

Chronique de la jurisprudence 1999: en droit civil

Franz Werro

Professeur de droit civil à l'Université de Fribourg, Fribourg

I. Zivilrecht / Droit civil

1. Der Gegendarstellungsanspruch setzt u.a. unmittelbare Betroffenheit in der Persönlichkeit voraus. Dazu genügt nicht jedes Berührtsein (Art. 28g Abs. 1, 28h Abs. 1 und 2 ZGB) (Bundesgericht, 27.4.1998; AJP/PJA 1999, 594)

2. Refus d'une réponse manifestement inexacte (art. 8, 28g, 28h CC, art. 44, 48, 54s., 63, 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ) (Tribunal fédéral, 24.8.1998; *medialex* 1999, 225f.)

3. Prozesskostenverlegung im gerichtlichen Gegendarstellungsverfahren, Willkürverbot (BE-ZPO 58, Art. 4 BV) (Bundesgericht, 1.9.1998, nicht publ., *medialex* 1998, 220 ff.; SJZ 1998, 496)

4. Persönlichkeitsverletzung im Internet, örtliche Zuständigkeit bei Fällen mit Auslandberührung, vorsorgliche Massnahmen (Art. 28 ff. ZGB, Art. 10, 129 IPRG) (Kantonsgericht Schwyz, 13.3.1997, EGVSZ 1997 Nr. 32; SJZ/RSJ 1999, 199f.; AJP/PJA 1999, 863)

5. Persönlichkeitsschutz, Nichtplatzierung der gerichtlichen Urteilspublikation gemäss Urteilsdispositiv ist Problem der Vollstreckung, keine Erläuterung (Art. 28a Abs. 2 ZGB) (Zürich, Obergericht, 16.9.1997; AJP/PJA 1998, 1108ff., 1357)

6. Erwähnung von Tatsachen in Fernsehsendungen (Art. 28c ZGB) (Nidwalden, Kantonsgericht, 24.5.1995; AJP/PJA 1998, 1221; SJZ/RSJ 1998, 69)

7. Persönlichkeitsverletzung durch Satiresendung, Abgrenzung Satire/Aktion, vorsorgliche Massnahmen (Art. 28c ZGB) (Luzern, I. Zivilkammer, 26.2.1998, LGVE 1998 I Nr. 2)

8. Droit de réponse: répondre aux faits par d'autres faits (Tessin, Tribunal d'appel 1a chambre civile, 6.5.1999; *medialex* 1999, 188)

9. Die Vereinbarung über den Betrieb einer 156er-«Eroktiklinie» verstösst nicht gegen die guten Sitten (Art. 20 Abs. 2 OR) (Thurgau, Obergericht, 16. Januar 1997; Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat 1997, 81ff.)

10. Contrat innommé (système de traitement des données informatiques). Garantie en raison des défauts (CO 197, 205) (Tribunal fédéral, 27.8.1998; La Semaine Judiciaire, 1999 I, 212ff.)

II. UWG-Zivilrecht / LCD – Droit civil

1. L'application de la LCD à la communication d'un rapport sur la prétendue nocivité des fours à micro-ondes à un journal et à la publication consécutive de ce rapport constitue une restriction «prévues par la loi» à la liberté d'expression (Art. 10 al. 2 CEDH) (Cour européenne des droits de l'homme, 25.8.1998, affaire Hertel c. Suisse, 59/1997/843/1049; *medialex* 1998, 213-218; plädoyer 1998/5, 74f.; AJP/PJA 1999, 325; sic! 1998, 491-500, 502)

2. «Mikrowellenherd - Fall Hertel II»- Revision eines Bundesgerichtsentscheides aufgrund einer Gutheissung einer Individualbeschwerde wegen Verletzung der EMRK, Verbot wettbewerbsgeneigter Verlautbarungen, Unterlassungsanspruch wegen Gefahr drohender Verletzungen (Art. 139a OG, Art. 10 Abs. 2 und 50 EMRK, Art. 3 lit. a und 9 Abs. 1 lit. a UWG) (Bundesgericht, 2.3.1999; sic! 1999, 310ff, 318; *medialex* 1999, 98ff.)

3. LEGO vs. Kiddy Fun AG, Tragweite der Kompetenzattraktion (Art. 12 Abs. 2 UWG) (Bundesgericht, 31.12.1998; sic! 1999, 314ff., 318)

4. Grenzen der zulässigen Vergleichswerbung (Art. 3 lit. e UWG) (Bundesgericht, 3.6.1999; *medialex* 1999, 187 f.; plädoyer 1999, 71)

5. EMD/Sonntagszeitung, Persönlichkeitsschutz von Armeeingehörigen, Geltendmachung durch das EMD vor der Schweizer. Lauterkeitskommission/SLK (SLK-Grundsatz 3.2, Art. 3 lit. a UWG) (Plenum der SLK, 30.4.1998; sic! 1999, 95f.)

