libre, art. 9 LPO). Les auteurs de

journaux qui ne sont pas en abonnement n'ont donc pas un droit au tarif préférentiel. Tel est le cas de l'ACUSA, dont la publication ne fait pas l'objet d'un abonnement. Pour ce qui est de l'obligation de transporter l'envoi, le Tribunal fédéral rappelle que, dans le domaine des services libres, la poste doit être traitée sur un pied d'égalité avec ses concurrents privés. Pour répondre à la question de savoir si la poste peut être tenue d'effectuer certaines prestations qui relèvent de ce service libre, le Tribunal fédéral envisage deux moyens: la garantie des droits fondamentaux du citoyens et l'obligation de contracter.

Le Tribunal fédéral estime que, même si la poste est un établissement autonome de droit public, elle n'est pas liée par les droits fondamentaux, lorsqu'elle ne remplit pas de tâche étatique (cf. art. 35 II Cst.). En outre, le Tribunal fédéral évite de traiter de la question de l'application des droits fondamentaux entre particuliers (cf. art. 35 III Cst.). Il retient en revanche une obligation de contracter fondée sur le droit privé. Il juge qu'une telle obligation peut résulter exceptionnellement de l'interdiction d'agir contrairement aux bonnes mœurs, exception qu'il admet en l'espèce.

Cet arrêt appelle plusieurs remarques: Premièrement, l'interprétation que fait le Tribunal fédéral du respect et de la réalisation des droits fondamentaux par celui qui assume une tâche de l'Etat (cf. art. 35 II Cst.) est contestable. Plusieurs auteurs ont déjà formulé de larges critiques à ce sujet (cf. Y. HANGARTNER, in PJA 2003 690 ss; R. ARNET in PJA 2003 593 ss et les références citées (596)). L'interprétation que fait le Tribunal fédéral de la notion de «tâche étatique» est trop étroite. Il est admis que, même lorsqu'il agit comme un privé, l'Etat reste lié aux droits fondamentaux. De ce fait, déjà, le Tribunal fédéral aurait dû reconnaître que la poste était liée à la liberté d'expression en application de l'art. 35 II Cst. et que, pour respecter cette liberté, la poste avait l'obligation de transporter les publications de l'ACUSA au tarif préférentiel. Secondement, le sort réservé à l'effet horizontal des droits fondamentaux est contestable aussi (cf. art. 35 III Cst.). Le Tribunal fédéral soulève la question de l'application des droits fondamentaux entre particuliers, mais il esquivait la réponse en fondant le devoir de transport de la poste sur le droit privé. Il relève la volonté du législateur de traiter la poste comme les concurrents privés de celle-ci. De ce fait, il constate l'illicéité du comportement de la poste par «des arguments relevant purement du droit privé». Le Tribunal fédéral retient l'illicéité du refus de la poste en admettant que celle-ci avait une obligation de contracter, son refus de transport violant l'interdiction d'agir contrairement aux bonnes mœurs.

Cette argumentation est à notre avis critiquable. Le Tribunal fédéral fonde sur son jugement sur une autonomie du droit privé aujourd'hui clairement dépassée (cf. à ce sujet, M. SCHEFFER, Oeffentliches Rect-Privatrecht: Der zähe Überlebenswille einer überholten Dichotomie, in Franz Werro (éd.), Le droit civil et les droits de l'homme, à paraître). On ne peut plus re-

tenir simplement comme on l'a fait longtemps que le droit privé reste à l'abri des droits fondamentaux (cf. l'analyse fondamentale de S. BESSON, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers, th. Fribourg 1999).

A cet égard, on peut ajouter que KRAMER, auquel le Tribunal fédéral se réfère, envisage comme fondement à l'obligation de contracter la protection des droits de la personnalité (cf. E. KRAMER, Commentaire bernois, ad art. 19-20 n. 111 ss). KRAMER relève cependant aussi que ce fondement n'a de véritable pertinence qu'au regard de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Si cet auteur recourt au droit privé de la personnalité principalement pour combler les lacunes du droit de la concurrence, il comprend bien la dimension que prend l'obligation de contracter: elle vise aussi à protéger les droits fondamentaux. Une conception «intégrée» du droit aurait ainsi voulu que le Tribunal fédéral fonde l'obligation de transport de la poste directement sur la protection des droits fondamentaux. Le recours idéologique au droit privé est inutile et relève d'une conception à notre avis dépassée.

2. Les moyens d'action

Dans cette seconde partie, nous analyserons d'abord deux affaires relatives à des mesures provisionnelles. Nous traiterons ensuite de deux affaires ayant pour objet la réparation du préjudice consécutif à une atteinte à la personnalité.

