

Chronique de la jurisprudence 1998: Le droit de la personnalité

Franz Werro

Professeur à l'université de Fribourg

I. Zivilrecht / Droit civil

1. **Feststellungsanspruch bei widerrechtlicher Verletzung der Persönlichkeit durch Presseäußerungen. Begriff der «sich weiterhin störend auswirkenden» Persönlichkeitsverletzung; Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB** (Bundesgericht, 8.10.1997; BGE 123 III 385-390; *medialex* 1998, 44-47; ZBJV 1998, 376-378, 442-445; SJ 1998, 314-315)

2. **Vermutung des Feststellungsinteresses bei schwerer Persönlichkeitsverletzung; Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB** (Bundesgericht, 3.4.1998; *medialex* 1998, 171-172; ZBJV 1998, 376-378, 442-445)

3. **Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung** (Bundesgericht, 30.10.1997; *medialex*, 50-52)

4. **Recht zur Gegendarstellung. «Gleiche Gestaltung» derselben und der Grundsatz «Tatsache gegen Tatsache»; Art. 28k Abs. 1 und Art. 28g Abs. 1 ZGB** (Bundesgericht, 27.4.1998; *medialex* 1998, 156-162; plädoyer 1998, 60-61)

5. **Gegendarstellungsrecht. Mass der erforderlichen Betroffenheit; Art. 28g ZGB** (Bundesgericht, 23.6.1997; AJP 1997, 1411; NZZ vom 14.8.1997, 14)

6. **Droit de réponse : exigence de la concision; art. 28g ss CC** (Tribunal fédéral, 24.7.1997; *medialex* 1997, 232)

7. **Recht am eigenen Bild. Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Publikation einer früher aufgenommenen Photographie in aktuellem Zusammenhang; Art. 28 ZGB** (Zürich, Obergericht, 23.10.1997; ZR 97 (1998) Nr. 44)

8. **Persönlichkeitsverletzung. Sicherheitsleistung für vorsorgliche Massnahmen; Art. 28 Abs. 1, 28c Abs. 1, 28d Abs. 2 ZGB; Art. 329 BE-ZPO** (Bern-Laupen, Gerichtskreis, 5.8.1997; AJP 1998, 965)

9. **Persönlichkeitsverletzung. Rechtsnatur der Urteilsveröffentlichung. Umfang und Grenzen des Berichtigungsanspruchs; Art. 28a Abs. 2 ZGB** (Zug, Kantonsgericht, 22.2.1996; GVP ZG 1995/96, 59-61)

10. **Refus d'une réponse manifestement inexacte; art. 28g ss CC** (Fribourg, Tribunal cantonal, 13.2.1998; *medialex* 1998, 110)

II. UWG – Zivilrecht / LCD – Droit civil

1. **Unlautere Presseäußerungen. Voraussetzungen des Anspruchs auf Feststellung der Widerrechtlichkeit derselben. Begriff der «sich weiterhin störend auswirkenden» Wettbewerbsverletzung; Art. 3 lit. a und Art. 9 lit. c UWG** (Bundesgericht, I. Zivilabteilung, 8.7.1997; BGE 123 III 354-366, *medialex* 1998, 44-47 und 54-55; SJ 1998, 313-314; SJZ 1998, 358; ZBJV 1998, 376-378, 442-445; AJP 1998, 825; plädoyer 1997, 74; sic! 1997, 592; NZZ vom 9.7.1997)

2. **Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Persönlichkeitsverletzung. Begriff der «sich weiterhin störend auswirkenden» Persönlichkeits-, bzw. Wettbewerbsverletzung; Art. 28a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB und Art. 9 Abs. 1 lit. c UWG** (Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 30.10.1997; *medialex* 1998, 50-52; Pra 1998 Nr. 266; AJP 1998, 715; *medialex* 1998, 44-47)

3. **Berner Anzeigerstreit. Verwechslungsgefahr. Legitimation öffentlich-rechtlicher Körperschaften zur Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche; Art. 3 lit. b und d UWG und Art. 29 ZGB** (Bundesgericht, 13.8.1997; BGE 123 III 395; *medialex* 1998, 54; SJ 1998, 153-154; SJZ 1998, 358; sic! 1998, 83, 91)