6. «Gelbe Lebensversicherungen», Massnahmeentscheid, herabsetzende Aeusserungen, nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil (Art. 3 lit. a UWG, Art. 28c Abs. 1 ZGB) (Bern-Laupen, Gerichtskreis VII, 23./24.11.1998; sic! 1999, 167ff.)

1. Le droit de réponse

1.1 Le droit de refuser la publication d'une réponse manifestement inexacte

Le 13 février 1998, le Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg a jugé, en application de l'art. 28h al. 2 CC, qu'une entreprise de presse ayant diffusé une affirmation contestée est en droit de refuser la publication d'une *réponse manifestement inexacte* (refus de publier la réponse du mouvement Raëlien condamnant la pédophilie et l'inceste dès lors que le journaliste s'était fondé sur des écrits du mouvement contredisant cette affirmation; Fribourg, Tribunal cantonal, 13.2.1998; *medialex* 1998, 110; F. WERRO, Chronique de jurisprudence 1998, *medialex* 1999, 190; P. TERCIER, RFJ 1998, 316). Par un arrêt du 24 août 1998, le Tribunal fédéral a rejeté un recours en réforme et un recours de droit public formés contre l'arrêt cantonal. Le Tribunal fédéral souligne que le droit de réponse ne permet pas de publier des contre-vérités, tout en précisant que l'art. 28h al. 2 CC s'interprète de manière restrictive et que l'entreprise doit donc établir sans délai et d'une manière irréfutable l'inexactitude manifeste de la réponse proposée (cf. ATF 115 II 113 c.4). L'arrêt souligne aussi que le droit de réponse doit se limiter à l'objet de la présentation contestée; il ne saurait être le prétexte à faire état d'opinions. L'auteur de la réponse doit présenter une version des faits différente de celle contenue dans l'article incriminé, et non se contenter d'exprimer un commentaire personnel sur les faits de la présentation contestée (Tribunal fédéral, 24.8.1998; *medialex* 1999, 225 s.).

L'arrêt du TF n'appelle pas de commentaire particulier, si ce n'est qu'il confirme à juste titre les limites dans lesquelles doit se tenir le droit de réponse. Celui qui veut répondre doit se borner à contester les faits présentés, selon le principe du «fait contre fait» (*Tatsache gegen Tatsache*) développé par la jurisprudence fédérale en application de l'art. 28h al. 1 CC; il ne peut pas aller au-delà. Dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral impose ainsi un lien direct entre la *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.).

Le professeur Tercier a relevé dans sa note relative à cette affaire que la réponse proposée en l'occurrence avait été examinée, par la rédaction du journal comme par les juges, avec une méfiance particulière compte tenu du contexte et de la nature de l'affaire. Il souligne que le principe du «fait contre fait» n'est pas d'un maniement facile, et qu'on n'échappe qu'avec peine au jugement de valeur quand il s'agit d'appliquer ce principe. Cela est sans doute vrai et néanmoins il me semble que la difficulté doit être surmontée. L'application restrictive du droit de réponse ne devrait pas se limiter aux affaires qui mettent en cause des intérêts supérieurs comme, en l'occurrence, celui de la sécurité des enfants. Elle devrait être la règle, et le doute dans l'application du principe du fait contre fait devrait jouer en défaveur du droit de réponse quels que soient les intérêts en cause. Il existe en effet d'autres moyens de

droit à côté du droit de réponse pour contester les présentations médiatiques.

1.2 Le principe du «fait contre fait»

Le 6 mai 1999, le Tribunal d'appel du Tessin a également appliqué le principe du «fait contre fait» développé par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 28h al. 1 CC. Cet arrêt illustre de façon intéressante l'application de ce principe.

L'affaire soumise au Tribunal d'appel du Tessin concernait le cas d'un journal ayant publié des articles affirmant la difficulté de trouver dans ce canton un avocat honnête, et accusant l'Ordre des avocats tessinois de s'être enrichi grâce à la spéculation foncière et au blanchissage d'argent sale; il conseillait en outre d'éviter les avocats actifs en politique. L'Ordre des avocats ayant obtenu du prêteur la publication d'une réponse, le journal a saisi le Tribunal d'appel d'un recours. La Cour a admis le droit de l'Ordre des avocats à la publication d'une réponse, mais elle a estimé que le texte de celle-ci *n'opposait pas à la présentation de faits litigieuse une autre présentation de faits*. Celui-ci ne répondait en effet pas aux accusations du journal et ne permettait pas de se faire une autre opinion sur le sujet. Il s'agissait d'un texte général sur la manière de devenir avocat et sur les organes préposés au contrôle de la discipline professionnelle. L'arrêt est conforme à la jurisprudence fédérale et il mérite approbation. Compte tenu de la liberté de la presse, il est juste de comprendre le droit de réponse de façon restrictive.