2.1. Les mesures provisionnelles

a) Les mesures provisionnelles contre la «Rundschau»

Le Pretore du district de Lugano a donné suite à la requête de mesures provisionnelles que lui avait adressée un membre de la police fédérale suspecté d'avoir frayed de trop près avec les milieux de la drogue. Ce dernier avait appris que l'émission télévisée «Rundschau» allait évoquer son cas (cf. Arrêt du Pretore du district de Lugano, Di. 2003. 00584; *medialex* 4/2003 240, avec une note de D. BARRELET). Le juge a sommé la télévision alémanique de donner au requérant la possibilité de s'exprimer et de donner son point de vue dans ladite émission, diffusée le soir même, et dans toutes les autres émissions parlant de lui à l'avenir, sur tous les faits évoqués qui le concernent. Il a également ordonné qu'avant l'émission, la télévision donne au requérant la possibilité d'intervenir dans la même mesure que le représentant du Ministère public de la Confédération. Au vu des faits retenus, il y a tout lieu de considérer que cette décision est contraire à la liberté de la presse. Comme le souligne BARRELET (cf. *medialex* 4/2003 240), en ce qui concerne les médias à caractère périodiques, l'art. 28c III CC prévoit des conditions restrictives qui ont pour but d'éviter une censure préalable par la justice. Or, la décision ici présentée ne s'interroge apparemment ni sur le degré de vraisemblance de l'illicéité de l'éventuelle atteinte, ni sur la gravité particulière du dommage qui pourrait en résulter, ni enco-

re sur la proportionnalité de la mesure. En outre, et de manière générale, on doit relever que lorsqu'une personne fait l'objet de reproches sérieux, l'autonomie des programmes laisse au diffuseur le choix des moyens pour interroger cette personne et relater le point de vue de cette dernière de manière adéquate.

b) Les mesures provisionnelles lors d'atteintes à la personnalité sur Internet

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à juger de mesures provisionnelles visant à interdire la poursuite de la diffusion sur un site Internet d'articles de presse mettant en cause la licéité des activités d'une banque (cf. TF, 5P.308/2003; SJ 2004 I 250; RSJ 100/2004, N 19, 465). Le Tribunal fédéral juge que si plusieurs pages Internet de même contenu portent atteinte à la personnalité, le lésé peut demander le retrait d'une seule de ces pages seulement. Le principe de proportionnalité ne permet pas de rejeter une mesure ordonnée à l'égard d'une personne parmi plusieurs participants à l'atteinte au motif qu'une telle mesure n'empêcherait pas que l'atteinte puisse se produire à travers d'autres canaux. En effet, celui qui est l'objet d'une atteinte à sa personnalité peut s'en prendre à toute personne qui, par son comportement, joue objectivement un rôle quelconque dans la création ou le développement de l'atteinte. Il reste juge de l'opportunité de son choix et peut même ne rechercher que celui qui joue un rôle secondaire. Admettre le contraire rendrait la protection de la personnalité inopérante et illusoire.

Cet arrêt n'appelle pas de remarques particulières. Il explique les conditions auxquelles une mesure provisionnelle est adéquate, en particulier au regard de l'exigence de proportionnalité qui doit être respectée dans les actions défensives de l'art. 28a CC et dans les mesures provisionnelles de l'art. 28c CC. Une mesure peut être prononcée contre un seul protagoniste, même secondaire. En cas de pluralité de responsables, même si la protection que la victime peut obtenir est nécessairement limitée à la sphère d'influence de la personne recherchée, une mesure apparaît adéquate dès qu'elle est propre à prévenir la survenance ou le développement de l'atteinte du fait de cette personne.

2.2. La réparation

Dans deux affaires relatives à des articles de presse attentatoires à la personnalité, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la question du montant des dommages-intérêts à accorder à la victime. Il s'agissait en particulier de déterminer pendant combien de temps on peut retenir que la perte de gain est la conséquence adéquate d'une atteinte.

a) Suite à une atteinte au droit à l'honneur

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à juger du montant des dommages-intérêts pour la perte de gain subie par

un banquier. Ce dernier avait fait l'objet de déclarations de presse illicites dans le magazine «Cash», selon lesquelles il aurait exercé des activités douteuses dans une banque où il avait travaillé auparavant. Suite à ces événements, le banquier n'avait pas obtenu le poste de travail qu'il négociait au moment des publications et il avait réclamé Frs. 1, 2 millions pour se faire indemniser de la perte de ses revenus (cf. TF, 5C.57/2004; NZZ du 3 septembre 2004, N. 205, 17). Le tribunal supérieur a estimé que, selon le cours ordinaire des choses, l'atteinte à l'image du banquier avait produit des effets négatifs au point de priver ce dernier de la possibilité de retrouver un emploi comparable à celui qu'il négociait au moment des parutions pendant une durée de six ans.

Le tribunal supérieur n'a toutefois accordé qu'une indemnité des 2/3 du montant réclamé. Il a estimé qu'en plus des articles de presse litigieux, d'autres causes, non imputables à l'éditeur, avaient concouru à augmenter le dommage du lésé. Il a notamment tenu compte de la récession générale au début des années nonante, des tendances à la restructuration dans le domaine bancaire et du fait que, avant la parution des articles, le lésé avait volontairement pris un risque en quittant sa place de travail avant d'avoir conclu un nouveau contrat de travail.