4. **Irreführende Herabsetzung durch exemplifizierende Medienberichterstattung; Art. 3 lit. a UWG** (Bundesgericht, 8.1.1998; BGE 124 III 72-78; *medialex* 1998, 100-105; plädoyer 1998, 67-71; ZBJV 1998, 296-298; SJZ 1998, 358; sic! 1998, 213)

5. **Werbung durch Preisvergleiche und unlauterer Wettbewerb; Art. 3 lit. e UWG** (Zürich, Obergericht, 24.4.1997; ZR 1997 Nr. 141; AJP 1997, 1027)

6. **Namen von Presseerzeugnissen. Verwechslungsgefahr; Art. 3 UWG** (Appenzell-Ausserrhoden, Obergericht, 24.2.1998; *medialex* 1998, 174)

1. La constatation de l'atteinte

L'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte à la personnalité est prévue aux art. 28a al. 1 ch. 3 CC et 9 al. 1 lit. c LCD. Le demandeur ne peut intenter une telle action que si le trouble créé par cette atteinte «subsiste». La question de savoir comment il faut comprendre cette exigence reste controversée (cf. F. WERRO, Chronique de la jurisprudence 1997, *medialex* 1998, 175 ss).

1.1 L'intérêt à l'action

La première cour civile du Tribunal fédéral retient une interprétation large et considère que le trouble «subsiste» dès que le risque existe qu'une personne puisse encore prendre connaissance du fait contesté ou que celui-ci n'a pas perdu toute actualité (Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour civile, 8.7.1997; ATF 123 III 354-366, *medialex* 1998, 44 ss et 54 s.; SJ 1998, 313 s.; SJZ 1998, 358; ZBJV 1998, 376 ss, 442 ss; AJP 1998, 825; plädoyer 1997, 74; sic! 1997, 592; NZZ du 9.7.1997). En revanche, la deuxième cour civile n'admet l'intérêt à la constatation que si le demandeur prouve que l'effet de l'atteinte persiste de manière effective et concrète (Tribunal fédéral, 2^{ème} Cour civile, 30.10.1997, *medialex* 1998, 44, 50 ss, Pra 1998 Nr. 266, AJP 1998, 715; Tribunal fédéral, 8.10.1997; ATF 123 III 385 ss, *medialex* 1998, 44 ss, ZBJV 1998, 376 ss, 442 ss, SJ 1998, 314 s.; Tribunal fédéral, 3.4.1998, *medialex* 1998, 171 s.).

Dans ce dernier arrêt (ATF 123 III 385), la deuxième cour civile précise que si l'atteinte à la personnalité est grave, on présume que le trouble subsiste. L'appréciation de la gravité de l'atteinte doit reposer sur le jugement de valeur d'un «lecteur moyen».

1.2 La rectification

La rectification sous la forme de la publication d'un jugement est un cas particulier de l'action en constatation. Comme on l'admet en droit de la concurrence déloyale et en droit de la propriété immatérielle, la rectification est un *moyen défensif* destiné à faire disparaître le trouble résultant de l'atteinte; elle n'est pas une *satisfaction* propre à en réparer les conséquences. Dès lors la faute de l'auteur n'est pas décisive (Zug, Tribunal cantonal, 22.2.1996; GVP ZG 1995/96, 59 ss).

Cet arrêt précise également que le juge peut adapter la forme de la rectification au degré de publicité entraîné par l'atteinte illicite. Ainsi la rectification peut faire l'objet d'une publication; elle peut aussi consister en une communication individuelle aux personnes concernées.