2. Les mesures provisionnelles

2.1 Internet et le for des mesures provisionnelles

Le tribunal cantonal de Schwyz a jugé, le 13 mars 1997, que celui qui rend vraisemblable qu'une publication sur Internet constitue une atteinte illicite à sa personnalité a le droit de demander de saisir le juge des mesures provisionnelles au lieu de son domicile (Tribunal cantonal de Schwyz, 13.3.1997, EGVSZ 1997 Nr. 32; RSJ 1999, 199 s.; PJA 1999, 863).

L'arrêt rappelle que dans les rapports internationaux, la question est réglée par la LDIP. L'atteinte à la personnalité est un acte illicite au sens de l'art. 33 al. 2 LDIP. Pour les actions fondées sur un acte illicite, l'art. 129 al. 1 prévoit la compétence du juge suisse du domicile du défendeur ou, lorsque ce domicile n'existe pas, celle du juge du lieu de résidence habituelle ou d'établissement du défendeur. Subsidiairement, l'art. 129 al. 2 prévoit la compétence du juge suisse du lieu de l'acte ou du résultat. Le demandeur domicilié en Suisse peut donc agir en Suisse contre le défendeur résidant à l'étranger, au lieu où l'acte ou le résultat s'est produit. Le lieu du résultat de l'acte est le lieu où se trouvait le bien touché au moment de l'acte ou le lieu où ce dernier s'est fait sentir.

Dans le cas d'une atteinte à la personnalité, le résultat se produit en général au domicile du lésé. Pour pouvoir admettre la compétence du juge suisse au lieu du résultat, il suffit que celui-ci se soit partiellement réalisé en Suisse;

s'il a lieu aussi en partie à l'étranger, le juge suisse n'en demeure ainsi pas moins compétent.

Il n'en va pas différemment lorsqu'une éventuelle diffamation est diffusée sur Internet. Il n'y a en effet pas de raison de ne retenir un for qu'au lieu du domicile de l'auteur ou au lieu du *uploading* ou encore au siège du *provider*. Au contraire, en présence d'un média universel tel qu'Internet, il est particulièrement important que la personnalité soit protégée là où l'atteinte se fait sentir, ne serait-ce que pour tenir compte de la position de faiblesse de la victime. Le demandeur qui préfère agir au lieu de son domicile ou au lieu où s'est produit le résultat de l'atteinte plutôt qu'au domicile du défendeur doit supporter les éventuels inconvénients de la procédure d'exécution dans le pays du défendeur.

En l'occurrence, le demandeur réclamait le prononcé de mesures superprovisionnelles. Il demandait qu'assortie de la menace de sanctions pénales selon l'art. 292 CP, une interdiction soit faite au défendeur de diffuser une publication sur Internet ainsi que dans tout autre média. Les mesures provisionnelles, qui tendent à l'exécution provisoire d'une prétention litigieuse, doivent être adressées au juge compétent pour juger de l'affaire au fond. La LDIP prévoit une exception à cette règle en admettant la possibilité pour les tribunaux suisses de prononcer ces mesures même lorsqu'ils ne sont pas compétents pour connaître du fond (cf. art. 10 LDIP).

L'arrêt mérite pleine approbation. Il est en effet juste de protéger autant que faire se peut celui qui paraît victime d'une atteinte illicite. L'arrêt révèle toutefois combien cette protection est aléatoire en cas d'atteinte illicite par le biais d'Internet. On a en effet de la peine à imaginer ce qui, au plan international, garantit de manière efficace l'exécution de telles mesures superprovisoires.

2.2. La protection de la personnalité et la LCD

Le tribunal de Bern-Laupen a jugé les 23 et 24 novembre 1998 d'un cas dont les faits étaient les suivants (Bern-Laupen, Gerichtskreis VII, 23./24.11.1998; sic! 1999, 167 ss). La poste suisse et une compagnie d'assurances ont offert au public des «assurances-vie jaunes». Par demande de mesures superprovisoires, fondée sur la violation du droit de la concurrence et du droit de la personnalité, la poste a obtenu l'interdiction de la diffusion d'un dépliant distribué par une compagnie d'assurances concurrente qui mettait en doute les mérites des assurances-vie jaunes. Par la suite, le juge saisi a confirmé la décision par l'ordonnance de mesures provisionnelles.