Le Tribunal fédéral n'a pas suivi l'argumentation de l'instance cantonale. Il estime qu'il ressort des faits que le lésé n'a pas obtenu la place de travail à laquelle il aspirait à cause des articles illicites. Les autres causes concurrentes envisageables doivent être tenues pour négligeables. En outre, si la récession générale et les tendances à la restructuration peuvent certes diminuer le gain du lésé, le tribunal supérieur avait déjà pris ces facteurs en considération dans la détermination du dommage. On ne peut donc pas tenir compte de ces facteurs une seconde fois dans la fixation de l'indemnité. Le Tribunal fédéral a en conséquence accordé une indemnité de Frs. 1, 7 millions au demandeur. Le jugement est généreux, surtout si on la compare à celle qui suit!

b) Suite à une atteinte au droit à l'oubli

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à juger du montant des dommages-intérêts pour perte de gain à accorder à un informaticien dont un journal avait révélé le passé criminel. Le demandeur lésé était un ancien malfaiteur condamné en 1985 à douze ans de réclusion qui avait ensuite parfaitement réussi sa réinsertion professionnelle. Suite à cette publication intervenue en 1998, le lésé s'est senti poussé par son employeur à démissionner. Il est ensuite tombé dans une profonde dépression, le rendant invalide (selon la LAI) à 100% et a demandé au journal notamment la réparation du préjudice consécutif à son incapacité de gain (cf. TF, 5C. 156/2003; *medialex* 1/2004 avec une note de D. BARRELET; sic! 2004 312; plädoyer 1/2004 67). La violation du droit à l'oubli a été admise. Comme dans le banquier commenté plus haut, la question posée ici est celle de savoir durant combien de temps on peut admettre

que l'atteinte à la personnalité retenue est la cause adéquate de l'incapacité de travailler du lésé. Pour en juger, le tribunal de seconde instance s'est fondé sur la jurisprudence du TFA en matière de causalité en relation avec une incapacité de travail fondée sur un motif psychique. Il a ainsi estimé que le traumatisme du lésé pouvait donner lieu à une compensation pour perte de gain durant trois ans. Il a donc octroyé en l'espèce une indemnité de Frs. 30'766 pour perte de salaire, après imputation des prestations sociales. Par ailleurs, il a doublé l'indemnité pour tort moral accordée par la première instance et a porté celle-ci à Frs. 40'000. Sur ce point, il a estimé que les révélations du passé du lésé avaient mis à néant les efforts de resocialisation de ce dernier, portant ainsi une atteinte irréparable à la nouvelle vie de ce dernier. Se prononçant sur la perte de gain, le Tribunal fédéral confirme le jugement cantonal. Il relève que, sur ce point, aucun motif ne commande une application différenciée de la notion de causalité en droit de la responsabilité civile et en droit des assurances sociales. Quant à l'appréciation de la durée des effets de l'atteinte, le Tribunal fédéral estime qu'il est conforme à l'expérience générale de la vie de considérer que la réaction d'un homme de quarante cinq ans qui, confronté à un tel choc émotionnel, n'a pas surmonté le traumatisme psychique après trois ans, ne peut plus être considérée comme une conséquence «caractéristique» et donc adéquate de l'événement qui a déclenché le choc.

Cet arrêt appelle plusieurs remarques: Premièrement, pour juger de la causalité adéquate, le Tribunal fédéral s'est fondé sur l'appréciation de la causalité en droit des assurances sociales. Cette démarche est surprenante. Elle contredit l'indépendance du droit de la responsabilité civile par rapport aux assurances sociales, que le Tribunal fédéral a pourtant affirmée à plusieurs reprises en cette matière (cf. ATF 123 III 110, JdT 1997 I 791). On rappellera que les finalités des deux droits ne sont pas les mêmes; contrairement au droit des assurances sociales, le droit de la responsabilité civile entend replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne sans l'évènement dommageable (sur cet arrêt, cf. F. WERRO, La responsabilité civile et la circulation routière: Questions choisies, in Journées du droit de la circulation routière 2004, Fribourg 2004, 1 ss (11 s.)). De ce point de vue, et au vu de la difficulté pour un ancien repris de justice de trouver du travail, la durée de trois retenue paraît très courte.

Secondement, comme le relève BARRELET (cf. *medialex* 1/2004 58), sans entrer dans des considérations d'experts sur la question de savoir à combien d'années se mesure l'incapacité de travail, la durée de trois ans suscite un sentiment insatisfaisant. Comparé au cas du banquier évoqué plus haut (cf. 2.2.a), le résultat paraît particulièrement sévère. Si on admet que l'image négative dans l'esprit de tiers, résultant de publications illicites, compromet la capacité de gain d'une personne durant six ans, il paraît contradictoire d'estimer que l'atteinte psychologique subie directement par une personne à la suite publications violant le droit à l'oubli cesse après trois ans. ■