Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 87 (1968)

Artikel: Le droit de la radiodiffusion en suisse : radio et télévision : aperçu de quelques aspects de droit privé

Autor: Egli, Jean-François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895848

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 28.03.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

LE DROIT DE LA RADIODIFFUSION EN SUISSE. RADIO ET TÉLÉVISION

APERÇU DE QUELQUES ASPECTS DE DROIT PRIVÉ

Rapport présenté par
JEAN-FRANÇOIS EGLI
juge cantonal, Neuchâtel

TABLE DES MATIÈRES

Notice préliminaire 225
Introduction 226

Chapitre 1

L'organisation interne des organismes d'émission

I. Le statut interne de la SSR 230
II. Les principaux liens contractuels de la SSR 258
III. De la publicité à la télévision 267

Chapitre 2

Radiodiffusion et propriété intellectuelle

I. Aperçu historique 273
II. Les droits de l'auteur et la radiodiffusion 278
III. Les droits «voisins» et la radiodiffusion 346
IV. Les droits des organismes de radiodiffusion 359
V. Réglementation internationale des droits «voisins» . . . 366

Chapitre 3

Les effets des émissions (programmes) sur les particuliers

I. Introduction 371
II. De l'action délictuelle 372
III. De l'action contractuelle ou quasi-contractuelle 409
IV. L'action en enrichissement illégitime 411

Chapitre 4

La réception des émissions

I. La protection assurée à la réception 412
II. L'usage abusif des appareils de réception 419
III. Le dommage causé par les installations de réception . . 422

ABRÉVIATIONS

Les principales abréviations, notamment celles utilisées par le Tribunal fédéral, sont censées être connues des lecteurs. Parmi les abréviations moins usuelles, citons:

BullUER	Bulletin de l'Union européenne de radiodiffusion
CB	Convention de Berne concernant la création d'une Union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques
CB_{1928}	--même convention dans sa version de Rome
CB_{1948}	--même convention dans sa version de Bruxelles
CB_{1967}	--même convention dans sa version de Stockholm
DA	Le droit d'auteur, revue éditée par les Bureaux réunis de la propriété intellectuelle
FuR	Film und Recht
LCTT	Loi fédérale réglant la correspondance télégraphique et téléphonique
LPDA	Loi sur la perception des droits d'auteur
Rev.s.	Revue suisse de la propriété industrielle et du droit d'auteur
RTDC	Revue trimestrielle de droit commercial
RUER	Revue de l'Union européenne de radiodiffusion
st.	statuts

Notice préliminaire

1. Depuis près d'un demi-siècle la radiodiffusion a pris une telle ampleur, intéressé tant de personnes, suscité tant de problèmes, partant tant d'avis, en Suisse, et surtout d'une manière bien souvent analogue à l'étranger, que les dimensions imposées à ce mémoire contraignent le rapporteur à se limiter à l'énoncé de quelques questions, parfois de quelques solutions possibles, en droit actuel et pour celui de demain[1]. Ce droit est en effet en perpétuel retard sur une technique dont il est né et qui, en fonction de relations économiques changeantes elles aussi, ne cesse de poser de nouveaux problèmes. Il faut souvent se borner à en faire le constat, sans qu'on sache encore quelles réponses pourront leur être trouvées.

Ce travail se tiendra à la terminologie, courante actuellement, de la Convention internationale des télécommunications[2] qui définit la «radiocommunication» comme une «télécommunication réalisée à l'aide des ondes radioélectriques» et le «service de radiodiffusion» comme un «service de radiocommunication dont les émissions sont destinées à être reçues directement par le public en général. Ce service peut comprendre des émissions sonores, des émissions de télévision ou d'autres genres d'émissions». C'est dire que notre attention consacrée à la radiodiffusion – soit la radio-

---

[1] Le lecteur plus curieux se rapportera aux travaux spécialisés dont la bibliographie, par ses dimensions, ne peut être donnée qu'en partie et par référence. W. Werhahn, par exemple, dans sa Bibliographie des Film- und Fernsehrechtes pour les années 1896 à 1962, n° 27 de la série UFITA, ne mentionne pas moins de 1500 titres et V. Spiess, Bibliographie zu Rundfunk und Fernsehen, Hans-Bredow Institut Hambourg 1966, pas moins de 1800 titres.

[2] Atlantic City, 2.10.1947, ROLF 1949, p.162; Buenos-Aires, 22.12.1952, ROLF 1954, p.149; Genève, 21.12.1959, ROLF 1960, p.1451.

phonie et la télévision – ne se portera ni sur les questions de droit que peuvent poser les autres sortes de radiocommunications ni, généralement, sur celles de la distribution par fil.

Introduction

2. Le droit privé de la radiodiffusion[3] ne peut être tenu pour une discipline juridique particulière, dans le cadre des grandes subdivisions du droit. A quelques exceptions près, le droit écrit ne lui consacre pas de règles légales spéciales. Sa seule unité réside dans ses relations avec le procédé technique que représente la diffusion et la réception de sons et d'images véhiculés par les ondes. Il comprend ainsi les rapports de droit privé ayant pour cause directe ou indirecte la pose, la détention et l'utilisation d'installations émettrices et réceptrices de radiodiffusion. En l'absence de normes spéciales, ces rapports donnent lieu à l'application des règles du droit commun. Si cette réunion peut sembler disparate à première vue, elle l'est moins dès qu'on examine le statut de la radiodiffusion en Suisse dans son ensemble. Celui-ci fait déjà l'objet d'une réglementation particulière de droit public, laissant une large part au droit privé. Un bon aperçu de toute l'institution veut qu'on en saisisse les deux aspects. Au demeurant, l'importance prise par ce moyen de diffusion dans la vie actuelle en fait une institution sociale[4] si considérable qu'il se justifie d'en étudier le statut juridique comme tel.

Celui-ci a subi une double et forte empreinte. Marqué par la manière empirique dont il s'est établi, au gré des nécessités politiques, il est aussi l'expression des idées politiques ayant

---

[3] L. Bollecker, Droit privé de la radiodiffusion, thèse Paris 1934; J. Buser, Radiorecht und Radiourheberrecht, RDS 51, 1932, p. 1a ss.; A. Comment, Le sans-filiste en droit privé suisse, RJB 68, p. 553; Ch. Debbasch, Traité du droit de la radiodiffusion, Paris 1967; H. Schloetzer, Rechtsfragen des Fernsehens, thèse Mayence 1954; C. H. Lueders, Presse- und Rundfunkrecht, Berlin 1952.

[4] C. Schubiger, Le rôle social de la radiodiffusion, thèse Lausanne 1940.

cours lors de son élaboration, quant aux rapports entre l'Etat et le citoyen.

Rappeler l'influence de la radiodiffusion est devenu un truisme. Au fil des ondes et des antennes, les émissions se jouent des barrières du domicile et se glissent dans presque chaque foyer du pays. Ces images et ces sons – les paroles surtout – s'offrent aux spectateurs et auditeurs sans effort de leur part, quand ils ne doivent pas les subir. La plupart d'entre eux ne sont pas à même de juger de l'exactitude des faits et de la pertinence des appréciations qui leur sont soumis, faute de sens critique mais aussi de volonté et surtout de possibilité de critiquer. Pensons au travailleur manuel peu rompu à la dialectique, à l'homme fatigué en quête avant tout d'un délassement et, bien plus, à l'incapacité dans laquelle nous sommes tous de vérifier les faits dont nous n'avons pas une connaissance suffisante par ailleurs. Comment s'étonner, dès lors, que le spectateur ou l'auditeur ne puisse demeurer réfractaire à ce qu'il voit ou entend et que son esprit reste marqué par ce qu'on lui a présenté en fait d'informations, de jugements de valeur, de conceptions de la vie, de goût esthétique... Ce n'est pas en vain que les auteurs de coups d'Etat cherchent à s'assurer en premier lieu le contrôle de l'émetteur et que les commerçants paient de fortes sommes pour leur publicité par les ondes.

3. Aussi comprend-on qu'en Suisse la Confédération – soucieuse de son indépendance et du bien-être de ses citoyens – n'ait pu laisser se développer sans contrôle ce moyen de diffusion dont l'efficacité et la puissance croissaient avec le progrès et les années. Elle a fait face à cette nécessité en dotant la radiodiffusion d'un statut juridique s'adaptant tant bien que mal aux dispositions constitutionnelles en vigueur.

L'art. 36 Cst. créant la régale des postes et des télégraphes fut interprété, avec le temps, comme impliquant un monopole de la Confédération dans tout le domaine des télécommunications et servit de fondement en 1922 à l'art. 1 LCTT qui définit la régale des télégraphes comme «le droit exclusif

d'établir et d'exploiter des installations expéditrices et réceptrices ou des installations de n'importe quelle nature servant à la transmission électrique ou radioélectrique de signaux, d'images ou de sons». A mesure que la radiophonie et la télévision prirent de l'extension, la Confédération en fixa le statut de manière plus détaillée dans le cadre de la concession qu'elle accorda d'abord à différents organismes[5] privés, puis à une association faîtière, dont elle suscita la création – la Société suisse de radiodiffusion, devenue ensuite la Société suisse de radiodiffusion et télévision –, puis la réorganisation avant l'octroi de la concession valable aussi pour la télévision *(14 i.f.)*. Il n'est pas sans intérêt de souligner que, hormis la loi susmentionnée, le statut juridique de droit public de la radiodiffusion, malgré l'importance de l'institution, considérée comme un service public, a échappé à la voie législative et trouve son fondement dans un acte administratif. On se souvient qu'en 1957 le peuple rejeta un projet d'article constitutionnel sur la radiodiffusion.

Le statut juridique de la radiodiffusion reflète en même temps les conceptions ayant cours dans une collectivité libérale où le citoyen craint que ses libertés – notamment celle de connaître, de juger et de décider – soient entamées par les pouvoirs publics: arme trop puissante pour qu'on se prive de la protection de l'Etat en l'abandonnant aux particuliers, elle l'est aussi pour qu'on la confie sans autre à l'Etat, car elle pourrait être utilisée à des fins contestables par ceux qui détiennent en fait le pouvoir (majorité politique, oligarchie, hommes de gouvernement). La coexistence de règles de droit public et de droit privé exprime les tendances contraires qui animent ce droit à la recherche d'un équilibre entre l'intervention de l'Etat et la protection du citoyen.

Dans ce statut, la concession détermine les obligations de droit public imposées au concessionnaire; par contre, la concession est accordée à une société comprenant un groupe d'organismes, tous considérés comme de droit privé; celui-ci

---

[5] Message du CF, FF 1931 II, p. 690.

en régit l'organisation interne, notamment en ce qui touche aux relations avec les personnes, les artistes et les auteurs ainsi que la responsabilité à l'égard des tiers. Dans le système adopté, la SSR détient le droit d'émettre en vertu du droit public, soit de la concession qui lui impose par ailleurs des obligations quant à l'exercice du droit concédé (obligation d'émettre, règles sur l'organisation interne et le contenu des programmes), mais l'imperium étatique ne lui est pas délégué et c'est selon les règles de droit privé qu'elle s'organise et elle déploie son activité à l'égal d'une personne de droit privé, soit essentiellement sur la base de rapports de droit civil.

Chapitre 1

L'ORGANISATION INTERNE DES ORGANISMES D'ÉMISSION

I. Le statut interne de la SSR[6]

§ 1. Description schématique

L'intérêt national que représente l'organisme de radiodiffusion justifie qu'on en examine le statut interne, encore qu'il s'agisse de groupements essentiellement privés, d'autant que les documents de base (status, actes de fondation) ne jouissent que d'une faible publicité.

4. Selon le texte de la concession actuellement en vigueur du 27 octobre 1964, valable jusqu'au 31 décembre 1974[7] (art. 7) et des statuts (art. 1)

La SSR se compose des sociétés régionales suivantes:

a) La «Radio- und Fernsehgesellschaft der deutschen und der rätoromanischen Schweiz», qui comprend les sociétés-membres suivantes:

Radio-Genossenschaft in Zürich
Radio-Genossenschaft Bern
Radio-Genossenschaft Basel
Ostschweizerische Radiogesellschaft
Innerschweizerische Radiogesellschaft[8]
Cumünanza Radio Rumantch

---

[6] A. Baumann, Die rechtlichen Grundlagen des Programmdienstes im schweizerischen Rundspruch- und Fernsehwesen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Radiofreiheit, thèse Zürich 1956; O. Birch, Grundlagen des Rechts der schweizerischen Radiosendestationen, thèse Zurich 1944; A. Namurois, Structure et organisation de la radiotélévision, monographie juridique n°2 de l'UER, 1964.

[7] FF 1964 II, p. 1195.

[8] Actuellement, la raison sociale de ces cinq sociétés comprend les termes de «Radio- und Fernsehgenossenschaft» ou «Radio- und Fernsehgesellschaft».

b) la «Société de radiodiffusion et de télévision de la Suisse romande» qui comprend:

la Fondation de Radiodiffusion et de Télévision à Lausanne
la Fondation de Radiodiffusion et de Télévision à Genève

c) la «Società cooperativa per la radiotelevisione nella Svizzera italiana».

La SSR, les sociétés régionales de Suisse alémanique et de Suisse romande, Ostschweizerische Radiogesellschaft, Innerschweizerische Radiogesellschaft et Cumünanza Radio Rumantch sont constituées en associations de droit privé (art. 60 ss. CC), les sociétés de Zurich, Berne et Bâle en sociétés coopératives purement privées (art. 828 ss. CO), la société régionale de Suisse italienne en société coopérative dite d'«économie mixte» (art. 926 CO) et les fondations romandes en fondations selon le code civil (art. 80 ss. CC).

La Innerschweizerische Radiogesellschaft a elle-même comme membres, en dehors des cantons et de la commune de Lucerne, autant de sections distinctes qu'il y a de cantons dans son rayon d'activité. D'autre part, les sociétés inféodées à la SSR ont des dispositions sur la représentation, dans certains de leurs organes, de milieux ou même de sociétés s'intéressant à la radiodiffusion et à la télévision.

Grosso modo, les tâches sont réparties comme suit entre les différentes personnes juridiques. La SSR a, en la personne de son directeur général, la direction générale du service des programmes, la surveillance des programmes, le soin de veiller à la coordination et à l'échange des programmes, avec la possibilité de donner des instructions quant aux programmes, de même que l'obligation de veiller à l'exploitation rationnelle de toute l'entreprise; la SSR assure elle-même le service des ondes courtes et celui du programme de la télédiffusion (art. 11 conc., 2, 16, 17 st. SSR). Les sociétés régionales assurent le service des programmes et exploitent les studios de radiodiffusion et de télévision (art. 8, 18 conc., art. 3 st. SSR, art. 2 st. des sociétés alémanique et romande). Les «sociétés-membres» louent leur studio (celles qui en ont) à leur société régionale, assurent avec celles-ci le service des

programmes locaux de radiodiffusion sonore et sont chargées de maintenir les contacts avec les auditeurs, les téléspectateurs et les divers milieux de la population (art. 4 st. SSR, art. 3 st. de la société alémanique, art. 2 st. de la société romande).

§ 2. La légalité de certaines clauses statutaires

5. Avant d'émettre un avis sur la nature juridique de la SSR, il convient d'examiner si ses statuts sont conformes au droit de l'association, car plus d'une clause s'écarte de celles que l'on rencontre d'ordinaire dans les personnes morales de ce type.

D'une manière générale, il faut rappeler que la loi ne contient que quelques règles de droit impératif (art. 63 CC), pour laisser le plus large champ aux circonstances particulières[9] et permettre autant que possible à ces collectivités de régler de façon autonome leurs affaires internes[10] en tenant compte notamment des besoins des fédérations d'associations[11].

6. Le *but* de la SSR consiste à créer des programmes, à les diffuser par l'intermédiaire de l'entreprise des PTT (art. 2 al. 2 st.) et à accomplir sa tâche conformément à la concession (art. 2 al. 3 st.) dans l'intérêt public, sans but lucratif (art. 2 al. 1 st.). En d'autres termes, la SSR entend satisfaire les besoins des auditeurs et des spectateurs, sans défendre des intérêts particuliers et sans rechercher de profit économique pour elle-même ou ses membres.

Il n'est point douteux que ce but soit idéal au sens du droit de l'association (art. 60 CC).

7. Le *nombre des membres* s'élève à trois, soit les trois sociétés régionales (art. 1 ch. 2 st.); ce chiffre ne peut être

---

[9] ATF 48 II 153; A. Heini, Schweizerisches Privatrecht, II, p. 521.

[10] ATF 51 II 241, 57 II 126, 85 II 532.

[11] ATF 48 II 362, 53 II 9, 55 II 5, 286 ,70 II 66; A. Egger ad 60 n. 19–20; Heini, op. cit., p. 522, 568.

augmenté qu'avec l'accord de l'autorité concédante (art. 1 ch. 5 st.). A l'inverse de ce qui existe dans d'autres fédérations[12], les membres des sociétés-filles ne sont pas présentés comme membres de l'association centrale. L'art. 70 al. 1 CC qui prévoit que l'association peut en tout temps recevoir de nouveaux membres est de droit dispositif (art. 63 al. 2 CC); contrairement à la société coopérative (art. 828, 839 CO), l'association n'est pas tenue de recevoir de nouveaux membres[13]. Cette limitation se justifie aussi objectivement s'agissant d'une association de faîte groupant différentes sociétés régionales dont le rayon d'activité total s'étend sur tout le territoire suisse. En revanche, les membres ont de plein droit la faculté de sortir de l'association aux conditions prévues à l'art. 70 al. 2 CC (art. 63 al. 2 CC)[14] ou pour de justes motifs[15].

La société romande ne compte que deux membres. Encore que certains auteurs aient soutenu qu'une association devait en compter au moins trois, faute de quoi une majorité ne pourrait se former à l'assemblée générale (art. 67 al. 2 CC)[16], la règle est de droit dispositif et les fondateurs peuvent fort bien, du moins lorsqu'un en tout cas des associés est une personne morale ou une société, adopter une réglementation permettant, comme en l'espèce, la formation d'une volonté sociale. Par ailleurs, la règle *tres faciunt societatem* n'est pas consacrée par la loi (art. 530, 552, 594, 772 CO *a contrario*);

[12] Par exemple ATF 48 II 154, 53 II 7, 55 II 1, 283, 63 II 353, 70 II 64.

[13] EGGER ad 70 n. 6; E. HAFTER, ad 70 n. 10; HEINI, op. cit., p. 543–544; ROSSEL et MENTHA, Manuel de droit civil suisse, 2e éd., I, p. 157; ATF 30 II 237; contra pour les cartels, ATF 76 II 294, 82 II 306, 86 II 368, 90 II 344 et art. 6 al. 2 Lcart.

[14] HAFTER ad 70 n. 13, 14; HEINI, op. cit., p. 552; ROSSEL et MENTHA, op. cit., p. 157; contra pour les personnes morales RSJ 55, p. 226 n° 79. EGGER ad 70 n. 10 et TUOR, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 7e éd., p. 114 admettent la possibilité d'une résiliation immédiate en l'absence de dispositions statutaires.

[15] ATF 71 II 197.

[16] HAFTER ad 60 n. 24; ROSSEL et MENTHA, op. cit., p. 150, 156; contra EGGER ad 60 n. 12, HEINI, op. cit., p. 535; indécis ATF 48 II 154.

s'il fallait l'admettre, en comblant une lacune dont l'existence ne nous paraît pas établie, une action en annulation en serait une sanction suffisante (art. 625, 775, 831 CO *a pari*)[17].

8. Les obligations des associés résultent des buts propres de la SSR (art. 2 st.), de ceux qui sont assignés aux sociétés régionales (art. 3 st.) et aux «sociétés-membres» (art. 4 st.) – c'est-à-dire aux associés des sociétés régionales –, les statuts des unes et des autres devant s'adapter aux dispositions de la concession et des statuts de la SSR et être approuvés, les premiers par le comité central de la SSR (art. 1 ch. 3 et 11 al. 2 litt. i st.) et les seconds par la société régionale (art. 1 ch. 4 st.). En d'autres termes, les sociétés régionales s'obligent à adapter leur organisation interne et à faire adapter celle de leurs associés aux buts et tâches que leur assigne la SSR. En outre, «les décisions du comité central sont obligatoires pour les sociétés régionales» (art. 13 ch. 3 st.), ce qui implique une obligation à charge de celles-ci. De même le directeur général peut donner des instructions aux directeurs de radiodiffusion sonore et de télévision (art. 17 al. 2 st.).

Cette construction est compatible avec le droit de l'association[18]. Celui qui adhère à une association accepte, en tant que la loi l'autorise, la limitation de sa propre liberté, nécessaire à la réalisation du but social[19] et l'association peut imposer à ses membres des obligations autres que celle, financière, de payer des cotisations[20].

---

[17] Sic pour la SA avant la révision du CO ATF 45 II 36, 50 II 175.

[18] ATF 70 II 67–68.

[19] ATF 85 II 547.

[20] EGGER ad 71 n. 2 ss.; TUOR, op. cit., p. 112. S'il est admissible qu'une association subordonne son existence à celle d'une autre association dont elle est membre (ATF 55 II 7), à plus forte raison peut-elle s'engager à faire siennes certaines règles organiques tenues pour essentielles par l'association à laquelle elle est affiliée. De même, si les statuts peuvent prévoir que certains faits survenus dans la personne d'un membre lui font perdre de plein droit cette qualité (ATF 48 II 362, 70 II 67), *a fortiori* les statuts doivent-ils pouvoir permettre à une association d'exiger de ses membres de répondre à certaines conditions sans en faire dépendre *ipso jure* leur qualité d'associé.

9. L'assemblée générale de la SSR est composée de 103 délégués, soit de 42 délégués de la société suisse alémanique – dont 6 représentants de la société elle-même et 6 représentants de chacune des «sociétés-membres» –, de 18 délégués de la société romande – dont 6 représentants de la société elle-même et 6 représentants de chacune des «sociétés-membres» –, de 12 délégués de la société suisse-italienne, de 6 délégués des commissions régionales des programmes, de 4 délégués de la commission nationale des programmes de télévision, de 4 délégués de la commission des programmes des ondes courtes, ainsi que des membres du comité central (art. 6 al. 2 st.), considérés aussi comme délégués. Ces derniers, au nombre de 17, sont nommés, le président et 7 membres par l'autorité concédante (Conseil fédéral) et 9 membres par les sociétés régionales, choisis parmi chacune des «sociétés-membres» (art. 10 al. 1 st.). Les commissions régionales des programmes sont constituées par chaque société régionale (art. 3 al. 2 st.), alors que les commissions nationales des programmes de télévision et des ondes courtes sont composées chacune du directeur général et d'un nombre de membres dont la moitié est désignée par l'autorité concédante et l'autre par le comité central (art. 20 al. 1 et 21 al. 1 st.). On remarque donc que l'assemblée générale est composée de délégués des trois sociétés affiliées, représentées quantitativement de manière différente, ainsi que de personnes tierces, 48 délégués ayant le double statut de «délégué» de la société régionale et de «représentant» d'une «société-membre». A l'assemblée générale, chaque délégué a une voix et les décisions se prennent à la majorité – simple ou qualifiée – des voix (art. 9 st.).

Cette réglementation déroge de façon évidente à la loi, en tant que celle-ci dispose implicitement que l'assemblée générale, pouvoir suprême de l'association (art. 64 al. 1 CC), est composée de tous les sociétaires (art. 67 al. 2, 66 al. 2 CC), et qu'elle prévoit l'égalité de droit de vote des membres (art. 67 CC). Ces normes légales sont, toutefois, elles aussi, de droit dispositif (art. 63 CC). Il en est ainsi de la règle sur le «pouvoir

suprême»[21], ce qui tient compte des particularités très diverses des associations, spécialement de celles qui ont de très nombreux membres et du fait que certaines associations ont un but totalement étranger à la défense des intérêts de ceux-ci. Les associations peuvent aussi renoncer à l'égalité du droit de vote, ceci pour tenir compte notamment des réunions d'entreprises d'importance très différente[22] et des fédérations[23]. Elles peuvent enfin admettre dans leurs organes des personnes qui ne sont pas membres de la société ou qui n'en sont pas les représentants[24], à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, cela n'a pas pour effet de priver les associés de la majorité, partant de leur droit éventuel de disposer de leur société[25].

10. On a vu comment est nommé le *comité central (9).* Cette règle déroge également à la loi, dans la mesure où celle-ci confère à l'assemblée générale la compétence de nommer la direction (art. 65 al. 1 CC). A nouveau la norme est de droit dispositif (art. 63 al. 2, 65 al. 1 et 3 CC)[26]. Les sociétaires choisissant eux-mêmes la majorité des commissaires, point n'est besoin non plus de rechercher ici si le droit de l'association réserve impérativement aux associés le droit de disposer de leur société *(9).*

En revanche, selon la règle impérative de l'art. 65 al. 2 et 3 CC, l'assemblée générale a la compétence de révoquer, pour

---

[21] ATF 48 II 156; *contra* HAFTER ad 63 n. 4 et 64 n. 1, ROSSEL et MENTHA, op. cit., p. 145 et, pour les sociétés anonymes et coopératives, ATF 51 II 333, 67 I 264.

[22] ATF 90 II 342; HAFTER ad 66–67 n. 4; HEINI, op. cit., p. 545; *contra* ROSSEL et MENTHA, op. cit., p. 150.

[23] EGGER ad 66–67 n. 11 et réf. cit.

[24] EGGER ad 66–67 n. 5 et 10 pour l'assemblée générale; ATF 73 II 1 pour la direction.

[25] A supposer que ce droit existe dans l'association, en plus des droits subjectifs expressément reconnus aux associés (art. 70 al. 2, 75, 78 CC) et à côté du droit d'autodétermination compétent à la personne morale elle-même (ATF 67 I 264) *(13).*

[26] ATF 73 II 1; EGGER ad 65 n. 8, ad 69 n. 2; HAFTER ad 65 n. 5; HEINI, op. cit., p. 558, 566.

justes motifs, les organes sociaux et notamment la direction. Cette norme est cependant difficilement applicable aux délégués officiels. De toute évidence, le législateur en créant la règle de l'art. 65 al. 3 CC n'a pas pensé à cette éventualité. Vu le système adopté pour la participation des collectivités de droit public aux sociétés anonymes et coopératives – où la collectivité publique a seule le droit de révoquer ses représentants et répond de leur gestion (art. 762 et 926 CO) –, on peut, en l'état actuel du droit, envisager l'existence d'une lacune de la loi, à combler par une interprétation *a pari* des art. 762 et 926 CO[27].

11. Certaines décisions sont soumises à l'*approbation d'une autorité*, suivant les cas l'autorité de concession (Conseil fédéral) ou l'autorité de surveillance (Département des transports, des communications et de l'énergie). Il en est ainsi de l'augmentation du nombre des sociétés régionales et des sociétés-membres (art. 1 ch. 5 st.), de la nomination du directeur général (art. 15 st.), de l'approbation des comptes (art. 28 al. 1 st.). Cette approbation est présentée par les statuts comme une condition suspensive.

Par contre ceux-ci ne reprennent pas la règle de l'art. 6 al. 2 de la concession soumettant les statuts à l'approbation de l'autorité concédante *(13)*. Il ne s'agit donc pas d'une condition de droit privé mais d'une règle de droit public, soit d'une obligation imposée par l'acte administratif qu'est la concession, et dont l'inobservation éventuelle ne pourrait donner lieu directement qu'à des sanctions de droit public.

Ces limitations au pouvoir de disposition que l'association s'est elle-même imposées sont aussi en harmonie avec le droit dispositif. Elles ne portent que sur une petite partie du champ d'activité de la société. Elles ne sauraient être tenues pour une aliénation inadmissible de sa liberté (art. 27 al. 2 CC). Imposées par la concession (art. 7 al. 2, 9 al. 2 et 22), elles sont en effet nécessaires à la réalisation du but social *(6, 8)*.

---

[27] *contra* HEINI, op. cit., p. 566; cf. *13* au sujet des dérogations aux principes de droit privé pour les collectivités chargées de l'accomplissement d'une tâche de droit public.

12. Les statuts prévoient un *droit de recours* interne et une autorité chargée de statuer sur les conflits internes.

Le comité central connaît
- en première instance, des conflits entre les sociétés régionales et les «sociétés-membres» ou entre le directeur général et l'une ou plusieurs de ces sociétés (art. 31 st.)
- en seconde instance, des recours
  - contre les décisions du directeur général ou de tout autre directeur, présentés par les organes de la SSR et des sociétés régionales
  - contre les décisions du directeur général ou de la société régionale, présentés par les «sociétés-membres» (art. 30 litt. a st.).

L'autorité de surveillance connaît des recours contre les décisions de l'assemblée générale, du comité central ou des commissions permanentes, présentés par les membres du comité central, le directeur général, ainsi que les sociétés régionales et les «sociétés-membres» (art. 30 litt. b st.).

Le recours à l'autorité de surveillance indiqué dans les statuts est en fait la reproduction de l'art. 30 al. 2 de la concession, à cette différence près que ce dernier ne mentionne pas de recours contre les décisions des commissions permanentes. En fait, malgré le texte des statuts, l'autorité de surveillance n'est pas un organe de la société et le recours à cette autorité, de droit administratif, n'est ni interne, ni de droit privé.

En tant qu'organe de la SSR, le comité central, statuant sur les recours et tranchant les différends, n'exerce pas le pouvoir juridictionnel d'un tribunal arbitral[28], mais rend une décision interne. Ainsi, les statuts ne portent point atteinte au droit conféré par la loi au sociétaire d'attaquer en justice les décisions sociales violant la loi ou les statuts (art. 75 CC). La règle impérative doit aussi s'appliquer aux associations accomplissant des tâches de droit public, car les

[28] ATF 84 I 46 et les arrêts cités.

sociétaires ont aussi besoin de moyens de protection de droit privé dans une collectivité qui demeure soumise à ce droit[29]. Ce recours ne peut être exercé que par un sociétaire[30] et seulement contre une décision de l'assemblée générale[31] ou de l'organe supérieur de l'association[32].

Quant aux rapports entre le recours au juge prévu à l'art. 75 CC, le recours interne prévu par les statuts ainsi que le recours à l'autorité de surveillance (art. 30 al. 2 conc.) ou à l'autorité de concession (art. 30 al. 1 conc.: «la SSR a un droit de recours à l'autorité de concession contre les décisions de l'autorité de surveillance»), les statuts et la concession, qui ne font aucune allusion au droit de l'art. 75 CC, ne distinguent pas. Etant donnée la nature juridique de ces différentes voies de droit, il serait logique de reconnaître que le recours interne peut se fonder à la fois sur des rapports de droit privé et de droit administratif, le recours au juge sur des rapports de droit privé et celui à l'autorité de surveillance et l'autorité de concession sur des rapports de droit administratif. Théoriquement aisée, cette distinction n'élimine pas toutes les difficultés: certaines règles de droit ont un double fondement, certains faits entraînent simultanément l'application de règles (différentes) de droit public et de droit privé, l'existence d'obligations de droit public a une incidence sur les rapports de droit privé et réciproquement. On peut aussi se demander quelle décision peut être attaquée devant le juge. Si l'on admet que l'autorité de surveillance n'est pas un organe de la SSR et que le recours à celle-ci est de droit administratif, le recours au juge devrait être dirigé contre la décision de l'assemblée générale de la SSR. La situation est différente pour les sociétés régionales et les «sociétés-membres»; en tant que celles-ci, sur le plan du droit privé et en vertu de leur droit statutaire, admettent comme autorité de

[29] L. Schürmann, RDS 72, 1953, p. 185–186a.

[30] ATF 48 II 362, 51 II 534, 53 II 9; Egger ad 76 n. 27; Hafter ad 75 n. 9; Tuor, op. cit., p. 115.

[31] ATF 52 I 76, 76 II 60; Hafter ad 75 n. 5; Heini, op. cit., p. 549; Tuor, op. cit., p. 115.

[32] Egger ad 75 n. 8, 9.

recours la SSR, celle-ci fonctionne en réalité comme organe supérieur de la société régionale; si l'on admet que le juge ne devrait pouvoir être saisi qu'après l'épuisement des voies de recours internes[33] et que le recours à la SSR est une telle voie, c'est contre la décision de cette dernière société, agissant comme organe de recours de la société régionale, et de préférence aussi contre la décision de l'assemblée générale de celle-ci, après échec du recours interne, que le recours au juge devrait être adressé par la «société-membre». En raison du manque d'intérêt pratique actuel de la discussion, on peut s'abstenir d'aborder toutes les questions que peuvent susciter les relations entre ces différentes voies de droit.

On peut aussi se demander si les sociétés fédérées peuvent valablement admettre l'existence d'un organe de recours supérieur à leur assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société (art. 65 al. 1 CC)[34], ou si, ce faisant, elles ne restreignent point leur liberté de manière inadmissible (art. 27 al. 2 CC). Aucun argument dans ce sens ne peut être tiré de l'art. 65 al. 1 CC si on le tient pour une norme de droit dispositif *(10)*. Il n'existe par ailleurs aucune raison valable d'interdire, dans une fédération d'associations, un recours à la société de faîte[35]. En tant qu'une association se constitue en membre d'une fédération, il est légitime qu'elle se subordonne dans cette mesure à la société-mère, ce qui est une condition de la cohésion de l'ensemble *(5, 8)*. Du reste, en principe, une collectivité de droit privé ne saurait limiter sa liberté de façon inadmissible, en acceptant une limitation de son indépendance, nécessaire à la réalisation de son but social *(8)*.

Il apparaît ainsi que toutes les clauses statutaires examinées sont compatibles avec le droit de l'association.

---

[33] Ce que le TF a admis pour le recours contre une décision d'expulsion, ATF 51 II 241, 57 II 126, 85 II 532; de façon générale OG Zurich, RSJ 58, p. 70 n° 60 c. 3.

[34] Ce qui est nié par HAFTER ad 65 n. 8, 9.

[35] ATF 70 II 67 s'agissant du droit de recours contre une décision d'expulsion dans une association centrale, ayant pour membres ceux des sections.

§ 3. La nature juridique

13. La SSR est désignée par l'acte de concession et ses statuts comme une association de droit privé (art. 60 ss. CC). Cette qualification juridique est sans doute pertinente[36]. En effet, dans la conception et la pratique juridiques suisses, il est assez fréquent que des tâches de droit public soient confiées à des personnes morales de droit privé; celles-ci n'en perdent pas pour autant leur nature juridique de droit privé, quoique le droit public régisse seul les rapports imposés par la collectivité publique en ce qui concerne aussi bien les liens entre celle-ci et la personne morale que l'organisation de cette dernière et ses relations avec les administrés[37]. Cette solution a pour avantage de doter la personne morale d'un statut organique réglé par un ensemble cohérent d'articles de lois, ce qu'en l'état actuel le droit public ne pourrait offrir, en l'absence d'une loi *ad hoc*. Sans doute l'art. 6 al. 2 de la concession prévoit-il que les statuts de la SSR sont soumis à l'approbation de l'autorité concédante, alors que les statuts ne le mentionnent pas; si la jurisprudence du Tribunal fédéral considère qu'une clause statutaire de ce genre n'est en principe pas conforme à l'autonomie d'une personne morale de droit privé (art. 55 al. 1 CC), elle la tolère lorsque – comme en l'espèce – la personne morale est astreinte à l'accomplissement d'une tâche de droit public[38] (principalement l'obliga-

---

[36] Message du CF, FF 1956 I, p. 1548; BAUMANN, op. cit., p. 117–118; BIRCH, op. cit., p. 78; L. CASPAR, Konzessionen und Erlaubnisse im schweizerischen Telegraphen- und Funkrecht, thèse Zurich 1933, p. 104 ss.; H. MÜLLER (cité ad *26*), p. 34 n. 61; F. RIKLIN (cité ad *60*), § 2 II; certains non sans quelques doutes.

[37] Cf. notamment ATF 65 I 69 ss., 74 I 439, 75 I 49, 78 I 413, 89 I 212, 90 II 344; H. HUBER, Avis de droit du 4. 9. 1967 au Département fédéral des transports, de l'énergie et des communications, p. 32; BVerfGE 12, p. 205 ss.

[38] ATF 67 I 262 ss., notamment 266; D. DÉNÉRÉAZ, Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé, RDS 72, 1953, p. la ss. notamment 27a ss.; HEINI, op. cit., p. 521–522 et réf.; SCHÜRMANN, Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Or-

tion de faire usage de la concession, art. 1 al. 2 et 19 conc.), sans pour autant que sa nature juridique de base soit changée. La concession a encore d'autres exigences quant à l'organisation de la SSR: elle en indique tous les membres et les associés des membres (art. 7), demande une représentation équitable des différentes régions (art. 8), prévoit le mode de représentation de l'autorité fédérale à la SSR et dans les sociétés régionales (art. 9) et exige qu'en principe le personnel soit de nationalité suisse (art. 10). Si l'autorité de concession exerce ainsi une influence extrêmement forte sur la structure et l'activité de la SSR, on ne saurait admettre que, juridiquement, elle empêche la société de disposer de son sort; en effet, si l'autorité concédante fixe les conditions auxquelles elle subordonne l'octroi ou le maintien de la concession, en droit elle ne dispose pas elle-même du sort de la SSR; en tant que société, celle-ci peut valablement choisir et disposer d'elle-même, au risque seulement de provoquer les sanctions de droit public résultant d'une inobservation de la concession.

§ 4. Tendances institutionnelles. Formation de la volonté

14. Si l'on ne peut dénier à la SSR sa nature juridique d'association, à maints égards elle présente des caractéristiques qui la rapprochent davantage d'une institution que d'une collectivité de personnes du type habituel.

Son but *(6)* est présenté par les statuts comme étant étranger à l'intérêt propre de ses associés, et il l'est sans doute.

En fait, sinon en droit, la SSR ne peut disposer librement

---

ganisation, RDS 72, 1953, p. 64a ss. notamment 93a ss. On peut au demeurant douter qu'il soit conciliable d'admettre que l'association limiterait de façon excessive son autonomie en subordonnant la modification de ses statuts à l'accord d'une autorité, selon l'arrêt sus-mentionné, alors qu'elle ne le ferait pas en subordonnant son existence à celle d'une autre association (ATF 55 II 7) ou en adhérant à une fédération avec les nombreuses restrictions que cela peut comporter à l'indépendance de l'association membre (ATF 70 II 67–68).

de ses statuts puisque son activité ne se conçoit pas sans concession et que celle-ci exige l'approbation de sa charte fondamentale par l'autorité de concession *(11, 13)*.

Par ailleurs, dans la formation de la volonté sociale de la SSR, au sein de ses différents organes, l'incidence de la volonté propre des associés est atténuée, notamment par la participation de personnes qui n'interviennent pas ou pas exclusivement en qualité de représentants des associés. On a vu que sur les 103 délégués à l'assemblée générale, il n'y en a que 24 qui ne soient que représentants des trois sociétés régionales, alors que 48 d'entre eux sont à la fois délégués des sociétés régionales et représentants des différentes «sociétés-membres» et que 14 personnes sont déléguées des commissions des programmes, sans compter les 17 membres du comité central *(9)*; il se pourra donc que la volonté de l'assemblée ainsi composée soit différente de celle qu'exprimerait une assemblée générale ne comprenant que les délégués des trois sociétés associées. On sait aussi qu'au comité central, dont le rôle est particulièrement décisif dans une grande organisation comme la SSR, 8 membres dont le président – avec voix prépondérante en cas d'égalité dans les décisions mais non les nominations (art. 13 st.) – sont nommés par le Conseil fédéral, tandis que les sociétés régionales nomment les 9 autres membres choisis parmi chacune des «sociétés-membres» *(9, 10)*. Il est important de souligner que jusqu'ici le Conseil fédéral s'est borné à nommer les personnes qu'il lui appartient de désigner, sans leur donner de mandat ou d'instructions et sans leur demander de comptes[39]. Cette pratique qui tend à assurer une judicieuse représentation, si elle ne repose sur aucun texte, n'est pas moins essentielle pour apprécier le rôle effectif de l'Etat dans la formation de la volonté de la SSR et de ses filiales. Si les intérêts de la collectivité nationale sont représentés, ils ne le sont donc que par la conscience qu'en ont les différents membres des organes directeurs.

---

[39] FF 1953 I, p. 27, 35–36.

Le directeur général, responsable de l'ensemble de la gestion et en particulier du service des programmes (art. 16 st.), est nommé par le comité central avec l'agrément préalable du Conseil fédéral (art. 15 st.). C'est dire qu'en fait il ne se trouve guère dans une situation de dépendance à l'égard des associés de la SSR.

Au sein même des sociétés régionales et des «sociétés-membres», on remarque la même tendance – plus ou moins marquée selon les régions – à faire partager le poids des décisions sociales entre les associés et des tiers, soit essentiellement des représentants des collectivités de droit public, ce qui a également une incidence médiate sur les destinées de la SSR, en tant que les sociétés associées ou les «sociétés-membres» sont appelées à collaborer à la formation de sa volonté. La société romande a une assemblée générale de 32 délégués dont la moitié représente les fondations associées, dont le quart est nommé par le Conseil fédéral et dont les 8 autres sont nommés par les cantons romands et les villes de Genève et Lausanne (art. 4 st.), alors que son comité compte 14 membres, désignés à raison de 4 par les fondations associées, 4 par les villes de Genève et Lausanne, 6 par les cantons romands et 2 par l'assemblée générale parmi les délégués du Conseil fédéral (art. 8 st.). La société suisse alémanique a une assemblée générale de 48 délégués, dont chaque «société-membre» en désigne 6, les villes de Zurich, Berne et Bâle chacune 1 et le Conseil fédéral 9 (art. 6 st.), alors que son comité compte 12 membres désignés à raison de 1 par «société-membre» et les 6 autres par l'assemblée générale, 3 d'entre eux étant choisis parmi les délégués du Conseil fédéral (art. 10 st.). La société régionale suisse italienne a un conseil d'administration de 7 membres, dont 3 sont nommés par le Conseil d'Etat tessinois, 1 par le Petit Conseil des Grisons et les 3 autres par l'assemblée générale (art. 26 st.); celle-ci est elle-même composée de tous les associés avec une voix à chacun d'eux (art. 22 st.); les statuts consacrent le principe de la liberté d'entrée dans la société moyennant la souscription d'une part sociale (art. 6 ss. st.). Les «sociétés-

membres» de Suisse alémanique comportent à Zurich, Berne et Bâle, trois sociétés coopératives purement privées dans la forme, soit sans avantage statutaire en faveur des collectivités publiques, et pour le surplus trois associations. La société romanche n'accorde pas de statut spécial aux pouvoirs publics. La société de Suisse centrale a une assemblée générale comportant un délégué de chaque canton (Lucerne, Uri, Schwytz, Obwald, Nidwald, Zoug), deux délégués de la ville de Lucerne et 5 délégués par section (une section par canton et deux sections pour le canton de Lucerne); son comité est formé des représentants des cantons à l'assemblée générale, d'un représentant de la ville de Lucerne, d'un délégué de chaque section et de 3 autres membres nommés par l'assemblée générale. Dans la société de Suisse orientale, qui compte comme associés des cantons, des communes et des groupements s'intéressant à la radiodiffusion, l'assemblée générale est formée d'un délégué par membre, des membres du comité et de ceux de la commission des programmes (9 à 12 membres nommés par l'assemblée générale); sur les 11 à 15 membres du comité, chaque gouvernement cantonal (Glaris, Appenzell Rh.E., Appenzell Rh. I., St-Gall, Thurgovie, Grisons) et la ville de St-Gall en désignent un, les autres étant choisis par l'assemblée générale. Dans les deux fondations, membres de la société romande, le conseil de fondation est composé pour l'essentiel de délégués des pouvoirs publics et de sociétés s'occupant de radiodiffusion, et pour le surplus de membres recrutés par cooptation parmi les personnes s'intéressant à la radio et la télévision. Il convient encore de préciser que, au sein des sociétés régionales et des «sociétés-membres», la nomination des délégués à l'assemblée générale et au comité central de la SSR est de la compétence du comité (direction ou conseil d'administration), sauf dans la société romanche, où elle ressortit à l'assemblée générale.