Le jugement a retenu la violation claire de la LCD dans la mesure où la requérante a rendu vraisemblable que les affirmations étaient contraires à la vérité et inutilement blessantes (cf. *infra*). Tout en reconnaissant que la poste a droit au respect de son honneur économique, il n'a pas tranché la question de savoir si le requérant pouvait invoquer la violation de l'art. 28 CC. Il a toutefois retenu à l'appui de sa décision que les mesures provisionnelles de l'art. 28c al. 1 CC sont destinées à protéger le lésé contre le risque d'un dommage difficilement réparable. Il s'agit

aussi d'éviter que le lésé perde la possibilité de réaliser son droit.

L'arrêt est intéressant car il contient une évaluation détaillée de chacune des affirmations faites dans le dépliant. L'analyse est tellement minutieuse qu'on se demande au demeurant ce qu'un juge aurait pu dire de plus dans un jugement au fond. L'intérêt de l'arrêt réside également dans le fait qu'il rappelle aussi le but des mesures provisionnelles, en soulignant que ni l'intérêt à la liquidation rapide du procès, ni la seule survenance d'un dommage ne suffisent pour justifier le prononcé de mesures provisionnelles.

2.3 L'atteinte à la personnalité par le biais d'une émission radiophonique satirique (art. 28c CC)

Selon l'art. 28 al. 1 CC, celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. L'honneur compte parmi les biens de la personnalité protégés par cette disposition. En vertu de l'art. 28c CC, celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles (al. 1); le juge peut notamment interdire l'atteinte ou la faire cesser à titre provisionnel, ou prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves (al. 2). L'al. 3 de cette disposition soumet toutefois l'octroi de mesures provisionnelles à l'égard des médias à trois conditions spéciales cumulatives: le risque de préjudice particulièrement grave, l'absence manifeste de justification, et le respect du principe de proportionnalité.

Dans un arrêt rendu le 26 février 1998, la 1^{ère} Chambre civile de la cour cantonale lucernoise a analysé ces différentes conditions (Lucerne, I. Zivilkammer, 26.2.1998, LGVE 1998 I Nr. 2). L'affaire concernait un particulier (X.), vainqueur d'un concours de beauté, à propos duquel une station de radio avait entamé une série d'émissions satiriques. La série était consacrée à la recherche d'une compagne pour X. Elle se basait sur une interview donnée par X. à la revue Z. en 1997, dans laquelle il avait admis qu'il cherchait encore la femme de sa vie. Dans le cadre de son action, la station de radio avait également fait distribuer une série de T-shirts portant l'inscription «Une épouse pour X» («Eine Frau für X»). A la suite d'une requête de mesures provisionnelles de X., la station de radio a reçu l'interdiction de diffuser l'émission en lien avec X. et de distribuer ou de faire distribuer les T-Shirts susmentionnés. La défenderesse a attaqué cette décision en justice.

Il s'agissait en l'espèce de déterminer si l'émission, conjuguée à la recherche menée par la radio, constituait une plaisanterie admissible ou non. En d'autres termes, il s'agissait notamment de voir si elle pouvait ou non être qualifiée de satire. La satire consiste en une reproduction caricaturée, c'est-à-dire légèrement modifiée, de la réalité. Ce moyen d'expression doit en principe être toléré, même lorsque le propos manque de tact et de convenance. La

satire ne peut ainsi constituer une atteinte à la personnalité que dans des circonstances aggravées, notamment lorsqu'elle dépasse les limites du genre dans une mesure insupportable (cf. c. 6.1).

La cour cantonale a rappelé que l'analyse d'une éventuelle atteinte à la réputation d'une personne se fait selon un critère objectif. Il faut se fonder sur la réaction du lecteur ou de l'auditeur moyen. Les mesures provisoires de protection de la personnalité n'entrent dès lors en ligne de compte que pour les atteintes ayant une certaine intensité, et non pour n'importe quelle plaisanterie inoffensive (cf. c. 6.1.3).

En l'espèce, la cour cantonale a souligné que l'élément central de l'émission analysée n'était pas tant l'information selon laquelle le demandeur cherchait une femme, mais bien l'action consistant à chercher pour celui-ci une compagne de vie. Or, si la première pouvait être perçue par l'auditeur moyen comme une satire, et il en allait différemment de la seconde. Une fois distribués, les T-shirts pouvaient ne plus être perçus par le public comme une action accompagnant une émission radiophonique satirique. De plus, à la différence de ce qui aurait pu être le cas d'une émission unique sur le sujet, une série d'émissions quotidiennes faisant de la vie privée un objet de plaisanterie pouvait éveiller avec le temps un sentiment de mépris chez l'auditeur moyen (ATF 95 II 495) et entraîner une atteinte à la réputation économique du demandeur. La cour a donc admis l'existence d'une atteinte imminente à la personnalité d'une intensité suffisante pour justifier l'octroi de mesures provisionnelles (cf. c. 6.1.1 et 6.1.3).