2. Les mesures provisionnelles

Dans un cas où l'imminence d'une atteinte à la personnalité ne permet plus d'entendre la partie adverse, le

juge peut ordonner directement des mesures d'urgence sur simple présentation de la requête. Si ces mesures sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse, le juge peut exiger que le requérant fournisse des sûretés (cf. art. 28d al. 2-3 CC). Il en va autrement lorsque les faits reprochés sont prouvés. La preuve de l'illicéité du comportement contesté rend le dépôt d'une garantie matérielle superflu car, dans ce cas, le requérant dispose manifestement de son droit d'action (Bern-Laupen, Tribunal d'arrondissement, 5.8.1997; AJP 1998, 965 : cas d'une atteinte à l'honneur social et professionnel à la suite d'une affirmation faite lors d'une conférence publique).

3. Le droit de réponse

a. Le droit de réponse est accordé à la personne touchée dans sa personnalité par une *présentation négative* de faits ayant atteint un *grand nombre de «lecteurs moyens»*. Cette condition fait défaut si la publication litigieuse n'entraîne une impression négative qu'auprès d'un nombre réduit de *lecteurs initiés* (Tribunal fédéral, 23.6.1997; AJP 1997, 1141; NZZ du 14.8.1997, 14). L'arrêt est intéressant. Il précise en effet la portée de l'art. 28g CC et en limite le champ d'application de façon convaincante.

b. En application de l'art. 28h al. 2 CC, une entreprise de presse ayant diffusé une affirmation contestée est en droit de refuser la publication d'une *réponse manifestement inexacte* (Fribourg, Tribunal cantonal, 13.2.1998; *medialex* 1998, 110). Le Tribunal cantonal du canton de Fribourg a ainsi retenu que le journal «La Liberté» avait le droit de s'opposer à la réponse que le mouvement «Raël» voulait faire paraître à la suite d'un article dans lequel le journal avait affirmé que ce mouvement «prôn[ait] théoriquement dans ses écrits la pédophilie et l'inceste». Au vu des écrits «ambigus voire sans détours licencieux» de ce mouvement et du fait que celui-ci ne les avait jamais réfutés «de façon claire et nette», le Tribunal cantonal a jugé qu'une réponse affirmant que la pédophilie et l'inceste étaient considérés «comme une abomination» par «Raël» était manifestement inexacte.

3.1 La forme de la réponse

a. La réponse doit respecter le but des art. 28g ss CC et correspondre au principe du «fait contre fait» (Tatsache gegen Tatsache) développé par la jurisprudence fédérale en application de l'art. 28h al. 1 CC. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral impose ainsi un lien direct entre le *fait contesté* et la *réponse*. Une simple relation plus ou moins vague n'est pas admissible (Tribunal fédéral, 27.4.1998; *medialex* 1998, 156 ss; plädoyer 1998, 60 s.).

Dans l'arrêt ci-dessus, un journal avait publié une photographie de deux personnalités publiques séparées par une déchirure. Il s'agissait de savoir si les intéressés pouvaient répondre en publiant une photographie *sans* la déchirure. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'une présentation de faits peut aussi se faire par le truchement de l'image. Toutefois, en application du principe de la limitation de la réponse à la présentation contestée, il a pré-

cisé que la photographie ne saurait être publiée en guise de réponse si l'affirmation qu'elle véhicule ne dépasse pas celle qui est contenue dans le texte qui l'accompagne (cf. D. BARRELET, *medialex* 1998, 161 s.). Le Tribunal fédéral a considéré qu'il ne découlait pas de l'art. 28k al. 1 CC une règle stricte sur l'identité de la présentation de la réponse avec la première publication; ce qui est décisif, c'est que la réponse touche le même public. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a retenu que la réponse publiée sous la forme d'un *texte*, auquel il était adjoind la mention «droit de réponse», était suffisante pour susciter l'attention du «lecteur moyen» et ainsi redresser l'impression laissée par la première publication constituée d'un *texte et d'une image*.

Cette interprétation de l'art. 28k al. 1 CC est critiquable dans la mesure où elle contrevient au principe de l'égalité des armes selon lequel la personne touchée devrait normalement pouvoir utiliser les mêmes moyens typographiques que ceux de la publication contestée (cf. F. WERRO, Chronique de la jurisprudence 1997, *medialex* 1998, 177).

b. Le principe de limitation à la présentation contestée a également pour conséquence que la réponse doit être adaptée aux *caractéristiques* du média concerné (p. ex. exigence de concision pour une réponse publiée par la voie télévisuelle). Selon l'art. 28h al. 1 CC, on ne saurait obliger le média à publier une nouvelle production complète de l'original. Si une réponse apparaît comme un nouveau reportage, le juge peut la réduire aux faits contestés à la condition que cette réduction puisse se faire facilement et immédiatement (Tribunal fédéral, 24.7.1997; *medialex* 1997, 232).