On s'imagine dès lors que, dans cet édifice complexe que représente la construction juridique de la SSR et de ses adhérents directs ou médiats, la volonté des associés de base, dans la mesure tout au moins où il s'agirait de personnes

privées, ne peut avoir qu'une incidence fort minime sur la volonté de la SSR.

La volonté d'un office de radiodiffusion organisé sous forme d'institution (fondation privée ou établissement de droit public) pourrait n'être guère différente si les organes en représentaient les mêmes milieux et les mêmes intérêts que ceux qui s'expriment dans la SSR.

Cependant la nature de collectivité de personnes permet d'atteindre d'autres objectifs qu'une fondation. Le statut peut en être modifié plus aisément. Il permet surtout aux différents groupements régionaux de conserver une personnalité juridique propre et l'autonomie qui n'est point considérée comme incompatible avec les nécessités de l'entreprise sur le plan suisse, ce qui permet de tenir compte de l'origine de ces groupements et de leurs aspirations différentes. Seule une collectivité de personnes permet de réunir en son sein, comme membres, d'autres personnes. En droit privé, la forme juridique si souple de l'association *(5ss.)* est celle qui convient le mieux au but recherché. La société anonyme (art. 620ss. CO, notamment 620 al. 3 CO) ne peut imposer statutairement à ses membres une obligation autre que celle de libérer leur action (art. 680 CO)[40]. Les principes de la porte ouverte (art. 839 CO) et de la voix unique par sociétaire (art. 885 CO) empêcheraient le choix de la société coopérative *(7, 9)*. La même difficulté serait reportée au stade des sociétés régionales, si l'on choisissait la forme de fédération de sociétés coopératives (art. 921 ss. CO); elle pourrait être surmontée, il est vrai, grâce à la disposition sur la participation des collectivités de droit public (art. 926 CO); le but altruiste des organismes de radiodiffusion *(6)* ne serait cependant pas conforme au but assigné à la société coopérative (art. 928 CO).

L'*origine* de cette construction est en partie *historique*[41]. Dès 1923 des groupements régionaux plus ou moins étendus

[40] Par exemple ATF 91 II 305, ceci que l'obligation de fidélité y existe ou non.

[41] FF 1953 I, p. 17, 1955 I, p. 385, 1956 I, p. 1545.

s'occupèrent de la diffusion d'émissions radiophoniques. Prenant ensuite à sa charge la diffusion technique, la Confédération voulut accorder la concession à une société unique pour toute la Suisse, réunissant les groupements régionaux: ainsi fut créée la SSR en 1931. A l'occasion de l'introduction de la télévision, le besoin se fit sentir de rationaliser et d'éviter la concurrence entre des studios appartenant à la même région linguistique: on créa alors en 1964, dans chaque région linguistique comportant plusieurs studios – c'est-à-dire en Suisse alémanique et en Suisse romande, – une société régionale réunissant les organismes d'émissions déjà existants et prenant leur place s'agissant de la création et de l'exécution des programmes. La solution choisie permettait une adaptation aux besoins nouveaux sans rupture complète, du moins dans l'immédiat, avec toutes les structures du passé. Il n'est pas téméraire de penser que cette évolution pourra encore se poursuivre.

§ 5. Inconvénients et avantages

15. La *diversité des personnalités juridiques* peut provoquer des difficultés pratiques. Il se pourra que l'on ne sache pas bien quel est le titulaire du droit ou de l'obligation: la SSR, la société régionale, voire la «société-membre», si ce n'est deux ou plusieurs d'entre elles ensemble[42]. Même entre société-mère et société-fille, le transfert de titularité suppose une cession (art. 164 ss. CO) ou une reprise de dette externe (art. 175 ss. CO). La société affiliée, entité juridique distincte, ne peut en principe se prévaloir des droits compétents à la société-mère. Inversément, chacune répond, en principe, seule de ses dettes, sans responsabilité personnelle de ses associés, comme les différents statuts le précisent. Lors de l'interprétation des contrats (art. 18 CO), il faudra ne pas oublier que, dans le domaine d'activité réservé en principe

---

[42] Lors de l'examen de documents, nous nous sommes assez souvent posé la question; cf. aussi *80*.

à ses membres, la SSR agit en faveur de ceux-ci – circonstance généralement connue du cocontractant, ou qui lui est indifférente – ce qui pourra permettre bien souvent de construire un rapport de représentation (art. 32 al. 1 ou 2 CO) – la SSR pouvant intervenir à la fois comme partie et comme représentant – ou de stipulation pour autrui (art. 112ss. CO). Les dérogations au principe de la diversité juridique des personnalités de la société anonyme et de son actionnaire unique ou majoritaire[43] ne peuvent être appliquées que *mutatis mutandis*. En effet, le rapport de dépendance n'y est pas le même. Si l'actionnaire majoritaire peut imposer sa volonté à l'assemblée générale et exercer une influence en général décisive sur l'administration, la SSR n'est pas membre des sociétés régionales et n'a pas de représentant dans leur comité, quand bien même son poids sur la formation de leur volonté sociale est considérable (par exemple *8*).

16. On peut se demander si le système actuel assure une *part suffisante aux* consommateurs que sont les *auditeurs et les téléspectateurs*, dans la formation des programmes et de la volonté de la SSR et de ses membres directs et indirects.

a) Le concessionnaire à la réception est surtout intéressé au contenu des programmes. En fait, l'organisation interne de la SSR, imposée par la concession et ancrée dans les statuts (représentation des différents milieux), de même que la volonté des organes dirigeants (enquêtes destinées à déterminer le goût du public et programmes fixés en conséquence) tendent à répondre aux aspirations de la population dans sa majorité et dans ses différentes composantes[44]. Un danger sérieux de lésion ne nous paraît pas exister. Indépendamment de cette situation de fait, l'usager de ce service public a-t-il des droits? Le droit civil ne lui permet d'agir qu'en cas d'illicéité des programmes *(60ss., 83)*. Le texte actuel de la concession n'indique pas dans quelle mesure

---

[43] Cf. par exemple ATF 71 II 274, 72 II 76, 76 II 92, 77 I 20, 80 I 86, 81 II 343, 458, 85 II 111, 85 IV 230, 86 II 91, 180, 90 II 323.

[44] FF 1956 I, p. 1549.

ceux qui s'estiment lésés par l'organisme de radiodiffusion ont le droit de se plaindre à l'autorité de surveillance. Il faut espérer que, s'agissant d'une institution aussi importante, le législateur fédéral se verra attribuer la compétence d'organiser dans une certaine mesure le service de radiodiffusion, de lui assigner certaines tâches d'intérêt national à accomplir dans ses programmes, en respectant pour le surplus la liberté des programmes et spécialement celle d'informer le public[45], et que les intéressés pourront en demander le respect par la voie administrative.

b) Si ces garanties sont données au particulier, son association, à un titre quelconque, à l'organisme de radiodiffusion revêt une moindre importance.

Présentement, la possibilité pour un auditeur ou téléspectateur, comme tel, de devenir membre d'un des organismes de radiodiffusion, diffère sensiblement suivant les régions. En Suisse romande, il ne peut pas devenir membre d'une des deux «sociétés-membres», celles-ci n'étant point des collectivités de personnes mais des fondations; elles assurent toutefois une certaine représentation. Ainsi, dans la fondation de Lausanne, le conseil de fondation compte une quarantaine de membres, dont trente choisis par cooptation parmi les personnes s'intéressant aux problèmes de la radiodiffusion («les divers milieux d'auditeurs et de téléspectateurs doivent être équitablement représentés»), plus un délégué de chacune des sociétés, ou sections de celles-ci, reconnues par la fondation, s'occupant activement de radiophonie ou de télévision (art. 8 st.); le comité directeur, composé de 18 personnes, comprend notamment 11 membres choisis parmi les 30 membres mentionnés ci-dessus et les délégués des sociétés intéressées (art. 13 st.). Dans la fondation de Genève, le conseil de fondation compte, en plus de 12 délégués officiels, 9 membres délégués de la Société d'auditeurs

---

[45] Cf. les délibérations du Conseil national du 15. 3. 1967, B.sténo. CN 1967, p. 99 ss. et l'avis de droit de Huber cité ci-dessus; BVerfGE 12, p. 205 ss.

Amis de Radio-Genève, 4 membres délégués de la Société suisse de consommation et 5 à 15 membres choisis par cooptation parmi les personnalités s'intéressant à la radiodiffusion (art. 8 st.); le comité directeur y est composé de 10 membres choisis parmi ceux du conseil de fondation, dont le président de celui-ci et un représentant de l'Etat et de la ville de Genève (sans limitation quant au choix des 7 autres membres) (art. 12 st.). La société de Suisse italienne, tenue comme société coopérative au respect du principe dit de *la porte ouverte* (art. 839 CO), admet l'accès comme membre des personnes physiques et morales et sociétés suisses (art. 6 st.) mais le comité peut refuser l'admission sans indication de motifs (art. 7 st.), le candidat devant libérer une part sociale de Fr. 100.– (art. 9 st.), ce qui a sans doute pour effet de limiter les demandes d'adhésion. En tant que sociétés coopératives, les sociétés de Zurich, Berne et Bâle donnent également accès au sociétariat aux candidats, en général suisses, qui en font la demande et qui acquièrent une part sociale de, respectivement Fr. 50.–, 10.– et 100.–. L'association romanche donne aux particuliers la faculté de demander leur admission, au sujet de laquelle le comité se prononce. Enfin, on a vu que les sociétés de Suisse orientale et de Suisse centrale n'ont pas de sociétaires individuels, mais qu'elles ont ou peuvent avoir pour membres des sociétés s'intéressant à la radiodiffusion.

Théoriquement, plusieurs systèmes peuvent être envisagés, dans lesquels les auditeurs ou les téléspectateurs prendraient une part plus considérable aux destinées de la radiodiffusion en devenant membres directs ou indirects des organismes d'émission.

aa) Tous les concessionnaires à la réception[46] pourraient être englobés, en tant que tels, dans une ou plusieurs collectivités au niveau suisse ou régional, au besoin avec des grou-

---

[46] Nous utilisons l'expression usuelle sans nous prononcer sur la nature juridique de la «concession à la réception»: concession ou plutôt autorisation de police.

pements par catégorie. Avec d'autres membres, ils pourraient former une des sociétés de radiodiffusion (selon le modèle de la Suisse italienne généralisé) ou alors, à eux seuls, ils pourraient constituer une société séparée participant indirectement à la formation de la volonté de ces dernières sociétés. Cette solution n'est pas réalisable dans le cadre du droit privé qui suppose la liberté d'adhésion aux sociétés[47]. Elle ne paraît guère indiquée non plus, en l'état actuel, c'est-à-dire tant qu'elle ne répond pas à un désir profond de la population. En effet, si, idéalement, une société coopérative des consommateurs de radiodiffusion est séduisante[48], le système n'est guère viable si les consommateurs ne veulent point jouer activement le rôle d'associés. Les abstentions ou simplement le manque d'intérêt pourraient entraîner des décisions ne correspondant nullement aux aspirations de la collectivité. Des minorités agissantes, plus ou moins intéressées, pourraient y jouer un rôle partisan. Ce qui est tolérable dans une société coopérative de consommation vendant des articles ménagers dans un marché de concurrence ne le serait pas pour une société coopérative de consommation débitant des informations et des services culturels dans un marché de monopole. Ce risque serait considérable si l'on attribuait une part importante à la volonté exprimée par les concessionnaires dans la formation de la volonté de l'organisme de radiodiffusion; si au contraire, on ne lui accordait qu'une importance minime, il ne vaudrait guère la peine de créer une telle collectivité. Des problèmes importants d'organisation se poseraient, en raison du nombre élevé des concessionnaires, en ce qui concerne en particulier leur mode de consultation, la formation de groupes et leur représentation; l'organisation devrait être assez structurée pour éviter l'anar-

---

[47] Le CF estimait que «la création d'un véritable parlement d'auditeurs avec droit de vote généralisé rencontrerait des obstacles insurmontables», FF 1956 I, p. 1549.

[48] Son but serait alors conforme à celui de la société coopérative, l'ensemble des usagers s'associant pour tâcher d'obtenir en leur faveur les meilleures prestations aux meilleures conditions.

chie, le despotisme ou les menées partisanes et suffisamment souple pour permettre au plus grand nombre de s'exprimer.

bb) On peut alors songer à une collectivité privée (association ou société coopérative) qui serait en principe ouverte aux concessionnaires et dans laquelle ils demanderaient leur admission. Pour demeurer réaliste, il faut admettre qu'ils ne le feraient, sur une large échelle, que s'ils y voyaient un avantage tangible ou du moins un intérêt, sans trop d'obstacles (absence de parts sociales ou parts d'un montant minime); d'autre part, pour qu'ils expriment de façon massive leur volonté dans le cadre de cette collectivité, la possibilité devrait leur être donnée de le faire par correspondance («Urabstimmung»). Les risques d'une telle construction, en tant qu'elle comprendrait un très grand nombre de concessionnaires, sont à peu près les mêmes que dans le système précédent.

cc) Le système mixte, dans lequel une collectivité de droit privé (société coopérative ou association) confère, en fait et en droit, des pouvoirs à des délégués officiels tout en ouvrant ses portes aux membres individuels et notamment aux personnes physiques – tel que le connaissent les sociétés coopératives de radiodiffusion – pourrait être généralisé. Pour ménager aux concessionnaires un accès aisé et démocratique à ces sociétés, il serait possible de supprimer, pour eux, l'obligation d'acquérir une part sociale, ou, tout au moins, de limiter celle-ci à un chiffre très modique. S'il fallait craindre les effets nuisibles d'une participation trop importante des concessionnaires dans la formation de la volonté sociale, le droit de l'association, comme celui de la société coopérative d'économie mixte, permettrait de trouver une solution tenant compte des différents intérêts.

Dans une institution régie par le droit public, le peuple pourrait se faire entendre par les voies de ce droit, notamment par l'intermédiaire de ses représentants dans les corps législatifs. Si l'on veut faire de l'organisme de radiodiffusion une institution privée ou du moins indépendante, on ne peut pour autant méconnaître d'une part qu'il jouit actuellement

d'une situation de monopole et d'autre part qu'il poursuit un but d'intérêt public, les principaux intéressés étant les concessionnaires à la réception, dont les taxes font du reste vivre l'entreprise. S'il n'y a certes aucun intérêt à les comprendre tous de plein droit dans une communauté tant que la plupart d'entre eux ne se soucient pas des problèmes d'organisation de la radio et de la télévision et que cela ne répond pas à un désir profond de la population, il ne serait pas non plus équitable d'écarter les concessionnaires désireux de participer à l'activité sociale de l'organisme. Différents moyens pourraient leur permettre de s'exprimer. Le principe de la liberté d'adhésion pourrait être généralisé, ce qui supprimerait une différence de traitement suivant les régions; pour être largement accessible et démocratique, l'adhésion ne devrait pas être trop onéreuse. Ceci n'empêcherait pas d'adopter des mesures organiques pour éviter que de telles adhésions et les voix qu'elles donneraient ne soient utilisées contrairement à l'intérêt général. Au besoin, le droit des sociétés confère suffisamment de possibilités permettant d'organiser des collectivités comportant de nombreux membres dont la participation pourrait être sollicitée de manière réduite (sections, vote par correspondance, assemblée de délégués, etc.).

D'autre part, dans les organes importants des sociétés de radiodiffusion, quelques sièges pourraient être réservés à des représentants des auditeurs, comme tels. Dans les conditions actuelles, la réalisation de ces suggestions n'aurait, selon toute vraisemblance, guère d'effet sur les destinées de l'organisme de radiodiffusion, mais elle aurait le mérite de reconnaître certains droits sociaux aux principaux intéressés.

17. La subdivision en *sociétés par régions linguistiques* correspond à une répartition rationnelle du travail et à l'esprit fédéraliste. Elle paraît justifiée à ce titre. L'organisation actuelle de la SSR a beaucoup diminué l'importance des «sociétés-membres». Si celles-ci, en raison de leur origine, comportent encore entre elles des différences sensibles, de par les milieux ou collectivités, publics et privés, qui y sont représentés, et si elles portent encore parfois la trace – bien

compréhensible – de privilèges accordés à ceux qui, jadis, prirent l'initiative de créer des studios d'émission, il est à espérer que, l'évolution amorcée se poursuivant, elles céderont le pas à une organisation ayant pour but de représenter de façon équitable les milieux intéressés, sans trop de différences de structure suivant les régions.

18. La coexistence de *délégués publics et* de *membres privés* (mais pas nécessairement au même échelon) dans les organes des sociétés de radiodiffusion s'est révélée une heureuse solution tenant justement compte des deux sortes d'intérêts. Comme ailleurs, la double représentation a un effet stabilisateur. Elle permet peut-être mieux de prendre en considération à la fois les intérêts immédiats et ceux à long terme. Encore convient-il que le rapport entre les deux groupes demeure proportionné.

Nous n'attachons pas un poids déterminant à la nature juridique de l'organisme de radiodiffusion. Qu'il soit de droit public ou privé, il importe avant tout que son statut, fixé dans une loi, lui permette d'exercer sa fonction, selon les conceptions de la majorité du peuple suisse, soucieuse à la fois du respect des libertés individuelles et de l'intérêt de la collectivité. Cela exige à la fois une grande autonomie de l'organisme et l'obligation de se soumettre à certains principes fondamentaux[49].

19. Pendant longtemps on a soutenu que notre pays ne pouvait s'offrir plusieurs organismes de radiodiffusion (système du *monopole de fait* par rapport au *pluralisme*), d'une part, parce que les longueurs d'ondes à disposition de la

[49] Du point de vue formel, la loi pourrait, comme pour la Banque nationale suisse, fixer les principes essentiels de l'organisation, en renvoyant pour le surplus de celle-ci aux normes du droit privé. Elle ne devrait point être trop rigide, pour permettre à l'organisme de s'adapter aux exigences sans cesse changeantes, nées de la technique et de la situation internationale. En Autriche, par exemple, l'organisme est une société de droit privé, dont l'Etat fédéral et les Länder sont les associés, et la loi énumère les fonctions de l'organisme, A. Hartner, La loi autrichienne sur la radiodiffusion, RUER 102b. p. 50.

Suisse selon les conventions internationales étaient insuffisantes pour cela et, d'autre part, parce que les taxes payées par les concessionnaires à la réception n'en auraient pas permis le financement de façon satisfaisante.

Les données du problème ont changé. En effet, les progrès de la technique ont multiplié les ondes utilisables en radiodiffusion, ce qui a déjà permis l'introduction des secondes chaînes radiophoniques de nos sociétés régionales, diffusées en fréquence modulée. Par ailleurs, la reconnaissance de la publicité comme moyen de financement des organismes de radiodiffusion permet d'y voir une source éventuelle de revenus pour subvenir aux frais résultant de l'introduction de nouvelles chaînes. Les choix qui devront être faits en cette matière sont étrangers à ce travail; il suffit de constater que la coexistence de différents organismes peut être envisagée.

Si la préférence était donnée à cette solution, le problème de l'organisation interne des différents organismes ne serait pas fondamentalement modifié. Sans doute pourrait-on envisager des structures internes différentes, mais la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de la société, notamment de notre collectivité nationale, n'en demeureraient pas moins semblables.

§ 6. L'inscription au registre du commerce

20. La SSR n'est pas inscrite au registre du commerce; elle avait estimé qu'elle n'y était pas astreinte.

Selon l'art. 61 al. 2 CC, une association est tenue de se faire inscrire au registre du commerce si, pour atteindre son but, elle exerce une industrie en la forme commerciale[50]. Les art. 52, 53, 54 ORC donnent une définition de cette dernière notion (art. 934 al. 1 et 936 CO)[51].

a) Est réputée entreprise toute activité économique indé-

[50] ATF 56 I 127.

[51] Cf. par exemple ATF 68 I 110; au sujet de la compétence du CF pour préciser cette notion, à propos de l'art. 552 CO: ATF 63 II 92; l'exigence est la même si la personne est de droit public: ATF 80 I 384 et réf. cit.

pendante exercée en vue d'un revenu régulier (art. 52 al. 3 ORC). C'est une activité organisée, consistant dans la répétition, envisagée d'emblée, d'affaires identiques. Point n'est besoin qu'elle tende à la réalisation d'un bénéfice ou même qu'elle soit rentable[52]. Il faut entendre par activité économique celle qui permet au titulaire de se procurer, en tout ou partie, les ressources nécessaires au maintien de l'affaire selon les principes de la prestation et de la contreprestation[53].

On a nié que l'activité radiophonique de la SSR (diffusion des émissions aux concessionnaires contre la remise d'une partie des taxes perçues par l'intermédiaire des PTT) puisse être tenue pour économique *(77)*[54]; il faut en tout cas constater qu'actuellement la SSR, par l'intermédiaire de la SAP *(26)*, fait le commerce de la publicité à la télévision, sur une base contractuelle bilatérale parfaite, en vue d'en couvrir une partie des frais. Elle n'est sans doute pas partie aux contrats conclus avec les annonceurs et elle est liée pour la durée de la concession par un contrat unique avec la SAP; cependant, dans le cadre de celui-ci, doivent intervenir de nombreux accords d'exécution. Cette activité nous paraît purement économique.

b) L'activité de la SSR ne correspond pas à la notion d'entreprise commerciale ou d'entreprise industrielle selon l'art. 53 litt. A et B ORC[55].

c) «Rentrent dans les autres entreprises exploitées en la forme commerciale celles qui ne sont pas des entreprises commerciales ou industrielles, mais doivent cependant être exploitées commercialement et tenir une comptabilité ré-

---

[52] ATF 56 I 127, 63 I 98, 68 I 110, 80 I 384.

[53] ATF 68 I 110.

[54] Birch, op. cit., p. 78; Schürmann, RDS 72, 1953, p. 122–123a.

[55] En effet selon ATF 70 I 107, l'art. 53 litt. A ch. 6 ORC vise seulement les agences de nouvelles, agences de renseignements et entreprises similaires; mais une interprétation plus large de la notion de la «transmission de nouvelles» pourrait viser le service des informations de la SSR.

gulière, en raison de leur nature et de leur importance» (art. 53 litt. C ORC). Ces conditions sont cumulatives[56]. Une exploitation qui, étant données sa nature et son importance, implique de nombreuses relations d'affaires, doit être menée commercialement et être pourvue d'une comptabilité permettant au chef d'entreprise de connaître exactement sa situation financière, l'état des dettes et des créances, de même que le résultat de l'exercice (art. 957 CO)[57].

En l'occurrence, il est évident que ces conditions sont remplies. Pour mener sa tâche à bien, la SSR doit pouvoir équilibrer ses recettes et ses dépenses (art. 21 conc.) et, pour cela, exploiter commercialement son entreprise. Enfin, vu l'ampleur de celle-ci, la SSR ne peut en avoir le contrôle que grâce à la comptabilité. Ce n'est pas en vain que l'art. 23 de la concession fixe des règles à ce sujet.

d) Le chiffre d'affaires de la SSR est manifestement supérieur au minimum de Fr. 50 000.– (art. 54 ORC)[58].

e) L'inscription de la SSR s'accorderait avec le but du registre du commerce qui est de déterminer clairement les rapports de responsabilité[59] et avec le but de l'art. 61 al. 2 CC, qui est de faire connaître à l'extérieur les rapports juridiques importants de l'association lorsqu'elle joue un rôle économique appréciable[60]. Au vu de l'importance des affaires traitées par la SSR, dans l'activité qu'elle exerce pour se procurer des ressources mais surtout pour créer ses émissions, notamment avec les sociétés d'auteurs, son personnel, ses auxiliaires permanents ou occasionnels, ainsi que de sa situation de concurrent dans la vie économique *(77)*, il serait légitime que les tiers puissent apprendre par le registre du

---

[56] ATF 75 I 79, 78 I 67.

[57] ATF 75 I 79, 56 I 123, 63 I 95, 68 I 111, 79 I 58, 80 I 384, 81 I 79, 84 I 188; cf. aussi Burckhardt/von Salis, Droit fédéral, III, n° 1506.

[58] Aussi applicable, cf. ATF 63 II 92 *a pari*; Egger ad 61 n. 4; Hafter ad 61 n. 11.

[59] ATF 75 I 78, 80 I 274, 84 I 190.

[60] Hafter ad 61 n. 7.

commerce quel en est le régime de représentation et de responsabilité[61].

Lorsqu'elle est tenue à se faire inscrire au registre du commerce, l'association doit, de plein droit[62], respecter les règles minima des art. 957 ss. CO, en ce qui concerne la tenue de la comptabilité, l'obligation de conserver les livres (art. 962 CO) et de les produire en justice (art. 963 CO). La procédure de sommation et d'inscription peut être entamée d'office ou à la requête de tiers[63] à l'encontre de celui qui est tenu de requérir son inscription (art. 57 ss. ORC). Celle-ci a pour conséquence de soumettre la société à la poursuite par voie de faillite (art. 39 LP) et pour effets de change (art. 177 LP).

II. Les principaux liens contractuels de la SSR

Bénéficiaire, grâce au droit public, du droit d'émettre par l'intermédiaire de l'entreprise des PTT, la SSR et les sociétés dépendant d'elle se procurent, en règle générale comme des personnes de droit privé, les moyens nécessaires à créer des émissions, c'est-à-dire surtout les services durables ou occasionnels de collaborateurs ainsi que les droits intellectuels nécessaires.

§ 1. Les grands contrats

21. La mention de quelques contrats principaux régissant l'activité de l'organisme en facilite l'intelligence.

a) Pour ses services d'information et d'actualité, la SSR s'est assuré des sources de documentation pour une certaine

---

[61] Bien que jouissant de la protection de son nom en tant que personne, l'association exploitant une entreprise commerciale ne peut, selon la jurisprudence fédérale, avoir une raison de commerce (art. 944 ss. CO), ATF 34 II 114, 80 II 283, 90 II 464, solution critiquée non sans raisons par Heini, op. cit., p. 533.

[62] ATF 79 I 58 et réf. cit.

[63] Par exemple d'un créancier en vue de poursuite pour effets de change (ATF 61 III 42) ou par voie de faillite.

durée en concluant des contrats notamment avec l'Agence télégraphique suisse (information à la radio), l'Associated Press G.m.b.H. à Francfort (service d'informations transmises par téléscripteur pour la télévision), l'United Press International (informations transmises par téléscripteur pour la radio et la télévision; service de nouvelles filmées pour la télévision) et Vis News Ltd (films d'actualités).

b) Les services d'émissions musicales se fondent notamment sur les accords suivants. L'Orchestre de Beromunster dépend directement de la SSR; une convention collective entre la SSR et le syndicat Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD) règle les rapports de travail avec les musiciens. Une formule-type de contrat définit les rapports avec les musiciens de l'Orchestre Cedric Dumont (Bâle). La collaboration de l'Orchestre de la Suisse romande repose sur les conventions passées entre la fondation de cet orchestre et la SSR. Un contrat conclu avec l'Association de l'Orchestre de chambre de Lausanne définit les modalités de la participation de cet orchestre aux émissions de radiodiffusion. L'Orchestre de la radio de Suisse italienne fait l'objet d'une convention collective conclue entre la société régionale de Suisse italienne et la VPOD, les contrats individuels étant conclus sur des formules-types. En Suisse alémanique, un contrat-cadre liait la SSR ou ses membres avec les institutions de concerts et les chorales, aux termes duquel les parties s'engageaient à favoriser la radiodiffusion de concerts publics, sans obligation pour les institutions de radiodiffusion de retransmettre ni pour les institutions de concerts et chorales de prêter leur concours d'une manière régulière (à l'inverse des solutions adoptées en Suisse romande), chaque concert supposant la conclusion d'un contrat individuel, dont les modalités générales (prix, nombre de retransmissions, enregistrements...) étaient fixées dans le contrat-cadre.

Une série de contrats assure à la SSR tous les droits d'auteur nécessaires à la diffusion d'œuvres musicales. En relation avec la loi sur la perception des droits d'auteur, un

contrat avec SUISA accorde à la SSR le droit de diffuser les œuvres de son répertoire moyennant une indemnité forfaitaire *(7, 50)*. Un contrat conclu avec la société Mechanlizenz, société suisse pour les droits de reproduction mécanique, en son propre nom et en celui du Bureau international de l'enregistrement mécanique (BIEM), donne à la SSR, moyennant rétribution, «l'autorisation non exclusive d'exploiter mécaniquement les œuvres» de leurs répertoires *(41)*. Différents contrats conclus avec plusieurs associations d'éditeurs se rapportent à la location et l'utilisation du matériel des œuvres musicales *(40)*.

Un contrat passé avec la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) a trait à l'utilisation par la SSR des disques du commerce; les fabricants s'engagent notamment à mettre tous leurs disques à disposition de la SSR et ils se portent fort que les artistes exécutants ne formuleront aucune revendication contre cette dernière *(53, 52)*.

c) Les droits d'auteurs relatifs aux émissions littéraires sont acquis à la SSR grâce à différents contrats conclus avec la Société suisse des écrivains, la Société suisse des auteurs et compositeurs dramatiques, la Société des gens de lettres de France et la Società italiana degli autori e editori *(37)*.

d) Le service des émissions sportives peut se fonder sur différents contrats-cadres avec les grandes associations sportives, fixant les modalités relatives aux retransmissions de manifestations sportives.

e) La marche du service de la télédiffusion repose sur des accords passés avec l'entreprise des PTT et les services compétents des organismes de radiodiffusion étrangers dont les programmes sont retransmis.

f) La publicité à la télévision a fait l'objet de conventions avec la Société anonyme pour la publicité à la télévision et avec l'Union pour le développement de la télévision, coactionnaire de la SSR dans la société susnommée *(26)*.

g) Sur le plan international, des accords ont été passés avec les instituts étrangers de radiodiffusion et notamment

avec l'Union européenne de radiodiffusion (UER), pour instaurer une collaboration dans les programmes[64].

h) Les organes officiels de publications des programmes font l'objet de conventions entre la SSR et les éditeurs de ces journaux.

§ 2. Les employés et auxiliaires

Pour accomplir leur tâche, les organismes d'émissions ont besoin des services de personnes qui leur sont attachées de façon durable ou occasionnelle. Les contrats par lesquels celles-ci promettent leurs services sont de droit privé. Ils ne posent guère de problèmes particuliers.

22. Les employés et ouvriers sont liés par des contrats de travail. A côté des accords concernant les musiciens *(21)*, les relations avec le personnel régulier de la SSR sont régies en grande partie par une convention collective de travail du 8 juin 1962 passée entre la SSR (en son propre nom et en celui de ses membres) d'une part, la Fédération des employés de la radiodiffusion suisse et l'Association des employés de la télévision suisse d'autre part, ainsi que par différents barèmes et règlements et par des formules-types de contrats de travail individuels (dans lesquelles la SSR est désignée comme employeur)[65]. Dans certains types de contrats, la SSR engage des collaborateurs «au cachet», c'est-à-dire en leur assurant une rémunération en fonction de leur production, avec un gain annuel minimum garanti. Il est en particulier prévu dans les contrats individuels ou dans la convention collective que, sauf convention contraire, l'employé cède à la SSR tous les droits qu'il pourrait acquérir par son activité à son service, notamment les droits d'auteur et éventuels droits «voisins», pour autant qu'ils soient nécessaires à l'uti-

---

[64] Eurovision et ses problèmes juridiques, RUER 55b, p. 25.

[65] Sur un cas de lutte syndicale contre la participation à des émissions non agréées par le syndicat (Eurovision), cf. ATF 85 II 525, BullUER 48b p. 32, 59b p. 39.

lisation de la prestation de l'employé pour la radio et la télévision *(29, 48)*.

23. L'artiste qui s'engage à se produire une seule fois dans une émission l'est par un contrat d'entreprise, non de mandat[66]. C'est aussi un contrat d'entreprise qui régirait l'engagement conclu personnellement avec un organisateur de concert (imprésario)[67], avec le chef ou l'organisateur d'un ensemble comprenant plusieurs artistes liés avec lui par des contrats indépendants, même si les artistes doivent se produire à différentes reprises, pendant une durée déterminée ou indéterminée[68], alors qu'il pourrait y avoir contrat de travail si le chef intervenait comme représentant des autres artistes[69]. Il pourra de même y avoir contrat de travail suivant la prestation promise, la durée de l'engagement et le rapport de dépendance[70].

L'auteur ou compositeur qui accepte la commande d'une œuvre est aussi lié par un contrat d'entreprise[71].

24. Y a-t-il aussi contrat lorsqu'une personne consent, à titre gracieux ou onéreux, à répondre à des questions devant un microphone et, au besoin, une caméra ? D'aucuns y voient

---

[66] TF dans SJ 1953, p. 257 ss.; BECKER ad 363 n. 5; OSER/SCHÖNENBERGER ad 363 n. 4; sa résiliation abrupte et intempestive peut donner lieu à réparation morale (art. 49 CO) (même arrêt).

[67] BECKER ad 363 n. 4.

[68] ATF 70 II 218 ou JdT 1945 I 41, 44 c. 3; C. de just. Genève, SJ 1959 p. 66, 69 ou JdT 1960 I 252, TF dans SJ 1961, p. 161 ou JdT 1961 I 238, Trib. cant. Vaud, JdT 1960 I 92, OG Lucerne, DTA 14 n° 6; BECKER ad 363 n. 5; ces arrêts ne se rapportent pas à la radiodiffusion.

[69] TF dans SJ 1961, p. 167–168.

[70] Sur l'existence en droit allemand de contrats de travail entre le producteur de film et les artistes exécutants, même «vedettes», cf. FuR 1961 n° 5, p. 15 et n° 6, 1966 n° 2, p. 46 et les réf. cit.; H. LEWENTON, Zur Arbeitnehmereigenschaft der Fernsehschaffenden, FuR 1966 n° 12, p. 280; cf. également RUER 62b, p. 41: la relation de travail des «vedettes» (Italie) et RUER 71b, p. 46: la situation juridique des artistes (France).

[71] ATF 74 II 126; Hand.ger. Zurich, ZR 40 n° 115; OG Zurich, ZR 63 n° 134; W. BÜRGI, FJS 623; *contra* GAUTSCHI ad 394 n. 63d.

un contrat innommé d'interview. D'autres nient qu'une personne puisse jamais disposer juridiquement de biens strictement personnels, notamment de leur voix et de leur image, leur consentement à une atteinte à ces biens étant un acte unilatéral, révocable en tout temps[72]; quelque généreuse que soit cette opinion, elle ne saurait être suivie dans cette forme absolue, n'étant conforme ni au texte de la loi ni aux besoins de la vie en société[73]. Dans le cadre de la loi et de la morale, la matière ressortit à l'autonomie de la volonté (art. 19 CO). Plusieurs obligations éventuelles peuvent être envisagées. La déclaration, agréée de l'autre partie, par laquelle une personne affirme qu'elle répondra ultérieurement à des questions ne sera tenue pour un contrat que si elle procède d'une intention juridique, soit d'une volonté de produire des effets juridiques[74]; compte tenu de l'expérience, on peut penser que tel n'est souvent pas le cas; lors d'engagement juridique, suivant son objet, on pourra y voir un contrat d'entreprise (art. 363 ss. CO), mais plus généralement un mandat (art. 394 ss. CO), notamment un mandat gratuit. L'interview elle-même peut, suivant les cas, être régie par un contrat. Celui qui accorde une interview sait et accepte d'avance que l'in-

---

[72] Cf. notamment RIKLIN (cité ad *60*) § 3 III, § 5 III, § 13 II 4 et réf. cit.

[73] Les intérêts personnels protégés par la loi sont très étendus (*63* ss.) et comprennent notamment la liberté d'action. Nier la validité d'un engagement à ce sujet serait nier celle notamment du contrat de travail qui implique une importante restriction de la faculté de l'employé de disposer de lui-même (art. 327 CO) et dont la durée peut même être viagère (art. 351 CO; cf. ATF 56 II 189), de même que la validité de nombreux autres contrats. En droit positif, la loi et les bonnes mœurs (art. 19, 20 CO, 27 al. 2 CC) tracent la limite des engagements que la personne peut assumer relativement à ses intérêts strictement personnels. Cf. EGGER ad 27 n. 27 ss.; OSER/SCHÖNENBERGER ad 20 n. 31 ss.; BECKER ad 19 n. 40 ss.; VON TUHR § 31 V. Pourquoi le speaker ne pourrait-il s'engager à fournir ses services au micro ou sur l'écran? S'il le peut, pourquoi la personne interviewée ne le pourrait-elle pas?

[74] BECKER ad 1 n. 6 ss.; OSER/SCHÖNENBERGER ad 1–67 n. 64 ss.; VON TUHR § 20 VIII.

terviewer en fera état et utilisera l'autorisation implicite donnée à cet effet; celle-ci procède donc, en général du moins, d'une intention juridique. L'obligation assumée dans ce cas par l'interviewé a pour objet une abstention[75]. A supposer que le contrat soit unilatéral, on ne saurait ranger l'accord y relatif dans les contrats nommés ayant pour objet des services[76]; il faudrait dès lors le soumettre aux règles générales en matière contractuelle (art. 1 ss., 97 ss. CO). Toutefois, l'interviewer pourra de son côté assumer des obligations, notamment celle de diffuser l'interview ou de le faire à certaines conditions et selon certaines modalités; il s'agirait d'une *obligatio faciendi*; l'interprétation de l'accord selon les règles de la bonne foi pourra souvent faire admettre une telle obligation. La nature juridique du contrat éventuel dépendra en conséquence des engagements effectifs assumés de part et d'autre[77].

Des liens contractuels peuvent être noués avec des particuliers à l'occasion de jeux radiophoniques[78] et, éventuellement, lors de demandes de renseignements adressées à l'organisme de radiodiffusion *(78)*. Si les déclarations des intéressés sont faites en général entre présents ou par téléphone,

---

[75] Von Tuhr § 7 III.

[76] Cf. les textes allemand et italien de l'art. 349 al. 2 CO; Becker ad 319 n. 8, 394 n. 6; Oser/Schönenberger ad 319 n. 2, 394 n. 3.

[77] Cf. *65*. Le jugement cité C. de just. Genève admet l'existence d'un mandat sans cependant préciser quelles sont les obligations, en sous-entendant semble-t-il que le reporter, ou celui pour qui il agit, a qualité de mandataire; id. K. Oftinger, RSJ 64, p. 23.

[78] C.-Z. Lamberti, «Lascia o radoppia» («Quitte ou double») BullUER 1957, p. 569. Lorsque l'organisme de radiodiffusion promet une prestation au gagnant, il n'est pas lui-même joueur; il est douteux qu'il y ait contrat de jeu selon l'art. 513 CO (sur cette notion, cf. ATF 77 II 47); cf. OG Lucerne 25.3.1964, RJB 100, p. 550 (contrat de jeu nié lorsque l'organisateur d'un concours hippique promet une récompense au gagnant). Lorsque les concurrents ne sont pas liés par contrat, une obligation de l'organisateur pourra naître de sa promesse publique (art. 8 CO) (même arrêt). Cf. aussi ATF 39 II 594, 43 II 197, C. supr. Berne, RSJ 45, p. 138.

des manifestations de volonté peuvent avoir les ondes pour support; en droit privé, une déclaration par radiocommunication est assimilable à une déclaration par téléphone au sens de l'art. 4 al. 2 CO, au vu de la *ratio legis* de cette disposition: que la transmission ait lieu par fil, sans fil ou par les deux moyens, lorsque les intéressés ont la possibilité de se parler réciproquement de façon immédiate, leurs déclarations sont réputées faites entre présents[79].

25. Les organismes d'émission doivent prendre les précautions nécessaires pour éviter que leurs employés et leurs hôtes ne subissent un dommage à l'occasion de leur collaboration[80]. En effet, l'organisation d'auditions et surtout de spectacles crée des risques spéciaux, résultant notamment des appareils d'enregistrement ou de diffusion, ainsi que des performances parfois dangereuses demandées aux artistes. Cette obligation de sécurité repose, à l'égard des ouvriers et employés sur l'art. 339 CO[81,82] et, pour tous, sur les art. 41 et 58 CO, l'employeur répondant également du fait de ses auxiliaires (art. 55 et 101 CO)[83]. En cette matière, il sied de se montrer d'autant plus strict que les organisateurs d'émission agissent par métier.

Par contre, lorsque l'organisme d'émission se borne à enregistrer et à diffuser une audition ou un spectacle organisé par autrui, il ne répond en principe que des risques découlant de la prise de son ou de vue.

---

[79] B. von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, p. 125–126; Oser/Schönenberger ad 4 n. 7.

[80] W. Konda, Der Schutz der beim Rundfunk tätigen ausübenden Künstler, *de lege lata* und *de lege ferenda*, thèse Cologne 1959.

[81] La SSR et ses sociétés affiliées ne sont pas soumises à la loi sur l'assurance obligatoire en cas d'accidents (LAMA); cf. JAC 7 n° 150. Ils sont au bénéfice d'une assurance privée contre la maladie et les accidents.

[82] L'obligation de sécurité pourra aussi se fonder sur d'autres contrats, tel celui de spectacle, ATF 70 II 217.

[83] Sur un accident de scène OG Zurich, ZR 56 n° 94 ou RSJ 53, p. 187.

Les auxiliaires des organismes d'émission sont aussi protégés contre l'utilisation abusive sur les ondes du produit de leur collaboration. La sanction assurée par la législation sur le droit d'auteur *(29–50)*, les actes illicites et le droit de la personnalité *(52, 60–82)* pourra, suivant les cas, être complétée par les règles sur le respect des obligations conventionnelles. Celles-ci seraient violées en cas de diffusion de productions contraire à ce que le contrat (de travail, d'entreprise, de mandat ou d'interview) autorisait à transmettre. C'est aussi une question d'interprétation que de savoir quelle en est la portée *(48, 71)*; toutefois, lorsque celui-ci ne contient pas de règle expresse, l'organisme d'émission ne saurait d'ordinaire supposer de bonne foi que l'autre partie consent d'emblée à ce qu'on utilise sa prestation en la dénaturant *(65)*.

Ceux dont la voix, l'image, la création ou la pensée est diffusée sur les ondes jouissent ou pâtissent de la large publicité qui en résulte. Ainsi exposés à la critique des auditeurs et spectateurs, ils doivent accepter les inconvénients inhérents à la grande audience à laquelle ils se prêtent *(71–73)*, mais n'ont pas à tolérer n'importe quelle attaque; s'il le faut, ils peuvent, en tant que personnes privées, agir contre l'auteur de l'acte illicite[84].

---

[84] En Suisse, tout comme en Allemagne (BGHZ 39, p. 124, FuR 1962 n° 8, 9), une présentatrice de télévision, calomniée, diffamée ou faisant l'objet d'atteintes à sa vie privée, dans un article de journal, obtiendrait la protection de la justice, de même qu'un acteur de télévision pourrait s'opposer à l'utilisation à son insu de son image à des fins de publicité (BGH dans FuR 1961 n° 4, p. 13, GRUR 1961, p. 138). Sur un cas d'utilisation dans un film de la prestation de l'annonceur d'une émission radiophonique cf. RUER 92b, p. 48 et 105b, p. 44.

III. De la publicité à la télévision[85]

26. L'art. 14 conc. accorde à la SSR le droit de diffuser de la publicité à la télévision, à des conditions précisées dans les instructions du Conseil fédéral pour la publicité à la télévision, du 24 avril 1964.