La cour a par ailleurs admis l'existence d'un *risque de préjudice particulièrement grave*, à nouveau en considérant le fait que la station de radio avait planifié non pas une seule émission, mais toute une série d'émissions. Ce faisant, la station a dépassé la mesure du supportable. La cour a considéré comme vraisemblable le fait que cette atteinte imminente à la personnalité pouvait conduire à une atteinte à l'image de marque du demandeur, de nature à entraîner, compte tenu de la mission de ce dernier en tant que vainqueur d'un concours de beauté, un préjudice particulièrement grave (cf. c. 6.3).

Il n'y avait en l'espèce aucune justification à l'atteinte imminente à la personnalité. Le demandeur n'avait pas consenti à l'émission. De plus, son intérêt à la non diffusion de l'émission était supérieur à celui du public au divertissement (cf. c. 6.2).

Enfin, la cour a admis le respect du principe de proportionnalité également exigé par l'art. 28c al. 3 CC. Il découle de ce principe que les mesures provisionnelles sont subsidiaires au droit de réponse. Or en l'espèce, le fait que la station de radio ait prévu toute une série d'émissions et qu'elle ait fait distribuer dans un but publicitaire des T-shirts portant le nom du demandeur rendait l'exercice d'un droit de réponse inapproprié. Le préjudice particulièrement grave n'aurait dès lors pas pu être évité par le biais du droit de réponse (cf. c. 6.3).

L'arrêt lucernois mérite approbation. En effet, si la satire a sa place dans une presse libre, elle ne doit pas se faire au mépris de tout respect pour la personnalité d'autrui (sur la mission de divertissement de la presse, cf. SJ 1995 669 ss). Une émission unique dans laquelle on se serait moqué du fait que X. était à la recherche d'une femme aurait sans doute été acceptable. Mais le fait de doubler cette plaisanterie d'une action destinée à trouver cette femme, de même que le caractère répétitif de l'émission, ont conféré à celle-ci un caractère attentatoire à la personnalité de X. Il est vrai que le fait qu'il ait gagné un concours de beauté a donné à ce dernier une certaine notoriété, de sorte que l'on peut le considérer comme une «personnalité publique» passagère (cf. H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 3^{ème} éd., Berne 1995, n. 561a). Il convient toutefois de distinguer la situation d'une telle personne de celle d'un personnage public consacré. Si un politicien par exemple venait à dire en public qu'il cherche la femme de sa vie, il serait parfaitement légitime que les médias se moquent de lui et le fassent même de façon durable. Il en va différemment d'un particulier comme X. qui gagne un peu par hasard un concours et qui confie à un journaliste qu'il est encore à la recherche d'une compagne. L'intérêt public ne justifie pas dans ce cas que l'on fasse de cette confession un sujet de plaisanterie durable.

3. La concurrence déloyale et les médias

3.1. L'illicéité et les motifs justificatifs

Dans l'affaire de la poste (cf. *supra*), le tribunal a appliqué l'art. 3a LCD et a rappelé la définition du dénigrement et des affirmations inutilement blessantes. En ce qui concerne ces dernières, il a souligné qu'on doit en juger en se fondant sur l'impression qu'en tire le lecteur moyen. L'arrêt contient parmi d'autres un point intéressant en relation avec les motifs justificatifs. Le défendeur à la procédure a fait valoir à cet égard que sa critique des assurances-vie jaunes était destinée à protéger les consommateurs. Le tribunal a rejeté l'argument en soulignant avec raison qu'il ne saurait être accepté de la part d'un concurrent qui cherche à favoriser ses propres intérêts économiques.

3.2. La LCD et la liberté d'expression

Dans l'affaire Hertel, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt. Il s'est prononcé sur la demande en révision déposée par Hertel à la suite de l'admission par la Cour européenne des droits de l'homme de sa requête pour violation de la liberté d'expression. De façon surprenante, le Tribunal fédéral a rejeté pour l'essentiel la demande de Hertel. Je renvoie ici au commentaire critique que j'ai écrit dans *medialex* 1999, 101 s. A ce sujet, cf. ég. Jörg-Paul MÜLLER/Martin LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, in *medialex* 2000, 21 s. et les réf. citées.■