3.2 Le droit à sa propre image

Il n'est licite de publier l'image d'une personne sans son consentement que si la publication est *justifiée par un intérêt public prépondérant* ou est expressément *autorisée par la loi*. Un intérêt public prépondérant peut être admis notamment dans le cas où la personne concernée attire l'attention sur elle-même de façon ostentatoire par le biais de son comportement conscient et actif (Zürich, Obergericht, 23.10.1997; ZR 97 (1998) Nr. 44). Le Tribunal supérieur du canton de Zurich a reconnu cet intérêt pour la publication d'une photographie sur laquelle apparaissait le propriétaire d'un hôtel dont la direction avait annoncé que les hôtes d'origine arabe ne devaient pas être servis. Au vu de l'intérêt public des problèmes liés au racisme, le tribunal a considéré la propriétaire de l'hôtel comme une «personne de l'histoire contemporaine» de notoriété relative.

Les personnes de l'histoire contemporaine ont un statut qui appartient à l'intérêt public. Il convient de distinguer les personnes de notoriété *absolue* et celles de notoriété *relative* (DESCHENAUX/STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Berne 1995, p. 181, n. 561a). Alors que les premières sont des personnalités publiques qui font durablement partie de l'histoire contemporaine (p. ex. sportifs d'élite, artistes ou politiciens), les secondes ont

acquis une notoriété passagère à l'occasion d'un événement déterminé (p. ex. auteurs ou victimes d'une infraction). En principe, plus la personne est connue ou la situation est publique, plus il faut considérer que la publication de l'image est licite. Dans cette appréciation, il convient de prendre en compte les intérêts en présence, à savoir le *devoir d'information des médias* d'une part et le *droit à sa propre image* d'autre part (Zürich, Obergericht, 23.10.1997; ZR 97 (1998) Nr. 44).

4. La concurrence déloyale et les médias

4.1 La qualité pour agir

Une corporation de droit public ne peut se fonder sur la LCD pour défendre ses intérêts économiques contre les atteintes de la presse que si le droit qu'elle invoque est lié à l'exercice d'une activité de libre concurrence. Cette condition fait défaut si la corporation de droit public exerce une tâche purement administrative fondée sur un monopole. Si elle exerce à la fois une activité administrative et une activité de marché, on ne peut reconnaître sa légitimation active que pour la partie «privée» de son activité (Tribunal fédéral, 13.8.1997; ATF 123 III 395; *medialex* 1998, 54; SJ 1998, 153 s.; SJZ 1998, 358; sic! 1998, 83, 91).

4.2 Les allégations fallacieuses

Lorsque la presse économique s'en prend à un produit particulier, même dans l'intérêt du consommateur, elle doit respecter les règles de diligence journalistiques. Cela implique qu'elle doit s'assurer de la véracité de son information, sinon au moins de la fiabilité de ses sources (Tribunal fédéral, 8.1.1998; ATF 124 III 72 ss; *medialex* 1998, 100 ss; plädoyer 1998, 67 ss; ZBJV 1998, 296 ss; SJZ 1998, 358; sic! 1998, 213). Une entreprise exploitant entre autres médicaments le produit «Contra-Schmerz» a fait un procès à la télévision suisse alémanique en lui reprochant d'avoir diffusé des informations négatives sur une substance contenue dans ce produit et d'avoir donné l'impression que celui-ci était le seul à contenir la substance critiquée, alors qu'en réalité l'information concernait également d'autres médicaments contenant la même substance.