Selon un système existant déjà à l'étranger, l'acquisition et l'exécution des contrats de publicité a été confiée à une société créée *ad hoc* le 3 juillet 1964, la Société anonyme pour la publicité à la télévision (ci-après SAP), au capital social de Fr. 500000.–, détenu à raison de 40% par la SSR, 40% par l'Union pour le développement de la télévision suisse et 20% par l'Union suisse du commerce et de l'industrie, l'Union suisse des arts et métiers, l'Union suisse des paysans et l'Association de la presse suisse. L'Union pour le développement de la télévision, représentant les intérêts de la presse écrite suisse, avait financé la télévision moyennant qu'aucune publicité n'y fût diffusée[86]; elle renonça à cette clause à l'occasion de l'élaboration de la nouvelle concession du 27 octobre 1964 et de la création de la SAP. Elle est liée avec la SSR par un contrat ayant pour objet la création de la SAP et par lequel, notamment, les deux principaux actionnaires s'engagent à gérer la SAP selon certains principes[87]. Un contrat écrit conclu entre la SSR et la SAP détermine les

---

[85] G. Brugger, Grundlagen eines Fernsehvertragsrechts, NJW 1961, p. 49 ss.; H. Müller, Rechtsfragen der Werbung im Fernsehen, thèse Zurich 1964; P. Lerche, Rechtsprobleme des Werbefernsehens, Schriftenreihe Beiträge zum Rundfunkrecht, cah. 2, Francfort 1965; E. Winkler, Die Fernsehwerbung, Eine betriebswirtschaftliche Untersuchung, thèse Zürich 1963; H. Müller, Der Fernsehwerbevertrag im schweizerischen Recht, RSJ 60, p. 197 ss. La publicité à la radio et à la télévision, UER monographie n° 4, série administrative et juridique, Genève 1966.

[86] FF 1957 II, p. 230; W. Schaumann, Soll unsere Gesetzgebung käuflich werden? RSJ 53, p. 245 ss.

[87] ATF 81 II 542, 88 II 174 ss.; H. Glattfelder, Die Aktionärsverbindungsverträge, RDS 78, 1959, p. 141a ss.; R. Patry, Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, RDS 78, 1959, p. 1a ss.

tâches de celle-ci. Elle verse à la SSR toutes les sommes encaissées, après déduction des frais de diffusion et de gestion, des amortissements et réserves exigées par la loi et les usages commerciaux, et d'un dividende qui ne peut dépasser 5%. Le contrat est valable pour la durée de la concession. La SAP conclut les contrats de publicité en son propre nom et elle en assume elle-même l'exécution. La SSR est chargée de la diffusion des émissions publicitaires au moyen des émetteurs de l'entreprise des PTT.

La nature juridique du contrat conclu entre la SSR et la SAP peut être discutée. Assurément, il n'y a pas contrat d'entreprise, car la SAP ne promet pas un ouvrage (art. 363 CO), soit un résultat, mais des efforts en vue du résultat recherché, soit l'obtention de revenus élevés destinés à couvrir les frais de la télévision, grâce à la conclusion de contrats de publicité. On peut de même exclure l'existence d'un contrat d'agence (art. 418a CO), la SAP ne négociant pas la conclusion d'affaires pour la SSR et n'en concluant pas au nom et pour le compte de celle-ci[88]. Les dispositions du bail à ferme[89] ne se prêtent guère non plus à ce contrat[90]: la rémunération de la SAP se rapproche peu d'un fermage, elle ne consiste ni en une rémunération fixe ni en une quote-part des fruits perçus; par ailleurs, la SAP ne perçoit ceux-ci que dans les relations extérieures avec les annonceurs, alors que dans

---

[88] ATF 83 II 34.

[89] Dans un cas où l'éditeur d'un journal avait confié la publicité à un agent, qui concluait des contrats de publicité en son nom, moyennant une rémunération égale au tiers de la recette nette de publicité, le TF a admis l'existence d'un contrat mixte contenant les éléments constitutifs d'un bail à ferme (art. 275 CO: remise de l'usage d'un bien immatériel productif, en laissant au fermier le droit de percevoir les fruits civils, contre une rémunération consistant en une quote-part de ces fruits) et d'un contrat d'entreprise (art. 363 CO: obligation de l'éditeur de faire imprimer la publicité et de diffuser le journal), ATF 57 II 161; cf. aussi ATF 83 II 34; Oser/Schönenberger ad 275 n. 10.

[90] ATF 83 II 34; Becker ad 275 n. 2.

les rapports internes elle s'engage à remettre à la SSR tous ces fruits, sous déduction de ses frais et d'un bénéfice qui, commercialement, équivaut à l'intérêt des capitaux engagés; si la SAP agit en son propre nom, elle le fait donc pour le compte de la SSR et elle n'a pratiquement pas d'intérêt propre à la conclusion des contrats de publicité (en effet, il était d'emblée prévisible que le chiffre d'affaires nécessaire pour permettre de payer le dividende de 5% serait atteint rapidement). Ce contrat correspond davantage à la notion du mandat (art. 394 ss. CO), la SAP étant en l'espèce chargée de gérer l'affaire de la SSR, à titre de représentant indirect [91] en vue d'un bon résultat financier en faveur de la mandante, moyennant la rémunération convenue (art. 394 al. 3 CO) et l'obligation de la SSR de libérer la SAP des engagements qu'elle a contractés (art. 402 al. 1 CO) [92], en faisant tout ce qui dépend d'elle pour permettre l'exécution des contrats de publicité conclus par la SAP avec les annonceurs; la difficulté réside dans la révocabilité du mandat (art. 404 CO); elle serait surmontée si l'on admettait que les principes régissant la révocation du mandat ne s'appliquent point à un contrat de mandat conclu à temps, tel que le contrat de gérance d'immeuble [93], si, suivant une opinion minoritaire, on tenait la règle de l'art. 404 CO comme étant de droit dispositif [94] ou, de préférence, si on en faisait un contrat *sui generis*, tel le contrat dit de représentation exclusive, soumis en principe aux règles du mandat sauf en ce qui concerne la résiliation soumise aux normes du contrat de travail ou à celles du contrat d'agence [95].

---

[91] GAUTSCHI ad 425–491 n. 2a; OSER/SCHÖNENBERGER ad 425 n. 2 et 3.

[92] Cf. par exemple ATF 88 II 169; GAUTSCHI ad 401 n. 5c.

[93] ATF 83 II 530 critiqué par MERZ, RJB 95, p. 60.

[94] H.-P. FRIEDRICH, Fragen aus dem Auftragsrecht, RJB 91, p. 449 ss. notamment 477 ss.; *contra* ATF 59 II 261, BECKER ad 404 n. 8, GAUTSCHI ad 404 n. 10 ss., OSER/SCHÖNENBERGER ad 404 n. 2 et 3.

[95] ATF 83 II 530 et en outre ATF 78 II 36, 88 II 170 et 89 II 34–35, avec les arrêts cités.

27. Le contrat de publicité à la télévision conclu entre l'annonceur et la SAP comporte les prestations essentielles suivantes: l'annonceur s'engage à remettre un film dans le délai et les formes prévus, après avoir acquis les droits immatériels nécessaires, et à payer la rémunération convenue; en échange la SAP promet de diffuser l'émission publicitaire au moyen des émetteurs de télévision. Un tel contrat est un contrat d'entreprise (art. 363 ss. CO)[96], comme l'est d'une manière plus générale le contrat de publicité entre un annonceur et l'éditeur d'une publication[97] et comme l'est le contrat de spectacle[98], avec cette particularité en l'occurrence que le spectacle diffusé n'est pas destiné au maître de l'ouvrage mais au public de la télévision en général; en effet, la prestation promise par la SAP consiste en un résultat, quoique non corporel, non seulement en efforts dans ce but. L'obligation pour le maître de l'ouvrage de procurer le film et les droits immatériels nécessaires est une dérogation à la règle de droit dispositif de l'art. 364 al. 3 CO, avec les conséquences prévues à ce sujet à l'art. 365 CO. La SAP a établi des conditions générales applicables aux contrats qu'elle conclut; elles dérogent en partie aux dispositions légales[99] mais ne posent guère de problèmes spécifiques. On peut se borner à en mentionner quelques clauses selon les conditions valables dès le 1er janvier 1967: le contrat ne peut être conclu qu'avec l'annonceur lui-même[100], sans escompte ni commission; en principe les contrats sont conclus pour une année civile; ils sont parfaits par la confirmation écrite de commande, émanant de la SAP; toute adjonction ou modification est sou-

---

[96] Müller, op. cit., p. 52 ss., RSJ 60, p. 199 ss.

[97] ATF 59 II 260, RJB 81, p. 240, RSJ 48, p. 160; H.-G. Auer, Der Insertionsvertrag, thèse Zurich 1949, p. 13; Bürgi FJS 623; id. pour le contrat entre l'éditeur et l'imprimeur, ATF 48 II 124.

[98] ATF 70 II 217, 80 II 34, RSJ 48, p. 365, ZR 56 n° 101; Becker ad 363 n. 5; Oser/Schönenberger ad 363 n. 4 et réf. cit.

[99] Cf. Müller, op. cit., p. 96 ss., RSJ 60, p. 200 ss.

[100] Cf. sur les rapports de droit entre le client et l'agent de publicité OG Zurich, RSJ 42, p. 344.

mise à la forme écrite (art. 16 CO); la SAP se réserve un droit unilatéral de résolution d'un contrat conclu (art. 19 CO), en raison de la provenance, du contenu de l'émission ou de défauts techniques; l'annonceur assume seul la responsabilité pouvant découler de l'émission publicitaire en dégageant entièrement celle de la SAP et de la SSR (en vertu d'une stipulation pour autrui, art. 112 CO); le prix est payable *prae-numerando* avec la possibilité pour la SAP de ne pas émettre en l'absence de paiement; la SAP n'assume pas de responsabilité quant au moment exact de la diffusion ni quant à l'absence d'émissions de concurrents, quoiqu'elle s'efforce à bien plaire de ne pas grouper de telles émissions dans le même bloc de publicité. Ces conditions générales ont pour conséquence de faire de ce contrat essentiellement un contrat d'adhésion. Les clauses prévues n'outrepassent pas les limites que la loi et les bonnes mœurs fixent à l'autonomie de la volonté des contractants (art. 19 CO); les avantages qu'elles octroyent à la SAP ont une justification technique et juridique.

La SAP n'est pas en mesure de satisfaire toutes les demandes des annonceurs. Son refus de conclure ne saurait en tout cas donner lieu à aucune action lorsqu'il est fondé sur des raisons objectives sans qu'il en résulte une inégalité de traitement. A une date assez récente, un procès a été ouvert en Allemagne par une personne dont l'émission publicitaire avait été refusée, motif pris de l'illégalité du contenu de l'émission; dans sa demande elle contestait le grief et se prétendait victime d'une atteinte illicite à sa liberté de concurrence de la part d'une entreprise jouissant d'une position de monopole[101]. Le problème pourrait aussi se poser en

[101] RUER 94b, p. 75. En Autriche, vu le refus général de faire paraître à la télévision des annonces publicitaires en faveur des journaux, un éditeur évincé ouvrit action. Sa demande fut rejetée, faute d'acte de concurrence déloyale – le refus général de faire paraître certaines annonces n'étant pas contraire aux bons usages – et d'illicéité du refus de conclure, en l'absence de besoin vital à satisfaire, RUER 98b, p. 58.

Suisse, où la SAP jouit d'une position de monopole de fait s'agissant de la publicité à la télévision. La loi sur les cartels et organisations analogues pourrait s'appliquer si la SAP était considérée comme une entreprise isolée dominant le marché de certains services ou l'influençant d'une manière déterminante (art. 3)[102] et que son refus de conclure soit assimilable à une entrave illicite à la concurrence (art. 4 et 5); les sanctions pourraient être celles de l'art. 6, notamment la cessation de l'état illicite, sous la forme d'une obligation de conclure[103].

[102] Pour une interprétation restrictive ATF 91 II 489; *contra* H. KUMMER, Der Begriff des Kartells, p. 75; MERZ dans RJB 103, p. 26, Das schweizerische Kartellgesetz, p. 29; SCHÜRMANN, Kommentar zum Kartellgesetz, p. 43, 53.

[103] MERZ, op. cit., p. 73, 77 et réf. cit.

Chapitre 2

RADIODIFFUSION ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE[104]

I. Aperçu historique

28. La protection des droits de l'auteur, en cas de radiodiffusion de son œuvre, est devenue à la longue un domaine dans lequel le droit de la radiodiffusion a fait l'objet de règles de droit écrit distinctes. En fonction de l'évolution technique, il a fallu définir de plus près ce que comprenait le droit exclusif de l'auteur.

---

[104] BAPPERT/WAGNER, Internationales Urheberrecht 1956; S. BERGSTRÖM, Problèmes actuels en matière de radiodiffusion dans le domaine international, RIDA XXV 121ss.; E. DEL BIANCO, Le droit d'auteur et ses limites, thèse Lausanne 1951; P. BOLLA, La radiodiffusion et le droit d'auteur selon la Convention de Berne revisée à Bruxelles, Rev. inter. radioél. 1949, p. 97; BOUTET et PLAISANT, Propriété littéraire et artistique, dans Juris-classeur civil, annexe, fasc. 23: La Convention d'Union de Berne; H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Paris 1966; A. DUPASQUIER, Radiodiffusion et propriété intellectuelle, FJS n° 27, Disques phonographiques et propriété intellectuelle, FJS n° 49, Gramophone, Cinéma, radiodiffusion et l'évolution du droit, RSJ 33, p. 323; K. DÜRR, Patentgesetz und Urheberrecht; G. VON GERMAR, Urheberrechtliche Probleme und Rundfunk, thèse Hambourg 1955; K. H. GIERL, Urheberrechte und angrenzende Rechte beim Fernsehen, thèse Munich 1957; H.-P. HILLIG, Rundfunk im neuen deutschen Urheberrecht, UFITA 46 p. 1, Einführung in die urheberrechtliche Problematik des Rundfunks, FuR 1966 n° 4 et 5, p. 79; F. HEPP, Radiodiffusion, télévision et droit d'auteur, Paris 1958; H.-C. HOBE, Rundfunkurheberrecht, thèse Heidelberg 1951; G. JACOTTET, Le droit d'auteur et les émissions radiophoniques, thèse Lausanne 1935; M. LUTZ, Die Schranken des Urheberrechts, nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1964; B. MENTHA, Film und Fernsehen in der Berner Übereinkunft, Aktuelles Filmrecht IV, p. 27ss.; L. OLGIATTI, Film

Sur le plan suisse, l'art. 1 de la loi fédérale concernant la propriété littéraire et artistique du 23 avril 1883[105] le définissait comme «le droit exclusif de reproduction ou d'exécution» de l'œuvre. Trouvée trop restrictive[106] dans cette première loi, l'étendue du droit de l'auteur fut précisée dans la loi du 7 décembre 1922, dans laquelle, en particulier, l'art. 12 ch. 1 accordait à l'auteur le droit «de reproduire l'œuvre par n'importe quel procédé» et l'art. 12 ch. 3 celui «de réciter, représenter, exécuter ou exhiber l'œuvre publiquement»; la radiodiffusion de l'œuvre, alors peu connue, n'était pas mentionnée. Lorsque la Confédération organisa la radiodiffusion en Suisse, on admit non sans discussions que l'auteur devait avoir seul le droit de disposer de son œuvre sur les ondes[107],

---

sonoro e radiodiffusione nel diritto svizzero et nelle convenzioni, thèse Berne 1937; R. Plaisant, Propriété littéraire et artistique, dans Juris-classeur civil; R. de Reding, Droit d'auteur et radiodiffusion; M. Rintelen, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht; G. Roeber, Film und Fernsehen in der Berner Übereinkunft, FuR 1966 n° 9, p. 209; K. Runge, Urheber- und Verlagsrecht; W. Schulz/Thurmann, Die Fernsehsendungen in urheberrechtlicher Sicht, thèse Cologne 1963; G. Straschnov, Lois et traités sur le droit d'auteur, 1962, id., supplément 1964, La télévision et la Convention de Berne, RIDA IX 41, Le droit d'auteur et les droits connexes en radiodiffusion, Bruxelles 1948; Nouveaux aspects du droit d'auteur et des droits connexes en radiodiffusion: la radiodiffusion des disques du commerce, le régime du droit d'auteur en télévision, la protection des «droits voisins», les éditeurs de musique, Bruxelles 1950; A. Tournier, Les art. 11bis et 13 de la Convention de Bruxelles, RIDA XXXVI/XXXVII 5, L 5; A. Troller, Immaterialgüterrecht; E. Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2e éd. 1960, Von der Entwicklung des internationalen Urheberrechtes unter besonderer Berücksichtigung des Film- und Fernsehrechtes, Aktuelles Filmrecht IV, 15; H. Vallotton, Radiodiffusion et droit d'auteur, RDS 51, 1932, p. 236a ss.; U. Weimann, Die Fernsehsendung von Bühnenwerken nach geltendem Recht und *de lege ferenda*, thèse Cologne 1963.

[105] ROLF 7, p. 239.

[106] Message CF du 9.7.1918, FF 1918 III, p. 587.

[107] FF 1931 II, p. 690, notamment 710–711; Buser, RDS 51, 1932, p. 173a.

des controverses subsistant quant à la nature juridique de la radiodiffusion dans le cadre des définitions légales[108]. Le texte actuel de l'art. 12 de la loi, introduit par la novelle du 24 juin 1955, accorde expressément à l'auteur le droit exclusif de radiodiffuser l'œuvre (ch. 5), de reémettre l'œuvre radiodiffusée par un organisme autre que celui d'origine (ch. 6) et de communiquer cette œuvre en public (ch. 7).

Sur le plan international, encore inconnue, la radiodiffusion n'est pas mentionnée dans les premiers textes de la Convention de Berne concernant la création d'une union internationale pour la protection des œuvres littéraires et artistiques[109]. La Convention de Berne revisée à Rome le 2 juin 1928[110], postérieure aux premiers essais de la radio, introduisit un article 11bis:

«(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser la communication de leurs œuvres au public par la radiodiffusion.

(2) Il appartient aux législations nationales des Pays de l'Union de régler les conditions d'exercice du droit visé à l'alinéa précédent, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte ni au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.»

Ainsi, *jure conventionis*, l'auteur se voyait reconnaître le droit de radiodiffuser, les états unionistes étant autorisés à restreindre ce droit notamment par la licence légale ou obligatoire *(49)*, sous réserve du droit moral de l'auteur et de

---

[108] Question laissée indécise par le TF qui préfère néanmoins la notion d'exécution publique à celle de reproduction, ATF 62 II 251 (cf. *33b*). Des questions similaires se posèrent à l'étranger, cf. par exemple RGZ 113, p. 413; 123, p. 312; 136, p. 381; 153, p. 1; BGHZ 11, p. 135; 33, p. 38.

[109] du 9. 9. 1886, ROLF 10, p. 202; acte additionnel adopté à Paris le 4. 5. 1896, ROLF 16, p. 586; révision de Berlin le 13. 11. 1908, RS 11, p. 879.

[110] RS 11, p. 896.

son droit à rémunération. La révision de Bruxelles du 26 juin 1948[111] donna à l'art. 11bis, après de nombreuses discussions, la nouvelle teneur suivante:

«(1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser:

1° la radiodiffusion de leurs œuvres ou la communication puplique de ces œuvres par tout autre moyen servant à diffuser sans fil les signes, les sons ou les images;

2° toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite par un autre organisme que celui d'origine;

3° la communication publique, par haut-parleur ou par tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, de l'œuvre radiodiffusée.

(2) Il appartient aux législations des Pays de l'Union de régler les conditions d'exercice des droits visés par l'alinéa 1er ci-dessus, mais ces conditions n'auront qu'un effet strictement limité au Pays qui les aurait établies. Elles ne pourront en aucun cas porter atteinte au droit moral de l'auteur, ni au droit qui appartient à l'auteur d'obtenir une rémunération équitable fixée, à défaut d'accord amiable, par l'autorité compétente.

(3) Sauf stipulation contraire, une autorisation accordée conformément à l'alinéa 1er du présent article n'implique pas l'autorisation d'enregistrer, au moyen d'instruments portant fixation des sons ou des images, l'œuvre radiodiffusée. Est toutefois réservé aux législations des Pays de l'Union le régime des enregistrements éphémères effectués par un organisme de radiodiffusion par ses propres moyens et pour ses émissions. Ces législations pourront autoriser la conservation de ces enregistrements dans des archives officielles en raison de leur caractère exceptionnel de documentation.»

Lors de la révision signée à Stockholm le 14 juillet 1967, que la Suisse n'a pas encore ratifiée, l'art. 11bis demeura inchangé, mais la radiodiffusion fut expressément mentionnée dans différents articles restreignant le droit des contractants ou les autorisant à limiter les droits de l'auteur.

Si une modification de la loi suisse n'avait pas été proposée après la ratification de la révision de Rome, du fait que la loi alors récente permettait d'accorder à l'auteur le droit de

---

[111] ROLF 1955, p. 1114.

radiodiffuser son œuvre[112], il apparut nécessaire d'adapter cette loi lors de la ratification du texte revisé à Bruxelles[113]. Lors de la révision légale de 1955, le législateur s'en est tenu à ce qu'il considérait comme étant le plus urgent, réservant les autres questions à un examen approfondi dans le cadre des travaux relatifs à une révision totale de la loi sur le droit d'auteur. Parmi les problèmes intéressant la radiodiffusion, on remit à plus tard l'étude de la licence obligatoire en faveur de la société d'émission, des enregistrements éphémères et, dans un autre domaine, de la protection des droits «voisins» des exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion.

Il en résulte que la législation s'est adaptée par à-coups aux problèmes propres à la radiodiffusion, le législateur réglant les questions les plus urgentes. Nous vivons sous l'empire d'une loi sur le droit d'auteur adoptée en 1922, alors que les problèmes propres à la radiodiffusion ne se posaient pas, et qui ne lui est pas adaptée. Lorsqu'apparut la radiodiffusion, il fallut reconnaître que les termes légaux n'étaient guère à sa mesure. Aucune décision de la juridiction supérieure n'ayant tranché définitivement la question de savoir s'il fallait la ranger dans la notion d'exécution publique, de reproduction, etc., on se demandait dans quelle mesure l'organisme de radiodiffusion pouvait se réclamer des restrictions aux droits de l'auteur, applicables en cas de reproduction, d'exécution publique, etc. Lorsqu'en 1955, le législateur accorda à l'auteur des prérogatives distinctes résultant de la radiodiffusion, il s'abstint en particulier de revoir la terminologie légale dans les autres dispositions. Cela doit conduire le juriste à éviter des raisonnements *a contrario* lorsque la radiodiffusion n'est point mentionnée dans une disposition légale qui ne fut pas retouchée lors de la novelle de 1955. D'autre part, les décisions jurisprudentielles qui auraient pu préciser le sens de la loi sont rares sinon inexistantes. Force

---

[112] FF 1930 II, p. 119; cf. aussi FF 1931 II, p. 711.

[113] FF 1954 II, p. 589, 632.

est dès lors de poser des questions que, pour une bonne part, il serait présomptueux de considérer comme résolues. Le nombre et l'importance de celles-ci démontrent la nécessité de la révision générale actuellement entreprise. Dans le cadre de celle-ci[114], le statut de la radiodiffusion devra être examiné, à propos de chaque faculté reconnue à l'auteur et de chaque exception au droit d'auteur.

L'organisme de radiodiffusion étant le plus grand utilisateur d'œuvres de l'esprit, il n'est que peu de problèmes de droit d'auteur qui lui soient étrangers.

II. Les droits de l'auteur et la radiodiffusion

§ 1. L'auteur

29. Est auteur, celui qui a créé l'œuvre (art. 7 LDA), soit une personne physique (art. 8 LDA)[115]. Transmissible entre vifs et à cause de mort, le droit d'auteur peut être acquis notamment par les sociétés de radiodiffusion[116]. Sauf stipulation contraire, le droit d'auteur sur les œuvres qu'elles commandent et celles de leurs employés ne leur est transféré que dans la mesure nécessaire à la réalisation du contrat *(48)*, l'art. 343 CO, disposition exceptionnelle, n'étant applicable qu'aux inventions de l'employé[117]. Les œuvres radiophoniques et radiovisuelles sont en général des œuvres de

[114] J.-L. Marro, A propos de la révision totale de la législation sur le droit d'auteur, Rev. s. 1965, p. 227.

[115] ATF 54 II 54, 74 II 112, 85 II 439.

[116] E. Schulze, Komm. ad § 1 lit. UrhG. p. 9ss.

[117] ATF 74 II 113, 76 I 380; M. J. Lutz, Sollen Werke, die auf Grund eines Dienstvertrages geschaffen wurden, gleich wie die Angestelltenerfindungen behandelt werden? Rev. s. 1965, p. 173. Dans le projet du CF du 25 août 1967 relatif à la révision du droit du contrat de travail, l'art. 332a CO dispose: (al. 1) «lorsque le travailleur crée, dans l'exercice de son activité professionnelle et conformément à ses obligations contractuelles, une œuvre littéraire ou artistique au sens de la législation fédérale concernant le droit d'auteur, le droit de l'utiliser passe à l'employeur, sauf accord contraire, dans la mesure où le but du contrat l'exige. (al. 2) Le travailleur ne peut pas

collaboration[118]. Lorsque plusieurs personnes ont créé ensemble, de manière indivisible, une œuvre, elles ont un droit d'auteur commun (art. 7 LDA). Dans le film sonore, la jurisprudence fédérale dénie au producteur un droit d'auteur originaire, alors qu'il en reconnaît un, distinct, au compositeur[119]. Le problème de la titularité du droit d'auteur dans le film est actuellement à l'étude, dans le cadre de la révision de la loi sur le droit d'auteur; s'il a une incidence sur la télévision, l'organisme étant producteur et «consommateur» d'œuvres cinématographiques ou assimilables à celles-ci, il ne lui est pas propre[120]. La nouvelle loi s'inspirera sans doute des solutions adoptées à Stockholm (art. 14bis, 15 al. 2 CB_{1967}), en tâchant d'obtenir que le concours des auteurs souvent nombreux participant à la création de l'œuvre ne soit pas un obstacle à son exploitation[121].

Selon la jurisprudence actuelle, l'exécutant n'est pas un auteur, encore que certains veuillent lui conférer la qualité d'auteur de seconde main[122]. Après avoir admis le contraire,

---

s'opposer contrairement à la bonne foi à l'exercice du droit de l'employeur d'utiliser l'œuvre littéraire ou artistique (al. 3). Les alinéas précédents sont applicables par analogie aux dessins et modèles, protégeables ou non, que le travailleur a créés dans l'exercice de son activité professionnelle conformément à ses obligations contractuelles.» FF 1967 II, p. 452; cf. à ce sujet le message, FF 1967 II, p. 376.

[118] Selon OLG Hambourg, GRUR 1952, p. 486, BullUER 1952, p. 687, le journal parlé est assimilable à une œuvre collective. Sur une œuvre radiophonique dramatique et musicale et l'utilisation séparée du texte et de la musique par chacun des auteurs, cf. l'affaire «Frédéric Général», BullUER 1954, p. 618, 1957, p. 47, RIDA IV, p. 117, XIII, p. 167, RTDC 1957, p. 123, note Desbois: indivisibilité de l'exploitation radiophonique mais possibilité d'une exploitation séparée à d'autres fins.

[119] ATF 74 II 106 et ATF non publié SUISA c/ WALCH du 21. 5. 1954, BullUER 1955, p. 96, Rev. s. 1956, p. 206.

[120] Troller, RDS 82 II, 1963, p. 76 ss.

[121] En droit actuel déjà, la théorie de la finalité *(48)* permet au producteur de faire obstacle à bien des prétentions tardives des coauteurs.

[122] Récemment encore: Mentha, RUER 102b, p. 64.

en se fondant sur le texte de l'art. 4 al. 2 LDA, dans un arrêt du 7 juillet 1936, en la cause des sociétés suisse et bernoise de radiodiffusion contre les fabricants de disques[123], qui fit longtemps jurisprudence, en considérant que cette disposition conférait à l'exécutant un droit d'auteur, cédé au fabricant, le Tribunal fédéral lui a contesté cette qualité dans les arrêts Torre du 8 décembre 1959 et Turicaphon A.G. du 19 décembre 1961[124]. La nouvelle jurisprudence a le mérite de créer une situation de droit claire et logique.

Le fabricant de disques est encore moins un auteur[125]. Selon ces arrêts, l'art. 4 al. 2 LDA a pour seul objet de rappeler qu'il est protégé contre la concurrence déloyale.

§ 2. L'œuvre protégée

1. L'œuvre littéraire et artistique

30. La technique permettant de diffuser des successions de sons ou d'images sans limitation d'objet, toute œuvre littéraire ou artistique perceptible par la vue ou l'ouïe peut être retransmise par la radiodiffusion sans que celle-ci pose en principe de problèmes propres. L'œuvre radiophonique ou télévisuelle n'est dont point une entité juridique propre[126]. A côté de cela, le mode de représentation pourra constituer une œuvre, s'il répond à la définition de celle-ci, de même que l'œuvre photographique peut coexister avec l'œuvre photographiée.

Savoir quand un ensemble de sons, une ou plusieurs images constituent une œuvre protégée par le droit d'auteur est du plus haut intérêt, tant pour la radiodiffusion que pour

---

[123] ATF 62 II 243 ss.

[124] ATF 85 II 431 ss., 87 II 320 ss.

[125] ATF 85 II 431 ss., 87 II 320; *contra* Du Pasquier, FJS 49, p. 2.

[126] Dans le catalogue des œuvres protégées, l'art. 2 al. 1 CB_{1967} remplace heureusement l'expression de «œuvres ... obtenues par un procédé analogue à la cinématographie» de l'art. 2 al. 1 CB_{1948} par «œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie». Mentha dans RUER 106b, p. 83.

l'utilisation de l'œuvre radiodiffusée par des tiers. En l'absence de définition de l'œuvre artistique ou littéraire dans la Convention de Berne et la loi, la jurisprudence a tenté de cerner cette notion, qu'elle a résumée en ces mots: «création originale de l'esprit ayant son cachet propre» ou encore «œuvre nouvelle de l'esprit, qui incorpore une idée créatrice ou l'expression personnelle d'une pensée»[127]; les exigences ne sont pas élevées quant au niveau de la création[128]; celle-ci peut consister dans la partie d'une œuvre, pour autant qu'en soient réunis tous les éléments[129]. Si l'idée à elle seule n'est pas protégée, il peut en être autrement des «idées élaborées» dans les œuvres de collaboration. Friands d'émissions attractives, les organismes de radiodiffusion utilisent assez fréquemment des idées plus ou moins «élaborées» qui leur sont soumises par des tiers et il n'est pas toujours aisé à déterminer quand ceux-ci ont qualité d'auteur[130].

Si la nature juridique d'œuvre ne pose guère de questions dans le plus grand nombre des productions diffusées, la plupart des cas-limites du droit d'auteur intéressent la radiodiffusion. Ainsi le radioreportage, même le reportage sportif, ainsi que le journal parlé ou télévisé *(32)* peuvent, s'ils répondent à la définition, constituer une œuvre[131]. Dans

---

[127] ATF 76 II 100; cf. également 57 I 66, 58 II 296, 64 II 111, 164, 70 II 59, 75 II 359, 85 II 123, 434, 87 II 334, 88 IV 126.

[128] ATF 59 II 405, 77 II 380, 88 IV 126.

[129] ATF 85 II 123, 88 IV 126.

[130] C. Z. Lamberti, BullUER 1957, p. 569; sur les «idées élaborées» (Italie), RUER 63b, p. 36; A. Grassi, Note sur la protection des idées, RUER 80b, p. 59; S. Rubinstein, Copyright in the past and in the future, RIDA XV, p. 75. F. Pasquera, A propos de la possibilité de protéger les jeux à énigmes... DA 1965, p. 250; C. d'appel Turin, DA 1961, p. 133 et Rome, Dir. aut. 1966, p. 235.

[131] Trib. Seine 21. 5. 1954, RIDA IV, p. 115 ou Gaz. Pal. 1954. 2. 208; OLG Hambourg GRUR 1952, p. 486, BullUER 1952, p. 687; Debbasch, op. cit., p. 425; Desbois, op. cit., p. 179; R. Plaisant, op. cit., fasc. 16 n° 11; Rintelen, op. cit., p. 129; cf. aussi pour le journal parlé: LG Berlin 12. 12. 1960, FuR 1961 n° 4, p. 14, GRUR 1962, p. 207.

l'interview de presse *(24)*, l'interviewer peut être créateur[132]; l'interviewé ne l'est pas en général mais pourra l'être si sa prestation a la valeur d'œuvre[133]. En radiodiffusion, on peut aussi se demander dans quelle mesure l'ouvrage scientifique[134], le slogan ou texte publicitaire[135], le titre de production ou de revue[136], la mise en scène[137], les lettres-missives, les personnages à eux seuls[138] et autres[139], sont ou non des œuvres littéraires ou artistiques[140].

La protection de la loi s'étend aussi aux œuvres des arts

---

[132] Gaz. Pal. 1954.1.182; Desbois, RTDC 1954, p.641; K. Heyn, Der Rechtsschutz der Rundfunkreportage und der Rundfunkinterviews, UFITA 20, p.58.

[133] Oberst. Gerichtshof d'Autriche 12.2.1965, DA 1966, p.201; Ph. Allfeld, Urheberrecht an Interviews, Deutsche Juristenzeitung 1916, p.267; Desbois, ibid.; Rintelen, op. cit., p.129; Schulze, Komm. ad § 1 LitUrhG, p.14 et ad § 2, p.4.

[134] ATF 25 II 971, 41 II 528, 64 II 163, 88 IV 126.

[135] Desbois, op. cit., p.25.

[136] ATF 17 p.755, 25 II 971, 26 II 79, 64 II 111, 77 II 380; C. cass. ital. (titre d'une émission), RUER 49b, p.25; OLG Hambourg (id.), RUER 53b, p.41; FuR 1962 n° 9, p.13 et 16; UFITA 50, p.266 (id.); Desbois, op. cit., p.213; Plaisant, op. cit., fasc. 4 n° 40ss. et RIDA XXXXIII, p.89.

[137] RUER 85b, p.47, 94b, p.75, 97b, p.85; Desbois, op. cit., p.202; J. Mattyssens, Metteurs en scène et droit d'auteur, RIDA X, p.47.

[138] ATF 77 II 379, 85 II 123; BGHZ 26, p.52; RUER 105b, p.46; R. Castelain et J. Raynal, Le romancier et ses personnages, RIDA XXXVIII, p.3; M. Saporta, Quelques notes sur la création des personnages, RIDA XI, p.61.

[139] Œuvre admise pour le spectacle d'artistes de variétés, Trib. corr. Seine 9.2.1957, BullUER 1957, p.614 et RUER 54b, p.43; droit d'auteur sur les décors, ATF 41 II 528, UFITA 24, p.134, BullUER 1957, p.736; sur les costumes, ATF 60 II 68. Quid du spectacle exécuté au moyen d'animaux dressés? Au cours d'un procès pendant, relatif à la télévision, le LG de Munich a nié la qualité d'œuvre, FuR 1967, p.149 (décision alors non définitive).

[140] Troller, op. cit. I, p.416ss.; cf. la casuistique pour le droit allemand par exemple dans Schulze, Komm. ad. § 1 LitUrhG, p.15 et ad § 1 et 2 KSchG, et pour le droit français dans Plaisant, op. cit. fasc. 4.

appliqués, quand bien mêmes celles-ci bénéficieraient également de celle du droit sur les dessins et modèles industriels (art. 2 al. 5, 7 al. 3 CB_{1948}, 2 al. 7, 7 al. 4 CB_{1967}, 1, 5 LDA), mais les critères ne sont pas les mêmes dans les deux lois: l'œuvre d'art appliqué soit se défendre elle-même par son originalité, sans l'appui de la présomption de nouveauté dont bénéficie le déposant d'un modèle, l'œuvre d'art doit être reconnaissable comme telle[141]. Parmi ces œuvres, celles de l'architecture présentent pour la télévision un intérêt spécial, leur fréquence, leur emplacement et leurs dimensions les imposant au regard du particulier et, sans doute aussi, du reporter *(36)*. Comme les autres œuvres, elles ne seront tenues pour telles que pour autant quelles présentent un véritable degré d'originalité[142].

L'œuvre existe-t-elle indépendamment de toute fixation matérielle[143]? L'art. 1 al. 3 LDA l'affirme pour «les œuvres littéraires et musicales»; lorsqu'elles sont retransmises par la radiophonie, leur protection est donc assurée. La situation légale est moins claire pour la retransmission télévisuelle «en direct» d'une œuvre s'adressant à la vue et ne comportant pas d'autre support. Consacrée aux «œuvres littéraires et artistiques» la loi paraît exclure de sa protection les œuvres non fixées lorsqu'elles ne sont point «littéraires (ou) musi-

---

[141] ATF 68 II 58, 75 II 356, 76 II 100, Troller, op. cit. I, p. 413, 427. Ex. d'œuvres d'arts appliqués: dessins destinés à être reportés sur une étoffe, ATF 76 II 100; meubles et services de table dans la mesure où le résultat n'est pas conditionné avant tout par des éléments techniques mais où il est le fruit d'un effort original suffisant, ATF 68 II 58, 75 II 356; affiche, ATF 57 I 62; papier-peint, ATF 57 I 69; dessin de mode, ATF 57 I 70; dessin de costume, ATF 60 II 62; disposition graphique originale, Troller, op. cit. I, p. 434; Plaisant, op. cit. fasc. 4 n° 83 ss.; Schulze, Komm. ad § 1 LitUrhG, p. 22 et ad § 2 KSchG; céramique, CF dans FF 1954 II, p. 593.

[142] ATF 56 II 417, 58 II 290, 68 II 58, Troller, op. cit. I, p. 435, Plaisant, op. cit. fasc. 4 n° 100 ss.

[143] A lui seul, le support matériel n'est pas une œuvre mais une marchandise, ATF 87 II 332.

cales»[144]. Devant la facilité offerte par la technique d'enregistrer l'œuvre télévisée, le besoin d'une sauvegarde des intérêts de l'auteur n'est guère contestable et ne saurait dépendre de la fixation préalable de l'œuvre sur un support matériel, circonstance que le spectateur n'est du reste en général pas en mesure de connaître. Quand bien même l'art. 2 al. 2 CB_{1967} réserve maintenant aux législations nationales la faculté d'exclure de la protection tout ou partie des œuvres littéraires et artistiques lorsqu'elles n'ont pas été fixées sur un support matériel, il serait judicieux que la nouvelle loi n'en fasse point usage, à tout le moins d'une manière générale, s'agissant des œuvres télévisées.

La télévision, transmission d'images fixes ou en mouvement, pose le problème du droit d'auteur de l'œuvre photographique et cinématographique[145]. Selon le droit actuel,

---

[144] Une interprétation *a contrario* de l'art. 1 al. 3 LDA avec une acception stricte du mot «littéraires» et de la notion de fixation conduirait à exclure du champ d'application de la loi l'œuvre s'adressant à la vue, retransmise par la télévision lorsqu'elle n'est pas enregistrée. La solution contraire pourrait se fonder sur l'art. 1 al. 2 LDA, tenu pour une *lex specialis*, qui protège entre autres «les arrangements scéniques fixés par la cinématographie ou un procédé analogue» (cf. FF 1918 III, p. 609), avec une interprétation large du concept d'œuvre littéraire et de la notion de fixation, celle-ci comportant également la fixation fugitive de l'image sur l'écran, ou sur une lacune de la loi. En cas de conflit, le juge ne manquerait pas de considérer combien la situation a évolué depuis 1922. Si la protection de l'œuvre télévisée non fixée n'est pas assurée directement par la loi, il conviendrait de rechercher si elle ne l'est point par les art. 2 al. 1, 7 al. 3, 14 al. 2 à 5 CB_{1948} (art. 68bis LDA); cf. aussi BGHZ 37, p. 1.

[145] Bappert/Wagner, Urheberrechtsschutz oder Leistungsschutz für die Photographie? GRUR 1954, p. 104; Desbois, Le photographe et le droit d'auteur, D. 1960 chr. p. 35 et op. cit., p. 74; R. Gouriou, La photographie et le droit d'auteur, Etudes de droit comparé, Paris 1959; E. D. Hirsch-Ballin, Schutz der Lichtbilder, UFITA 32, p. 129, 279; Plaisant, Photographieschutz in Frankreich, cahier UFITA n° 29 et op. cit., fasc. 4 n° 118 ss.; Schulze, Komm. ad § 1 KSchG et les auteurs cités par lui; RGZ 169, p. 109; BGHZ 9, p. 262.

l'œuvre cinématographique ou télévisuelle est protégée en tant qu'elle est une œuvre d'art (art. 2, 7 al. 3, 14 al. 2 à 5 CB_{1948}, 1 et 68bis LDA)[146]. Lorsqu'il ne répond pas à cette définition, on a soutenu sur la base des conceptions existant lors de l'adoption de la loi, que le film, partant la télévision, pouvait être protégé malgré tout, en tant que succession de photographies[147]. Selon la loi actuelle, le problème reste toutefois posé – il est d'importance pour la photographie et le film purement documentaires ou d'actualité – de savoir si la production photographique est protégée comme telle – ainsi que le texte de l'art. 2 LDA peut le faire penser[148] – ou seulement en tant qu'elle est une création intellectuelle – comme le but de la loi, tel qu'il est actuellement conçu, pourrait le faire admettre[149]. La nouvelle législation devra fixer de manière claire le statut du photographe et de celui qui filme. Notre législation s'adaptera sans doute avec profit à la réglementation conventionnelle. Alors que l'art. 3 CB_{1928} disposait que la Convention s'appliquait aux œuvres photographiques et que l'art. 14 al. 2 CB_{1928} affirmait que la production cinématographique non originale jouit de la protection des œuvres photographiques, la révision de 1948 a supprimé ces dispositions, rangeant à l'art. 2 les œuvres photographiques et cinématographiques avec les autres œuvres littéraires et artistiques, ce qui suppose qu'elle procède d'une

---

[146] Par exemple TF dans JdT 1916, p. 620, Dürr ad 1 LDA, Du-Pasquier FJS 86.

[147] FF 1918 III, p. 607 ch. 3, TF dans JdT 1916, p. 622 c. 2, Du-Pasquier FJS 86; art. 14 al. 2 CB_{1928}.

[148] FF 1881 IV, p. 661, 1918 II, p. 615; sic, semble-t-il, ATF 25 II 678 ss., 67 II 61, C. de just. Genève, SJ 1964, p. 171, Dürr ad 2 LDA pour la période antérieure à 1955; E. Röthlisberger, Schweizerisches Photographenrecht, RSJ 21, p. 265, 284.

[149] FF 1954 II, p. 594; Troller, op. cit. I, p. 438, qui insiste sur l'expression d'«œuvre» et sur la similitude de rédaction entre les art. 2 et 3 LDA; Dürr, ibid. pour la période ultérieure à 1955, qui omet qu'aucune règle de la CB ou de la LDA n'empêche d'accorder au photographe une assistance plus étendue que celle de la convention; cf. art. 68bis LDA, 19 CB_{1948} et les différents vœux de la Conférence de Bruxelles.

création intellectuelle[150]. L'art. 7 al. 3 CB_{1948} autorise les états contractants à fixer librement la durée de protection des œuvres photographiques, cinématographiques et des arts appliqués. La révision de Stockholm a maintenu la photographie et l'ouvrage cinématographique au rang des autres œuvres (art. 2 al. 1 CB_{1967}), en prévoyant maintenant *jure conventionis* une durée minima de protection pour ces œuvres (art. 7 CB_{1967}). Faire dépendre la protection du seul caractère original de l'image ou des images successives serait une cause d'insécurité, sans que le travail non artistique soit mis complètement à l'abri des spoliations[151]. L'assimiler en soi à une œuvre littéraire ou artistique[152] aurait le mérite pratique de la clarté, mais procéderait d'une confusion dogmatique et étendrait singulièrement la notion de l'œuvre artistique tout en octroyant à des images sans création intellectuelle des avantages dont l'étendue des privilèges serait, pour elles, difficile à justifier. Une protection de la photographie contre la spoliation est équitable mais elle est déjà assurée par la loi sur la concurrence déloyale, lorsqu'existe un rapport de concurrence[153]. Si la Confédération légifère en matière de droits «voisins», on pourrait aussi envisager d'accorder un statut particulier à la production photographique et cinématographique comme telle, à l'égal de celle de l'artiste exécutant, de l'organisme de radiodiffusion et du fabricant de

[150] FF 1954 II, p. 593.

[151] La question de savoir si la photographie peut être une véritable œuvre d'art, au sens du droit d'auteur, est controversée; TROLLER, op. cit. I, p. 440. Si à plus d'un titre, il se rapproche de l'artiste exécutant en tant qu'il donne d'une création préexistante une image particulière, le photographe a aussi la possibilité de modifier de façon créatrice son sujet, en déplaçant les objets et les êtres représentés selon sa conception esthétique; dans le film, la part créatrice est encore plus étendue, dans la mesure où l'on choisit la succession des images présentées au spectateur.

[152] Comme le fait par exemple de façon peu heureuse l'art. 3 de la loi française pour la photographie documentaire; id. en droit autrichien quel que soit l'objet de la photographie, RINTELEN, op. cit., p. 190.

[153] ATF 87 II 336, *a pari*; *52*, *53*.

disques, soit en laissant à l'intéressé la faculté d'établir qu'il s'agit d'une véritable œuvre d'art, bénéficiant comme telle d'un traitement préférable[154], soit en accordant la même protection aux deux sortes de photographies et de films pour couper court à d'inévitables discussions[155]. Ici aussi, les exigences de la dogmatique s'allient mal avec celles de la pratique.

Sauf exceptions légales, pour pouvoir téléviser une œuvre protégée, l'organisme de radiodiffusion a donc besoin de l'autorisation de l'auteur, souvent donnée contre rétribution. La multiplicité des œuvres protégées et le champ de visibilité étendu de la caméra requièrent des responsables de la télévision une attention accrue et une connaissance étendue de la loi; dans des cas-limites, la décision pourra ne pas être simple à prendre.

En cas de télévision d'un film ou d'une photographie représentant une œuvre protégée, il peut y avoir «utilisation» de deux œuvres, soit de l'œuvre représentée d'une part et du film ou de la photographie d'autre part. Au besoin, l'autorisation des titulaires des droits d'auteur des deux œuvres sera nécessaire[156].

2. De quelques exceptions à la protection

Pour assurer un équilibre entre la défense des intérêts de l'auteur et de ceux de la collectivité – en particulier son intérêt à l'information – le législateur (conventionnel et interne)

---

[154] Comme l'a fait, par exemple, la loi suédoise, cf. Desbois, op. cit., p. 76.

[155] Le nouveau droit allemand mentionne la photographie d'une part comme œuvre parmi les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques (§ 2 al. 1 ch. 5 UrhG) et d'autre part comme telle, dans les droits voisins (§ 72), l'une et l'autre étant soumises aux mêmes règles, notamment en ce qui concerne le délai réduit de protection (§ 68); la même solution a été adoptée pour le film (§ 88 ss., 95), ce qui vaut aussi pour la télévision.

[156] Comme pour la reproduction de la photographie d'une œuvre d'art, ATF 25 II 678, 67 II 61.

apporte certains tempéraments au monopole de l'auteur, notamment en faveur de la presse. La nouvelle loi devra décider dans quelle mesure ils peuvent être invoqués en radiodiffusion[157].

A. Le compte-rendu d'actualité[158]

31. Sont licites l'enregistrement, la reproduction et la communication publique de courts fragments d'œuvres littéraires ou artistiques à l'occasion de comptes-rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie, de la cinématographie ou par voie de radiodiffusion (art. 33 bis LDA, 10 bis CB_{1948}). Ce droit fut reconnu pour tenir compte de la situation du reporter incapable de savoir d'avance ni quelle œuvre sera exécutée ou représentée, ni quel en est l'auteur, et d'obtenir l'autorisation préalable nécessaire[159]. Il porte sur toutes les œuvres protégées par la loi: littéraires, musicales, des arts figuratifs, etc.: le reporter peut s'en prévaloir pour diffuser aussi bien un discours, que l'image d'une statue. Son exercice est limité dans le temps quant à son objet et à la nature de la relation. L'enregistrement et la diffusion doivent en principe être actuels, soit contemporains de l'événement[160]. En raison de leur fonction, il serait souhaitable que les émissions rétrospectives d'actualités puissent être autorisées[161]. La loi n'exige pas la suppression des enregistrements d'actualité.

---

[157] Les exceptions examinées ne sont pas exhaustives. On se demandera par exemple si la personne représentée peut autoriser seule la radiodiffusion de son portrait (art. 29 LDA), ce qui nous paraîtrait légitime pour la photographie, surtout si la production photographique est protégée comme telle *(30)*; id. pour l'exécution d'une œuvre musicale avec texte (art. 34 LDA).

[158] H. J. Sterner, Die Berichterstattung über Tagesereignisse im Fernsehfunk, thèse Francfort 1958; Rechtsfragen der Fernsehberichterstattung, GRUR 1963, p. 303.

[159] FF 1954 II, p. 599, 654.

[160] Desbois, op. cit., p. 56.

[161] *contra* Desbois, op. cit., p. 287; LG Berlin 12. 12. 1960, FuR 1961 n° 4, p. 14, GRUR 1962, p. 207. L'actualité cessant, le compte-rendu peut devenir historique *(34)*.

Selon le texte actuel, l'enregistrement et la radiodiffusion doivent intervenir non seulement «à l'occasion» d'événements d'actualité mais encore en «courts fragments». C'est dire en tous cas que la diffusion de l'œuvre ne doit pas être le principal objet de l'émission[162]. La limitation à de «courts fragments» a d'emblée suscité des difficultés d'interprétation et d'application. Lorsque l'œuvre elle-même est très courte[163], elle peut difficilement être fragmentée. La caméra ne devra-t-elle saisir qu'une partie d'un tableau, d'une statue? La retransmission sonore devra-t-elle être interrompue si l'on peut entendre, lors d'une manifestation, une courte pièce de musique d'un bout à l'autre? Par ailleurs, lors de la préparation d'une émission différée, le reporter ne saura généralement pas d'avance ce qui est le plus intéressant pour son public. S'il ne peut procéder qu'à de courts enregistrements, sa faculté de faire un choix judicieux sera singulièrement amoindrie. Aussi l'art. 10bis al. 2 CB_{1967} a-t-il supprimé le critère des «courts fragments» pour autoriser les législations nationales à exclure de la protection l'utilisation d'œuvres littéraires ou artistiques perçues à l'occasion de comptes-rendus d'événements d'actualité «dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre». Le législateur suisse n'hésitera sans doute pas à faire usage de cette faculté, en adoptant le même critère qui répond mieux aux exigences de l'information[164].

Sous l'empire de l'art. 10bis CB_{1948} et de l'art. 33bis LDA, d'aucuns craignaient que l'on pût invoquer l'exception pour utiliser les photographies d'actualité et les séquences (fixées ou non) d'images d'actualité établies par autrui *(30)*[165]. Le

---

[162] Peu importe qu'elle provienne d'un lieu public ou privé, HEPP, op. cit., p. 49.

[163] Le CF dans son message, FF 1954 II, p. 654, et RINTELEN, op. cit., p. 144 assimilent l'œuvre très courte à un court fragment.

[164] id. § 50 UrhG.

[165] J. POULAIN, La protection des émissions de radiodiffusion, Paris 1963. En République fédérale, la jurisprudence l'avait nié, BGHZ 37, p. 1, UFITA 37, p. 308, 38, p. 190.

reconnaître serait faire perdre presque tout intérêt à la protection de ces productions (œuvres ou non). Il suffit de penser avec quelle facilité la presse, le film, la radiodiffusion pourraient recopier des images ou séquences apparues dans les journaux, sur les écrans des cinémas et des téléviseurs. La lettre et le but des art. 10bis CB_{1948} et 33bis LDA n'exigent point que soit autorisée la reproduction de l'œuvre qui saisit, de façon durable ou fugitive, cet événement. Plus précis, l'art. 10bis al. 2 CB_{1967} ne réserve la possibilité d'exclure du droit de l'auteur que «les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement». Sur ce point également, notre loi pourra se rallier avec avantage à ce texte.

B. L'œuvre de presse[166]

32. Protégées en principe, les œuvres parues dans la presse ne le sont pas s'il s'agit d'articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, à moins que la reproduction n'en soit expressément réservée ou qu'ils ne soient expressément désignés comme articles originaux ou correspondances particulières (art. 25 al. 2 LDA, 9 al. 2 CB_{1948}, 10bis al. 1 CB_{1967}); lorsque cette réserve fait défaut, il est licite de reproduire ces articles par la presse. Pour les articles d'actualité de discussion historique, critique, scientifique ou sportive, la protection est inconditionnelle[167].

La règle édictée pour la presse vaut-elle pour le journal parlé? Peut-on y reproduire les articles de presse et peut-on reproduire ailleurs les textes du journal parlé? En droit actuel la question n'est pas résolue[168].

---

[166] Bolla, Les journaux parlés et la Convention de Berne, BullUER 1954, p. 569; cf. aussi *30.*

[167] Documents de la Conférence de Rome, p. 247.

[168] L'interprétation littérale du texte conventionnel et une interprétation *a contrario* – certes dangereuse – de l'art. 10bis CB_{1948} conduiraient à une réponse négative. Certains auteurs admettent l'assimilation de la radio à la presse, en se fondant sur des avis exprimés à la Conférence de Rome (Documents de la Conférence de Rome p. 184) et sur la *ratio legis* de la norme, qui serait de favoriser

La radio peut par contre se prévaloir du droit de citation, reconnu de façon générale (art. 10 al. 1 CB_{1948})[169] et on ne saurait lui dénier un intérêt à informer les auditeurs des opinions exprimées dans la presse. L'art. 25 LDA devrait être interprété dans ce sens[170]. Il serait justifié de reconnaître à la presse écrite le droit de citer, dans la même mesure, la production radiophonique d'information[171], mais la question n'est pas régie par les art. 10 CB_{1948} et 25 al. 3 LDA[172].

La révision de Stockholm a réglé clairement ces questions. L'art. 10^{bis} al. 1 CB_{1967} autorise les pays de l'Union à accorder à la presse et à l'organisme de radiodiffusion le droit de reproduire des articles de presse et des œuvres radiodiffusées dans la mesure prévue par la convention. Par ailleurs, l'art. 10 al. 1 CB_{1967} reconnaît directement le droit de citation, sans limitation quant à son titulaire: «sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revue de presse.» Sur ce point encore, la nouvelle loi pourrait faire siennes les solutions adoptées lors de la dernière révision, en traitant de façon semblable la presse écrite et la radiodiffusion, au vu des rapports de concurrence existant entre eux *(77)*, encore que le droit de reproduction en faveur de la radiodiffusion n'apparaisse pas indispensable.

---

la liberté totale d'information (Bolla ibid., Plaisant, op. cit., fasc. 16 n° 17, Boutet et Plaisant, Le régime intdrnational du droit d'auteur, n° 173 ss.). La conclusion ne serait pas nécessairement la même si l'on considérait que la règle, du moins en droit interne, fut adoptée surtout pour favoriser les petits journaux aux revenus modestes (Troller, op. cit. II, p. 690) et que l'organisme de radiodiffusion est en mesure de fournir lui-même des textes rédactionnels.

[169] FF 1954 II, p. 599.

[170] Cf. RGZ 128, p. 335.

[171] Sic § 49 UrhG.

[172] Sur le droit de citation Troller, op. cit. II, p. 686 ss.

C. Les discours publics

33. Selon l'art. 24 LDA, il est licite de reproduire dans les comptes-rendus de réunions publiques les discours qui y ont été prononcés. Le texte de la Convention de Berne revisé à Bruxelles est cependant différent. L'art. 2bis al. 1 $CB_{1948-1967}$ réserve à la législation interne la possibilité d'exclure la protection (sans autre précision quant au moyen utilisé) des discours politiques et des discours prononcés dans les débats judiciaires et l'art. 2bis al. 2 CB_{1948} réserve au droit des contractants la faculté d'autoriser la reproduction «par la presse» des conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature. L'art. 24 LDA devrait être compris dans le cadre de la norme conventionnelle[173].

a) L'art. 24 LDA suscite une première question. L'enregistrement du discours en vue de son utilisation ultérieure est-il autorisé ? Une interprétation très stricte du texte légal ne le permettrait point, car la reproduction qu'il déclare licite n'est pas la reproduction au sens large, qui comprendrait le droit d'enregistrement (art. 13 LDA), mais la reproduction «dans les comptes-rendus», c'est-à-dire dans la communication faite aux destinataires. Cependant, presque toute communication au public dans un compte-rendu suppose une fixation préalable (enregistrement, notation en écriture ordinaire ou sténographique...); en interdisant celle-ci on empêcherait pratiquement celle-là, notamment le compte-rendu cinématographique, ce qu'on n'a sans doute pas recherché[174].

En radiodiffusion la plupart des émissions sont différées, ce qui suppose un enregistrement préalable. Si le législateur reconnaît la liberté de radiodiffuser les discours publics, dans une mesure plus étendue que ne le permet actuellement l'art. 33bis LDA, il serait donc nécessaire de reconnaître en

---

[173] Dans le plus grand nombre des cas, on obtient le même résultat par le jeu de l'application interne de la convention (art. 68bis LDA).

[174] Dürr ad 24 considère que le compte-rendu cinématographique peut se réclamer de cette disposition.

même temps le droit de procéder à un enregistrement (auditif et visuel) préalable, puisque le droit de radiodiffuser et celui de reproduire (enregistrer) sont tenus pour des prérogatives distinctes de l'auteur. Par contre, la conservation de tels enregistrements nous paraît d'un intérêt moindre pour les sociétés d'émission. Le texte de l'art. 2bis al. 1 $CB_{1948-1967}$ autoriserait les états membres à reconnaître un tel droit d'enregistrement pour les discours politiques et judiciaires et l'art. 11bis al. 3 $CB_{1948-1967}$ pour les autres œuvres, dans le cadre des enregistrements éphémères *(43)*.

b) L'art. 24 LDA permet-il la radiodiffusion de discours publics ? En général, dans la terminologie légale, la notion de reproduction, aussi utilisée dans cette disposition, s'entend dans son acception technique de support ou exemplaire corporel de l'œuvre, ce qui exclut la radiodiffusion[175], d'où il faudrait inférer que l'art. 24 LDA ne donne point le droit de radiodiffuser des discours publics sans l'accord du titulaire du droit d'auteur[176]. Des hésitations sont toutefois permises, le législateur s'étant parfois départi d'une très grande rigueur terminologique et en raison du caractère limité de la révision de 1955 *(28)*. Supposé que l'art. 24 LDA autorise la radiodiffusion des discours publics, il faudrait encore se demander si cela est compatible avec la Convention de Berne. Ce le serait assurément pour les discours politiques et judiciaires (art. 2bis al. 1 $CB_{1948-1967}$)[177]. Par contre l'art. 2bis al. 2 CB_{1948} n'accorde aux états la faculté d'autoriser la reproduction des autres discours que par «la presse». S'il s'agit de la presse écrite *(32)*, la radiodiffusion en est exclue.

En revanche, le texte adopté à Stockholm (art. 2bis al. 2 CB_{1967}) réserve à la législation des pays de l'Union de statuer sur les conditions dans lesquelles les conférences, allocutions et autres œuvres de même nature, prononcées en public,

---

[175] ATF 62 II 251 à propos de l'art. 12 ch. 1 LDA ; cf. aussi TF 34 I 142, 64 II 167–8.

[176] TROLLER, op. cit. II, p. 691–692.

[177] *Contra* TROLLER, op. cit. II, p. 692, à qui la portée de l'art. 2bis al. 1 CB paraît avoir échappé.

pourront être (notamment) radiodiffusées, lorsque, ajoute le nouveau texte, «une telle utilisation est justifiée par le but d'information à atteindre».

De jure condendo nous ne voyons qu'un intérêt réduit à autoriser de plein droit la radiodiffusion directe ou différée des débats judiciaires *(64, 66, 73)*, de même que leur enregistrement dans ce but. Pour conforme à l'esprit démocratique que soit la publicité des débats, elle n'implique pas l'accès direct aux débats d'un public indéfini; à être rendue sur la place publique, la justice n'y gagnerait rien en sérénité, son cours en serait entravé. Pratiquement, du reste, une telle autorisation – aux dépens de l'auteur – serait sans grande portée, car nous doutons que, dans les nombreuses législations où la décision est du ressort du juge, maître de la police d'audience, il se trouve beaucoup de magistrats pour tolérer la radiodiffusion sonore ou visuelle des débats ou un enregistrement préalable à cette fin[178]. Il est vrai que la radiodiffusion de certaines parties d'un procès peut ne pas être illicite, en tant qu'un intérêt général suffisant le justifie *(72–73)* et où elle ne trouble pas la marche de la justice. L'inconvénient serait moindre si, à l'égal de la presse écrite, l'organisme de radiodiffusion ne transmettait que le texte des discours judiciaires, dont la lecture serait effectuée par un tiers. Compte tenu de sa fonction particulière *(62)*, l'organisme pourrait se contenter du droit d'effectuer un compte-rendu *(31)*.

La situation est différente pour les discours politiques. Désireux d'influer sur la marche de la cité, l'homme politique recherche l'audience et serait mal venu de se plaindre d'une trop grande diffusion. La collectivité peut avoir intérêt à connaître sa pensée, pour lui permettre de faire son choix en temps et lieu. Il est donc légitime que les journalistes aient la faculté de prendre note de tous les discours et de les re-

---

[178] Cf. par exemple le refus de l'OG de Zurich d'admettre la télévision des débats judiciaires, Rechenschaftsbericht 1959, p. 22 ou ZR 59 n° 110.

produire (art. 24 LDA). Pourquoi ne pas reconnaître ce droit également à la radiodiffusion ? Les deux moyens tendent à la même fin, l'information du public. Du point de vue des rapports entre la collectivité et l'auteur, un traitement différentiel ne se justifie guère. A lui seul le compte-rendu d'actualité *(31)* ne permet pas une diffusion suffisante des discours politiques.

Il serait aussi désirable que le législateur précise si la reproduction ou la radiodiffusion des discours publics doit être contemporaine pour être exempte de l'autorisation de l'auteur[179].

La reproduction intégrale des discours publics autres que politiques et judiciaires est d'un intérêt moindre pour les services de radiodiffusion. Si le législateur suisse l'admet, il serait indiqué que le même traitement soit réservé à la presse écrite et aux informations diffusées par les ondes.

D. Les travaux scientifiques, notamment d'histoire littéraire et de critique

34. Dans des travaux de ce genre, moyennant indication claire des sources, il est licite de reproduire des fragments d'œuvres littéraires et musicales éditées, ou des œuvres de ce genre de peu d'étendue, de même que des ouvrages figuratifs édités, de nature scientifique ou technique, mais non point des ouvrages figuratifs des beaux-arts (art. 26 LDA). Les reproductions ainsi obtenues peuvent être récitées, représentées ou exécutées en public conjointement à une conférence publique ayant pour sujet le travail qui renferme la reproduction (art. 31 al. 2 ch. 1 LDA). L'art. 10 al. 2 CB_{1948} réserve en cette matière le droit national.

Les organismes de radiodiffusion ont également des programmes portant sur ces mêmes objets (émissions radio-scolaires, émissions pour les adultes, relatives à la science, notamment à l'histoire générale, artistique, littéraire, à la critique artistique ou littéraire).

---

[179] J.-M. Grossen, Plaidoieries et droit d'auteur, RSJ 53, p. 86; Desbois, op. cit., p. 286.

En droit actuel – en dehors du cadre des art. 33 bis (reportage d'actualité) et 24 LDA (discours publics) – il n'est pas certain que la radiodiffusion puisse se réclamer de cette exception, notamment que les «travaux scientifiques» puissent s'entendre aussi des travaux de vulgarisation que peuvent représenter certaines émissions[180]. Par ailleurs, on peut se demander si l'exception examinée permet un enregistrement préalable à la radiodiffusion[181].

Le texte revisé à Stockholm (art. 10 bis al. 1 et 2 CB_{1967}) lève tout doute en accordant expressément aux législations des pays de l'Union la faculté de reconnaître un droit de citation notamment en faveur de la radiodiffusion. Il se distingue de l'ancien à plus d'un titre. A l'art. 10 al. 1 CB_{1967} *(32)* le droit de citation, reconnu *jure conventionis*, a été généralisé; il ne se rapporte plus seulement aux œuvres de presse mais à toutes les œuvres. Il a été assorti de deux conditions nouvelles: la citation est licite si elle est «conforme aux bons usages» et «dans la mesure justifiée par le but à atteindre» (principe de la proportionnalité). Cette extension du droit de citation a permis de restreindre l'art. 10 al. 2 CB_{1967} aux utilisations de l'œuvre à fin d'enseignement. Celles-ci peuvent être autorisées par la législation des pays de l'Union «à titre d'illustration de l'enseignement» et aux deux mêmes conditions que les citations; selon l'avis ex-

---

[180] Une réponse affirmative paraît indiquée. Lors des travaux préparatoires, l'on avait déjà fait remarquer que la forme utilisée par le travail importait peu et que la norme s'appliquait aussi aux dissertations parues dans les journaux ou périodiques, FF 1918 III, p. 649. Une telle solution est en harmonie avec le but qu'on peut prêter à la loi. Encore faut-il que la radiodiffusion soit une publication scientifique ou scolaire au sens de l'art. 10 al. 2 CB_{1948}.

[181] Il est possible de soutenir que l'enregistrement, défini comme une reproduction par l'art. 13 LDA, est aussi un mode de reproduction au sens de l'art. 26 LDA, qu'on peut conséquemment y faire figurer les citations autorisées par cette disposition; qu'au demeurant, si l'on a pu considérer la radiodiffusion comme une exécution publique *(28)*, la conférence radiodiffusée est aussi une conférence publique selon l'art. 31 al. 2 ch. 1 LDA.

primé à Stockholm, ces utilisations devraient être limitées aux écoles et aux établissements[181 bis].

Dans le cadre de la révision, le droit de citation devra être réglé à nouveau. Si le texte de Stockholm est ratifié et que le principe de l'art. 68 bis LDA (application interne de la convention) est maintenu, les organismes de radiodiffusion pourront invoquer directement le bénéfice du droit de citation (art. 10 al. 1 CB_{1967}). L'intérêt de la collectivité à l'information et à l'éducation justifient cette restriction au droit de l'auteur.

E. Les ouvrages scolaires

35. Ainsi que le permet l'art. 10 al. 2 CB_{1948}, l'art. 27 LDA autorise la reproduction, dans les manuels scolaires, d'ouvrages figuratifs édités, de nature scientifique ou technique, pour expliquer le texte, ainsi que des œuvres littéraires éditées si elles sont de peu d'étendue ou sous forme de parties détachées. L'art. 30 ch. 1 LDA déclare en outre licite la reproduction dans des manuels scolaires d'œuvres rendues publiques des arts figuratifs ou de la photographie, pour illustrer le texte.

A l'évidence, ces dispositions ne sont pas applicables à la radiodiffusion. *De lege ferenda* il ne se justifie pas de faire entre la publication (émission) scientifique et scolaire une distinction qui serait difficile à définir. Aussi suffit-il de prévoir une seule disposition sur le droit de citation. Une restriction plus étendue en faveur de l'enseignement scolaire par la radiodiffusion, aux dépens de l'auteur, ne serait pas équitable[182].

Les milieux intéressés par les émissions radio-scolaires ont demandé que les écoles soient autorisées, sans l'accord de l'auteur, à enregistrer ces émissions pour pouvoir les communiquer aux élèves au moment où elles s'inscrivent le mieux dans le programme de l'enseignement. Ce souci est en soi

---

[181 bis] Bergström, Rapport de la commission principale I, DA 1967, p. 190, not. 197.

[182] Troller, RDS 82 II, 1963, p. 58.

légitime[183]. Théoriquement, le but recherché pourrait être atteint sans disposition d'exception, les auteurs des émissions radioscolaires et des œuvres qui y sont utilisées étant en mesure d'y consentir d'avance, grâce à une clause de stipulation pour autrui (art. 112 CO); il subsisterait maints obstacles pratiques. La difficulté serait évitée si l'on assimilait de telles reproductions à des enregistrements privés licites *(57)*[184].

F. Les œuvres des arts figuratifs sises à demeure sur les voies et places publiques

36. Ces œuvres peuvent être reproduites de façon licite (art. 30 ch. 3 LDA avec des réserves sans importance en l'espèce[185]).

L'organisme de radiodiffusion peut donc photographier et filmer ces œuvres. Si la télévision n'est pas un mode de reproduction au sens légal *(33 litt. b)*, il ne pourra se prévaloir de la lettre de cette disposition pour projeter ces images sur le petit écran. Toutefois, ici non plus, une interprétation littérale et purement technique n'est pas de mise *(28)*[186].

Faut-il espérer que le droit de téléviser de telles œuvres soit octroyé à l'avenir? Le problème revêt de l'importance pour les émissions ne pouvant se réclamer d'une des autres restrictions au droit d'auteur, notamment du droit de citer *(32, 34, 35)* et d'effectuer un compte-rendu d'actualité *(31)*. En dehors de ces exceptions, doit-il être licite de téléviser les

---

[183] Le nouveau droit allemand reconnaît, en faveur des écoles, des homes d'éducation et des établissements de formation des maîtres, le droit d'enregistrer les émissions radio-scolaires; ces enregistrements doivent être utilisés exclusivement pour l'enseignement et effacés jusqu'à la fin de l'année scolaire en cours (§ 47 UrhG).

[184] Selon l'idée exprimée dans l'avant-projet de révision partielle, BullUER 1953, p. 456.

[185] Dans sa forme initiale, cette règle empruntée au droit allemand (§ 20 KSchG, actuellement § 59 UrhG), fut motivée en particulier par le fait qu'on pouvait fort bien assimiler ces œuvres à une partie du domaine public, FF 1881 IV, p. 663; pour la France, Desbois, op. cit., p. 290.

[186] Rintelen, op. cit., p. 158.

lieux publics, avec leurs édifices, leurs monuments, leurs statues dans le cadre d'un reportage géographique, artistique ou pittoresque ? Une réponse négative placerait le reporter devant de grandes difficultés pratiques *(31)*.

L'intérêt public nous paraît justifier une certaine restriction au droit d'auteur. Si la nouvelle loi en maintient le principe, en déclarant licite la reproduction de l'œuvre, elle devrait aussi en autoriser la radiodiffusion, même différée. Quantitativement, en effet, une telle utilisation n'est pas plus importante qu'une reproduction à large tirage ; si celle-ci est durable, le caractère fugitif de l'apparition sur l'écran en compense la plus grande diffusion. Si le principe est reconnu, il serait aussi indiqué de l'étendre aux œuvres qui ne se trouvent pas sur le domaine public mais en bordure immédiate, car le champ visuel des caméras ne peut pratiquement pas les éviter.

§ 3. De certaines composantes du droit d'auteur[187]

Le droit d'auteur est fractionné par la loi en différentes prérogatives distinctes reconnues à son titulaire (art. 12 LDA). Ce système qui a le mérite de la clarté et de la précision a cette conséquence, sensible en radiodiffusion, qu'une seule utilisation de l'œuvre peut nécessiter plusieurs autorisations de l'auteur, parfois données et monnayées séparément. Ce cumul est surtout frappant lorsque ces différents droits ne sont pas exercés par la même personne (notamment par des sociétés de perception). Parmi eux, plusieurs intéressent tout particulièrement la radiodiffusion.

1. Le droit de radiodiffuser

37. L'art. 11bis al. 1 ch. 1 $CB_{1948-1967}$ ne définit pas expressément la radiodiffusion ; il lui assimile «la communication publique ... par tout autre moyen servant à diffuser

[187] F. Rapp, Der Anwendungsbereich der Rechte zur Verbreitung und zur körperlichen Wiedergabe im schweizerischen Urheberrecht, Bâle 1965.

sans fil les signes, les sons ou les images», en quoi on a voulu réserver les développements futurs de la technique et comprendre notamment la télévision[188]. On peut en inférer que la radiodiffusion est une communication au public, ce qui exclut les radiocommunications privées. Les communications par fil de l'œuvre radiodiffusée sont comprises dans le droit de radiodiffusion lorsqu'elles sont le fait de l'organisme de radiodiffusion (art. 11bis al. 1 ch. 2 CB *a contrario*[189])[190]. Il en est de même des nouvelles communications sans fil de l'œuvre radiodiffusée, effectuées par l'organisme d'origine au moyen d'autres émetteurs (réémissions ou émissions simultanées) (même disposition *a contrario*)[191]. La conférence de Bruxelles admit en effet qu'une seule autorisation de radiodiffuser l'œuvre conférait à l'organisme d'émission le droit d'utiliser tous les moyens techniques à sa disposition.

---

[188] FF 1954 II, p. 601, Documents de la Conférence de Bruxelles, p. 277, 286. Savoir si le mot «radiodiffusion» est utilisé ici dans son acception large ou dans son sens de radiophonie est sans portée pratique pour l'interprétation de l'alinéa 1 ch. 1, mais non de l'alinéa 1 ch. 2 et 3, Straschnov, La télévision et la Convention der Berne, RIDA IX, p. 41.

[189] Au sens des art. 11bis CB et 12 LDA l'organisme de radiodiffusion s'entend de celui qui crée et diffuse l'émission. Ces deux fonctions étant assumées en Suisse par des entités juridiques différentes, il faut admettre que le concessionnaire (actuellement la SSR) et l'entreprise des PTT constituent ensemble, chacun pour une part, l'organisme de radiodiffusion.

[190] FF 1954 II, p. 601. La distribution par fil des programmes radiophoniques est effectuée par la SSR et par d'autres personnes, Allgemeine Radibus AG et Rediffusion AG. Une autorisation spéciale de l'auteur est-elle nécessaire pour cette radiodistribution? La question, en pratique, a été résolue par voie contractuelle, la SSR se faisant accorder par les auteurs le droit de distribuer ou de laisser distribuer ses programmes par fil, FF 1954 II, p. 647; cf. sur la radiodistribution Desbois, La radiodistribution téléphonique, RIDA XXI, p. 3; Mattyssens, La radiodistribution, rev. inter. radioél. 1950, p. 342; Namurois, cité ad *38*; J. van Sautbrink, Le droit d'auteur en radiodistribution selon le droit néerlandais, RUER 55b, p. 21; Straschnov, Le droit d'auteur ..., p. 73; Il fenomeno della teledistribuzione, Dir. aut. 1965, p. 140.

[191] Il faut en distinguer les répétitions ou reprises de programmes.

En droit interne, l'art. 12 ch. 5 LDA confère à l'auteur le droit de radiodiffuser l'œuvre. L'expression à elle seule[192], ou tout au moins en relation avec l'art. 12 al. 2 LDA, doit être comprise *sensu lato* (radiophonie et télévision). Conformément au texte conventionnel auquel le législateur a voulu s'adapter et à l'art. 12 ch. 6 LDA *a contrario*, ce droit comporte celui de l'organisme d'origine de transmettre l'œuvre radiodiffusée également par fil ou sans fil.

La difficulté pratique résultant de la nécessité d'une autorisation préalable de l'auteur a été résolue par la conclusion de contrats à forfait entre les organismes d'émission et les sociétés groupant la plupart des auteurs *(21)*[193]. Sous certaines réserves contractuelles, les auteurs autorisent d'emblée la radiodiffusion de leurs œuvres moyennant une rétribution fixée d'avance, suivant les cas de façon globale ou proportionnellement à l'importance des œuvres radiodiffusées, et l'organisme de radiodiffusion communique à la société d'auteurs l'utilisation qu'il a faite des œuvres, ce qui permet une répartition entre les auteurs ou autres ayants-droits. Dans les cas non régis par ces conventions, l'autorisation préalable de l'auteur doit être obtenue séparément.

Il y a radiodiffusion d'une œuvre lorsque celle-ci est communiquée par ce moyen. Peu importe la forme originale de ce qui est retransmis, de quelle façon l'œuvre est exécutée, représentée ou simplement montrée, que ce soit en studio ou en dehors de celui-ci, qu'elle fasse ou non l'objet d'un enregistrement effectué par l'organisme ou par un tiers.

2. Le droit de réémission par un autre organisme d'émission

38. a) Selon les art. 11bis al. 1 ch. 2 CB_{1948} et 12 ch. 6 LDA, l'auteur doit donner une autorisation spéciale pour la communication publique, par fil *(37)* ou sans fil, de l'œuvre radiodiffusée (réémission), lorsque cette communication est

---

[192] FF 1954 II, p. 646.

[193] STRASCHNOV, Le droit d'auteur ..., p. 30.

effectuée par un organisme autre que celui d'origine[193bis]. Ces dispositions s'appliquent que la réémission soit simultanée (relais) ou différée[194]. On a voulu exiger de l'auteur une autorisation séparée du fait que la réémission a pour effet d'étendre le cercle du public atteint par la diffusion[195].

Les émissions diffusées par satellites permettent d'atteindre un public beaucoup plus étendu que le public ordinaire de l'organisme[196]. Une autorisation spéciale de l'auteur ne sera nécessaire que si cette radiodiffusion doit être tenue pour effectuée par un autre organisme que celui d'origine. L'étendue de l'autorisation résultera du contrat.

b) Aujourd'hui, l'utilisation d'antennes collectives pour toute une localité, voire une région, se généralise. Elle a pour avantages d'améliorer la réception, l'esthétique des bâtiments et la sécurité *(87, 95)*[197]. Techniquement, la distribu-

---

[193bis] La nouvelle loi allemande ne s'en est pas tenue à la division tripartite du droit d'auteur prévue à l'art. 11bis al. 1 CB_{1948} mais, en dérogation à cette disposition, prévoit d'une part le droit d'émission (§ 20 UrhG: «Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Drahtfunk oder ähnliche technische Einrichtungen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen») y compris la transmission par fil, même par un autre organisme et même si le premier stade de la communication s'est fait par l'éther (Schulze, Komm. ad § 20) et d'autre part le droit de communiquer en public l'œuvre radiodiffusée (§ 22); à côté de cela, tout droit d'usage peut être limité dans le temps, l'espace et quant à son contenu (§ 32). Id. pour le droit autrichien, Rintelen, op. cit., p. 126. En France, l'art. 45 al. 1 prévoit que l'autorisation couvre, sauf stipulation contraire, l'ensemble des communications faites par l'organisme bénéficiaire de la cession, Desbois, op. cit., p. 301.

[194] Si la réémission n'est pas simultanée, l'organisme ne peut enregistrer qu'avec l'agrément de l'auteur, sauf licence légale ou obligatoire, Plaisant, op. cit., fasc. 16 n° 34.

[195] Dans la pratique des relations entre organismes d'émissions, les offres de relais internationaux sont sensées gratuites, en ce sens que les droits d'auteur, sauf indication contraire, ont été acquis également pour la réémission, par l'organisme proposant le relais, par exemple De Reding, op. cit., p. 57, 58, 60.

[196] Straschnov, Nouveaux aspects ..., p. 27.

[197] Namurois, Le statut de la distribution par fil d'émissions de

tion depuis l'antenne collective peut se faire par fil ou par les ondes grâce à un émetteur relais, encore que cette dernière possibilité n'ait pas été utilisée jusqu'ici en Suisse par des entreprises privées[198]. Il s'agit de savoir si et, le cas échéant, quand cette distribution par l'entreprise exploitant l'antenne collective, autre que l'organisme d'origine, représente une communication nouvelle. Lors des conférences de Rome et de Bruxelles, l'on ne se doutait pas de l'extension des antennes communautaires[199]. La conférence de Stockholm n'a pas abordé la question[200,201]. En Suisse, en raison de la

---

radiodiffusion. La situation belge et son cadre international, RUER 104b p. 50, 105b p. 37; K. Neufischer, Distinction et signification des termes «antenne commune» et «antenne centrale», RUER, 96b p. 47.

[198] H. G. Lüchinger, Fernsehpolitik am Scheideweg, Neue Zürcher Zeitung 29. 9. 1967.

[199] Cf. cependant Documents de la Conférence de Bruxelles, p. 265–266, où l'idée était exprimée, à propos du projet de révision, qu'une nouvelle autorisation de l'auteur n'était pas nécessaire pour «les installations de transmission qui, dans un grand immeuble ou un groupe d'immeubles, sont rattachées par fil à une centrale de réception», quant elles n'atteignaient pas un nouveau cercle d'auditeurs.

[200] La délégation britannique retira sa proposition de modification de l'art. 11bis al. 1 ch. 2, ainsi rédigée: «2. toute communication publique, soit par fil, soit sans fil, de l'œuvre radiodiffusée, lorsque cette communication est faite: a) dans un pays de l'Union autre que celui dans lequel la radiodiffusion a été effectuée; b) par un autre organisme que celui qui a radiodiffusé l'œuvre; c) à un auditoire qui n'avait pas été envisagé par l'organisme qui a radiodiffusé l'œuvre.» A l'évidence, l'«auditoire ... envisagé» n'était pas un critère permettant de définir un droit absolu de manière reconnaissable par les tiers.

[201] Dans un jugement récent et très remarqué, le tribunal du district de New-York a jugé que la distribution grâce au système de télévision à antenne communautaire (CATV), lorsqu'elle avait lieu sans l'accord de l'auteur, représentait une violation de son droit et qu'il n'y avait pas de différence fondamentale entre un relais par un organisme de radiodiffusion et celui par une antenne communautaire, DA 1967 p. 105; les Etats-Unis d'Amérique n'étant pas partie à la Convention de Berne, cette sentence n'a pas de portée interna-

similitude des rédactions et des effets internes de la norme conventionnelle, la solution doit être recherchée d'abord dans le texte de la Convention de Berne et, à défaut, dans le droit national.

Dans l'interprétation de l'art. 11bis al. 1 ch. 2 CB il faut tout d'abord préciser la notion d'«organisme» autre que celui d'origine, auteur de la communication publique. Faute de définition dans la Convention de Berne, les états disposent d'un large pouvoir à ce sujet. Selon le sens qu'il faut raisonnablement prêter à la volonté conventionnelle, il ne s'agit pas seulement d'un organisme de radiodiffusion. En effet, comme cela résulte du texte conventionnel, on a voulu viser par là l'auteur d'une nouvelle communication publique par fil ou sans fil; le but recherché ne serait point atteint si la disposition ne visait aussi les organismes dont la seule activité est la retransmission par fil. Le terme d'organisme ne préjuge pas de la nature juridique du propriétaire ou de l'exploitant. On peut toutefois en inférer qu'une certaine organisation est nécessaire mais il est délicat d'en délimiter le minimum de même que l'activité[202].

L'autre notion essentielle est celle de «communication publique». Elle se retrouve aux chiffres 1 et 3 du même alinéa, comme dans de nombreux autres articles de la Convention. Celle-ci n'en donnant pas de définition, une marge d'interprétation est laissée à la loi et à la jurisprudence des états

---

tionale; du reste, dans ce pays, les détenteurs de téléviseurs ne payent pas de taxe de réception. Inversement, en République fédérale, le Ministère de la Justice a émis l'avis que l'utilisation d'antennes collectives était libre, car elle ne tombait pas sous le coup des § 19 al. 3, 20 et 22 UrhG. Bappert/Wagner, op. cit., ad 11bis n. 7, p. 119.

[202] A l'étranger, selon l'avis de certains milieux gouvernementaux, il y aurait un organisme dans la mesure où l'autorité dont relève l'antenne élaborerait des programmes grâce à un choix parmi les émissions captées, ainsi que l'inclusion d'éléments propres dans celles-ci; ce serait aussi le cas chaque fois que l'antenne permet d'élargir le champ de réception des émissions, cf. Namurois, op. cit., RUER 105b, p. 40.

unionistes[203]. Pour définir la transmission publique, on pourra s'inspirer notamment des cadres tracés par la jurisprudence étrangère en matière de réception publique *(39)*. Un double critère cumulatif pourrait être retenu. D'une part, la communication deviendrait publique dès qu'elle s'adresserait – comme la radiodiffusion – à un public indéterminé; ce serait le cas, par exemple, d'une réémission sans fil pouvant être captée par n'importe qui, mais non point de radiocommunications susceptibles d'être reçues seulement par les personnes affiliées au réseau; ce pourrait aussi être le cas lorsque l'organisme offre ses services au public en général. A elle seule, la règle ne suffirait pas car, à l'inverse de la radiodiffusion, la radiodistribution s'adresse à un cercle relativement déterminé: celui des affiliés. Or, la Convention de Berne vise la radiodistribution, lorsqu'elle représente une communication publique. Dès lors conviendrait-il, d'autre part, de délimiter le cercle des usagers, par exemple en fonction de leur nombre[204], de la portée territoriale du réseau[205], de la nature privée ou commerciale de l'exploitation[206].

---

[203] Documents de la Conférence de Bruxelles, p. 291.

[204] Pour NEUFISCHER, op. cit. RUER 96b, p. 55, il est difficile de parler de public lorsque le nombre des abonnés est inférieur à cent.

[205] En Autriche, selon une ordonnance du Ministère fédéral des communications et de l'électricité du 23.11.1965, l'antenne collective peut desservir des usagers situés au maximum dans un cercle de 2 km de diamètre, mais l'antenne peut être située à 10 km du cercle, Post- und Telegraphenverordnungsblatt n° 2/1966.

[206] La réglementation belge soumet à autorisation les réseaux de distribution commerciaux; «ne donnent pas lieu à autorisation: a) l'établissement par le propriétaire d'un immeuble à appartements multiples, de dispositifs de captation communs à l'usage exclusif des détenteurs d'appareils récepteurs de radiodiffusion habitant cet immeuble; b) l'établissement par plusieurs détenteurs d'appareils récepteurs de radiodiffusion habitant ou non le même immeuble, de dispositifs de captation communs permettant la réception des émissions de radiodiffusion exclusivement dans leurs habitations.», cf. Moniteur belge du 24.1.1967. Si l'on se ralliait à cette solution, il serait judicieux d'envisager une précision pour éviter que l'exploitation par les usagers, sur une base contractuelle ou par l'intermédiaire d'une société commune, ne prenne une trop grande extension.

D'aucuns ont proposé de soumettre au droit d'auteur l'utilisation de l'antenne collective dans la mesure où elle permet à l'usager de percevoir une émission qui ne lui parviendrait pas sans cela; il y aurait communication publique en cas de communication à un nouveau public. Ce critère ne devrait pas être retenu. Il est douteux qu'on puisse l'inférer du texte conventionnel; quoique l'extension du champ des usagers soit à l'origine du fractionnement du droit d'auteur en matière de radiodiffusion, le critère conventionnel se fonde sur l'auteur (organisme autre que celui d'origine) et la nature (publique ou privée) de la communication, sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'émission a été effectivement captée et, le cas échéant, par qui; il semble qu'on ait voulu viser uniquement l'extension potentielle du cercle des destinataires, résultant d'une nouvelle transmission[207]. Par ailleurs, le rayon normal de réceptivité est malaisé à définir pour des raisons techniques et juridiques. La réceptivité est très variable suivant la qualité de l'appareil, l'importance et l'emplacement de l'antenne; en télévision, dont les ondes ultracourtes se propagent un peu comme la lumière et sont facilement arrêtées par un obstacle, les différences sont très accusées: tel concessionnaire peut capter un programme qui n'est pas accessible à son voisin. Le droit d'auteur n'interdit ni la surélévation de l'antenne, ni sa pose sur le fonds d'autrui, ni la transmission de l'œuvre radiodiffusée au moyen d'une télécommunication privée. Dans quelle mesure faudrait-il en tenir compte pour fixer le rayon normal? Enfin, il ne serait guère satisfaisant que l'usage de l'antenne collective soit empêché dès qu'elle dessert un ou plusieurs concessionnaires habitant un emplacement mal situé.