Le Tribunal fédéral a condamné la télévision en soulignant que la presse a le devoir d'informer le public et d'avertir les consommateurs contre les dangers que les produits peuvent faire courir à leur santé, mais qu'elle doit éviter de critiquer certains concurrents au profit d'autres en induisant le public en erreur. Le Tribunal a retenu une violation de l'article 3 lit. a LCD en considérant que la presse ne pouvait pas s'en prendre à un produit et dénoncer ses dangers sans mentionner les autres produits qui contiennent la même substance.

Pris à la lettre, l'arrêt pose des exigences trop sévères. On ne saurait attendre de la presse économique qu'elle se livre à des enquêtes préalables pour faire la liste de tous les produits qui présentent les mêmes dangers que celui qu'elle entend dénoncer (cf. les remarques critiques de SAXER, in *medialex* 1998, 104, qui souligne que l'arrêt est douteux sur le plan constitutionnel, dans la mesure où la

presse est menacée de l'interdiction de parler de produits à titre exemplatif même lorsque leurs dangers sont avérés; cf. ég. UWG hemmt Warentests in den Medien, Plädoyer 1998, 67 ss). Une fois avéré le fait qu'une substance nocive est contenue dans un produit déterminé, la rapidité d'information devrait l'emporter sur un devoir d'investigation long et fastidieux. Il en va de la sauvegarde de la *liberté de la presse* et de la *protection du consommateur*.

4.3 Le risque de confusion

Le droit de la concurrence déloyale protège aussi les intérêts économiques liés à la dénomination des entreprises de presse. Un journal a un intérêt économique à ce que le public ne le confonde pas avec un concurrent (Tribunal fédéral, 13.8.1997; ATF 123 III 395; *medialex* 1998, 54; SJ 1998, 153 s.; SJZ 1998, 358; sic! 1998, 83, 91). Ainsi un journal désirant porter le nom de «Zürichsee Woche» doit se choisir une autre appellation s'il existe déjà un journal concurrent du nom de «Züri Woche» sur le marché. La différence entre les deux noms est en l'occurrence insuffisante pour que le «public moyen» puisse différencier les deux journaux. Cela est d'autant plus vrai si ceux-ci possèdent les mêmes caractéristiques (gratuité, annonces, etc.). Les éléments de différenciation d'un journal ne ressortent pas seulement de l'apparence mais aussi de la phonétique de son titre, surtout si le journal lie ses rapports avec la clientèle par téléphone (Appenzell Rhodes-externes, Obergericht, 24.2.1998; *medialex* 1998, 174).

4.4 Les affirmations inexactes

En matière de comptes rendus journalistiques, la première cour civile a jugé que des inexactitudes et des approximations ne sont contraires au droit de la LCD que si les informations fournies font apparaître le lésé sous un faux jour (Tribunal fédéral, 1^{ère} Cour civile, 8.7.1997; ATF 123 III 354-366, *medialex* 1998, 44 ss et 54 s., SJ 1998, 313 s.; SJZ 1998, 358; ZBJV 1998, 376 ss, 442 ss; AJP 1998, 825; plädoyer 1997, 74; sic! 1997, 592; NZZ du 9.7.1997). *In casu*, il s'agissait d'un reportage effectué par un journal d'information des consommateurs rapportant des affirmations faites au sujet de deux établissements bancaires spécialisés dans le petit crédit. Le reportage était simplifié dans le but d'en rendre le contenu plus accessible au public. Le Tribunal fédéral a jugé que cette simplification était conforme au droit. Il a retenu que des reportages inexacts ou simplifiés ne violent le droit de la concurrence que si les faits retranscrits donnent du lésé une fausse image et portent ainsi atteinte à son honneur. Cette restriction, tirée de la jurisprudence rendue en application de l'art. 28 CC, est heureuse; elle permet de tempérer les effets de l'application de la LCD à l'activité journalistique (cf. I. CHERPILLOD, Information et protection des intérêts personnels, Rapport à la Société suisse des Juristes 1999, 157, qui estime à juste titre que cette activité ne devrait pas relever de la LCD, mais du droit commun; dans le même sens, F. WERRO, Concurrence déloyale et médias, Journée du droit de la communication, Fribourg 1998, 16 s.). ■