---

[207] A Bruxelles, on avait affirmé de même, à propos du droit de radiodiffuser, que seul le processus d'émission était déterminant, cf. Documents, p. 265. L'adoption du critère tiré du «nouveau public» aurait des effets dépassant l'antenne communautaire: les réémissions et les distributions par fil seraient soustraites à l'autorisation de l'auteur, dès lors qu'elles s'adresseraient à des destinataires pouvant être atteints par l'émission originale.

Pour des motifs équivalents, le dispositif technique de diffusion à partir de l'antenne collective ne devrait pas être déterminant; l'usager privé à antenne unique peut, lui aussi, améliorer l'acheminement à partir de son antenne par un dispositif technique.

Le développement, souhaitable, des antennes collectives serait freiné, si ce n'est empêché, par une réglementation obligeant l'exploitant à requérir de l'auteur une autorisation spéciale à cette fin. En effet, tous les auteurs, dont un grand nombre ne sont pas représentés par des sociétés de perception, ne pourraient être atteints à temps. Par ailleurs il serait difficilement tolérable que, malgré l'autorisation de radiodiffuser, celle de relayer soit refusée lorsque ce relais n'a point pour effet d'étendre le champ des auditeurs ou spectateurs ou du moins de le faire de façon importante *(49)*.

En résumé, du point de vue technique, l'utilisation d'une antenne communautaire permettrait en principe de desservir des usagers dans un rayon illimité, d'autre part la Convention de Berne, si elle autorise l'usage d'antennes collectives pour des communications privées, exige l'accord de l'auteur dès que les installations donnent lieu à une communication publique par voie de radiodistribution, mais elle ne fixe pas elle-même de limite précise entre ces deux notions. Dès lors le législateur national devrait pouvoir le faire. La Suisse mettrait fin à une fâcheuse insécurité, dans un domaine important pour le développement de la radiodiffusion, en adoptant à ce sujet une règle facile à appliquer. Les auteurs n'ont pas d'intérêt majeur à s'y opposer, dans la mesure où ils peuvent savoir d'emblée que l'utilisation de ces antennes sera limitée à un cercle défini à l'avance; la rétribution qu'ils exigeront de l'organisme de radiodiffusion comme prix de leur collaboration pourra en effet tenir compte du rayon de diffusion de leur œuvre, grâce aux antennes (individuelles et collectives) autorisées.

3. La communication publique de l'œuvre radiodiffusée

39. Cette communication par haut-parleur ou tout autre instrument analogue transmetteur de signes, de sons ou d'images, a été reconnue par la Convention de Berne (art. 11bis al. 1 ch. 3 CB) comme une prérogative distincte de l'auteur, dans l'idée qu'elle aussi étendait le champ des destinataires et qu'il était équitable que l'auteur puisse exiger de ce fait une rétribution supplémentaire. La règle est reprise à l'art. 12 al. 1 ch. 7 LDA qui précise en outre que le droit exclusif de l'auteur s'étend aussi à la communication publique de l'œuvre radiodiffusée transmise par fil[208].

Au premier abord, les art. 12 ch. 5 à 7 LDA et 11bis al. 1 CB_{1948} apparaissent contradictoires. Si la radiodiffusion est un mode de communication publique (art. 11bis al. 1 ch. 1 CB, art. 12 al. 2 LDA) et si la communication publique par les soins de l'organisme d'origine – qui suppose nécessairement l'usage d'un haut-parleur ou d'un instrument analogue – n'a pas besoin d'une autorisation particulière de l'auteur (art. 11bis al. 1 ch. 2 CB_{1948}, art. 12 ch. 6 LDA), comment se fait-il qu'une autorisation distincte de l'auteur soit nécessaire pour communiquer publiquement l'œuvre radiodiffusée par haut-parleur ou un instrument analogue? La rédaction choisie sous-entend en réalité qu'il s'agit d'une nouvelle communication publique effectuée par l'usager du haut-parleur ou de l'instrument analogue. Elle vise donc la communication de l'œuvre radiodiffusée dans un lieu public, c'est-à-dire sortant du cadre de la vie privée[209]. Il serait heureux que la nouvelle loi renonce à l'usage d'une formule trop elliptique[210].

En Suisse, la concession radiophonique IIa autorise les établissements publics, moyennant une taxe spéciale, à communiquer publiquement, par haut-parleur, les émissions radiodiffusées[211]. L'acte administratif qu'est la concession

---

[208] FF 1954 II, p. 646.

[209] FF 1954 II, p. 601, 646.

[210] Voir par exemple, l'art. 27 de la loi française.

[211] FF 1954 II, p. 647; V. Tuason, le droit de l'entreprise des postes, téléphones et télégraphes, Berne 1960, p. 38. Dans un arrêt

ne pouvant porter atteinte au droit de l'auteur consacré par la loi, l'entreprise des PTT, en tant qu'autorité concédante, n'autorise pas l'utilisation par les concessionnaires des œuvres radiodiffusées (art. 16 ord. exéc. I de la LCTT, du 1er juin 1942), sous une seule réserve. En effet, l'entreprise des PTT a conclu avec SUISA, société de perception des droits d'auteur musicaux non dramatiques, une convention par laquelle celle-ci autorise l'utilisation des œuvres de son répertoire par les concessionnaires à la réception publique moyennant le paiement d'une indemnité – fixée dans un tarif *ad hoc* (Ab) approuvé par la commission arbitrale instituée par la loi de perception[212] – mensuelle de Fr. 2.50 par concessionnaire, somme qui est perçue par l'entreprise des PTT dans le montant de la taxe de concession[213]. Pour le surplus, les concessionnaires à la réception publique ne peuvent

---

(non publié) Bohrer du 7.4.1938, la chambre de droit administratif du TF a admis qu'une différence dans le montant des taxes de réception se justifiait en raison de l'usage accru du service, DA 1948, p. 114. Cf. aussi JAC 10 n° 235.

[212] Feuille officielle des PTT 1962, p. 473, où figure également une ordonnance du département des postes et chemins de fer modifiant celle du 1.4.1958 parue au ROLF 1958, p. 200; même publication 1967, p. 645.

[213] L'art. 85 al. 3 de l'Ord. exéc. I de la LCTT déclare: «Dans la taxe annuelle de la concession IIa sont compris les droits d'auteur pour la diffusion radiophonique publique, par haut-parleurs, d'œuvres protégées...» Ce principe ne vaut actuellement que pour les droits gérés par SUISA. Lors de l'introduction de la télévision, M. W. Geering, greffier au TF, remit un avis de droit au département, qui admettait la légalité de la perception par l'administration des indemnités dues à l'auteur, en résumé pour les arguments suivants: la concession peut être assortie de conditions pour autant qu'elles soient de la compétence de l'autorité concédante et justifiées par le but à atteindre, ATF 71 I 190; en accordant une concession, l'autorité doit veiller à éviter son utilisation illicite; ce serait le cas si le concessionnaire à la réception publique faisait usage du droit acquis sans avoir obtenu l'autorisation de l'auteur; en l'état actuel, l'obtention de cette autorisation par l'intermédiaire de l'administration est pratiquement le seul moyen de l'empêcher.

licitement communiquer au public les œuvres (protégées) diffusées par l'usage public de leur récepteur que s'ils en ont obtenu l'autorisation préalable de l'auteur. Il conviendrait de trouver un remède à cette situation peu satisfaisante *(49)*.

Ni la Convention ni la loi ne définissent la réception publique. Au plan administratif, la distinction est fixée avec précision entre l'étendue des deux sortes de concessions [214]. Si ces critères ne font pas nécessairement foi s'agissant de la loi sur le droit d'auteur, on évitera autant que possible que la même notion connaisse des acceptions différentes dans des disciplines différentes mais s'occupant des mêmes relations [215].

4. Le droit d'utiliser des exemplaires de l'œuvre, notamment le droit des éditeurs

40. L'art. 12 ch. 2 LDA reconnaît à l'auteur le droit exclusif de vendre, mettre en vente ou mettre en circulation d'une autre manière des exemplaires de l'œuvre, règle dont l'inob-

---

[214] ACF concernant les taxes pour la réception de la télévision et la réception publique de la radiodiffusion, ROLF 1957, p. 1068 et 1959, p. 476.

[215] Sur la notion du cercle de famille, cf. Kant.ger. Graubünden, RSJ 58, p. 359. A l'étranger, différentes décisions se sont attachées à définir la communication publique. Elle a été admise pour le restaurant, BGHZ 38, p. 356, Oberst. Gerichtshof d'Autriche, DA 1966, p. 208, Cass. civ., D. 1946, p. 133, 1948, J. 390 n. Desbois; id. pour le home sportif ouvert au public et exploité par un club, BGH dans NJW 1961, p. 121, GRUR 1961, p. 97, Trib. d'inst. Reims, D. 1951 somm. 27; id. pour le local d'une section d'un parti politique, Cass. ital., RIDA XXXXIII, p. 176. S'agissant de la communication de la télévision dans les chambres d'hôtel, le BGH a nié la publicité et en a admis la licéité, lorsque la redevance payée à titre de concession tient compte de différents postes et que cela profite aux auteurs, BGHZ 36, p. 171; H. Rillig, NJW 1962, p. 532; D. Kupke, Monatsschrift für deutsches Recht 1963, p. 372, LG Berlin RUER 55b, p. 30; par contre la Cour d'appel de Paris en a reconnu le caractère privé, D. 1963 somm. 6, Gaz. Pal. 1961. 1. 374, JCP 1962 II 12903, RTDC 1961, p. 845 n. Desbois, 1963, p. 100; Desbois, op. cit., p. 307; Debasch, op. cit., p. 385; J.-L. Tournier et Neufischer, RUER 103b, p. 81; Schulze, Komm. n. 7 ad § 11 LitUrhG et réf. cit.

servation est réprimée par l'art. 42 ch. 1 litt. b LDA. En outre, l'art. 42 ch. 2 LDA réprime le comportement de celui qui, notamment pour radiodiffuser une œuvre, en utilise des exemplaires confectionnés ou mis en circulation en violation du droit d'auteur; l'expression positive de cette règle est que l'auteur a aussi le droit de s'opposer à l'utilisation, en vue notamment de la radiodiffusion, d'un exemplaire confectionné ou mis en circulation en violation du droit d'auteur. L'autorisation de l'auteur n'est donc point nécessaire chaque fois que l'organisme de radiodiffusion peut se procurer un exemplaire de l'œuvre, mis dans le commerce conformément au droit d'auteur *(42)*.

Ce droit de l'auteur, spécialement important pour les films[216], la musique et les œuvres dramatiques dont les exemplaires ne se trouvent pas sur le marché, trouve sa justification dans la considération suivante. L'établissement d'exemplaires de l'œuvre, indispensable à son exécution ou à sa représentation, peut être extrêmement coûteux, sans que ces frais puissent être couverts par la vente d'un nombre suffisant d'exemplaires dans le public. C'est tout spécialement le cas des partitions de musique. Le plus souvent, l'auteur n'exerce pas lui-même ses droits d'exécution ou de représentation (radiodiffusion) et de reproduction, mais les cède à un éditeur par un contrat d'édition[217]. Il est donc nécessaire que ces exemplaires puissent être vendus ou plus généralement loués à des prix suffisants. Permettre l'utilisation d'un exemplaire de l'œuvre confectionné ou mis en circulation en violation du droit d'auteur aurait pour effet de priver l'auteur ou, plus souvent, son éditeur, à l'occasion de la représentation, de l'exécution ou de la radiodiffusion, de sa juste rémunération pour la confection de l'exemplaire.

Lorsque l'exemplaire de l'œuvre n'est point sur le marché, l'éditeur (éventuellement l'auteur ou un autre ayant-cause)

---

[216] Straschnov, Le droit d'auteur..., p. 76.

[217] Lorsque l'éditeur est cessionnaire des deux droits, il agira et se fera rétribuer en cette double qualité, Straschnov, Nouveaux aspects..., p. 73; De Reding, op. cit., p. 56.

pourrait aussi être lésé lorsque l'organisme de radiodiffusion retransmet des exécutions ou représentations publiques, procède à des enregistrements en vue d'émissions répétées ou accorde l'autorisation de relais à d'autres organismes; en effet, l'éditeur est privé du loyer qu'il toucherait s'il s'agissait d'exécutions ou de représentations radiodiffusées distinctes. Les organismes de radiodiffusion admettant le principe d'une prétention de l'éditeur à ce titre [218], les conventions passées entre ces organismes et les éditeurs au sujet de la location du matériel en tiennent compte [219].

D'une façon générale, les éditeurs soutiennent que l'utilisation des enregistrements du commerce les prive aussi de la possibilité de louer leur matériel. A cela, les organismes de radiodiffusion répondent que les éditeurs doivent en tenir compte dans leur contrat avec les fabricants de disques [220]. Sur la base actuelle du droit d'auteur, l'éditeur ne peut s'opposer à la radiodiffusion des disques du commerce ou demander une indemnité à ce titre, les disques du marché, exemplaires de l'œuvre (art. 13 al. 2 LDA), n'ayant (en général) pas été mis en circulation en violation du droit d'auteur (art. 42 ch. 2 LDA). Faut-il espérer qu'il en soit autrement à l'avenir ? Si une indemnité spéciale est reconnue au fabricant pour la radiodiffusion de ses disques, comme la pratique l'a

---

[218] De Reding, op. cit., p. 56; Straschnov, Nouveaux aspects..., p. 78.

[219] Par exemple le contrat du 18. 2. 1957 relatif à la location des matériels d'orchestre et à leur utilisation conclu entre la SSR et l'Association des marchands et éditeurs en Suisse, pour la musique symphonique (il existe un contrat similaire pour les œuvres dramatico-musicales), prévoit des tarifs différents pour les émissions en studio, les concerts publics de la SSR, la retransmission des concerts publics organisés par des tiers, avec des suppléments pour les relais internationaux et une nouvelle radiodiffusion effectuée grâce à un enregistrement; si ce contrat autorise la SSR à diffuser les enregistrements effectués par des tiers sans redevance en faveur des éditeurs, ceux-ci y déclarent pour le principe ne pas abandonner toute revendication à ce sujet.

[220] Straschnov, Nouveaux aspects..., p. 78.

admis depuis l'arrêt de 1936 *(29)* et comme d'aucuns voudraient que cela fasse l'objet d'une règle nouvelle *(53)*, l'éditeur pourra obtenir par voie contractuelle du fabricant de disques que sa propre indemnité tienne compte de la radiodiffusion de l'œuvre. Si l'on tient pour non désirable une protection particulière du fabricant de phonogrammes à l'encontre de la radiodiffusion, soit parce que le droit commun lui suffirait, soit parce que l'avantage publicitaire de la radiodiffusion des disques serait égal ou supérieur à l'avantage que ceux-ci procurent à l'organisme d'émission, l'éditeur jouirait aussi indirectement soit de cette protection légale, soit de cet avantage économique.

5. Le droit de reproduction, plus particulièrement le droit d'enregistrement ou droit mécanique

A. Les enregistrements propres des organismes d'émission [221]

41. L'art. 13 al. 1 CB_{1948} accorde à l'auteur d'une œuvre musicale le droit exclusif de l'enregistrer et d'exécuter cet enregistrement; l'art. 14 al. 1 $CB_{1948=1967}$ donne à l'auteur littéraire, scientifique ou artistique, le droit exclusif d'en autoriser la reproduction cinématographique, la mise en circulation de ces reproductions, de même que leur exécution. D'une façon plus générale, la loi suisse (art. 12 ch. 1, 42 ch. 1 litt. a LDA) reconnaît à l'auteur le droit exclusif de reproduire son œuvre par n'importe quel moyen, notamment par l'adaptation de l'œuvre à des instruments mécaniques, à considérer comme exemplaires de l'œuvre (art. 13 LDA),

---

[221] Buser, Droit d'auteur et radiodiffusion, spécialement en ce qui concerne les renregistrements propres des organismes de radiodiffusion, rev. inter. radioél. 1949 n° 2 et 3, Th. Kern, Die urheberrechtliche Wiedergabe, insbesondere mittels Film und Schallplatte, Zurich 1945; L. J. Kübler, Magnetband und Urheberrecht, thèse Göttingen 1952; Schulze, Tonbandgeräte und Urheberrecht, UFITA 38, p. 259; Straschnov, Les enregistrements radiophoniques en droit suisse, Rev. s. 1951, p. 60.

ainsi que le droit de mise en circulation de l'œuvre reproduite (art. 12 ch. 2, 13 al. 2 LDA)[221bis]. En tant que telle, l'adaptation à un instrument mécanique n'est jamais une œuvre nouvelle *(30)*, mais la fixation mécanique peut avoir pour objet, notamment en cinématographie, une adaptation considérée elle-même comme une création originale *(30, 45)*.

De nombreuses émissions étant différées ou répétées, soit dans la même chaîne, soit sur des émetteurs différents, l'enregistrement sonore et visuel est devenu un moyen technique indispensable en radiodiffusion. En Suisse, la SSR a obtenu, par un contrat passé avec la société Mechanlizenz, le droit non exclusif de procéder à l'enregistrement sonore et visuel des œuvres faisant partie du répertoire (important) du Bureau international de l'édition mécanique (BIEM), moyennant le paiement d'une somme forfaitaire *(20)*. L'autorisation séparée de l'auteur lui est nécessaire pour les autres œuvres.

B. L'utilisation des enregistrements effectués par des tiers[222]

42. Une grande controverse est née entre les sociétés d'auteurs faisant valoir les droits mécaniques et les organismes de radiodiffusion quant à savoir si les titulaires des droits mécaniques pouvaient empêcher la radiodiffusion en

---

[221bis] Strömholm, Le droit de mise en circulation... DA 1967, p. 279.

[222] G. Audinet, Les conflits du disque et de la radiodiffusion en droit privé, Paris 1938; Bolla, La radiodiffusion des disques du commerce, Extrait de l'exposé des motifs de l'avant-projet, BullUER 1954, p. 1; Buser, Die radiophonische Benützung von Industrieschallplatten, Rev. s. 1950, p. 116; T. Collova, Des droits exclusifs de l'auteur et de l'utilisation radiophonique des disques du commerce, DA 1961, p. 31, RIDA XXX, p. 3; DuPasquier, Grammophone, cinéma, radiodiffusion et l'évolution du droit, RSJ 33, p. 323, Disques phonographiques et propriété intellectuelle, FJS n° 49, Le droit du fabricant sur les disques de gramophone, Genève et Paris 1940; P. Greco, La radiodiffusion au moyen des disques du commerce... BullUER 1956, p. 333; Ch. Gillieron, La radiodiffusion de disques en droit suisse, RDS 57, 1938, p. 91; R. Kjerulf, L'arrêt de la Cour

n'autorisant qu'une mise en circulation restreinte de l'enregistrement au moyen d'une étiquette qui en interdisait l'usage pour la radiodiffusion. La rétribution supplémentaire demandée par ces sociétés pour l'usage radiophonique de tels disques fut appelée «droit de surtaxe». Actuellement, la société «Mechanlizenz» ne fait plus valoir de prétention à ce titre, mais le problème juridique peut encore se poser. Economiquement, les titulaires des droits mécaniques soutenaient qu'il était équitable que leur autorisation fût rétribuée d'un prix différent suivant qu'elle profitât au cercle habituel des acquéreurs d'enregistrements ou au cercle beaucoup plus étendu des auditeurs radiophoniques, la «surtaxe» n'étant autre chose qu'une perception indirecte du droit de reproduction à l'occasion des exécutions effectuées au moyen d'enregistrements mécaniques[223]. Les organismes de radiodiffusion de répondre que l'utilisation radiophonique de l'œuvre était déjà rétribuée (en Suisse notamment par le paiement de l'indemnité forfaitaire à SUISA) et que le paiement aux auteurs d'une rétribution supplémentaire pour l'utilisation des enregistrements représenterait une «surtaxe» injustifiée; les fabricants de disques étant eux-mêmes rétribués pour l'utilisation radiophonique de leurs œuvres,

---

suprême de Norvège, ... RIDA XIII, p. 25; LAMBERTI, Nouvelles considérations sur les droits exclusifs de l'auteur en rapport avec l'utilisation radiophonique des œuvres à l'aide de disques du commerce, RUER 67b, p. 26; A. MARTIN-ACHARD, Quelques aspects nouveaux du droit d'auteur en matière d'utilisation publique de l'œuvre enregistrée, RDS 60, 1941, p. 39; F. OSTERTAG, Gutachten betreffend Beschränkung in der Verwendung herausgegebener Schallträger, Rev. s. 1950, p. 21; STRASCHNOV, La radiodiffusion des disques du commerce, BullUER 1950, p. 243, Pour un contrôle efficace des sociétés d'auteurs, BullUER 1951, p. 119; A. STREULI, Le prétendu droit d'auteur dit «surtaxe», Rev. s. 1950, p. 26–31; TOURNIER, L'arrêt de Bruxelles ... RIDA I, p. 11, L'arrêt de la Cour de cassation belge, RIDA XI, p. 21, Quelques considérations nouvelles sur l'utilisation radiophonique des disques du commerce, RIDA XXXIII, p. 85, Les auteurs devant l'utilisation radiophonique des disques du commerce, Rev. inter. radioél. 1948, p. 277.

[223] HEPP, op. cit., p. 23.

fabricant et auteur pouvaient régler de façon interne et contractuelle une participation éventuelle de l'auteur à l'utilisation radiophonique des disques.

A la Conférence de Bruxelles, la question fut débattue sans qu'une décision intervînt [224]. Lors de la révision partielle de la loi, le Conseil fédéral rejeta une proposition de la SSR tendant à empêcher une demande de «surtaxe», en déclarant, suivant l'opinion de P. Bolla, partisan de la théorie de l'épuisement, que la loi actuelle n'autorisait pas une telle demande, du fait que son énumération était limitative et qu'à côté du droit d'enregistrement et du droit d'exécution elle ne connaissait pas un droit spécial portant sur l'exécution de l'œuvre au moyen d'un enregistrement. Le Conseil fédéral déclara que le problème pourrait être revu lors de la révision totale [225].

Notre droit ne connaît pas de servitude mobilière [226] permettant d'opposer à un tiers la clause «radiodiffusion interdite». Par contre, la question peut se poser de savoir si l'auteur peut n'exercer qu'en partie son droit de mise en circulation de la reproduction de l'œuvre en limitant le cercle des acheteurs admis ou le champ des utilisations autorisées. Le Tribunal fédéral l'a admis en ce qui concerne leur cercle territorial [227]. Pour le surplus, ni le texte légal ni la jurisprudence fédérale n'ont résolu la question. Si on admettait que l'auteur puisse fractionner son droit de mise en circulation ou, si l'on préfère, ne l'exercer qu'en partie, il aurait un rapport de droit direct et absolu à l'encontre du tiers acquéreur,

---

[224] Documents, p. 117–118, 334–335.

[225] FF 1954 II, p. 640.

[226] ATF 52 II 375.

[227] ATF 85 II 440: «sans doute admet-on ... que le droit de mettre l'œuvre en circulation est épuisé par la première aliénation licite ... Mais, en tout cas, la revente n'est licite que si elle est couverte par le droit de celui qui a mis les exemplaires en circulation. *Ce droit n'est épuisé que dans les limites où il a été exercé.* Ainsi, lorsque le titulaire du droit exclusif de vente l'a concédé pour un territoire déterminé, celui qui acquiert un exemplaire de l'œuvre sur ce territoire ne peut le revendre ailleurs»...

pour une utilisation non admise de l'œuvre. A côté de cela, les vendeurs ont la possibilité d'imposer à l'acheteur une clause contractuelle avec une stipulation pour autrui en faveur de l'auteur, selon laquelle l'acquéreur s'engage à faire en sorte que l'enregistrement ne soit point radiodiffusé ni par lui ni par des tiers acquéreurs; il apparaît cependant douteux qu'on puisse admettre de façon générale que l'acquisition d'un disque emporterait accord de l'acheteur à un contrat d'adhésion dont une des clauses figurerait sur la vignette du disque[228]; par ailleurs, la seule mention «radiodiffusion interdite» ne permet pas de savoir si elle tend à protéger l'auteur ou le fabricant *(53)*[229].

---

[228] Lutz, op. cit., p. 261. Une obligation contractuelle n'existerait que si l'acquéreur avait manifesté sa volonté à ce sujet (art. 1 et 18 CO), ce qui supposerait qu'il l'ait connue et qu'on puisse interpréter son achat comme une acceptation. Cf. von Tuhr, § 34 n. 14 au sujet des avis affichés, ATF 37 II 410, Becker n. 14 et Oser/Schönenberger n. 24 ad art. 18 CO au sujet de l'acceptation des usages du commerce. Supposé même que les mots inscrits sur la vignette fussent une clause contractuelle, la portée exacte en serait douteuse et elle pourrait au besoin être interprétée *contra stipulatorem*.

[229] En faveur du droit de «surtaxe»: notamment C. d'appel Bruxelles, RIDA I, p. 114, confirmé par cass. civ., Schulze, Jurispr. Etr. Belgique n° 2, RTDC 1956, p. 270 n. Desbois, RIDA XI, p. 21 n. A. Tournier; Cour supr. de Norvège, Schulze, Jurispr. Etr. Norvège n° 1, ce dernier arrêt se fondant sur l'argument contractuel; Debbasch, op. cit., p. 400; Desbois, op. cit., p. 331 pour le droit français actuel qui permet de limiter les effets de la cession, notamment quant à son étendue et sa destination (art. 31 al. 3 de la loi); Plaisant, op. cit., fasc. 14 n° 110–112, fasc. 16 n° 26; Plaisant et Saporta, Juris-classeur civ., Pté litt. et art., les droits connexes... fasc. 5 n° 63; P. Poirier, DA 1953, p. 71; Plaisant, DA 1954, p. 79; A. Tournier dans ses différents écrits. *Contra* notamment: Oberst. Gerichtshof d'Autriche, DA 1951, p. 56, ou Schulze Jurispr. Etr. Autriche n° 1; Desbois, pour le droit français ancien, op. cit., p. 329 et RTDC 1953, p. 910, tout en admettant la possibilité d'un engagement contractuel; Del Bianco, op. cit., p. 81 n. 2; Greco ibid.; Lamberti ibid.; Schulze Komm. ad § 8 LitUrhG, p. 20, cet auteur admettant l'existence d'un engagement contractuel et d'une obligation fondée sur le § 826 BGB; Straschnov dans ses différents écrits.

La reconnaissance légale d'un «droit de surtaxe» ne nous paraît pas désirable dans l'économie des relations entre organismes de radiodiffusion, auteurs et fabricants de disques. Actuellement, l'utilisation de l'œuvre protégée fait l'objet d'une rétribution versée à l'auteur, l'utilisation du disque celle d'une somme versée aux fabricants de disques. Si l'auteur désire participer à la rétribution éventuelle du fabricant résultant de l'utilisation du disque *(53)*, la voie contractuelle lui suffit; il peut s'adresser au fabricant et son monopole légal quant au droit d'enregistrement doit lui permettre d'obtenir satisfaction, en fonction de la valeur économique de son droit; il peut aussi faire valoir ses intérêts légitimes lors de l'octroi de son autorisation de radiodiffuser l'œuvre. Dans ce domaine, comme en matière de droits réels, le législateur devrait, dans l'intérêt de la sécurité juridique, limiter le pouvoir de disposition des parties sur les droits absolus et il serait indiqué qu'il consacrât expressément le principe de l'épuisement, sous réserve des accords contractuels internes et du champ d'application territorial.

6. Les enregistrements «éphémères»[230]

43. Lors de la révision partielle, le Conseil fédéral proposa de faire usage de la faculté réservée par l'art. 11bis al. 3

---

[230] Straschnov, Réflexions sur les «enregistrements éphémères», DA 1955, p. 188–193; Th. Moll, Zu Art. 33bis des bundesrätlichen Entwurfs eines Bundesgesetzes zur Änderung des Bundesgesetzes betreffend das Urheberrecht ..., Rev. s. 1955, p. 37; E. D. Hirsch-Ballin, Observations relatives à l'article sur les enregistrements éphémères ..., DA 1951, p. 81–82; Hepp, Les enregistrements éphémères de la radiodiffusion, UFITA 21, p. 2 et 22, p. 181; K. Bussmann, Zum Begriff der enregistrements éphémères, UFITA 21, p. 258; A. Tournier, La notion d'enregistrement éphémère, RIDA II, p. 31; cf. aussi Rapp, op. cit. *(37)*; B. Mentha dans RUER 99b, p. 51; G. Chamrath, Das Rechtsproblem der ephemeren Schallaufnahmen für den Rundfunk, UFITA 19, p. 34. A l'étranger, notamment l'Italie, la République fédérale (§ 55 UrhG), le Royaume Uni, le Luxembourg et la Suède ont fait usage de cette faculté, cf. RIDA XXXVI/XXXVII, p. 313 (tableau sur l'état des législations étran-

CB_{1948}[231] relatif aux enregistrements éphémères[232]. Les chambres, trouvant contradictoires les indications données quant à l'emploi envisagé de la disposition, renvoyèrent à la révision générale cette question[233]. Elle fut amplement débattue lors de la Conférence de Bruxelles, puis à la commission d'experts suisse[234]. La première admit l'expression d'enregistrement «éphémère», grâce à l'ambiguïté du terme, ce qui, on le reconnut, laisserait une certaine latitude aux législateurs nationaux et leur donnerait la faculté d'autoriser plus d'une utilisation de l'enregistrement[235].

---

gères en matière d'enregistrements éphémères). La France l'a fait de façon imparfaite par l'art. 45 al. 3 de la loi de 1957 qui prévoit: «Exceptionnellement, en raison de l'intérêt national qu'ils représentent ou de leur caractère de documentation, certains enregistrements pourront être autorisés. Leurs modalités de réalisation et d'utilisation seront fixées par les parties ou, à défaut d'accord, par décision signée conjointement par le ministre chargé des Beaux-Arts et le ministre chargé de l'Information. Ces enregistrements pourront être conservés dans les archives officielles». Cf. Desbois, op. cit., p. 273, 888, au sujet de l'origine et de la portée de ce texte. L'OLG Celle (30. 3. 1960) présume une cession du droit, GRUR 1960, p. 634. La C. supr. du Danemark a considéré qu'il faisait partie du droit de radiodiffuser, GRUR Berichte 1832/61.

[231] Les auteurs et les organismes de radiodiffusion sont en désaccord non seulement quant au principe de ce texte mais aussi quant à sa modification éventuelle, cf. notamment Observations de l'UER ..., RUER 91b, p. 54, 101b, p. 38, d'autre part A. Tournier, RIDA XXXVI/XXXVII, p. 5, L, p. 5.

[232] Dans son projet de loi, l'art. 33 bis, al. 2 déclarait: «L'organisme de radiodiffusion qui a obtenu l'autorisation en conformité de l'art. 12 ch. 5, a le droit d'enregistrer l'œuvre, par ses propres moyens et pour ses émissions, sur un instrument portant fixation de sons ou d'images. Il ne peut cependant diffuser l'œuvre au moyen de l'instrument ainsi fabriqué que deux fois au maximum par chaque émetteur ou antenne dirigée dont il dispose. Toutes ces émissions doivent être effectuées dans un délai de 28 jours à partir de la première émission faite par l'une quelconque de ces stations émettrices. A l'échéance de ce délai, ledit instrument doit être détruit ou rendu impropre à l'usage», FF 1954 II, p. 663.

[233] Bstén CN 1955, p. 95, CE 1955, p. 81.

[234] FF 1954 II, p. 651.

[235] FF 1954 II, p. 602.

a) *sur le principe.* L'utilité d'une réglementation a été contestée du fait que, contractuellement, la SSR obtient à titre forfaitaire, des sociétés représentant les droits mécaniques, le droit de procéder à des enregistrements. Le Conseil fédéral, dans son message, a justement objecté que l'étendue des droits mécaniques influençait (*recte*: pouvait influencer) le montant de cette indemnité[236]. La réglementation proposée par le Conseil fédéral ne devrait, en principe, pas avoir d'incidence sur la valeur économique du droit exclusif de l'auteur, considéré comme un tout; en effet, le droit de procéder à un enregistrement éphémère n'est pas totalement enlevé à l'auteur, car son exercice n'est possible que par celui qui a reçu l'autorisation de radiodiffuser, en sorte qu'en empêchant la radiodiffusion de son œuvre, l'auteur en empêcherait aussi l'enregistrement provisoire; en tant qu'il a une valeur économique, le droit d'enregistrer de la sorte augmenterait donc d'autant la valeur du droit de radiodiffusion, tout en diminuant celle du droit mécanique. Enfin, les sociétés de perception des droits mécaniques ne représentent pas tous les auteurs dont les œuvres peuvent être radiodiffusées.

Il n'y aurait sans doute aucune difficulté si l'auteur exerçait lui-même tous ses droits; accordant celui de radiodiffuser, il concéderait en général aussi celui de fixer l'œuvre de façon passagère, ce dont au besoin les parties tiendraient compte en arrêtant le prix de ces services. Il n'en est pas ainsi dans la mesure où certains auteurs cèdent leurs droits de radiodiffusion et leurs droits mécaniques à des sociétés de perception différentes, chacune tâchant d'obtenir le meilleur prix de la participation aux émissions. On peut se demander si la scission et l'exercice séparé des droits de l'auteur dans un marché de monopole n'ont pas pour conséquence pratique de fausser la formation des prix. De plus, l'organisme de radiodiffusion se trouve dans l'obligation d'acquérir des autorisations séparées pour l'enregistrement et la diffusion,

---

[236] FF 1954 II, p. 651.

deux phases successives et intégrantes du même processus. Les enregistrements sont en effet devenus des accessoires indispensables en radiodiffusion. A côté de ceux qui sont destinés à durer, on y recourt lorsque, pour des raisons techniques (par exemple la distance entre les lieux de production et d'émission, le désir d'éliminer des imperfections d'exécution) ou d'horaires (l'artiste, le personnel technique ou les installations nécessaires ne sont pas disponibles à l'heure de l'émission), la production et sa diffusion ne peuvent être simultanées. Cette fixation momentanée peut être profitable aussi bien à l'organisme de radiodiffusion qu'à l'exécutant et à l'auteur, dont l'œuvre ne pourrait parfois pas être diffusée sans cela. Comme le déclare le Conseil fédéral, l'auteur n'a pas d'intérêt légitime à produire son œuvre directement au microphone[237]. Juste en général, cette considération pourrait comporter des exceptions. D'autre part, en tant qu'il sert à une unique radiodiffusion de l'œuvre (émission différée), l'enregistrement ne confère pas à l'organisme cet avantage propre que représente la *répétition* d'une exécution ou d'une radiodiffusion. Il en est autrement dès que l'enregistrement donne lieu à des émissions répétées; l'auteur peut aussi avoir un intérêt à ce que son œuvre ne soit pas radiodiffusée plusieurs fois exactement de la même façon. En conséquence, devant l'intérêt prépondérant de l'organisme de radiodiffusion à pouvoir fixer provisoirement l'œuvre sans avoir besoin de deux autorisations distinctes et en général le manque d'intérêt de l'auteur à s'y opposer, il ne serait pas inéquitable que la liberté de disposition de l'auteur sur son droit d'enregistrement soit restreinte, pour permettre une émission différée.

b) *du droit de radiodiffusion comme condition préalable.* La Convention de Berne laissant aux parties contractantes toute latitude, le droit national pourrait autoriser des enregistrements éphémères sans autorisation préalable de radiodiffuser, en vue de son obtention ultérieure. Les orga-

---

[237] FF 1954 II, p. 652.

nismes pourraient y avoir intérêt lorsqu'ils ne sont pas en mesure d'obtenir le droit nécessaire avant la fixation mécanique de l'œuvre[238]. Dans son projet de 1954, le Conseil fédéral avait heureusement renoncé à une atteinte aussi importante au droit d'auteur, dont la nécessité n'est nullement impérieuse, pour faire du droit de radiodiffuser l'œuvre une condition préalable nécessaire au droit de procéder à un enregistrement précaire. On pourrait aussi faire de celui-ci un accessoire du droit de radiodiffuser.

Dans les cas où le droit de radiodiffuser découle de la loi, il devrait aussi comprendre de plein droit celui de procéder à une fixation momentanée, pour autant qu'une autre disposition n'autorise pas un enregistrement durable.

c) *droit impératif ou dispositif.* Dans le projet du Conseil fédéral, l'art. 33bis al. 2 paraît être de droit impératif. En effet, dans le système du projet, la possibilité reconnue à l'auteur de procéder lui-même à une scission éventuelle *(42)* de son droit de radiodiffusion et de céder d'avance à un tiers le droit de procéder à un enregistrement mécanique éphémère viderait le texte de son efficacité.

Rendre la règle totalement impérative n'est-elle pas une sanction excessive? D'une façon générale, l'auteur peut modaliser son autorisation. Y a-t-il un intérêt public suffisant pour l'exclure s'agissant d'un enregistrement éphémère? L'auteur pourrait en principe avoir des raisons d'être opposé à la fixation provisoire de son œuvre, surtout lorsqu'elle permet des émissions répétées. Il serait peu satisfaisant que, pour ce seul motif, il doive refuser son autorisation de radiodiffuser, même quand on peut se passer d'enregistrement. Le législateur pourrait trouver une solution en rendant la règle de droit dispositif, tout en empêchant l'auteur de disposer séparément du droit de procéder à un enregistrement éphémère. Si ce système peut, certes, provoquer des marchandages, c'est aussi le cas de toutes les autres conditions auxquelles le créateur peut subordonner son agrément.

---

[238] Hepp, op. cit., p. 99.

d) *auteur, but et affectation de l'enregistrement.* Imposée par la Convention, la règle pourrait être reprise du projet du Conseil fédéral que l'organisme de radiodiffusion doit enregistrer l'œuvre par ses propres moyens et pour ses propres émissions (art. 33bis al. 2 phrase 1).

e) *nombre des émissions.* En principe, le droit de radiodiffusion ne devrait autoriser, à lui seul, qu'une seule diffusion de l'œuvre enregistrée [239], sinon l'organisme de radiodiffusion s'attribuerait les avantages spécifiques du droit de reproduction. Il faudrait en tout cas admettre qu'il y a une seule diffusion de l'œuvre en cas d'émission commune diffusée simultanément par plusieurs émetteurs. Le Conseil fédéral proposait une plus grande entorse au droit de l'auteur, en autorisant des diffusions successives de l'œuvre sur les différents émetteurs: ce sont aussi des avantages impossibles à obtenir sans enregistrement. Nous ne voyons pas de raison décisive de l'imposer à l'auteur sans son consentement.

Comme le relevait le Conseil fédéral, la situation de l'émetteur sur ondes courtes est particulière: «aux différentes heures de la journée, le même programme est diffusé par lui au moyen d'antennes dirigées, dans différentes parties de l'éther» [240]; admettant des émissions successives par les différents émetteurs, cette autorité proposait d'assimiler chaque antenne dirigée à un émetteur particulier, ce qui aurait permis à l'émetteur sur ondes courtes de profiter du statut des enregistrements éphémères. Dans ce cas aussi, l'organisme de radiodiffusion bénéficie d'avantages dont il ne pourrait jouir sans enregistrement.

Il est vrai que, si l'on qualifie de dispositif, le droit de l'organisme d'enregistrer de manière éphémère, l'auteur ne subirait pas un grand dommage en consentant que ce droit autorise plusieurs actes de radiodiffusion; il serait seulement privé de la possibilité de céder ce droit d'avance, mais rien ne l'empêcherait de faire valoir auprès de l'organisme que celui-

[239] Hepp, op. cit., p. 104, 108; définition de l'émission différée dans De Reding, op. cit., p. 40.

[240] FF 1954 II, p. 653.

ci tire un profit de l'utilisation de l'enregistrement, ni de limiter le nombre des utilisations.

f) *durée de l'enregistrement.* Dans le projet du Conseil fédéral, comme dans d'autres lois étrangères, le *dies a quo* du délai légal est fixé au jour de la première utilisation (sous-entendu «première radiodiffusion») de l'enregistrement; peu importerait le temps écoulé entre l'enregistrement et sa première utilisation. Selon le texte de l'art. 11bis al. 3 CB_{1948}, le caractère éphémère se rapporte aux enregistrements eux-mêmes, non à leur utilisation. Il serait plus conforme à cette disposition de placer l'*initium* du délai au moment de la fin de l'enregistrement, en tenant compte, pour en fixer la durée, du temps nécessaire à la préparation des programmes.

g) *projet de réglementation.* Si le législateur entend donner un statut aux enregistrements auxiliaires, comme base de discussion et sous réserve d'adaptation en fonction de la terminologie et des options légales, nous suggérons un projet de disposition qui s'inspire de l'art. 33bis al. 2 du projet du Conseil fédéral, avec les modifications appelées par les remarques qui précèdent.

«Sauf convention contraire, l'autorisation de radiodiffuser l'œuvre comporte pour l'organisme de radiodiffusion le droit d'enregistrer l'œuvre par ses propres moyens sur un instrument portant fixation de sons ou d'images. Dans la mesure où le permet l'autorisation de radiodiffuser, l'œuvre ainsi enregistrée ne peut être diffusée qu'une seule fois par un émetteur dont dispose l'organisme de radiodiffusion ou simultanément par plusieurs d'entre eux, en émission commune ou relayée. L'émission doit être effectuée dans un délai de ... jours dès la fin de l'enregistrement. A l'expiration de ce délai, ledit instrument doit être détruit ou rendu impropre à l'usage. L'auteur ne peut faire exploiter le droit de procéder à un enregistrement éphémère indépendamment du droit de radiodiffusion.

Lorsque la loi reconnaît à l'organisme de radiodiffusion le droit de radiodiffuser l'œuvre, il peut, dans la mesure nécessaire à l'exercice de son droit, enregistrer l'œuvre par ses

propres moyens sur un instrument portant fixation de sons ou d'images et utiliser l'instrument ainsi obtenu pour ses émissions. L'enregistrement sera détruit ou rendu impropre à l'usage (dans un délai de ... jours) dès l'extinction du droit de radiodiffuser. Demeurent réservés les dispositions[241] autorisant une plus ample utilisation de l'œuvre.»

h) *solution à défaut de réglementation légale.* Tant que le législateur national ne fait pas usage de la faculté donnée par la Convention, le contrat passé entre l'auteur et l'organisme de radiodiffusion détermine l'étendue des droits cédés. Dans le doute, l'auteur est présumé avoir conservé son droit d'enregistrement (art. 11bis al. 3 1re phrase CB_{1948})[242].

i) *archives.* La conservation d'archives officielles de radiodiffusion présente un intérêt historique qu'il convient de ne pas minimiser. L'attention de nos autorités fédérales devrait s'y attacher. En 1954, le Conseil fédéral considérait que ce n'était pas un motif suffisant pour priver l'auteur de son droit de reproduction. Pour autant que la Convention de Berne l'autorise, le même problème pourrait se poser pour tous les enregistrements; faire une exception pour ceux de l'organisme de radiodiffusion ne satisferait guère le principe de l'égalité.

La question devrait encore être réexaminée en fonction de la solution donnée au problème général des archives et à celui des enregistrements privés *(57)*. Si le droit de procéder à de tels enregistrements est reconnu par la nouvelle loi, les enregistrements privés licites pourraient être utilisés sans restriction à la fin de la période de protection. Or l'atteinte aux intérêts de l'auteur résultant d'une conservation de l'œuvre dans les archives officielles ne serait pas plus importante qu'un tel enregistrement et son utilisation; de surcroît, elle garantirait d'ordinaire une meilleure qualité

---

[241] Alinéa inutile si la loi prévoit le droit d'enregistrement à propos de chacune des exceptions au droit d'auteur intéressant la radiodiffusion.

[242] Rapport général. Documents de la Conférence de Bruxelles, p. 102; De Reding, op. cit., p. 42.

technique de la gravure. Par ailleurs, des règles de protection pourraient assurer le respect de l'exigence conventionnelle («en raison de leur caractère exceptionnel de documentation») et empêcher des abus dans la consultation des archives avant la fin de la période de protection [243].

7. Le droit de traduction

44. Pendant toute la durée de la protection légale, l'auteur jouit du droit exclusif de faire ou d'autoriser la traduction de son œuvre (art. 8 $CB_{1948=1967}$, 5 de la Convention universelle, 13 al. 1 ch. 1 LDA). Les traductions sont protégées comme des œuvres originales (art. 2 al. 2 CB_{1948}, 2 al. 3 CB_{1967}, 4 al. 1 ch. 1 LDA). La traduction effectuée, l'auteur de l'œuvre originale conserve le droit d'exécution, de représentation et de transmission au public de la représentation ou de l'exécution (art. 11 al. 2 $CB_{1948=1967}$). Deux droits d'auteur peuvent donc concourir, celui du créateur primitif et celui du traducteur.

a) La radiodiffusion d'une œuvre déjà traduite exige l'accord des deux auteurs, lorsque les deux œuvres sont protégées. Dans la pratique, une seule autorisation est nécessaire, lorsque la même personne est titulaire ou représentante des droits de l'auteur original et du traducteur.

b) Lorsque l'organisme désire traduire une œuvre et la radiodiffuser, il doit obtenir de l'auteur ces deux autorisations. En Suisse, les contrats conclus entre la SSR et les sociétés d'auteurs *(21)* règlent, en général, pour les auteurs qui y sont affiliés, l'autorisation de traduire l'œuvre dont la radiodiffusion est envisagée. L'autorisation obtenue, elle ne pourra être utilisée que dans le respect du droit moral de l'auteur (art. 6^{bis} $CB_{1948=1967}$, 68^{bis} LDA)[244].

---

[243] En droit allemand le § 55 al. 2 UrhG a fait usage de la faculté conventionnelle. Il en est de même du droit français dans la mesure où il autorise de plein droit des enregistrements (art. 45 al. 3).

[244] ATF 69 II 53 pour le droit d'adaptation; De Reding, op. cit., p. 69

8. Droit d'autoriser l'adaptation ou l'arrangement de l'œuvre[245]

45. Le droit de reproduction de l'auteur (art. 12 ch. 1 LDA) s'étend à la reproduction modifiée de l'œuvre (art. 13 al. 1 LDA), ce qui comprend les arrangements et les adaptations[246]. Les adaptations, arrangements et autres transformations de l'œuvre sont elles-mêmes protégées comme des œuvres dites de «seconde main», pour autant qu'elles répondent à cette notion (art. 2 al. 2 CB_{1948}, 2 al. 3 CB_{1967}, 4 al. 1 ch. 2 LDA). Ce concours de droits crée une situation juridique analogue à celle qui existe entre l'auteur original et le traducteur.

Le désir a été exprimé, au sein de la SSR, que le droit de radiodiffuser une œuvre comprenne celui de l'adapter et de l'arranger, sous réserve du droit moral de l'auteur[247]. Personne ne niera que la radiodiffusion exige des adaptations et des arrangements mais l'autorisation de l'auteur peut être requise. Celui-ci, soucieux de l'intégrité de sa création, est mieux placé que quiconque pour décider ce qu'il faut en considérer comme une part essentielle. On ne saurait présumer que, dans le silence du contrat, il en autorise l'adaptation ou l'arrangement. Les parties devraient être renvoyées à régler cette question par voie contractuelle.

---

[245] N. F. Kleine-Moeller, Der rechtliche Schutz der Urheber von Sprachwerken gegen deren szenische Wiedergabe im Fernsehrundfunk, thèse Francfort 1960.

[246] L'adaptation comporte une transformation de l'œuvre, lui permettant de se mieux conformer au but auquel on la destine, alors que l'arrangement, modification moins importante, est une transcription d'une œuvre musicale lui permettant d'être exécutée par d'autres instruments, De Reding, op. cit., p. 10. La loi suisse utilise aussi le terme d'adaptation aux art. 13, 17, 21 LDA, pour désigner l'enregistrement; il serait heureux que la nouvelle loi ne retienne que cette dernière expression, conformément à la terminologie de la Convention de Berne, par exemple De Reding, op. cit., p. 70.

[247] De Reding, op. cit., p. 70.

§ 4. Les drois moraux de l'auteur[248]

46. La législation s'en tient encore au système dualiste comportant distinction entre les droits patrimoniaux de l'auteur, expressément régis par la loi sur le droit d'auteur, et ses droits moraux régis partiellement par la loi spéciale (art. 43 LDA: utilisation indue du nom de l'auteur; art. 25 al. 4, 26 al. 2, 27 al. 2 LDA: citation sans indication des sources; 35 LDA: publicité ou mise en circulation de l'image commandée), par le droit commun auquel elle renvoie (art. 44 LDA, 27 à 29 CC)[249] et par la Convention de Berne (art. 6 8^{bis} LDA) dont l'art. 6^{bis} consacre le droit de l'auteur à la paternité et à l'intégrité de son œuvre. Le Tribunal fédéral déclare que les droits moraux procurent à l'auteur en particulier le droit (Anspruch) à la considération et à la réputation que l'œuvre peut lui procurer[250]. On a déjà relevé le caractère artificiel de cette scission dont une nouvelle loi se départirait avantageusement, bien des prérogatives de l'auteur ayant ou pouvant avoir, cumulativement ou à titre alternatif, des aspects matériels ou moraux[251].

Les droits moraux de l'auteur intéressent à plus d'un titre la radiodiffusion.

a) *le droit à la paternité*[252]. Quand il n'y a pas renoncé

---

[248] Strömholm, Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave, Stockholm 1966; Del Bianco, Le problème du droit moral de l'auteur dans la législation suisse, Rev. s. 1953, p. 150; Plaisant, op. cit., fasc. 8; Schulze, Komm. ad § 12 KSchG; Z. Radojkovic, De la nature juridique du droit moral, DA 1965, p. 210; Troller, Bedenken zum Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA, cahier 16; Desbois, op. cit., p. 421.

[249] ATF 58 II 308, 69 II 57, 84 II 573.

[250] ATF 84 II 573.

[251] Troller, RDS 82 II, 1963, p. 36; Hepp, op. cit., p. 27 signale l'exemple éloquent de l'auteur littéraire qui se plaignait d'une altération de son œuvre lors d'une adaptation cinématographique et dont les intérêts «moraux» se sont inclinés devant une offre de paiement de Fr. 300000.–; en faveur de la mention séparée des deux droits, B. Mentha, RUER 101b, p. 62.

[252] Z. Radojkovic, Le droit à la paternité, RIDA XXXXVII p. 169.

(71), l'auteur peut revendiquer la paternité de son œuvre (art. 6bis CB), ce qui lui permet d'exiger la mention de son nom et de s'opposer à son usurpation par un tiers. L'auteur a-t-il le droit d'exiger la mention de son nom lors de la radiodiffusion de sa création ? Il peut, certes, en faire une condition, au moment ou il donne l'autorisation nécessaire; suivant les cas, il pourrait même s'agir d'une clause tacite. Lors de silence du contrat, l'opinion prévaut que le droit de revendiquer la paternité permet à l'auteur d'exiger que son nom soit communiqué[253]. En faveur de cette solution, on peut invoquer aussi la réglementation du droit de citation (art. 9 al. 2, 10 al. 3 CB_{1948}, 10 al. 3 CB_{1967}, 25, 26, 27 LDA): le nom de l'auteur cité doit être indiqué; s'il s'agit là des conditions de l'exercice d'un droit *ex lege*, qu'on ne peut transposer directement lors de l'exercice d'un droit concédé contractuellement par l'auteur, elles n'expriment pas moins la conception qu'à défaut d'accord contraire l'attribution nominative de l'œuvre est une revendication légitime de l'auteur. Selon une règle de droit dispositif, il pourra *a fortiori* s'opposer à ce que l'œuvre soit indûment attribuée à un autre (art. 43 ch. 1 LDA).

En cas de radiodiffusion, il convient donc d'indiquer le nom du créateur dans l'annonce de l'œuvre. Faut-il une exception à la règle pour les œuvres de peu d'importance et de seconde main, en s'inspirant du principe «à petite œuvre, petite protection» ? La distinction serait difficile à faire dans la pratique. Si, en certaines éventualités, la mention du nom alourdit à l'excès la présentation des productions, il semble préférable de renvoyer l'organisme de radiodiffusion à obtenir de l'auteur «mineur» une renonciation.

---

[253] ATF 58 II 306, 84 II 573; Egger ad 28 n. 15; Troller, op. cit., II, p. 674. Lors d'une interview radiophonique, un propriétaire s'était attribué le mérite de la création de sa maison, due en réalité à l'architecte. Celui-ci, devant le refus de l'organisme de rectifier, se fit reconnaître par jugement son droit à la mention de son nom, Civ. Bruxelles 19. 9. 1962, RUER 98b, p. 49.

En cas de citation licite, selon les art. 25, 26 et 27 LDA, doivent être mentionnés: la source ainsi que le nom ou le pseudonyme de l'auteur, si ce nom ou ce pseudonyme figure dans la source. Dans la mesure où ces dispositions s'appliquent à la radiodiffusion, la loi ne fait point d'exception en sa faveur.

La proclamation du nom ne paraît guère possible dans tous les reportages d'actualité et pour toutes les œuvres sises sur une place publique. On pourrait distinguer entre les œuvres qui font l'objet du reportage – à titre exclusif ou parmi d'autres événements d'actualité – (des discours, extraits d'œuvres musicales jouées lors d'une manifestation musicale, vernissage d'une exposition) et celles qui sont radiodiffusées accessoirement, de façon contingente, à l'occasion d'un reportage dont l'objet est différent (quelques mesures d'une marche lors d'un défilé militaire, une statue aperçue rapidement lors d'un reportage politique). Pour les premières, il n'y a pas de raison de priver l'auteur de la mention de son nom; c'est faire preuve de loyauté que de l'indiquer. En revanche, face à l'intérêt des destinataires à obtenir une présentation claire du reportage, l'auteur de l'œuvre radiodiffusée par accident, en second plan, sans attirer l'attention, n'a pas un intérêt suffisamment important pour que son nom soit publié.

b) *le droit à l'intégrité de l'œuvre*[254]. Ce droit intéresse la radiodiffusion en cas d'arrangement ou d'adaptation de l'œuvre, souvent rendus nécessaires par ce mode de transmission. Il permet à l'auteur, malgré la cession de ses droits d'adaptation et de radiodiffusion, de s'opposer à une utilisation de son œuvre qui la dénaturerait contre son gré. Cela concerne les organismes lorsqu'ils font adapter eux-mêmes l'œuvre ou qu'ils utilisent une adaptation à la forme de laquelle l'auteur n'a point donné son accord.

---

[254] F. Ligi, La protection de la personnalité de l'auteur dans l'intégrité de son œuvre, DA 1962, p. 194–200; M. Fabiani, Le droit de l'auteur à l'intégrité de son œuvre, RIDA XXXXII, p. 79.

L'auteur a le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre, préjudiciable à son honneur ou à sa réputation (art. 6bis CB)[255]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut en décider dans chaque cas en prenant en considération tous les éléments, notamment la nature et le caractère de l'œuvre, ainsi que la personnalité de l'auteur; il importe de rechercher dans quelle mesure l'œuvre est le fruit d'une activité créatrice intellectuelle et l'auteur y a exprimé son individualité propre, et par ailleurs quelle est l'intensité des rapports entre le créateur et son œuvre; un poème ou un drame, par exemple, supporteront rarement des modifications importantes sans que l'œuvre en soit altérée et la personnalité de l'auteur atteinte de façon intolérable; en revanche, dans la reproduction graphique de ses tableaux, le peintre doit par la force des choses souffrir des modifications telles que la réduction des proportions ou l'altération des couleurs, imposées par les contingences techniques[256]. Ces principes s'appliquent à la radiodiffusion visuelle et sonore. Une autre question est de savoir si le droit moral de l'auteur a pour objet l'intangibilité comme telle de l'œuvre[257] ou seulement le maintien de l'œuvre dans un état tel que la considération de l'auteur n'en soit pas atteinte[258].

La loi allemande précise que sont autorisées les modifications pour lesquelles l'auteur n'aurait pu de bonne foi refuser son autorisation (§ 39 UrhG)[259]. En Suisse, ce prin-

---

ATF 58 II 307; OG Zurich, RSJ 40, p. 344; Troller, op. cit., II, p. 675; Mentha, RUER 101b, p. 60; Oftinger, RSJ 64, p. 21.

[256] ATF 69 II 59. Civ. 22.11.1966, Gaz. Pal. 1967. 1. 74 (fidélité de l'adaptation cinématographique); Civ. 6.12.1966, Gaz. Pal. 1967. 1. 98, D. 1967 J. 381, n. Desbois (id.); Bruxelles, DA 1967, p. 143.

[257] Sic, semble-t-il, ATF 69 II 56–57.

[258] Sic, semble-t-il, ATF 58 II 306.

[259] id. Rintelen, op. cit., p. 472, Cass. civ., D. 1959. 325; D. Huet-Weiller, L'abus de droit en matière d'œuvres cinématographiques, RIDA XXXXVIII, p. 123.

cipe découle directement de l'art. 2 CC[260]. Il est d'une grande importance pratique à l'égard de prétentions d'auteurs fondées sur leur droit moral et paralysant l'achèvement ou l'exploitation d'une œuvre, avec de lourdes conséquences économiques[261]. La restriction des droits moraux de certains coauteurs sur l'œuvre cinématographique, introduite à Stockholm (art. 14[bis] al. 2 litt. b CB_{1967}), s'inspire des mêmes considérations[262].

§ 5. Le droit de disposition de l'auteur

1. Le pouvoir de disposition

47. Dans le cadre de la loi (art. 9 al. 1 LDA)[263], l'auteur jouit de la faculté de disposer de ses droits immatériels de nature pécuniaire par des contrats gratuits ou onéreux, collectifs ou individuels, directement ou par l'intermédiaire de représentants, etc.

Son pouvoir de disposition fait l'objet de controverses en ce qui concerne ses droits moraux. D'aucuns les ont qualifiés d'inaliénables, se fondant sur la nature juridique des règles protégeant la personnalité contre elle-même et contre

---

[260] L'art. 332a al. 2 du projet de révision du CO, relatif aux œuvres des employés n'en est qu'une application particulière *(29)*, FF 1967 II, p. 378.

[261] De ce fait, la proposition a été formulée de faire trancher les conflits à ce sujet par une juridiction ad hoc, formée de spécialistes et statuant rapidement. Ce serait une nouvelle atteinte à la compétence des cantons en matière juridictionnelle (art. 64 al. 3 Cst.).

[262] W. Peter, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das «droit moral» des Urhebers und Leistungsschutzberechtigten in den Beziehungen zum Film, Aktuelles Filmrecht (Schriftenreihe UFITA) IV, p. 52.

[263] De l'avis de la commission d'experts, dans le droit nouveau, il faudrait renoncer à la cessibilité du droit d'auteur, pour ne prévoir que des autorisations de l'auteur, FF 1967 II, p. 379; sur l'exercice partiel d'un des droits de l'auteur cf. *42*.

les tiers[264]. D'autres admettent leur aliénabilité, conforme aux besoins pratiques[265]. C'est la raison pour laquelle l'art. 6bis CB ne range pas les droits moraux parmi les droits inaliénables[266]. Cette controverse est essentiellement la conséquence du fait que l'on range parmi les droits moraux de l'auteur, à côté des droits *personnalissimes* selon le droit commun *(63ss.)*, certaines prérogatives qui ne présentent pas avec l'auteur en tant que personne un lien assez étroit pour qu'on doive les tenir pour inaliénables au sens de l'art. 27 al. 2 CC, disposition qui peut à elle seule tracer l'étendue de la cessibilité. Dans la même limite, l'auteur peut consentir à une atteinte à un bien personnel *(24, 71)*.

La possibilité de tolérer à l'avance une modification de l'œuvre intéresse au premier chef la radiodiffusion, comme l'industrie du film; celles-ci doivent pouvoir se sentir à l'abri d'une opposition de dernière heure, en tant que la modification ne porte pas atteinte aux droits strictement personnels du créateur, tels son honneur et sa considération. Sous cette réserve, l'auteur a aussi tout intérêt à pouvoir donner cette assurance.

2. L'objet de l'acte[267]

48. La loi ne soumet à une forme légale ni l'acte générateur d'obligation ni l'acte de disposition relatif à la cession ou l'exercice du droit d'auteur. Dans le cadre légal, leur objet ressortit à l'autonomie de la volonté (art. 19, 1, 18 CO). Pour

---

[264] ATF 84 II 573: «en tant que droits de la personnalité, ils sont inséparables de la personne». Id. GROSEN, dans Schweizerisches Privatrecht, II, p. 356, RDS 79, 1960, p. 10a; JÄGGI, RDS 79, 1960, p. 198a. Dans son message relatif à une modification du droit du contrat de travail, le CF qualifie aussi le droit moral d'incessible, FF 1967 II, p. 377.

[265] ATF 69 II 56ss.; cf. TROLLER, op. cit., II, p. 764, 765, RDS 82 II, 1963, p. 46, 49.

[266] FF 1954 II, p. 596.

[267] N. KUNTZ, Die Senderechtsverträge des bayrischen Rundfunks mit freischaffenden Autoren, thèse Würzburg 1961; RINTELEN, op. cit., p. 470.

le surplus, la loi présume que le transfert d'un droit partiel n'implique pas celui d'autres droits partiels (art. 9 al. 2 LDA)[268]. L'art. 11bis al. 3 CB est un cas particulier de cette présomption générale. L'art. 9 al. 2 LDA i.f. présume aussi que l'autorisation de reproduire s'entend d'une reproduction non modifiée; la règle vaut, *mutatis mutandis*, pour le droit de radiodiffusion. Selon la théorie de la finalité («Zweckübertragungstheorie») admise en doctrine et jurisprudence, la cession ne s'étend, en cas de doute, qu'au droit nécessaire à la réalisation du but poursuivi[269]; en cas d'œuvre commandée ou créée dans le cadre d'un contrat de travail, l'auteur conserve en principe ses droits d'auteur, il ne les cède que dans la mesure nécessaire à l'exécution de son obligation[270].

L'autorisation de l'auteur est son moyen d'obtenir une rémunération de son activité intellectuelle. Quand il cède à l'organisme différents droits partiels, il peut éventuellement en obtenir des indemnités distinctes, notamment lorsqu'il a confié la défense de ses intérêts à des sociétés différentes[271].

3. Les restrictions au pouvoir de disposition, notamment les licences légales et obligatoires

49. La loi peut, dans le cadre de la Convention de Berne, apporter des restrictions au droit de l'auteur de disposer de ses droits partiels. Elles peuvent comporter différentes formes, notamment des licences légales et obligatoires, mesures

---

[268] Ex. BGHZ 9, p. 262: droit d'exécution exclusif d'un film ne comprenant pas le droit d'auteur photographique sur les différentes images; RGZ 123, p. 312: «droit d'auteur réel illimité» ne comprenant pas le droit de radiodiffusion, ignoré lors de la cession; RUER 84b, p. 54: droit cinématographique ne comprenant pas le droit de télévision.

[269] Entre autres Schulze, Komm. n. 8 et 9 ad § 8 LitUrhG; RGZ 123, p. 317; 134, p. 201; 140, p. 245; BGHZ 9, p. 262; 15, p. 249.

[270] ATF 22 p. 1321, 57 I 72, 58 II 302, 74 II 126; Troller, op. cit., II, p. 770, 791; Trib. civ. Rome: la radio peut continuer à utiliser le titre d'une rubrique radiophonique après le départ de l'auteur de l'émission, BullUER 1952, p. 689.

[271] Cf. au sujet des différents contrats *21*, *22*, *23*.

par lesquelles l'Etat retire à l'auteur son droit de disposition sur un des droits qu'il lui reconnaît, en faveur de tiers, moyennant rétribution équitable à l'auteur en cas d'utilisation de l'autorisation donnée[272]. Certains auteurs distinguent la licence légale («Gesetzliche Lizenz») de la licence obligatoire («Zwangslizenz»), en ce sens que dans la première l'autorisation est donnée de plein droit, tandis que dans la seconde le législateur impose à l'auteur l'obligation de la donner, soit de conclure un contrat («Kontrahierungszwang»)[273].

a) *pour le droit de radiodiffuser*[274].

aa) *la licence légale.* Le législateur répondrait à un vœu manifesté en son temps par les organismes de radiodiffusion en leur accordant une licence légale de radiodiffuser l'œuvre. A une demande dans ce sens, le Conseil fédéral répondit, dans son message à l'appui du projet de novelle, qu'une telle mesure n'était à tout le moins pas urgente et que le risque d'un blocage du répertoire de la part des sociétés d'auteurs ne s'était jamais réalisé[275]. Précédemment, il avait déjà considéré dans son message du 27 novembre 1931[276] consécutif au postulat Vallotton qu'une révision de la loi en vue de l'introduction de la licence obligatoire était prématurée.

L'art. 11bis al. 2 CB qui réserve aux pays de l'Union la faculté d'introduire la licence légale en faveur de la radiodiffusion fut une solution de compromis entre deux tendances, favorable l'une aux auteurs, l'autre aux sociétés de

---

[272] On a comparé la licence obligatoire ou légale à une expropriation, De Reding, op. cit., p. 10, 74; ce n'est là qu'une image, les différences juridiques étant nombreuses et profondes.

[273] Runge, op. cit., p. 149; Rintelen, op. cit., p. 200; Ulmer, op. cit., § 41 III.

[274] N. Oldach, Die gesetzliche Lizenz für den Rundfunk, thèse Hambourg 1957.

[275] FF 1954 II, p. 642.

[276] FF 1931 II, p. 709 ss., not. 717 ss.

radiodiffusion[277]. Sur cette base, plusieurs pays ont introduit la licence obligatoire[278]. Dans le texte de Bruxelles, l'art. 11bis al. 2 CB ne connut que des modifications rédactionnelles, mais l'extension de la définition de l'art. 11bis al. 1 CB, visant en particulier la télévision, eut cette conséquence que l'art. 11bis al. 2 CB_{1948} autorise sans discussion une extension de la licence obligatoire à la télévision[279].

Les sociétés de radiodiffusion font valoir en substance les arguments suivants. Elles sont des services reconnus d'utilité publique. Généralement, elles ne poursuivent aucun but égoïste. Elles ne peuvent pas interrompre leurs émissions. Les auteurs pourraient abuser de leur situation de monopole pour tenter d'imposer des prix exhorbitants, ce dont pâtiraient les émissions ou les concessionnaires à la réception par suite d'une augmentation des taxes.

La situation n'est pas telle, actuellement pas plus qu'en 1954, que le législateur doive user de son *imperium* pour restreindre en la matière le libre jeu des contrats. Le risque craint ne s'est toujours pas réalisé. Il y a peu de probabilités qu'il le soit à l'avenir. La situation de monopole des auteurs n'est pas absolue, compte tenu des œuvres non protégées, de celles qui ne sont pas représentées par les sociétés d'auteurs et de celles que l'organisme de radiodiffusion peut commander ou faire réaliser par ses services. Il est fort peu probable que tous les auteurs, dont les intérêts sont différents, présentent un front commun contre la radiodiffusion. Pour les «petits droits» (droits musicaux non dramatiques), la loi de perception empêche les abus, en prévoyant le paiement d'une indemnité à forfait par le service de radiodiffusion à la société de perception (SUISA) selon un tarif devant être approuvé par la commission arbitrale, avec recours possible au Tribunal fédéral (art. 1 al. 1 et 4); le Conseil fédéral est même auto-

---

[277] Documents de la Conférence de Rome, p. 256 ss.; A. Raestadt, La Convention de Berne revisée à Rome, p. 196 ss.

[278] Straschnov, Le droit d'auteur ..., p. 32 ss.

[279] Cf. notamment Straschnov, Nouveaux aspects ..., p. 25.

risé à étendre, par voie de simple arrêté, l'application de la loi de perception à d'autres droits de l'auteur mentionnés à l'art. 12 LDA (art. 1 al. 3)[280]. Grâce à cette délégation, l'autorité exécutive pourrait intervenir rapidement, en cas d'abus de la part des auteurs. Par surcroît, l'auteur peut avoir des raisons pertinentes – du moins à ses yeux – de considérer que son œuvre ne se prête pas à la radiodiffusion ou que celle-ci n'en est point opportune, soit d'une façon générale soit au moment envisagé. Tant du moins que d'autres œuvres peuvent être diffusées, il n'y a pas de motif suffisant de lui faire violence. Les organisateurs de spectacles non radiodiffusés, aussi offerts au public, ne peuvent pas davantage invoquer l'intérêt général pour exécuter ou représenter une œuvre protégée sans le consentement de son créateur; dans la situation de concurrence où ils se trouvent à l'égard des services de radiodiffusion, on ne saurait favoriser ceux-ci sans raisons impérieuses.

bb) *l'obligation de contracter.* L'avis a été émis que SUISA, comme détentrice du monopole de représentation des auteurs pour les «petits droits», devrait avoir en contre-partie l'obligation de contracter, c'est-à-dire de donner l'autorisation préalable nécessaire moyennant paiement de l'indemnité prévue dans le tarif de perception[281].

La différence n'est point grande entre la licence légale et l'obligation de contracter, à tout le moins lorsque le débiteur de cette obligation s'exécute. Elle ne pourrait se fonder sur la norme conventionnelle de l'art. 11^{bis} $CB_{1948=1967}$ que pour le droit de radiodiffusion; pour le surplus elle violerait géné-

---

[280] Sans parler d'une application éventuelle de la loi sur les cartels et organisations analogues du 10.12.1962 à un boycott des auteurs, car l'art. 23 Lcart qui réserve les dispositions sur le droit d'auteur et les prescriptions contraires du droit public, n'est sans doute pas destiné à couvrir des abus éventuels; cf. SCHÜRMANN, Komm. ad art. 23 III 1 et réf. cit.

[281] Cf. en droit allemand SCHULZE n. 17 ad § 8 LitUrhG p. 7 et réf. cit. et § 11 de la loi du 9.9.1965 (Gesetz zur Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten).

ralement le droit de l'auteur reconnu *jure conventionis*. Nous n'en voyons pas plus la justification que celle de la licence légale [282]. Dans les relations entre la SSR et SUISA, chacune dispose d'un certain monopole, ce qui n'empêche la formation de contrats pouvant être librement discutés. Selon les principes reconnus en Suisse, l'obligation de contracter n'est admise que dans des cas d'exception, notamment lorsque le refus injustifié de contracter lèse ou met en péril les intérêts vitaux de l'autre personne [283] ou lorsque le refus de conclure constituerait un abus de droit [284]; le seul monopole de représentation de SUISA ne crée pas une telle situation. Cette proposition devrait être rejetée sans que soit même recherché si elle peut s'harmoniser avec la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 Cst.).

b) *pour la réémission*. La solution au problème des antennes collectives *(38)* doit-elle être recherchée dans une restriction du droit d'auteur?

aa) Ce ne serait point nécessaire si la nouvelle législation définissait un cadre au sein duquel la distribution à partir de l'antenne collective n'est pas soumise au droit d'auteur *(38)*.

bb) A défaut, plusieurs solutions pourraient être envisagées, dans la mesure où cette distribution est une réémission soumise à un droit distinct de l'auteur:

1° Dans le système actuel le relais n'est possible qu'avec l'accord préalable de l'auteur. Pratiquement, celui-ci ne peut être obtenu pour toutes les œuvres radiodiffusées. Il n'est guère à prévoir que soient créées à brève échéance des organisations englobant tous les auteurs radiodiffusés et accordant les autorisations d'avance et de façon générale.

2° Les relais seraient licites s'ils étaient effectués par l'organisme d'origine. L'exploitation des antennes collectives par l'entreprise des PTT rendrait licite la réémission des pro-

---

[282] TROLLER cité au n° *50*, p. 113.

[283] ATF 80 II 37, RGZ 133, p. 388.

[284] Art. 6 Lcart et la jurisprudence antérieure.

grammes suisses. Elle poserait d'importants problèmes d'organisation et laisserait sans solution le relais des émissions étrangères, spécialement recherchées par ceux qui s'affilient aux antennes collectives.

3° L'Etat pourrait imposer à l'organisme de radiodiffusion l'obligation d'obtenir des auteurs qu'ils agréent cette utilisation de l'œuvre par une clause de stipulation pour autrui, au besoin grâce à une indemnité supplémentaire dont l'équivalent serait perçu par l'autorité concédante auprès des exploitants et remis à l'organisme de radiodiffusion [285]. A lui seul, ce moyen serait inopérant à l'égard des émissions étrangères.

4° La loi sur le droit d'auteur pourrait prévoir une licence légale en faveur de ces utilisations, sous réserve du droit pécuniaire de l'auteur. Ce moyen serait cause d'insécurité et protégerait mal les auteurs non groupés dans des sociétés de perception. Il aurait pour avantage de rendre licite le relais des émissions étrangères.

Sur le plan international, il est souhaitable que les parties à la Convention de Berne mettent fin à l'insécurité résultant de l'application de l'art. 11bis al. 1 ch. 2 CB, pour soustraire à la nécessité d'une autorisation spéciale les relais effectués au moyen d'une antenne collective dans un certain cadre. Une entente aux termes de laquelle les organismes des pays voisins seraient tenus de se faire octroyer par l'auteur, en faveur de tiers, l'autorisation de distribuer l'œuvre à partir d'une antenne collective dans une limite à définir permettrait aussi d'obtenir le résultat désiré; il ne faut cependant pas se dissimuler les difficultés à surmonter pour y parvenir, d'autant que les organismes n'ont pas d'intérêt direct à obtenir une autorisation qui ne leur est pas nécessaire pour émettre.

c) *pour la réception publique.* L'octroi à l'auteur d'un droit exclusif et distinct pour la diffusion en public de l'œuvre

---

[285] NEUFISCHER, op. cit., RUER 96b, p. 56, préconise l'acquisition des droits par l'organisme d'origine.

radiodiffusée est imposée par le droit conventionnel *(39)*. Cette solution – qualifiée non sans raison par M. Desbois de «survivance insolite du passé»[286] – ne paraît pas satisfaisante. En effet, l'organisme n'obtenant de l'auteur que la permission de radiodiffuser, la diffusion publique nécessite une nouvelle autorisation préalable, ce qui vaut pour la diffusion de chaque œuvre protégée. Dans ce sens la SSR s'est toujours refusée à acquérir d'autres droits que ceux qui lui étaient nécessaires pour elle et ses relais internationaux. En l'état actuel du développement de la radiodiffusion sonore et visuelle, on ne saurait manifestement exiger du concessionnaire à la réception publique qu'il sollicite chaque fois l'autorisation de l'auteur: il ne sait souvent pas à l'avance si son récepteur diffusera une œuvre, si celle-ci est protégée, quel en est l'auteur, comment on peut l'atteindre. Si l'existence de sociétés d'auteurs permet d'obtenir plus facilement l'autorisation nécessaire, elles n'englobent pas tous les auteurs d'œuvres diffusées et ne suppriment de toute façon pas la nécessité d'une double autorisation. L'intérêt de l'auteur, en matière de diffusion publique, est essentiellement pécuniaire; dans cette mesure-là il se justifie: la communication de l'œuvre à un public plus étendu mérite une rémunération plus substantielle. A part celà, l'auteur n'a guère d'intérêt légitime à empêcher que l'œuvre dont il a autorisé la radiodiffusion soit diffusée dans un lieu public. Si l'autorisation de radiodiffuser comprenait celle de diffuser en public, rien n'empêcherait les parties d'en tenir compte dans la détermination du prix, de même que l'organisme de radiodiffusion et l'Etat dans la fixation de la taxe de concession et de la part de celle-ci versée à l'organe d'émission. Le droit ne devrait plus ignorer que, dans la réalité technique, économique et celle qui résulte des rapports administratifs entre l'Etat et ses concessionnaires, la radiodiffusion de même que sa réception privée et publique ne sont qu'un seul processus.

---

[286] op. cit., p. 888.

Deux solutions peuvent être envisagées:

aa) Sur le plan du droit public, la concession ou la loi sur la radiodiffusion pourrait imposer à l'organisme de radiodiffusion l'obligation d'acquérir le droit de réception publique en faveur des concessionnaires à la réception publique (stipulation pour autrui); la rétribution accordée à l'auteur pour la réception publique serait acquittée par l'organisme de radiodiffusion qui recevrait en compensation de l'autorité de concession une contribution équivalente qu'elle encaisserait des concessionnaires avec la taxe, à peu de choses près selon le système pratiqué actuellement en faveur de SUISA.

bb) Sur le plan du droit d'auteur, il serait possible de restreindre le pouvoir de disposition de l'auteur sur son droit à la réception publique[287] par une règle telle que:

> «l'autorisation de radiodiffuser implique celle de communiquer l'œuvre au public, dans la mesure admise par la concession pour la réception publique.»

Entraînant une utilisation un peu plus importante de l'œuvre, l'autorisation de l'auteur pourrait justifier un prix supérieur; ici aussi la taxe pourrait en tenir compte, de même que le montant de sa part versée à l'organisme de radiodiffusion.

Ces deux moyens mettraient fin à l'inconvénient de la double autorisation. Ils seraient dans l'intérêt des auteurs dont ils faciliteraient la perception des indemnités, dans l'intérêt des concessionnaires en les mettant à l'abri de l'insécurité et de l'illicéité et dans l'intérêt de l'Etat, gardien du droit, en mettant fin à un état d'illégalité provoqué par le statut juridique actuel.

d) *pour le droit d'enregistrement.* En plus du régime des enregistrements éphémères (art. 11bis al. 3 CB), les états

---

[287] L'art. 58 de la loi italienne de 1941 reconnaît à l'auteur radiodiffusé seulement un droit pécuniaire en cas de réception publique de l'œuvre.

unionistes peuvent introduire la licence obligatoire pour les enregistrements d'œuvres musicales (art. 13 al. 2 CB_{1948}, 13 al. 1 CB_{1967}), alors que la Convention l'exclut formellement pour les adaptations cinématographiques d'œuvres protégées (14 al. 4 CB_{1948}, 14 al. 3 CB_{1967}), ce qui s'applique aux enregistrements destinés à la télévision. La loi actuelle, à l'instar du droit allemand qui en a maintenu le principe dans la nouvelle loi, fait usage de cette possibilité (art. 17 al. 1 LDA). Quoique n'ayant jamais invoqué cette disposition, la SSR s'estime en droit de le faire, au cas où le besoin s'en ferait sentir [288]. A supposer que l'organisme de radiodiffusion puisse être assimilé à une personne ayant un établissement industriel, cette règle qui tendait à protéger l'industrie suisse de l'enregistrement ne lui serait pas d'un grand secours, car elle exige toujours une autorisation préalable [289]. Si l'institution [290] est maintenue dans la nouvelle loi, le législateur devra examiner si elle doit aussi profiter aux organismes de radiodiffusion. A notre avis, ceux-ci n'en ont point besoin, s'ils ont de plein droit la faculté de procéder à des enregistrements éphémères *(43)*.

4. La perception des redevances dues à l'auteur

50. Peu à même de répondre personnellement aux demandes souvent nombreuses d'autorisations, d'administrer leurs droits et de contrôler eux-mêmes l'utilisation par autrui de leurs œuvres, les auteurs en sont venus presque naturellement à confier l'administration de leurs droits aux organismes spécialisés que sont les sociétés d'auteurs. Celle-ci rendent aussi service aux «consommateurs» qui savent à qui s'adresser et comment traiter. Leur existence et leur activité apparaissent avantageuses à la cause de la culture.

---

[288] De Reding, op. cit., p. 74.

[289] Straschnov, Rev. s. 1951, p. 64.

[290] Critiquée par Troller, op. cit., II, p. 839–840, RDS 82 II, 1963, p. 63.

La loi fédérale concernant la perception de droits d'auteur du 25 septembre 1940[291,292] tend à remédier à certains inconvénients constatés précédemment en créant pour les «petits droits» ou droits musicaux non dramatiques – y compris la musique de film[293] – un monopole de gestion des droits d'auteur accordé par concession à une société unique, si possible suisse (la concession fut octroyée à SUISA), ayant pour obligation de publier des tarifs la liant (art. 4 al. 1 LPDA) après leur approbation par une commission arbitrale[294]; il s'agissait d'empêcher la concurrence néfaste de différentes sociétés, les marchandages pénibles et inévitables auxquels donnait lieu l'absence de tarif et, si possible, de promouvoir une meilleure défense des intérêts des compositeurs suisses à l'étranger par l'intermédiaire d'une société unique qui pourrait obtenir en leur faveur des clauses de réciprocité[295]. L'art. 1 al. 3 ch. 2 LPDA délègue au Conseil fédéral la compétence d'étendre l'application de la loi par analogie à la perception d'autres droits d'auteur. Le Conseil fédéral n'en a point fait usage. Les Chambres fédérales ajoutèrent la disposition de l'art. 4 al. 2 LPDA selon lequel l'indemnité à payer par le service de radiodiffusion suisse pour acquérir les droits d'exécution pour le répertoire mondial doit être fixée

---

[291] La loi se fonde sur les art. 64 et 34[ter] Cst., selon le CF (FF 1940 I, p. 312) sur cette dernière disposition parce que la perception professionnelle des droits d'auteurs serait un métier. Sa constitutionnalité face à l'art. 31 Cst. n'est pas évidente, car elle limite de façon assez importante la liberté de contracter de l'auteur. La nouvelle loi allemande sur les sociétés de perception a fait l'objet d'un recours à la Cour constitutionnelle de la part de ces sociétés qui se plaignent notamment de la nécessité d'obtenir une autorisation pour exercer leur activité, de l'obligation de conclure, de la conclusion de contrats généraux, de la procédure arbitrale, etc. FuR 1966, n° 11, p. 268.

[292] Troller, Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen, INTERGU n° 17.

[293] ATF 74 II 106.

[294] Streuli, Kompetenzen der «Eidg. Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten», Rev. s. 1959, p. 110.

[295] FF 1940 I, p. 309.

à forfait, un recours au Tribunal fédéral étant ouvert contre la décision de la commission arbitrale.

En ce qui concerne à tout le moins la radiodiffusion, le pouvoir de la commission arbitrale et du Tribunal fédéral comme autorité de recours ont fait l'objet d'une contestation entre SUISA et la SSR. Donnant raison à la première, la commission arbitrale et le Tribunal fédéral [296] admettent que le tarif est fixé unilatéralement par SUISA, la commission arbitrale et l'autorité de recours ne devant intervenir qu'en cas d'abus. Si la société doit établir des tarifs, dit le Tribunal fédéral, cela signifie seulement qu'elle n'ose pas demander une contreprestation autre que celle prévue au tarif pour les droits d'exécution, non qu'elle ait l'obligation d'accorder l'autorisation d'exécution [297]. En droit positif, cette jurisprudence [298] est conforme au texte de la loi (celle-ci ne prévoit pas de licence obligatoire, le pouvoir de disposition de l'auteur sur le droit d'exécution n'est pas limité, le tarif est arrêté par la société concessionnaire, la commission arbitrale l'approuvant seulement, l'indemnité de radiodiffusion est un cas particulier du tarif sans que la loi prévoie à son sujet d'exception), à son but et à l'intention manifestée par le législateur dans le message du Conseil fédéral [299].

La liberté de contracter des auteurs, par l'intermédiaire de leur société de perception, est ainsi limitée. L'établissement, la publication et l'envoi du tarif ne valent pas offre de contracter, selon l'art. 7 al. 2 CO, car il n'implique pas à lui seul la proposition de SUISA d'accorder le droit d'exécution contre le paiement de la somme indiquée. Il n'en va pas autrement pour le tarif de radiodiffusion. Son adoption n'implique pas la conclusion d'un contrat. Un accord séparé est nécessaire entre SUISA et la SSR. La règle de l'art. 4 al. 1

---

[296] ATF 82 I 267, confirmé par un arrêt non publié du 9.11.1960, RUER 65b, p. 43.

[297] ATF 82 I 277.

[298] Critiquée par DÜRR, op. cit. ad LPDA; *contra* TROLLER, op. cit., p. 123.

[299] FF 1940 I, p. 316.

LPDA étant une norme de droit impératif destinée à protéger essentiellement les consommateurs, SUISA pourrait sans la violer conclure à un prix inférieur à celui de son tarif.

Cette réglementation ayant pratiquement donné satisfaction, les buts recherchés lors de son adoption ayant été atteints, le désir d'une suppression n'a pas été manifesté. Dans son message de 1954 à l'appui du projet de novelle, le Conseil fédéral, se fondant à nouveau sur le principe de la liberté des contrats, repoussa avec raison l'idée d'une modification de la loi obligeant la commission arbitrale à examiner les tarifs sous l'angle de la juste mesure, de même que l'introduction d'une norme obligeant la société de perception à adopter un tarif réduit pour l'exécution d'adaptations d'œuvres non protégées[300]. Le véritable problème échappe au droit; il est de savoir quelle partie du revenu total de la radiodiffusion doit être affecté aux auteurs d'œuvres protégées[301]. La situation de monopole dans laquelle se trouvent à la fois la SSR (diffusion des programmes sur les émetteurs suisses) et la SUISA (droit de radiodiffuser les œuvres musicales non dramatiques protégées), les rend interdépendantes et les incite à faire preuve de compréhension dans la fixation des prix. Depuis qu'à deux reprises le Tribunal fédéral s'est prononçé, elles ont su trouver un accord. Tant que des abus ne sont pas constatés dans la formation des prix, le législateur pourra s'abstenir d'imposer aux parties sa propre notion du juste prix[302].

Si la loi est maintenue, sa terminologie (art. 1: «droit exclusif d'exécuter publiquement») devra être adaptée à celle de la nouvelle loi (actuellement art. 12 LDA) et de la Convention de Berne; elle tiendra compte aussi du sort réservé aux fabricants de disques (art. 1 al. 2 ch. 1 LPDA, *53*). L'application de la loi de perception à d'autres droits partiels, réservée par la loi, a été envisagée. Son extension aux

---

[300] FF 1954 II, p. 644.

[301] De Reding, op. cit., p. 76.

[302] *contra* notamment Mentha, favorable au critère du «prix équitable», RUER 73b, p. 46.

droits mécaniques – déjà proposée lors de la précédente révision[303] – n'est point nécessaire, la société Mechanlizenz, étroitement liée à la SUISA, gérant une grande partie de ces droits[304]. En 1954, le Conseil fédéral renvoya aussi à plus tard une proposition de soumettre à la loi de perception le droit de radiodiffuser des œuvres dramatiques, musico-dramatiques et des jeux radiophoniques[305]. Tant que des nécessités pratiques n'imposent pas cette solution, il sied de la rejeter.

III. Les droits «voisins» et la radiodiffusion[306]

§ 1. Généralités

51. La facilité avec laquelle la technique permet à chacun d'enregistrer, à peu de frais et de façon fidèle, une succession de sons et d'images, permet en même temps des utilisations non seulement de l'œuvre protégée mais aussi du travail des artistes exécutants, des fabricants de disques et des orga-

---

[303] FF 1954 II, p. 643.

[304] DÜRR, op. cit. ad 1 LPDA.

[305] FF 1954 II, p. 643.

[306] STREULI, Internationales Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmungen, Rev. s. 1962, p. 50; A propos des droits dits voisins du droit d'auteur, Brugg 1958; Examen du «Projet de convention internationale concernant la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion», Brugg 1961; Weitere Etappen auf dem Gebiete des Schutzes der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmungen, Rev. s. 1962, p. 131; STRASCHNOV, Protection internationale des «droits voisins», Protection des artistes, fabricants de phonogrammes et organismes de radiodiffusion, Bruxelles 1958; MOLL, Die Rechte der ausübenden Künstler, der Hersteller von Phonogrammen und der Rundspruchorganisationen, Rev. s. 1953, p. 15; E. MATTER, Bemerkungen zum Vorentwurf einer Konvention über den Schutz der Schallplattenhersteller, UFITA 14, p. 242; H. KLEINE, Der Leistungsschutz der ausübenden Künstler, der Tonträgerhersteller und der Sendeunternehmungen, JZ 1961,

nismes de radiodiffusion[307], auxquelles les législateurs ne pouvaient pas penser auparavant. Ne pouvant plus se soustraire aujourd'hui à leur examen, ils doivent se demander dans quelle mesure il est admissible que l'enregistrement permette l'usage du travail d'autrui, gratuitement ou à titre onéreux, si leurs lois assurent déjà la protection désirée, à défaut quelles règles ils doivent ordonner. A part l'art. 4 al. 2 LDA *(29)*, la Suisse n'a pas de règles spéciales à ce sujet.

Quand bien même, en dogmatique juridique, la différence est fondamentale entre les droits de l'auteur créateur d'une œuvre et les droits dits «voisins» des travailleurs qui collaborent à exécuter, représenter, reproduire et radiodiffuser l'œuvre[308], pratiquement, la limite peut être difficile à tracer entre l'activité du créateur et celle du travailleur exécutant[309] et, économiquement, ces droits sont voisins, la réglementation des uns ayant une incidence directe sur les autres.

---

p. 354 ss.; Troller, Neue Studien über die «sogenannten Nachbarrechte», Rev. s. 1958, p. 169; Plaisant et Saporta, Juris-classeur civ. sous Propriété littéraire et artistique, fasc. 5 «les droits connexes au droit d'auteur ou droits voisins» et les auteurs cités; Troller, Jurisprudenz auf dem Holzwege, INTERGU n° 13; cf. les travaux de Schulze, H. Hubmann, Möhring-Elsaesser, H. Neumann-Duesberg, H. C. Nipperdey, Th. Süss, Hirsch-Ballin dans la série INTERGU; E. Ulmer, Haager Entwurf ..., GRUR AIT 1960, p. 605 ss.; W. Peter, Der Haager Entwurf ..., UFITA cahier n° 19; Schulze, Komm. avec bibliographie; P. Klaver, Les artistes exécutants et la Convention de Rome, RUER 81b, p. 44; Namurois, La Convention internationale sur la protection ..., RUER n° 72b, p. 42, 73b, p. 29, Les arrangements particuliers dans le cadre de la Convention de Rome, RUER 80b, p. 52; Tournier, La Conférence de Rome ..., RIDA XXXIV, p. 49; Lamberti, La Convention internationale de Rome ..., RUER 75b, p. 68, 76b, p. 49.

[307] Certains rangent parmi les droits «voisins», suivant les cas, la protection de la photographie, des lettres missives, du droit à la propre image, des nouvelles du jour, des titres d'un ouvrage, de la mise en scène, etc., cf. par exemple Plaisant et Saporta, op. cit. fasc. 5; Rintelen, op. cit., p. 181; Straschnov, Nouveaux aspects..., p. 39; *supra 30*.

[308] Par exemple ATF 85 II 435, BGHZ 33, p. 3; Voyame, RDS 82, 1963, p. 504; Hepp, op. cit., p. 39, 69, 79.

Aussi le législateur suisse devra-t-il examiner les deux matières concurremment, même si elles ne font pas l'objet d'un texte unique.

Les intérêts sont fort divergents. Les auteurs cherchent à provoquer la plus grande diffusion de leur œuvre sans entraves de tiers, les fabricants de phonogrammes et les exécutants voudraient obtenir le principe d'une indemnité pour les utilisations dites «secondaires» de leur produit ou de leur prestation, alors que les organismes de radiodiffusion voudraient pouvoir créer des émissions par l'usage d'enregistrements sans qu'il leur en coûte trop. D'autre part, au gré de l'évolution de la technique, des prix et des facultés économiques des consommateurs, les rapports économiques entre les différents intéressés ont sensiblement varié, au point de faire apparaître comme un avantage ce qui jadis était tenu pour un inconvénient. C'est le cas de la radiodiffusion du disque du commerce, un des principaux problèmes des droits «voisins». Elle fut considérée, durant les premiers temps de la radio, comme une cause de manque à gagner pour le fabricant: les disques étant chers et d'une qualité médiocre, le pouvoir d'achat limité, l'on pouvait penser que beaucoup feraient l'économie du disque, qui pouvaient l'écouter à la radio. En même temps, elle procurait à l'organisme une émission de qualité et lui économisait une production propre, beaucoup plus onéreuse. Aujourd'hui, la vente des disques connaît un essort extraordinaire, grâce à leur prix relativement modique, à la qualité des gravures, au pouvoir d'achat accru des consommateurs et à la grande publicité assurée à certaines œuvres et exécutions par la radiodiffusion [310]; il est vraisemblable que sans celle-ci la vente des disques diminue-

---

[309] L'apport original de ceux qui représentent une œuvre dramatique peut être très variable. De la simple lecture, on peut passer progressivement au jeu, avec des mises en scène puis des chorégraphies de plus en plus créatrices. Certaines œuvres musicales comportent des lacunes intentionnelles destinées à être comblées par l'interprète.

[310] ATF 87 II 336.

rait sensiblement. Tant qu'une enquête économique approfondie n'a pas démontré le contraire, il serait prudent de considérer qu'il n'est pas prouvé que la radiodiffusion des disques du commerce procure à l'organisme de radiodiffusion un avantage supérieur à celui qu'en tirent le fabricant et l'exécutant. Sur le plan des solutions légales, certains états ont reconnu à ceux-ci un droit à rémunération pour l'utilisation radiophonique du disque, alors que d'autres y sont hostiles[311].

Ces causes rendent difficile une réglementation que beaucoup jugent inutiles.

§ 2. L'artiste exécutant[312]

52. L'organisme de radiodiffusion peut-il enregistrer et utiliser l'enregistrement d'un artiste, sans se soucier de son consentement, et le tiers peut-il enregistrer et utiliser l'enregistrement d'une émission radiophonique sans l'accord de

---

[311] Lors des travaux de la commission d'experts à la Conférence préparatoire de la Haye, prélude à la Convention de Rome, lorsqu'il fut question d'une indemnité pour l'utilisation radiophonique des disques, un expert des USA fit remarquer que dans son pays il ne saurait en être question et que c'était plutôt le contraire qui se produisait; cf. Schulze, Komm. Annexe B 16, p. 9 n° 46. L'indication a d'autant plus d'intérêt que la coexistence aux Etats-Unis de nombreux organismes privés de radiodiffusion y crée un marché concurrentiel permettant une libre formation des prix. Il est vrai que celui qui paie une indemnité peut exiger la radiodiffusion de disques particuliers.

[312] Ch. Schorro, La protection de l'artiste-interprète en droit suisse, thèse Fribourg 1952; Troller, Das Recht des Dirigenten und Solisten an der Interpretation des Musikwerkes, Rev. s. 1955, p. 137; Moll, Leistung, Schutzbedürfnis und Recht des ausübenden Künstlers, Rev. s. 1952, p. 71; Mentha, Rechtslage der ausübenden Künstler, UFITA cahier 29 (Ehrengabe für E. Ulmer); Konda, Der Schutz der beim Rundfunk tätigen ausübenden Künstler *de lege lata* und *de lege ferenda*, thèse Cologne 1959; Buser, RDS 51, 1932, p. 201a; E. Kolbeck, Die Aufnahme von Orchesterwerken auf Magnetophonbänder in arbeitsrechtlicher Sicht, thèse Cologne 1953; Lewenton, Schutz der ausübenden Künstler in Film und Fernsehen, thèse Munich 1966.

l'exécutant ou de son ayant-cause? Lors de la révision de 1955, le Conseil fédéral croyant valable la jurisprudence de l'arrêt ATF 62 II 250 et assurée par l'art. 4 al. 2 LDA la protection des exécutants contre l'utilisation des phonogrammes, n'avait pas jugé urgent de proposer de légiférer sur ce point[313]. La nécessité d'une certaine protection n'est guère contestée. Il manque en Suisse une jurisprudence indiquant de façon complète à l'artiste exécutant quelles armes peuvent le défendre.

En Allemagne, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le droit d'auteur, la protection des exécutants contre la radiodiffusion fut assurée par les retentissants arrêts du Bundesgerichtshof, sur la base d'une législation proche de la nôtre[314]. Les principes admis étaient en bref les suivants. Contrairement à la jurisprudence antérieure[315], en cas d'enregistrement, l'exécutant a un droit d'auteur comme adaptateur à un instrument mécanique, en vertu du § 2 al. 2 LitUrhG (dont le législateur suisse s'est inspiré pour adopter l'art. 4 al. 2 LDA); lors de l'enregistrement d'une œuvre orchestrale, ce droit appartient non seulement au chef et aux solistes mais à chacun des instrumentistes. L'expression sonore provenant d'un être humain, émanation de sa personnalité, ne saurait être enregistrée ou diffusée contre son gré sans violer ses intérêts strictement personnels; lors de l'exécution d'une œuvre musicale, chaque exécutant a le droit de s'opposer à l'enregistrement ou à la diffusion. Enfin, le fait de s'emparer et d'utiliser sans bourse délier une prestation d'autrui qu'en d'autres circonstances il faudrait payer est un acte de concurrence déloyale (§ 1 de la loi sur la concurrence déloyale) et une atteinte patrimoniale contraire aux mœurs selon le § 826 BGB (dont le texte se rapproche de notre art. 41 al. 2 CO). Cependant, en cas de transmission d'une œuvre exécutée par une entreprise relevant de la col-

---

[313] FF 1954 II, p. 639.

[314] BGHZ 33, p. 1, 20, 38, 48; 37, p. 1; NJW 1963, p. 1742.

[315] RGZ 136, p. 337; 153, p. 1.

lectivité publique, en l'absence d'une clause expresse, les membres de l'orchestre engagés de façon durable sont tenus, en vertu du contrat de travail, d'admettre l'enregistrement radiophonique et la diffusion de leur exécution contre remise d'une rétribution spéciale de leur employeur. En plus, l'organisme de radiodiffusion doit obtenir l'accord de l'entrepreneur de spectacle et, le cas échéant, de l'auteur, tant pour l'enregistrement que pour la radiodiffusion. La nouvelle loi allemande a à peu près codifié ces principes en reconnaissant à l'artiste exécutant le droit de décider de la transmission en public de son exécution (§ 74 UrhG), de son enregistrement (§ 75), de sa radiodiffusion et en lui accordant une prétention pécuniaire en cas d'utilisation secondaire d'un enregistrement par voie de radiodiffusion (§ 76).

En France, l'artiste exécutant n'a pas de droit d'auteur; il avait, admettait-on, le droit moral et patrimonial (droit relatif) de s'opposer à une utilisation de sa prestation sans son accord, sous forme d'écoute, d'enregistrement ou de diffusion[316]. Un arrêt récent de la Cour de cassation déclare que «l'artiste exécutant est fondé à interdire une utilisation de son exécution autre que celle qu'il avait autorisée» et lui reconnaît par voie prétorienne un droit «voisin» opposable *erga omnes*, le «droit de l'artiste sur l'œuvre que représente son interprétation»[317].

La solution adoptée par les juges allemands a le mérite et les inconvénients d'une règle absolue; prêtant aux exécutants subalternes une assistance qui n'a que peu de rapports avec leur personnalité morale, elle assure une plus grande sécurité juridique en permettant d'éviter de déterminer arbitrairement à quel endroit cesse la protection du droit moral. Elle ne saurait cependant être transposée en droit

---

[316] Plaisant et Saporta, op. cit., fasc. 5, n° 49 ss.

[317] Cass. 4.1.1964, RIDA XXXXV, p. 194, D. 1964 J. 321, note Pluyette; Desbois, op. cit., p. 197. Dans cette cause, les héritiers de Furtwängler s'opposèrent avec succès à la diffusion dans le commerce d'enregistrements radiophoniques du grand chef, ne portant pas son nom et qui n'avaient pas été destinés à cette publication.

suisse, dont les conceptions diffèrent sensiblement. Pour le droit d'auteur de l'exécutant, notre jurisprudence a déjà suivi la voie inverse de celle de la République fédérale *(29)*.

La jurisprudence du Tribunal fédéral reconnaît également à l'exécutant un droit moral (art. 28 CC) sur son exécution, sans toutefois en préciser l'étendue[318]. D'aucuns y voient le droit de l'exécutant d'autoriser l'enregistrement, d'exiger une bonne retransmission et la désignation de son nom[319]. De tels intérêts sont dignes de protection *(63ss.)*. Mais l'appui des droits personnalissimes trouve sa limite dans ce qui leur est propre[320]. L'artiste ne saurait recourir à l'artifice du droit moral pour sauvegarder des intérêts purement patrimoniaux. Ce droit n'est pas atteint lorsque, trouvant son exécution satisfaisante, l'exécutant en a autorisé l'enregistrement et la diffusion mais que les bénéficiaires de l'autorisation ou des tiers en ont effectué davantage d'enregistrements ou de diffusions qu'il n'avait été prévu. Les dispositions du droit de la concurrence déloyale ne peuvent trouver application lorsque les intéressés ne s'adonnent pas à une activité lucrative ou s'il manque entre eux un rapport de concurrence (art. 1 LCD, *77*), par exemple dans les relations non économiques (exécutant non professionnel se produisant à titre bénévole) ou entre «producteur» et «consommateur» de spectacle (enregistrement à but privé). L'acte de concurrence devient déloyal s'il est abusif, par suite d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi (art. 1 LCD). Ce serait le cas, selon certains, d'une utilisation gratuite et non consentie du travail de l'artiste. En droit suisse, il faut des circonstances particulières pour

---

[318] ATF 85 II 436–437.

[319] Lüdi, RSJ 53, p. 325. Le droit de l'artiste à son nom implique à tout le moins qu'on ne lui attribue pas une exécution qui n'est pas sienne et qu'on n'utilise pas sans son accord sa prestation avec son nom; il n'est pas certain qu'il ait en plus un droit à faire prononcer son nom en cas d'utilisation licite de sa prestation, Troller, Jurisprudenz auf dem Holzwege, p. 56.

[320] Troller, op. cit., p. 55.

que cette utilisation soit illicite[321]. Dans l'arrêt Turicaphon, le Tribunal fédéral ajoute qu'elle ne l'est *que* s'il peut en résulter un danger de confusion, qui aurait pu et dû être évité[322]. La restriction ainsi formulée ne doit sans doute pas être prise à la lettre, car il est d'autres cas que celui de l'art. 1 al. 2 litt. d LCD (mesures destinées ou propres à créer un danger de confusion) où une utilisation du travail d'autrui peut être abusive (par exemple le cas expressément prévu de l'art. 1 al. 2 litt. g LCD: exploitation des secrets d'autrui)[323]. Dans le même considérant, l'arrêt admet que la confection d'une copie d'un disque par un tiers non autorisé est une utilisation illicite du travail du fabricant de disques (donc une utilisation illicite du travail d'autrui, même sans danger de confusion). On peut en dire autant de la «copie» (enregistrement), de la propagation (radiodiffusion) non autorisée de la prestation d'un artiste exécutant (en dehors du cas où il a admis l'enregistrement sur un support destiné au commerce). L'utilisation «secondaire» du disque lors de l'émission pourrait-elle être un acte déloyal de concurrence? En droit positif, l'arrêt Turicaphon le nie à l'égard du fabricant par des considérants valables aussi pour ses auxiliaires[323bis]. L'application de l'art. 41 al. 2 CO supposerait qu'une telle utilisation du travail d'autrui sans autorisation et sans indemnité soit licite selon l'art. 41 al. 1 CO (art. 1 LCD) mais contraire aux bonnes mœurs; l'artiste ne triompherait que

[321] ATF 64 II 118 ss., 87 II 336–337; S. Gastiger, Inwieweit ist die Benützung einer fremden Leistung ein Akt unlauteren Wettbewerbs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung für die beiden Länder Schweiz und Deutschland, thèse Bâle 1964.

[322] ATF 87 II 336–337.

[323] La phrase se comprend en raison des circonstances de fait soumises aux juges fédéraux qui n'avaient en l'occurrence à connaître que de l'utilisation d'un travail d'autrui qui s'était manifesté dans un objet corporel (disque) mis sur le marché de façon licite.

[323bis] Du reste l'artiste qui enregistre sur un disque du commerce ne se trouve en situation de concurrence avec l'organisme de radiodiffusion ni en tant que participant au résultat de la vente des disques (concurrence entre l'organisme et le fabricant), ni en tant que personne frustrée d'un engagement par la société d'émission (rapport

s'il prouvait avoir subi un dommage patrimonial – ce qui ne sera pas toujours évident – et que l'auteur a agi intentionnellement *(absichtlich)* pour lui porter préjudice. La *condictio sine causa* (art. 62 ss. CO), invoquée par certains, suscite des difficultés du même ordre; outre que le déplacement patrimonial doit être dépourvu de cause juridique, le demandeur doit prouver son appauvrissement, l'enrichissement de l'autre, un lien de causalité et, toutes autres conditions remplies, il ne pourra en général obtenir réparation qu'en tant que l'*accipiens* est encore enrichi (art. 64 CO).

Appliqués à la radiodiffusion, ces principes permettent de considérer ce qui suit.

a) L'émission directe ou différée de la production de l'artiste suppose son accord quant à l'émission et à l'utilisation de l'enregistrement. Il est protégé par le droit de la personnalité et par le contrat, ce qui est suffisant.

L'émission au moyen d'un disque du commerce ne suppose pas l'accord de l'artiste. Ses droits strictement personnels ne sont d'ordinaire pas violés s'il a autorisé la gravure. L'utilisation du disque n'est pas une appropriation illicite de son travail. L'enrichissement éventuel de l'organisme de radiodiffusion, reposant sur l'usage licite d'un bien acquis de façon licite, n'est pas dépourvu de cause. En l'état actuel, un dommage de l'artiste est fort douteux, car il jouit de l'avantage publicitaire de la radiodiffusion *(51)*. Si la proportion des émissions effectuées au moyen de disques a sensiblement augmenté, soutenir que, sans eux, des artistes eussent été engagés dans la même mesure serait méconnaître les problèmes budgétaires de la radio [324]. Dans la plus grande mesure

---

entre fournisseur et consommateur d'un service), mais tout au plus dans la mesure où la radiodiffusion de l'œuvre le priverait d'un engagement par un tiers ou d'une autre occasion d'exécuter l'œuvre (concurrence entre différents producteurs d'une exécution de la même œuvre).

[324] Ces dernières années la durée d'émission des émetteurs suisses a beaucoup augmenté par l'introduction de programmes non interrompus pendant la journée et de seconds programmes. Cela n'eût pas été possible sans les facilités offertes par les enregistrements et

tout au moins, l'utilisation secondaire du disque a permis une augmentation des émissions mais pas au détriment d'engagements par le service de radiodiffusion. Il faut signaler au surplus un défaut d'identité entre les artistes radiodiffusés grâce au disque et ceux qui, sinon, eussent été engagés; le disque permet de retransmettre la prestation des artistes les plus connus, dont les cachets sont aussi les plus élevés; si l'organisme de radiodiffusion ne pouvait diffuser que des programmes établis par ses soins, ses moyens financiers limités – pour le moins dans un petit pays comme la Suisse – le contraindraient à recourir aussi à la collaboration d'artistes de moindre renom. Pour ceux-ci, on chercherait en vain un principe juridique leur accordant une prétention à être engagés par l'organisme de radiodiffusion. On a déjà relevé, non sans pertinence, que l'indemnité qui serait reconnue aux artistes exécutants profiterait selon toute vraisemblance aux artistes les plus recherchés et les plus favorisés économiquement, parce que mieux armés aussi pour faire prévaloir leurs conditions.

b) La réception publique de la radiodiffusion devrait entrer dans le champ des prévisions contractuelles lors de l'engagement de l'artiste par l'organisme de radiodiffusion.

c) L'utilisation secondaire de la production radiodiffusée pourrait aussi léser l'artiste. Celui-ci serait suffisamment protégé s'il pouvait invoquer son droit moral pour s'opposer à l'enregistrement commercial ou en vue d'une exécution publique. Il pourra aussi se prévaloir du droit de la concurrence déloyale, en tant que, producteur d'une exécution, il se trouverait en concurrence avec celui qui offre la production enregistrée. Si l'on reconnaît à la personne privée le droit d'utiliser une œuvre protégée sans l'autorisation de l'auteur *(57)*, il serait conforme à ce système qu'on lui reconnaisse le même droit à l'encontre de l'artiste exécutant.

---

notamment l'utilisation avantageuse des disques du commerce. Malgré l'usage du disque, le service radiophonique de la SSR était déficitaire jusqu'à la dernière augmentation des taxes radiophoniques.

Ainsi, actuellement déjà, l'artiste exécutant n'est pas dépourvu de toutes armes, mais leur maniement est souvent malaisé, en raison de leur nature, et leur succès incertain, en raison des controverses juridiques qui dominent la matière. D'autre part, l'application des normes générales ne résoud pas tous les problèmes spécifiques à la sauvegarde du travail des artistes. Il en est ainsi de la durée de celle-ci. Si l'auteur n'est protégé que pendant un temps déterminé, *a fortiori* l'artiste ne saurait l'être sans limite. Une réglementation légale présenterait l'avantage de créer une situation juridique claire. Elle devrait, pour les motifs indiqués, se limiter à quelques règles générales empêchant que le travail des exécutants ne soit indûment utilisé par autrui, sous forme de diffusions ou d'enregistrements effectués sans leur accord. Une telle règle aurait pour mérite de mettre fin aux hésitations qu'on peut avoir quant à l'étendue des droits moraux de l'artiste. Les restrictions à la protection devraient tenir compte de celles imposées à la protection de l'auteur. La nécessité de reconnaître aux exécutants une créance pour l'utilisation radiophonique de leurs disques n'est en revanche pas démontrée[325].

Dans la pratique actuelle, la SSR est liée par des contrats fixant les droits des exécutants. Dans le contrat passé avec l'association des fabricants de disques, celle-ci garantit la SSR contre toute revendication des artistes exécutants, sous réserve des disques exclus de la radiodiffusion. En outre les différents contrats collectifs et individuels de travail, de même que les formules d'engagement des artistes exécutants déterminent dans quelle mesure la SSR a le droit d'enregistrer, de radiodiffuser, d'offrir des relais et de répéter ses émissions.

Pour faible qu'apparaisse ainsi le risque d'une appropriation abusive en radiodiffusion du travail de l'artiste, une réglementation de son droit n'en serait pas moins désirable pour les cas non soumis à un contrat.

---

[325] *Contra* par exemple MENTHA, RUER 102b, p. 63.

§ 3. Le fabricant de disques

53. Depuis l'arrêt des sociétés de radiodiffusion[326] jusqu'à l'arrêt Torre[327], le fabricant de disques a pu croire que l'art. 4 al. 2 LDA le faisait bénéficier du droit d'auteur de l'exécutant. Selon la nouvelle jurisprudence, il ne peut se fonder que sur le droit commun. Il détient en outre les droits que lui cèdent l'auteur et l'exécutant. On voulut attendre la révision totale de la loi sur le droit d'auteur pour savoir s'il méritait une protection légale particulière[328].

Les fabricants ont tout d'abord fondé leurs prétentions pécuniaires contre la SSR sur l'arrêt de 1936. Comme les autres organismes de radiodiffusion en général, la SSR admit ensuite que cette demande était fondée; elle semblait tenir pour équitable qu'usant si largement du travail des fabricants et des artistes enregistrés, elle leur laisse une part de ses propres revenus, remise aux fabricants[329]. Malgré les arrêts fédéraux rendus en 1959 et 1961, sans doute pour éviter les risques d'un procès, la SSR a conclu le 25 février 1966 un nouveau contrat avec les fabricants, qui leur reconnaît une indemnité forfaitaire annuelle pour une période allant jusqu'en 1975. La nécessité d'une protection légale nouvelle du fabricant (et indirectement des artistes enregistrés) ne présente donc pas un caractère urgent.

En l'état actuel, les règles du droit positif fondées sur la notion de l'atteinte patrimoniale ne permettraient au fabricant d'obtenir une indemnité que s'il pouvait prouver que, sans la radiodiffusion de ses disques, son patrimoine fût plus élevé, ce qui est douteux *(51)*. Dans l'arrêt Turicaphon[330], le Tribunal fédéral a nié qu'entre le fabricant de disques et celui qui utilise ses disques pour une exécution

---

[326] ATF 62 II 243 ss.; cf. la bibliographie ad *42.*

[327] ATF 85 II 431 ss.; confirmé 87 II 320 ss.

[328] ATF 87 II 329.

[329] Straschnov, Le droit d'auteur..., p. 60; Nouveaux aspects..., p. 61; Hepp, op. cit., p. 34, de Reding, op. cit., p. 44 ss.

[330] ATF 87 II 335 ss.

publique (appareils à disques dans les établissements publics) il y eût un rapport de concurrence, que l'exécution de disques fût un acte de concurrence déloyale (à l'inverse de la contrefaçon) et il a affirmé d'une manière générale que l'utilisation du travail d'autrui n'est illicite que si elle provoque un danger de confusion qu'on pourrait et devrait éviter *(52)*; celui qui vend une marchandise n'a plus aucun droit sur son utilisation ultérieure. Entre fabricant et organisme de radiodiffusion, l'on peut envisager un lien de concurrence, chacun offrant au public des productions sonores détachées de l'exécution ou de la représentation directe *(77)*, et l'appropriation du travail de l'un par l'autre comme un acte de concurrence, destiné ou propre à améliorer sa propre situation; mais selon cette jurisprudence cet acte ne serait pas illicite[331]. Pour le même motif, on ne saurait le tenir pour immoral (art. 41 al. 2 CO) ou pour une cause d'enrichissement illégitime (art. 62 CO). Par contre, la liberté des contrats permet au fabricant de phonogrammes d'obtenir de l'acquéreur l'engagement de ne pas utiliser ces marchandises à une fin déterminée, d'imposer cette règle aux futurs acquéreurs avec une clause de stipulation pour autrui en faveur du fabricant. Nous avons évoqué cette possibilité à propos du «droit mécanique» de l'auteur *(42)*.

Dans l'arrêt Turicaphon[332], le Tribunal fédéral, peu favorable à une réglementation des droits «voisins» pour des raisons dogmatiques, estime que, si l'exécution publique de disques peut procurer des avantages spéciaux, le fabricant peut en tenir compte dans l'établissement de son prix;

---

[331] En droit français, le fabricant épuise son droit en vendant sa marchandise; ensuite il n'est protégé que contre la concurrence déloyale, Plaisant et Saporta, op. cit. fasc. 50, n° 57 ss.; Desbois, op. cit., p. 208. Le droit allemand lui reconnaît, au contraire, la faculté exclusive de reproduire et de mettre en circulation l'enregistrement, en lui accordant en outre une prétention pécuniaire pour l'utilisation secondaire de la gravure par voie de radiodiffusion (§ 85, 86 UrhG).

[332] ATF 87 II 343–344.

l'argument vaut *mutatis mutandis* pour leur radiodiffusion. S'il s'agissait d'un avantage unilatéral accordé à l'organisme de radiodiffusion – partant aux concessionnaires à la réception – et provoquant une augmentation du prix unitaire, il serait inéquitable de la faire supporter aux collectionneurs de disques, légalement incapables de radiodiffuser leurs disques. Il est cependant douteux que, dans l'ensemble, le profit que la société d'émission retire de la diffusion des phonogrammes soit supérieur à l'avantage publicitaire qui en résulte. La reconnaissance légale d'un droit pécuniaire du fabricant pour l'utilisation secondaire de ses produits industriels représenterait dans notre droit une innovation si périlleuse que le pas ne devrait pas être franchi sans nécessité évidente *(51)*.

Ainsi la protection contre la contrefaçon est suffisamment établie par le droit actuel, alors que la prétention du fabricant à une indemnité pour l'utilisation de ses disques en radiodiffusion n'apparaît point nécessaire, faute de justification juridique et économique.

Si l'on dénie le caractère d'œuvre au film sans originalité *(30)* – tel celui, fidèle et objectif, d'un opéra représenté par autrui –, son statut devrait être le même que celui de l'enregistrement sonore.

IV. Les droits des organismes de radiodiffusion[333]

§ 1. Généralités

54. En tant que titulaires dérivés de droits d'auteur, les organismes de radiodiffusion n'ont pas besoin d'un statut particulier. Ce droit ne leur est d'aucune utilité pour s'opposer à l'utilisation par autrui de leur émission, lorsqu'ils n'ont

---

[333] P. Boesin, Die Rechte des Rundfunks an der Sendung unter besonderer Berücksichtigung der an der Sendung beteiligten Personen, thèse Cologne 1955; H. Bloett, Der urheberrechtliche Schutz

obtenu de l'auteur que l'autorisation de radiodiffuser par leurs propres émetteurs ou s'il s'agit d'une œuvre non protégée.

L'enregistrement ou la réémission d'un programme perçu par la radiodiffusion peut être un acte de concurrence déloyale[334]. La réémission par un autre organisme est à la radiodiffusion ce que la copie d'un enregistrement est au disque; dans les deux cas, il y a utilisation du travail d'autrui, à laquelle il n'était pas destiné et, sans doute, d'une manière contraire aux règles de la bonne foi; si dans le second on admet l'acte de concurrence déloyale[335], il convient d'en faire autant dans le premier, toutes autres conditions remplies. L'action ne pourra aboutir lorsque manque un rapport de concurrence et la réparation du dommage peut poser des problèmes de preuve. Si la personne morale jouit des droits de la personnalité, en tant qu'ils ne sont point inhérents à la condition physique, leur étendue ne peut être tenue pour entièrement définie. Les liens unissant le producteur à son émission sonore et visuelle présentent un caractère personnel moins intime que ceux qui lient l'auteur à son œuvre et même l'artiste à son exécution. Aussi ne faut-il guère s'attendre que la jurisprudence applique la notion des droits personnels de façon telle que le producteur de radiodiffusion jouisse à ce titre d'un droit exclusif sur sa production, soit d'un droit plus étendu que celui qui est reconnu à l'auteur à ce seul titre.

A l'étranger le droit exclusif de l'organisme de radiodif-

---

der Fernsehsendung, thèse Würzburg 1963; H.-R. Denzler, Der privatrechtliche Schutz der Rundfunksendung vor gewerblicher Verwertung, thèse Zurich 1953; K. Hueller, Der Schutz des Fernsehens, thèse Erlangen/Nuremberg 1963; J. Poulain, La protection des émissions de radiodiffusion, Paris 1963; Ulmer, La protection des émissions télévisées contre la projection dans les salles de cinéma, RUER 53b, p. 35; Buser, RDS 51, 1932, p. 215a.

[334] Sic BGHZ 37, p. 1 (diffusion dans les cinémas de reportages télévisuels); Debasch, op. cit., p. 456; Rintelen, op. cit., p. 129; Schulze, Komm. ad § 1 LitUrhG, p. 11 et réf. cit.

[335] ATF 87 II 336.

fusion sur sa production a été reconnu par voie législative dans certains pays[336].

L'octroi d'une protection spéciale avantagerait l'organisme d'émission par rapport à d'autres organisateurs de spectacles ou de concerts.

§ 2. L'information radiophonique[337]

55. L'information de presse, sous forme de nouvelles du jour, est exclue de la protection du droit d'auteur (art. 9 al. 3 CB_{1948}, 25 al. 2 LDA) et ne présente pas non plus les caractéristiques d'une œuvre littéraire ou artistique. Si les reportages et les commentaires peuvent être protégés *(30, 32)*, les faits d'actualité appartiennent au domaine public. Leur reproduction n'a rien d'illicite, à moins que des circonstances particulières n'en fassent un acte de concurrence déloyale (art. 1 LCD, art. 10[bis] de la Convention d'Union de Paris)[338]. On a proposé d'introduire une réglementation internationale prohibant l'utilisation d'une information d'agence par un tiers non autorisé, d'une part avant sa première publication et d'autre part pendant un certain temps après celle-ci[339].

---

[336] Ainsi en France par une ordonnance du 4.2.1959, PLAISANT, op. cit., fasc. 16 n° 3; DEBASCH, op. cit., p. 446; en Allemagne, par le § 87 UrhG; au Royaume-Uni, par le Copyright Act de 1956; aux Etats-Unis, par le Federal Communications Act.

[337] BUSER, RDS 51, 1932, p. 224a; DESBOIS, op. cit., 56; MARTIN-ACHARD, De la protection des informations de presse, Recueil des travaux de l'Université de Genève; PLAISANT, op. cit., fasc. 4 n° 16; PLAISANT et SAPORTA, op. cit., n° 72 et ss.; P.-J. POINTET, La protection des informations de presse, GRUR AIT 1960, p. 537 ou La propriété industrielle 1960, p. 247; G. RONGA, Le régime juridique des informations de presse, RUER 79b, p. 28; P. RINDFLEISCH, Der Schutz von Rundfunk- und Pressenachrichten, thèse Hambourg 1965; TROLLER, op. cit., II, p. 691, RDS 82, 1963, II, 34 n. 25; ULMER, op. cit., § 49 III; ch. des requêtes de c. de cass., DP 1902. 1. 405.

[338] DE REDING, op. cit., p. 83; RGZ 128, p. 330: reproduction dans un journal distribué gratuitement d'informations radiophoniques.

[339] Projet dans DA 1940, p. 134, La propriété industrielle 1959, p. 184.

Sur ce dernier point, la proposition apparaît pour le moins problématique (intérêt général à l'information rapide, intérêt vital de l'agence douteux), en tous les cas lorsqu'une telle utilisation n'est pas systématique. Pour le surplus, les règles de droit commun et spécialement du droit de la concurrence déloyale devraient suffire[340].

Est réservée la situation de l'image et de la séquence d'actualité *(30, 31)*.

§ 3. Le programme de radiodiffusion

56. On a proposé que le programme soit protégé, en tant que fruit d'une activité intellectuelle et que seul l'organisme de radiodiffusion puisse le publier et en tirer profit[341]. En droit public, l'art. 15 conc. impose à la SSR l'obligation de fournir à la presse des extraits de programmes contre une indemnité équitable[342]. Tant que durera cette exigence de l'autorité concédante, la constatation d'un droit au programme ne sera pas urgente.

A lui seul, le texte d'un programme ne présente pas le caractère d'originalité propre à une œuvre littéraire ou artistique[343]. La nécessité de créer une norme spéciale en dehors du droit commun reste à démontrer.

---

[340] Sur le droit d'une agence de presse, sur ses correspondants et l'intégrité de ses dépêches, C. d'appel de Paris 9.11.1965, Gaz. Pal. 1966.1.100, D.S. 1966 J. 213.

[341] DE REDING, op. cit., p. 84, 85; BUSER, RDS 51, 1932, p. 230a. Le Tribunal d'Oslo a jugé que le programme de radiodiffusion représentait un travail pouvant en soi bénéficier d'une protection contre la concurrence déloyale mais a nié que dans le cas particulier la reproduction des programmes dans un hebdomadaire fasse vraiment concurrence, BullUER 1957, p. 486.

[342] Le TF parle de «caractère de service public que revêtent la composition et la publication des programmes de radio», SJ 1940, p. 100.

[343] RGZ 140, p. 137; HEPP, op. cit., p. 62; SCHULZE, Komm. ad § 1 LitUrhG, p. 18 et réf. cit.

§ 4. L'utilisation privée des productions radiodiffusées[344]

A. En droit d'auteur

57. La réception privée de l'œuvre radiodiffusée n'est pas soumise au droit d'auteur (art. 12 LDA *a contrario*)[345]. Il n'y a pas de rapports de droit entre l'auteur et l'auditeur[346].

Les enregistrements privés, y compris ceux effectués à partir d'un poste récepteur de radiodiffusion, font l'objet d'une controverse connue *de lege lata* et à tout le moins *de lege ferenda*. En droit positif, il s'agit de savoir si l'art. 22 LDA vise aussi les enregistrements modernes[347]. D'aucuns sou-

---

[344] Troller, Anspruch des Urhebers auf Entgelt für den privaten Werkgenuß, Rev. s. 1951, p. 53–59; A. Baum, Sur la reproduction pour l'usage privé d'après l'article 22 de la loi suisse sur le droit d'auteur, DA 1950, p. 37–43 et Rev. s. 1949, p. 5–21; Hirsch-Ballin, Les enregistrements radiophoniques du point de vue de l'usage personnel et privé, DA 1952, p. 119–124 et la bibliographie de droit allemand dans Schulze, Komm. ad § 15 LitUrhG et 18 KSchG; E. Reichhardt, Die Vergütungspflicht für private Tonbandaufnahmen nach dem neuen Urheberrechtsgesetz, UFITA 45, p. 84; sur un procès en Suisse concernant l'utilisation dans un café d'enregistrements d'œuvres radiodiffusées effectués par le cafetier, cf. BullUER 1951, p. 66; sur un accord entre la société Mechanlizenz et les marchands d'appareils enregistreurs permettant aux acquéreurs de ces appareils d'enregistrer pour leur usage privé et en vue de l'exécution dans des locaux commerciaux, cf. BullUER 1952, p. 567.

[345] *De lege ferenda*, il serait peu heureux que la réception de l'œuvre radiodiffusée fasse en principe l'objet d'une prérogative distincte de l'auteur, même avec une exception pour la réception privée. La radiodiffusion suppose par définition une communication publique, ce qui implique la réception de l'œuvre par le public auquel elle est destinée. Le législateur n'a pas à accorder de faveur dérogatoire aux usagers privés. Seules les nouvelles communications de l'œuvre peuvent justifier une prérogative distincte de l'auteur.

[346] Rintelen, op. cit., p. 126.

[347] Ce que la jurisprudence allemande a nié, BGHZ 11, p. 135, 17, p. 266 et Schulze, Jurispr. BGHZ n° 16 et 68, sur la base du § 15 LitUrhG, loi plus ancienne que la nôtre (19. 6. 1901); en 1922, lors de l'adoption de la loi sur le droit d'auteur, les enregistrements étaient connus, ils y sont mentionnés (art. 4 al. 2, 12 ch. 1, 13 ch. 2, 17 à 21 LDA) et sont expressément visés dans l'expression légale de reproduction – 12 ch. 1 et 13 LDA – utilisée à l'art. 22 LDA.

tiennent que, dans une nouvelle loi en tous cas, il serait inéquitable de priver l'auteur de sa rémunération pour une utilisation de son œuvre devenue si intensive grâce à la facilité, la qualité et le prix modique des enregistrements modernes, ce à quoi les législateurs n'avaient pas pensé quand ils exceptèrent du droit d'auteur la reproduction pour l'usage privé. Les objections à cet argument sont surtout d'ordre pratique: exiger des particuliers de solliciter l'autorisation de l'auteur est irréalisable; si la loi prévoit une licence légale, il serait illusoire de chercher à déterminer l'utilisation effective des œuvres protégées; demander à chacun une participation forfaitaire annuelle ou lors de l'acquisition de l'appareil créerait des difficultés sérieuses pour inventorier les appareils déjà en fonction et ne tiendrait pas suffisamment compte de l'utilisation effective de l'appareil, sans que soient connus les auteurs dont l'œuvre a été reproduite et devant bénéficier d'une rétribution. Le législateur allemand s'est accommodé de cette difficulté par la perception d'une indemnité en faveur des auteurs et titulaires de droits voisins, par le vendeur lors de la vente au particulier (§ 53 UrhG). N'étant pas spécifique de la radiodiffusion, le problème doit simplement être signalé.

Dans les conditions actuelles, il serait pratique et peut-être pas inéquitable de soustraire les enregistrements privés aux prérogatives de l'auteur, celui-ci bénéficiant par ailleurs des avantages découlant de la technique, mais l'auteur serait virtuellement menacé de dommage pour le cas où le rapport des prix entre les enregistrements du commerce et ceux que peuvent réaliser les amateurs privés détournerait ceux-ci de l'acquisition des disques *(51)*. Si les enregistrements privés demeurent soustraits au droit d'auteur, rien n'empêche l'auteur et l'organisme de radiodiffusion de tenir compte de la possibilité de cette utilisation secondaire de l'œuvre radiodiffusée.

B. Les droits «voisins»

58. But de l'émission, la réception privée par un concessionnaire, conforme aux prévisions de chacun, ne porte pas atteinte aux droits de l'organisme de radiodiffusion, des exécutants et fabricants de phonogrammes. La réception clandestine d'une émission crée un rapport de droit entre le fraudeur et l'Etat (entreprise des PTT) privé de l'encaissement de la taxe et auquel la loi donne le droit de percevoir celle-ci, comme si la concession avait été sollicitée et obtenue (art. 42 al. 3 LCTT); en cette hypothèse, les autres intéressés (organisme de radiodiffusion, artiste exécutant, fabricant), en tant que lésés indirects [347bis], ne peuvent agir en réparation contre les fraudeurs mais seulement s'adresser à ceux auxquels ils sont liés.

Si notre législation continue à ne pas doter le créateur d'un droit exclusif sur l'enregistrement de son œuvre et son utilisation à des fins privées et non lucratives, il serait difficile de reconnaître dans ce cas un droit quelconque aux titulaires éventuels de droits «voisins». Lors des émissions effectuées sans l'usage d'enregistrements commerciaux, les artistes exécutants sont, normalement, rétribués; si les enregistrements privés de ces émissions sont autorisés, ils peuvent entrer dans les prévisions des parties lors de la fixation de cette rétribution. Il en est de même pour les émissions effectuées avec des enregistrements commerciaux, dans la mesure où elles font l'objet d'une rétribution versée par l'organisme de radiodiffusion aux fabricants, ce qui peut profiter indirectement aux exécutants. La situation de l'enregistrement commercial face à sa copie privée, effectuée à partir de sa réception radiophonique et télévisuelle est, ici encore, fonction des conditions techniques et économiques: les copies privées seront d'autant plus nombreuses que leur prix est inférieur à celui des enregistrements commerciaux et que leur qualité s'en rapproche; il en résulte un risque potentiel de mévente et de dommage au préjudice – direct ou

[347bis] ATF 81 II 131, 82 II 38 et réf. cit.

indirect – du fabricant, de l'auteur et de l'exécutant *(51)*. Si les auteurs obtenaient que les enregistrements privés soient soumis à leur droit *(57)*, le fabricant et l'exécutant ne pourraient, économiquement, demander à l'auteur une part de sa rémunération que si, à défaut, ils n'avaient plus aucun intérêt à établir de tels enregistrements; en revanche, la protection assurée à l'auteur ne leur serait d'aucun secours pour les œuvres non protégées. Face au succès sans précédent des ventes de disques, le besoin d'une intervention du législateur en faveur de cette industrie particulière ne paraît pas actuel, sans qu'il soit besoin d'examiner quel pourrait en être le fondement constitutionnel.

Pour l'organisme de radiodiffusion, l'enregistrement privé ne devrait pas provoquer d'inconvénient majeur[348]; il présente l'avantage de lui assurer auprès des auditeurs une plus large audience et il peut facilement entrer dans ses prévisions.

V. Réglementation internationale des droits «voisins»[349]

59. Dans le cadre du Conseil de l'Europe ont été conclus d'une part un *Arrangement européen sur l'échange des programmes au moyen de films de télévision* du 15 décembre

---

[348] DE READING, op. cit., p. 82.

[349] STRASCHNOV, DA 1959, p. 40; STRASCHNOV, L'arrangement européen sur la protection des émissions de télévision, DA 1960, p. 263, RUER 65b, p. 37; S. HAEGER, Rechtsprobleme bei internationalen Fernsehsendungen, FuR 1961, n° 4, p. 4; SCHULZE, Europarat und Urheberrecht, l'artiste et la technique, INTERGU n° 15, et 19, Komm. 6. Abschnitt; ULMER, Empfehlungen des Sachverständigenausschusses des Europarates über den Austausch von Fernsehprogrammen, GRUR AIT 1958, p. 197, Zur Europäischen Vereinbarung über Fernsehfilme, GRUR AIT 1959, p. 293, Die Münchner Tagungen des ständigen Ausschusses der Berner Union und des Regierungssausschusses des Welturheberrechtsabkommens, GRUR AIT 1960, p. 13, Europäisches Abkommen zum Schutz von Fernsehsendungen, GRUR AIT 1960, p. 615; POULAIN, op. cit.;

1958[350] et d'autre part un *Arrangement européen pour la protection des émissions de télévision* du 22 juin 1960[351], ce dernier devant déployer ses effets avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Celle-ci a été conclue le 26 octobre 1961, après quelque trente ans d'efforts. Bien qu'ayant participé aux travaux de la Conférence, la Suisse n'a pas signé la convention et n'y a pas adhéré pour le moment.

En bref, cet accord reconnaît le principe du traitement national selon différents critères (art. 4 à 6) et accorde *jure conventionis* certains droits aux artistes exécutants (art. 7), aux fabricants de phonogrammes (art. 10 et 12) et aux organismes de radiodiffusion (art. 13).

Selon l'article 7 al. 1 les artistes exécutants doivent pouvoir s'opposer

«a) à la radiodiffusion et à la communication au public de leur exécution sans leur consentement, sauf lorsque l'exécution utilisée pour la radiodiffusion ou la communication au public est elle-même déjà une exécution radiodiffusée ou est faite à partir d'une fixation;

b) à la fixation sans leur consentement sur un support matériel de leur exécution non fixée;

c) à la reproduction sans leur consentement d'une fixation de leur exécution: (i) lorsque la première fixation a elle-même été faite sans leur consentement; (ii) lorsque la reproduction est faite à des fins autres que celles pour lesquelles ils ont donné leur consentement; (iii) lorsque la première fixation a été faite en vertu des dispositions de l'article 15[352] et a été reproduite à des fins autres que celles visées par ces dispositions.»

Debbasch, op. cit. p. 491; X. Desjeux, La Convention de Rome (10–26 octobre 1961). Etude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Paris 1966; Tournier, L'arrangement européen sur la circulation des films de télévision, RIDA XXIII, p. 33; cf. la bibliographie p. 346.

[350] RUER 53b, p. 40.

[351] RUER 62b, p. 35.

[352] Il s'agit des dérogations possibles en faveur des utilisations privées, des compte rendus d'actualité, des enregistrements éphémères, de l'enseignement ou de la recherche scientifique, de même que l'application des principes de dérogation valables pour le droit d'auteur.

Selon l'art. 7 al. 2 la législation nationale doit protéger l'artiste contre la réémission, la fixation aux fins de radiodiffusion et la reproduction de cette fixation aux fins de radiodiffusion, lorsque l'exécutant a consenti à la radiodiffusion. Cette législation fixe les modalités d'utilisation des enregistrements de radiodiffusion, sans priver l'artiste de la possibilité de régler par voie contractuelle ses rapports avec l'organisme de radiodiffusion.

Les producteurs de phonogrammes ont le droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction directe ou indirecte de leurs phonogrammes (art. 10).

Les organismes de radiodiffusion ont le droit d'autoriser ou d'interdire:

«a) la réémission de leurs émissions;

b) la fixation sur un support matériel de leurs émissions;

c) la reproduction: (i) des fixations, faites sans leur consentement, de leurs émissions; (ii) des fixations, faites en vertu des dispositions de l'article 15, de leurs émissions reproduites à des fins autres que celles visées par lesdites dispositions;

d) la communication au public de leurs émissions de télévision, lorsqu'elle est faite dans des lieux accessibles au public moyennant paiement d'un droit d'entrée; il appartient à la législation nationale du pays où la protection de ce droit est demandée de déterminer les conditions d'exercice dudit droit.» (art. 13)

Toutefois, par une déclaration *ad hoc*, les états contractants peuvent ne pas appliquer l'art. 13 litt. d (art. 16).

Disposition la plus controversée, relative aux utilisations secondaires des phonogrammes, l'art. 12 prévoit:

«lorsqu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, est utilisé directement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public, une rémunération équitable et unique sera versée par l'utilisateur aux artistes interprètes ou exécutants, ou aux producteurs de phonogrammes ou aux deux. La législation nationale peut, faute d'accord entre ces divers intéressés, déterminer les conditions de la répartition de cette rémunération.»

Toutefois, en cette matière également, les états contractants peuvent, par une déclaration spéciale, ne pas appliquer tout ou partie de cette disposition (art. 16).

L'accord prévoit en outre une durée minimum de protection de vingt ans dès la fin de l'année pendant laquelle l'exécution, la fixation ou l'émission a été effectuée (art. 14).

La protection minimum accordée à l'artiste exécutant va dans le même sens que celle que lui reconnaît la loi suisse; elle généralise toutefois davantage, ce qui dispense d'examiner si *in casu* les droits personnels de l'artiste exécutant ont été violés ou si sont réalisées toutes les conditions d'une autre action fondée sur le droit commun *(52)*. Cette solution a le mérite de la clarté, conséquemment d'une plus grande sécurité juridique. Elle ne lèse pas les intérêts majeurs des organismes de radiodiffusion, en mesure d'obtenir par voie contractuelle les autorisations nécessaires.

Une remarque similaire peut être formulée pour les fabricants de phonogrammes *(53)*. Pour l'organisme de radiodiffusion, l'interdiction de reproduction du phonogramme correspond à peu près au statut actuel et n'est pas d'un intérêt majeur, la reproduction d'exemplaires mécaniques ne comptant pas parmi ses attributions habituelles [352bis].

Par contre, la protection étendue octroyée à l'organisme de radiodiffusion peut paraître insolite par rapport à la situation des autres organismes de presse (presse écrite) et plus généralement des autres producteurs. Sans doute la réémission peut-elle représenter un acte de concurrence déloyale à éviter *(54)*. Par contre, la protection de l'auteur et celle de l'artiste exécutant ne sont-elles pas suffisantes pour lutter contre l'enregistrement de la production de radiodiffusion? En tant qu'il ne peut pas faire valoir les intérêts de l'auteur ou de l'artiste, l'organisme mérite-t-il une protection spéci-

---

[352bis] Pour des raisons techniques, cependant, il arrive aux organismes de recopier des disques à leur usage interne, pour en faciliter la radiodiffusion.

fique autre que celle reconnue par le droit commun à tout autre producteur[353] ?

Malgré ces réserves de principe, la Suisse pourrait avoir avantage à devenir partie à la Convention de Rome. Celle-ci assurerait en effet aux ressortissants suisses une protection accrue à l'étranger. La reconnaissance à l'organisme de radiodiffusion d'un droit «voisin» ne représenterait du reste pas un grand inconvénient pratique. Dans les relations internationales, elle aurait pour effet de mettre l'organisme suisse sur un pied d'égalité avec ceux de grands pays voisins. Les restrictions aux droits «voisins» autorisées par le texte conventionnel permettent de tenir largement compte des intérêts légitimes de tiers. En revanche, tant que la nécessité n'en est pas démontrée, la reconnaissance d'un droit sur les utilisations secondaires des phonogrammes ne paraît pas indiquée *(52, 53)*. Nous ne voyons pas non plus l'utilité de reconnaître à l'organisme un droit exclusif sur la réception publique de sa production, dans le système suisse actuel *(58, 91, 92)*.

---

[353] Exemple: Les ondes retransmettent l'exécution dans une salle de concert d'un récital d'œuvres de Beethoven donné par un pianiste illustre. Un droit voisin serait reconnu à l'artiste et à l'organisme, non à l'organisateur du concert!

Chapitre 3

LES EFFETS DES ÉMISSIONS (PROGRAMMES) SUR LES PARTICULIERS[354]

I. Introduction

60. La radiodiffusion permet de livrer à une vaste collectivité des éléments se rapportant à l'individualité des particuliers. Elle atteint en général un public plus étendu que celui d'un journal; pour peu que fonctionne le récepteur, les paroles et les images diffusées se gravent dans de nombreuses mémoires. L'effet de persuasion de la radiodiffusion est dû à la confiance que l'auditeur ou le spectateur fait à l'organisme, officiel ou semi-officiel, s'adressant au public en général et présentant de ce fait ses programmes sous un aspect objectif.

Si l'individu a besoin d'un soutien face à cette puissance, à l'opposé, pour accomplir sa tâche publique, la radiodiffusion ne doit pas être entravée par le souci du particulier au point de ne pouvoir satisfaire le désir légitime du public d'être informé, distrait ou charmé. Entre ces intérêts, il appartient au législateur et au juriste de trouver un équilibre satisfaisant. A peu de choses près, les problèmes et les solutions y sont les mêmes que dans les rapports entre le particulier et la presse écrite ou le cinéma.

---

[354] K. Siegert, Fernsehrecht und Schutz der Einzelperson, NJW 1963, p. 1953; R. Schumacher, Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, thèse Fribourg 1960; Jäggi, Fragen des privatrechtlichen Schutzes, RDS 79, 1960, p. 133a ss.; Grossen, La protection de la personnalité en droit privé, RDS 79, 1960, p. 1a ss.; Ch. Gilliéron, Les droits de l'auditeur de radiodiffusion, thèse Lausanne 1936; Riklin, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, thèse Fribourg (à paraître).

II. De l'action délictuelle

§ 1. La nature illicite de l'acte

1. Généralités

61. L'art. 11 conc. rappelle de façon opportune que les émissions doivent être licites. Un comportement est illicite lorsqu'il représente la violation d'un impératif écrit ou non écrit de l'ordre juridique – fédéral ou cantonal –, servant à la protection du bien juridique lésé[355]. Parmi ces impératifs figurent en particulier toutes les normes de droit pénal[355bis]. Une mention spéciale doit être faite au principe général selon lequel quiconque crée un état de choses dangereux agit de façon illicite s'il omet de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la réalisation du dommage[356]. Les personnes morales que sont les sociétés et fondations émettrices ont la capacité délictuelle (art. 55 al. 2 CC) et peuvent commettre tous les actes illicites qui ne sont pas le propre des personnes physiques. La diffusion de la parole et de l'image par les ondes est un moyen d'expression si étendu et efficace qu'il n'est point malaisé de se rendre compte qu'il serait théoriquement possible de commettre par ce moyen presque tous les genres de délits, à titre direct ou médiat. Il sied de mentionner ceux auxquels les organismes de radiodiffusion sont le plus exposés, en raison de la nature de leurs émissions.

Acte administratif unilatéral, contrat de droit administratif ou acte mixte, la concession crée des droits relatifs entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Sa violation, pas plus que celle d'un contrat privé, ne constitue un acte illicite à l'égard des tiers qui ne peuvent s'en prévaloir à ce titre. Il en serait autrement si le statut de l'organisme de radiodiffusion était fixé légalement et qu'il contienne des

---

[355] ATF 88 II 281, 90 II 279.

[355bis] ATF 91 II 405, 92 II 296.

[356] ATF 82 II 28 et réf. cit., 90 II 89, 93 II 92; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I, p. 112; BECKER ad 41 n. 55; OSER/SCHÖNENBERGER ad 41 n. 13.

normes protectrices en faveur des particuliers. Les charges imposées par la concession n'en sont pas moins importantes pour définir dans le cadre de l'action aquilienne les devoirs généraux du concessionnaire.

La responsabilité pour actes illicites de l'organisme de radiodiffusion ressortit-elle au droit public ou privé? En Suisse, la SSR diffuse ses programmes en vertu d'un droit régalien qui lui est concédé pour accomplir la tâche de droit public que la concession (art. 19) lui impose. Lorsque, par concession, l'Etat confie l'exercice d'un service public à une personne privée[357], les rapports de celle-ci avec les particuliers ne ressortissent au droit public que si elle use du pouvoir public propre à l'Etat[358]. Dans le système créé par la concession et les statuts, la SSR est organisée comme une personne de droit privé exerçant son activité par les voies du droit privé et bénéficiant à quelques exceptions près de la latitude de choisir elle-même son programme; par ailleurs, elle n'est liée par aucun rapport de droit avec les usagers comme tels *(83)*, ceux-ci ne lui sont subordonnés à aucun titre. En diffusant ses programmes, sous réserve des émissions qui lui sont imposées par l'Etat (communiqués publics par exemple), la SSR exerce donc une activité de droit privé, susceptible d'engager sa responsabilité civile de droit privé[359]. Les tribunaux qui ont eu à connaître des rapports entre un particulier et un organisme de radiodiffusion l'ont en général admis tacitement, comme allant de soi[360].

62. La jurisprudence fédérale n'a cessé de répéter en substance que la liberté de la presse (art. 55 Cst.) n'était point

---

[357] ATF 88 I 309 c. 5, 89 I 329 ss. et arrêts cités.

[358] ATF 76 II 103, 83 I 122, 89 II 270, 93 I 233.

[359] id. Riklin, op. cit.

[360] Par exemple C. just. civ. Genève dans l'arrêt cité ad 62, 65; arrêt Bayrischer Rundfunk, BullUER 1957, p. 333, 735, RUER 57b, p. 31; NJW 1958, p. 1298; L. Rosenberg, Über die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges gegen wirtschaftliche Werbemaßnahmen des bayrischen Rundfunks, Zeitschrift für Zivilprozeß 70, p. 285; Kammergericht 16.6.1966, FuR 1967, p. 40; BGHZ 37, p. 27;

celle de commettre des infractions[361], en précisant que, pour dire s'il y avait acte illicite et faute, il fallait prendre en considération les devoirs généraux de la presse dans une société libre[362]. Or le rôle de la presse, en matière d'information, consiste à relater avec objectivité des faits vrais d'intérêt général, sans pour autant violer des intérêts particuliers prédominants[363]. Les commentaires et critiques sont licites si, fondés sur des critères objectifs, ils ne blessent pas sans raison[363bis].

La liberté d'expression en radiodiffusion[364] étant aussi importante que dans la presse écrite, les problèmes de responsabilité s'y posent de la même manière et devraient s'y

---

BVerfGE 12, p. 206; LG Stuttgart NJW 1962, p. 1622, n. P. Hartmann; Trib. gde inst. Toulouse 21.12.1964, D. 1965 J. 401, n. Debbasch; Cass. civ. (séquestre), JCP 1964 II 13932, 1965 II 14038; la répartition du temps d'émission entre les partis, avant les élections, ne ressortit pas au droit privé, JAC 31 n° 16, BVerfGE 7 p. 99, 14 p. 121, 20 p. 218.

[361] ATF 70 IV 24, 73 IV 15, 77 IV 99, 80 IV 165, 91 II 408 et arrêts antérieurs cités.

[362] ATF 71 II 191, TF dans SJ 1954, p. 95, TF dans ZR 52 n° 195, ATF 91 II 406; cf. C. Ludwig, Schweizerisches Presserecht, Bâle 1964; Grossen, Schweizerisches Privatrecht, II, p. 366; H.-F. Gass, Unerlaubte Handlung durch öffentliche Aussagen. Der Mißbrauch des Rechts auf freie Meinungsäußerung, thèse Bâle 1953 (machine). Sur la portée de droit privé des libertés constitutionnelles cf. aussi ATF 91 II 408 avec réf. cit. et ATF 86 II 201, Grossen, op. cit., p. 357, Huber, avis de droit précité, p. 27.

[363] ATF 37 I 375, 388, 38 I 86, 39 I 363, 593, 42 I 89, 43 II 636, 47 I 668, 55 II 97; note Thilo JdT 1934 p. 354.

[363bis] TF dans JdT 1935, p. 365, ATF 60 II 407, 71 II 191, 91 II 406 et réf. cit.; F.-K. Fromm, Grenzen der Kritik ..., INTERGU n° 27.

[364] ATF 87 I 117: «la liberté d'expression constitue un principe fondamental ... et une extension de la protection assurée par la liberté de la presse»; ATF 87 I 288; BVerfGE 12, p. 260; Huber, avis de droit précité, p. 29, 39; cf. entre autres Baumann, op. cit., p. 145; FF 1956 I, p. 1553, 1562; plus restrictif, Birch, op. cit., p. 81–82; cf. art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

résoudre selon les mêmes principes[365, 365 bis]. Ecrite ou orale, la presse doit pouvoir remplir sa fonction d'information et la rapidité que cela implique ne permet pas tous les contrôles. La situation particulière de l'organisme de radiodiffusion permet pourtant d'attendre de sa part une plus grande diligence et plus d'attention à l'égard du particulier.

A côté de l'effet de masse plus prononcé, la radiodiffusion présente, par rapport à la presse écrite, une différence de fonction; la SSR bénéficie d'un monopole et est chargée d'un service public dont les obligations sont fixées par l'Etat. Analysant les art. 12 et 13 de la concession, la Cour de justice civile du canton de Genève, dans un arrêt du 20 septembre 1966, a déclaré: «les programmes doivent ... revêtir sur les plans spirituel, artistique, moral et civique, un caractère positif. Ils doivent avant tout servir l'intérêt du pays, renforcer l'union et la concorde nationales et contribuer à l'éducation des auditeurs, tout en répondant à leur désir d'information et de divertissement. Dès lors, on peut en inférer que la Radio se doit d'écarter toute diffusion d'idées négatives, subversives ou qui ont trait à la polémique, lorsqu'il s'agit de personnes.» La Cour relève que cette absence de polémique la distingue de la presse; se référant à l'interdiction de la publicité à la radiodiffusion sonore, le jugement ajoute: «Ainsi, en Suisse, la Radio s'est vu assigner un but très élevé puisque d'intérêt national au premier chef, tandis que l'intérêt commercial et les polémiques personnelles en sont bannis.»

---

[365] *De lege lata*, l'art. 27 CP applicable à la responsabilité de la presse ne vise que la presse écrite. Lors de l'adoption du code pénal, la radiodiffusion était déjà très répandue. Du reste l'art. 27 CP instaurant une responsabilité pénale *ex lege* et «en cascade» du rédacteur en chef, de l'éditeur et de l'imprimeur, même sans faute de leur part, le principe *nulla poena sine lege* (art. 1 CP) en empêche une interprétation analogique. RIKLIN op. cit. § 24. Id. en France, cf. DEBBASCH, op. cit., p. 326 et réf. cit.

[365 bis] A l'étranger, on applique aussi de manière générale à la radiodiffusion les cautèles imposées à la presse écrite; DEBBASCH, op. cit., p. 337; ROEBER, Rechtsgrundlagen der Berichtserstattung bei Film und Fernsehen, FuR 1963, n° 9, p. 2.

La liberté de la presse n'implique pas non plus une prétention de droit privé à l'accès aux sources d'information[366]. Tout comme le journaliste en quête de matière, les services de radiodiffusion n'en doivent pas moins respecter les biens protégés par l'ordre juridique, matériels et immatériels, sans que le refus du particulier de collaborer soit en soi un abus de droit.

2. La sphère personnelle protégée du particulier

63. Dans l'accomplissement de ses fonctions artistique, de divertissement mais surtout d'information, l'organisme de radiodiffusion est appelé à agir dans la limite où se déploie la personnalité du particulier. Inhérente à la vie en société, cette ingérence devient illicite lorsqu'elle porte atteinte à la sphère personnelle protégée de l'individu sans être justifiée par des intérêts légitimes (art. 28 CC)[367]. Les domaines protégés peuvent être situés suivant les rayons d'action de la personnalité, en partant de la sphère individuelle, pour passer à la sphère secrète ou intime, puis à la sphère privée, tout ce qui est au-delà appartenant au secteur public[368]. Ils peuvent l'être aussi en considération des éléments par lesquels la personne se manifeste; les intérêts personnels, dit le Tribunal fédéral, embrassent tout ce qui sert à individualiser une personne et qui est digne de protection vu les besoins des relations entre individus et selon les mœurs[369], ce qui comprend notamment: son corps, son image, sa voix, son nom, son comportement, sa création, ses sentiments, sa considération sociale ...[370]. S'il n'est guère de droits personnels aux-

---

[366] ATF 80 II 41; cf. M. Löffler, Der Informationsanspruch der Presse und des Rundfunks, NJW 1964 p. 2277.

[367] cf. Grossen, op. cit., p. 354, 368 et les réf. bibliographiques données par cet auteur; Debbasch, op. cit., p. 347.

[368] Jäggi, RDS 79, 1960, p. 225a; Siegert, NJW 1963, p. 1953.

[369] ATF 45 II 624, 70 II 130; Egger ad 28 n. 28.

[370] Les désignations utilisées pour définir certains droits subjectifs particuliers de la personnalité se réfèrent tantôt à l'une, tantôt à l'autre de ces classifications. On parle aussi bien de «droit à la sphère secrète» que de «droit à sa propre image» etc.

quels la radiodiffusion ne puisse attenter, elle est spécialement exposée à le faire dans certains domaines.

A. La vie privée ou le respect du simple particulier

64. Chacun admet que la vie privée est protégée comme telle contre la diffusion[371] mais il est malaisé d'en préciser les limites. La règle vaut sans doute pour les sphères individuelle et intime. Que faut-il penser par exemple de diffusions relatives à l'activité professionnelle d'une personne[372] ou de son comportement hors du domicile? Plutôt que de s'attacher par trop aux mots de *vie privée*, il convient avant tout de considérer que le particulier comme tel mérite respect et tranquillité, en tant qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose pas et, dans ce cadre-là, de distinguer suivant la part de la personnalité livrée à la publicité et l'importance de l'atteinte, en pesant les intérêts en présence. A cet égard, il est indifférent que l'activité humaine soit régie par le droit public ou privé, qu'elle s'exerce dans un lieu public ou privé. Même si la jurisprudence ne s'est point prononcée sur ces questions, quelques principes peuvent être retenus (sous réserve des exceptions examinées ci-dessous):

1° les événements de la vie privé *sensu stricto* ou familiale ne doivent pas être radiodiffusés;

2° il en est de même des apparitions dans des lieux publics de personnes intervenant en tant que simples particuliers.

Les intérêts personnels du particulier ne sont pas lésés de façon appréciable tant que les ondes ne publient pas son nom[373], son image ou un autre moyen de l'identifier et que ce qui le concerne demeure dans l'anonymat[374]. On s'inspirera

---

[371] Grossen, RDS 79, 1960, p. 83a et réf. cit.; ATF 44 II 319, 70 II 130.

[372] Siegert, ibid., admet la révélation de l'activité dans une entreprise.

[373] U. Koebel, Namensnennung in Massenmedien, JZ 1966, p. 389–393; BGH dans UFITA 44, p. 167, NJW 1965, p. 2148.

[374] Les droits de la personnalité sont-ils violés lorsque des photographies sont prises dans un domaine privé? Trib. gde. inst. Seine, JCP 66 II 14572.

en outre de la règle de la proportionnalité: la protection doit être d'autant plus forte que le moyen de diffusion est puissant[375].

On se souvient peut-être d'émissions étrangères au cours desquelles le reporter se faisait un jeu de faire apparaître sur l'écran de télévision la vie quotidienne en rue de particuliers, saisie à leur insu. En Suisse, le juriste n'eût pas manqué de juger avec sévérité une telle attitude, indépendamment même du droit à l'image. Les chroniques judiciaires radiodiffusées ne doivent point non plus jeter en pâture à la curiosité du grand public ce qui a trait à un particulier déterminé. Si la question de fait ou de droit traitée par le tribunal peut présenter un intérêt général, le chroniqueur n'en sera pas pour autant autorisé à proclamer sur les ondes le nom des personnes en cause.

Les œuvres littéraires susceptibles d'être radiodiffusées sont fréquemment inspirées par des faits tirés de la réalité. D'aucuns peuvent se reconnaître dans les personnages de l'auteur[376]. Si l'art est un intérêt supérieur pouvant autoriser certains empiètements (ante *72*), l'œuvre ne doit en tout cas contenir ni défiguration du personnage atteignant son honneur ni divulgation de faits intimes[377].

---

[375] Le célèbre arrêt HODLER, ATF 70 II 127, en est une application: l'art pouvait justifier une atteinte aux sentiments intimes sous la forme d'une peinture exposant le grand peintre sur son lit de mort à condition que cette œuvre demeurât dans un cercle restreint; l'atteinte devenait illicite dès lors que lui était donnée une large publicité. BGH dans NJW 1966, p. 2353, GRUR 1967, p. 205, UFITA 50, p. 255 (protection d'autant plus forte qu'il s'agit d'images et qu'elles sont diffusées par le film ou la télévision).

[376] C. de just. civ. Genève, SJ 1941, p. 584; BGHZ 26, p. 52 (apparition, dans une comédie, de Conan Doyle et de ses personnages); R. SAVATIER, Le droit de l'art et des lettres, Paris 1953; P. LALIVE, Le romancier et la protection des intérêts personnels, leçon inaugurale, Genève 1956, Mémoires de la faculté de droit Genève; C. JEANNOT, La notion d'intérêts personnels et l'écrivain, thèse Neuchâtel 1960; HUBMANN, Die Personendarstellung im Film ... Aktuelles Filmrecht I, p. 26.

[377] Gaz. Pal. 1949. 1. 127, JCP 1955 II 8656.

B. La considération personnelle et professionnelle, les sentiments intimes

65. Pour autant qu'elle le mérite, la personne peut prétendre au respect non seulement de son honneur au sens du droit pénal *(74)* mais aussi de sa dignité, de sa considération personnelle et professionnelle[378]. Cette protection tend notamment à l'abriter de l'abaissement et du ridicule, ceux-ci ne fussent-ils pas déshonorants[379].

Pour l'organisme de radiodiffusion la question revêt un intérêt particulier dans les interviews. L'arrêt précité rendu par la Cour de justice civile de Genève le 20 septembre 1966 dans la cause C. contre Fondation des émissions de Radio-Genève[380] en est une illustration. Lors d'une émission radiophonique sur la vivisection, le reporter avait placé les paroles tronquées de l'interviewé après la lecture d'une lettre écrite par une personne dépourvue de bon sens, de telle sorte que son intervention était en partie dénaturée et qu'il s'en trouvait ridiculisé. La Cour admit une violation du contrat innommé d'interview soumis aux règles du mandat (394 al. 2 CO). Au vu de sa fonction *(62)*, la défenderesse doit pouvoir exercer une censure qui s'imposait dans le cas particulier. Mais elle doit agir avec loyauté et prévenir la personne interviewée de ce que seule une partie de ses réponses sera retransmise[381]. Le reporter ne l'a pas fait; bien au contraire, il a posé

---

[378] ATF 80 II 38, 87 II 144, 91 II 403.

[379] SIEGERT, ibid.; RINTELEN, op. cit., p. 130; le BGH a condamné l'utilisation, dans un reportage cinématographique sur les meurtriers et leurs peines, de l'image de personnes non coupables mais paraissant l'être au vu de la présentation FuR 1962 n° 5 p. 13, 1966 n° 2 p. 51. Est illicite l'utilisation, dans une émission documentaire sur la jeunesse d'aujourd'hui, de l'image de jeunes gens, saisie sans leur accord et présentée sans raison suffisante avec un commentaire dépréciatif (Italie) FuR 1962 n° 4 p. 16.

[380] R. DE KALBERMATTEN, La radio a-t-elle le droit de procéder à des coupures dans les interviews ? RUER 102b, p. 60; SJ 1968 p. 172.

[381] Des avis quelque peu divergents ont été exprimés quant au droit de procéder à des coupures. Il devrait être prohibé sauf l'accord exprès ou tacite de l'intéressé, ou amélioration purement for-

des questions propres à ridiculiser la personne interrogée. Cette décision mérite d'être approuvée[382], quoi que l'on pense de sa base contractuelle *(24)*, car elle peut se fonder de la même façon sur la protection de la personnalité[383].

Le même souci doit guider l'organisme de radiodiffusion lorsqu'il procède à des critiques *(62)*, quel qu'en soit l'objet *(72–74)*, notamment en matière économique[384].

---

melle, sic BGHZ 13 p. 339 (citation raccourcie de lettre de lecteur). Trib. corr. Seine, 10. 5. 1967: «Si un réalisateur a, sous la réserve de ne rien omettre d'essentiel et de respecter le caractère général de l'enregistrement, le droit de faire des coupures et de réaliser un montage, ce droit disparaît lorsque l'intéressé n'a pas donné au moins un accord tacite sur ce point», RUER 105b, p. 43, Gaz. Pal. 1967. 1. 348; A. Namurois dans RUER 98b, p. 48: le réalisateur doit prévenir l'intéressé qu'il y aura des coupures et à défaut d'accord doit renoncer à l'interview ou la publier *in extenso*; Oftinger, Dürfen Redaktionen ihnen übergebene Beiträge verändern? RSJ 64, p. 17, not. p. 23.

[382] Elle fut citée dans le même sens au Conseil national le 15. 3. 1967 par le Conseiller fédéral Gnaegi, à propos d'une autre émission dénaturant le sens de certaines interventions, B. sén. CN 1967, p. 116.

[383] Rien ne saurait justifier la soi-disant interview d'une personne réelle, imaginée par le reporter sans le concours de l'intéressé, BGH 8. 12. 1964 dans UFITA 43, p. 358 (Soraya), NJW 1965, p. 685; RSJ 61 p. 164.

[384] Le BGH a condamné l'attitude d'un speaker qui, dans une présentation de mode à la télévision, avait critiqué et dénigré un modèle de manteau figurant sur la page d'un journal, où l'on pouvait lire le nom du couturier; la critique n'était pas objective, la comparaison ayant porté sur des articles de classe et prix différents, il n'y avait pas de raison de mentionner le nom, UFITA 39, p. 114, GRUR 1963 p. 277, FuR 1962, n° 5 p. 15, 1963, n° 4 p. 12, RUER 80b, p. 66. Dans un arrêt plus récent, relatif à la critique à la télévision de machines à usage ménager, le BGH a insisté sur le droit de critique; quoique la critique fût injuste, il n'y avait en l'occurrence aucune faute, JZ 1967, p. 94, UFITA 50, p. 229, NJW 1966, p. 2010. Les tribunaux autrichiens ont rejeté la demande de la corporation viennoise des fumistes qui se plaignait que dans une émission publicitaire à la télévision on montrait un fumiste qui s'efforçait en vain de réparer un poêle d'où se dégageait une épaisse fumée; l'inhabilité d'un homme ne rejaillit pas sur tout le corps de métier, RUER 71b p. 35,

La protection des intérêts personnels, dit fort justement le Tribunal fédéral[385], «s'étend aussi aux sentiments intimes qui comprennent le sentiment de piété envers des proches décédés, les souvenirs d'événements communs importants, de circonstances particulières qui attachent les êtres les uns aux autres et qui s'incorporent en quelque sorte à notre personnalité.» Les sentiments intimes doivent être respectés, même quand ils s'expriment en dehors de la vie privée, au sens strict. On s'abstiendra de transmettre sur les ondes l'expression de profondes émotions intimes, à plus forte raison de les provoquer. Comment ne pas partager la réprobation de celui qui s'indignait que l'on diffusât en gros plan l'image de femmes pleurant leurs parents perdus dans les décombres d'une ville détruite[386] ?

C. Le droit à la propre image[387]

66. Le droit de la personne physique à sa propre image est proclamé depuis longtemps comme un droit moral[388]. Expression légale de cette règle générale, l'art. 35 LDA[389] interdit que les exemplaires de l'image commandée soient mis en circulation ou livrés à la publicité sans l'accord de la personne représentée, à moins qu'ils ne le soient par les autorités

---

72b p. 52; Bussmann, Der Warentest. Was Film und Fernsehen darüber wissen müssen und als Werbeträger zu beachten haben, FuR 1963, n° 11, p. 10; F. Heyden, Vergleichender Warentest, RSJ 64, p. 1; Roeber, Zulässigkeit und Grenzen der Fernsehkritik, gewerbeschädigende Werturteile, FuR 1967, n° 6 p. 128 et les arrêts cités du BGH; Riklin, op. cit., § 11 II 2a 1° et les réf. cit.

[385] ATF 70 II 130.

[386] Siegert, ibid.

[387] cf. bibliographie dans RDS 79, 1960, p. 126a; Grossen, op. cit., p. 372; Schulze, ad § 23 KSchG et auteurs cités; Debbasch, op. cit., p. 348 et auteurs cités; Desbois, op. cit., p. 366; G. Pampel, Fernsehen und das Recht am eigenen Bild, thèse Heidelberg 1954.

[388] Selon un ATF non publié du 28.11.1946, cité par Grossen, op. cit., p. 374 n. 8, il est illicite de photographier une personne en rue sans son accord en vue d'un emploi dans la presse.

[389] Comme le § 22 KSchG; cf. à ce sujet Schulze et la bibliographie citée.

dans l'intérêt de la justice. Les avis divergent quant à l'étendue de ce droit, suivant qu'on insiste davantage sur les besoins de l'individu ou de la société. Il ne devrait être reconnu que pour autant que l'image présente un lien assez étroit avec la personne comme étant une individualité; ce rapport fait généralement défaut dès que l'individu apparaît sur l'image de façon fugitive ou accessoire et au second plan, sans que, volontairement ou non, l'attention soit attirée sur lui[390].

Le respect de ce droit est important en télévision[391]. Est-il besoin de rappeler qu'il s'adresse tout spécialement à ceux qui utilisent le téléobjectif[392]? Il prohibe aussi la diffusion de l'image des plaideurs et notamment celle de l'accusé dans un procès pénal, quand cela n'est pas déjà interdit par une règle de droit administratif[393]. S'il faut reconnaître au photographe une certaine liberté pour fixer ce qui est soumis à la vue du public, une protection plus grande du particulier est de mise à la télévision en raison de sa plus grande diffusion.

---

[390] C. d'appel Bâle, Handelsrechtl. Entsch. 17, p. 194; EGGER ad 28 n. 45, 56. La règle du § 23 al. 1 ch. 3 et 4 KSchG selon laquelle sont en outre licites les images d'assemblées, cortèges ou manifestations semblables auxquels ont pris part les personnes représentées, de même que les portraits non commandés lorsqu'un intérêt artistique supérieur le justifie, pourrait, en Suisse aussi, se réclamer à l'ordinaire de l'intérêt général *(ante 72)* à connaître ce qui se fait en public et à apprécier une œuvre artistique de valeur.

[391] HEPP, op. cit., p. 48.

[392] Dans le cadre d'une enquête télévisée sur la prostitution, cinq prostituées avaient été filmées au téléobjectif. S'étant reconnues sur l'écran, elles agirent contre l'ORTF mais le procès n'eut pas de suite, DEBBASCH, op. cit., p. 349.

[393] En Allemagne, l'interdiction, objet d'une loi du 19.12.1964, avait précédemment été proclamée par la jurisprudence; BGHStr 10 p. 102, 16 p. 111, NJW 1957, p. 881, 1961, p. 1753, 1781; VON STAKKELBERG, Film und Fernsehen im Gerichtssaal, FuR 1962 n° 8 p. 2; BullUER 1953, p. 201, 202; R. ADAM, Radio und Fernsehübertragung bei Gerichtsverfahren in den USA, FuR 1964, n° 2 p. 10. En France également, la radiodiffusion des débats judiciaires dans les affaires pénales est interdite, alors qu'il est licite d'en faire des comptes rendus (art. 388 et 403 CPP).

Par contre, les choses ne jouissent pas de la même protection[394].

D. Droit à la voix

67. A côté du droit à l'image, on invoque le droit de la personne physique à sa voix, manifestation particulièrement intime et individuelle de la personnalité, qui ne doit être ni enregistrée ni diffusée sans son accord. Pour les mêmes motifs, le droit suisse ne devrait reconnaître ce droit que dans la mesure où il existe un rapport suffisamment étroit entre l'homme et son expression vocale *(52)*, soit lorsqu'elle apparaît à titre principal et permet une individualisation.

E. La protection du nom

68. L'art. 29 al. 2 CC prohibe l'usurpation du nom patronymique, du prénom, du pseudonyme[395], en tant qu'élément du droit de la personnalité.

Les producteurs de films et les romanciers ont besoin de noms et de prénoms pour leurs personnages. Ceux qu'ils choisissent peuvent correspondre à ceux de personnes existantes. Sauf risque concret de confusion, l'usage d'un prénom est libre[396]. Il devrait en être de même des noms répandus, mais non point de ceux qui ne le sont que peu[397].

---

[394] Le Trib. de Rome a rejeté le 23.3.1965 une demande formée contre la RAI du fait que, dans un reportage télévisé relatif à l'effondrement d'une grue, l'on pouvait lire le nom du constructeur; la relation était objective et d'intérêt général; RUER 93b, p. 56.

[395] ATF 92 II 305 et réf. cit.; GROSSEN, op. cit., p. 335.

[396] ATF 92 II 311; DEBBASCH, op. cit., p. 345 cite un arrêt inédit déboutant Cléo de Mérode: «Le prénom de Cléo, diminutif de Cléopâtre, appartient à tout le monde»; H. WAWRETZKO, Der Schutz des künstlerischen Vornamens, FuR 1962, n° 8 p. 6; OLG München (Romy Schneider), FuR 1959, n° 9 p. 18; Trib. Seine (Soraya), GRUR AIT 1962, p. 21 et 426; DA 1961, p. 149.

[397] Trib. gde. inst. Seine 12.1.1965, condamnation de l'ORTF et de l'auteur d'un film télévisé pour avoir utilisé le nom de «LESTRANGE» pour désigner deux personnages antipathiques dans une action qui se déroulait dans le château qui appartint autrefois à un

F. Autres intérêts personnels

69. Parmi les intérêts personnels que la radiodiffusion doit aussi respecter figurent les droits moraux du créateur et de l'exécutant *(46, 52)*, le droit de chacun sur sa propre écriture, la liberté de pensée, de décision et d'action et, d'une manière générale, la faculté du citoyen d'exercer ses libertés constitutionnelles.

G. L'enregistrement en vue de la radiodiffusion

70. En général, le particulier est protégé de la même façon contre la radiodiffusion et l'enregistrement à cette fin [398].

Un enregistrement licite peut également être utilisé de façon illicite sur les ondes. Il peut en être ainsi d'enregistrements établis à une autre fin *(71)* ou encore de fixations destinées à la diffusion mais dont le mode d'utilisation viole les droits de la personnalité. La cause jugée par la Cour de justice civile du canton de Genève en est un exemple caractéristique *(62, 65)*. Un tel risque est fréquent pour le responsable d'une émission, des coupures et assemblages étant imposés par les nécessités de l'horaire et le désir légitime d'établir une production équilibrée.

3. Les atteintes licites aux intérêts personnels

Certaines circonstances rendent licite l'atteinte aux intérêts personnels.

A. Le consentement

71. Selon l'adage *volenti non fit injuria*, l'intéressé peut renoncer à la protection de sa personnalité, y compris aux secrets garantis par des règles spéciales, dans la mesure où

«LESTRANGE», RUER 92b, p. 47, DEBBASCH, op. cit., p. 346; Trib. Milan, FuR 1962 n° 4 p. 17; cf. les arrêts français cités par GROSSEN, op. cit., p. 341 n. 31 et 34; Trib. Seine 22. 10. 1963, RIDA XXXXIV, p. 242.

[398] ATF non publié cité ad *66* à propos de la photographie; BGH 16. 9. 1966, GRUR 1967, p. 205; RIKLIN, op. cit., § 12 II.

la loi et les bonnes mœurs ne s'y opposent pas (art. 27 al. 2 CC)[399]. Autrement dit, dans cette limite, et s'il ne peut se prévaloir d'une autre exception, l'organisme de radiodiffusion doit s'assurer l'accord de l'intéressé lorsqu'il entend livrer à la publicité de ses ondes ce qui touche au domaine protégé du particulier. Ce consentement peut résulter d'actes concluants. Celui qui s'efforce d'attirer l'attention du public serait mal venu de se plaindre de jouir d'une trop grande audience[400]. A plus forte raison, celui qui accepte de répondre à un reporter, sachant que les appareils fonctionnent, admet ce faisant que son image, sa voix et sa pensée s'envolent vers les récepteurs.

L'objet exact du consentement est important. Il sied au besoin d'interpréter les manifestations de volonté selon les règles de la bonne foi. Cela vaut pour les coupures et les assemblages. En vertu d'une présomption de fait, celui qui donne une interview n'est pas sensé consentir à ce qu'on utilise sa collaboration pour dénaturer sa pensée ou le ridiculiser. L'arrêt rendu par la Cour de justice de Genève *(62, 65)* en est encore un exemple frappant[401].

B. L'intérêt général prépondérant

«Certains actes sont permis», dit le Tribunal fédéral, «même s'ils touchent à des droits privés reconnus. C'est le

---

[399] Siegert, NJW 1963, p. 1953; le consentement est un acte juridique, cf. W. Flume, Das Rechtsgeschäft, p. 890. A notre avis, il peut être générateur d'obligation, faire l'objet d'un contrat et n'est pas par nature révocable en tout temps. Sur la controverse cf. *24*.

[400] Grossen, RDS 79, 1960, p. 87a, BGHZ 26, p. 52, NJW 1958, p. 459.

[401] Par exemple Siegert, NJW 1963, p. 1953; cf. parmi de nombreux autres exemples jurisprudentiels: ZR 43 n° 46 ou RSJ 40 p. 331; BGHZ 20 p. 345, 26 p. 349, 36 p. 7; BGH 10.11.1961, GRUR 1962, p. 211; UFITA 49, p. 331, NJW 1965, p. 1374; FuR 1962 n° 4, p. 18; Gaz. Pal. 1947. 2. 91, utilisation à des fins commerciales d'un film de Mistinguett; Gaz. Pal. 1963. 2. 53, RTDC 1963 p. 827; Gaz. Pal. 1964. 1. 73, RTDC 1964, p. 568; RUER 59b, p. 35 (utilisation dans une émission publicitaire à la télévision d'extraits d'un film sans l'accord de l'acteur); cf. *70, 73*.

cas (surtout) lorsque l'intérêt général l'emporte sur un intérêt particulier»[402]. Une formule nécessairement si générale laisse un large pouvoir d'appréciation au juge et exclut toute casuistique exhaustive.

L'atteinte par radiodiffusion ne peut être licite que pour autant qu'elle s'inscrive dans le cadre assigné à la presse, quant à l'exigence de vérité, d'objectivité et de proportionnalité *(62)*[403]. On invoque l'intérêt général spécialement en ce qui concerne l'homme public et les personnages de l'histoire contemporaine[403 bis].

72. l'homme public. Dès qu'un homme exerce ou brigue une fonction publique d'une certaine importance, il sort du rôle de simple particulier. Aussi les mœurs, et avec elles la loi, la doctrine et la jurisprudence, admettent-elles que le public puisse être renseigné sur les qualités générales et notamment les aptitudes morales de ceux qui doivent diriger la collectivité. La réglementation pénale des délits contre l'honneur en tient compte, qui autorise le diffamateur à prouver la véracité de ses dires ou sa bonne foi, lorsqu'il a agi eu égard à l'intérêt public, même si cela concerne la vie privée ou la vie de famille (art. 173 ch. 2 et 3 CP). La presse peut en pareille occurrence porter atteinte aux intérêts personnels par la communication de faits pouvant être utiles pour juger des aptitudes de l'homme public et par des commentaires appropriés[404]. Ces principes valent également pour la radiodiffusion, compte tenu des différences de fonction de ces deux modes de diffusion *(62)*. A la mesure des intérêts en présence, l'empiètement pourra être d'autant plus profond que la fonction est élevée. Il n'aura aucune excuse s'il n'est dicté que par la curiosité, sans rapport avec la fonction. L'homme

---

[402] ATF 70 II 133–134.

[403] Id. par exemple, en République fédérale, BVerfGE 7, p. 198, 212, BGHZ 31, p. 313, BGH dans NJW 1964 p. 1471.

[403 bis] L'intérêt artistique justifie aussi certains empiètements, ATF 70 II 133; Riklin, op. cit., § 13 II; cf. *64, 68, 75.*

[404] ATF 71 II 191 et réf. cit., 91 II 406; Grossen, RDS 79, p. 85a.

public à la conduite irréprochable ne devra pas, au nom de sa charge, voir sa vie privée ou de famille perturbée par la presse écrite ou la radiodiffusion[405]. Il ne devra tolérer la critique que si elle demeure objective[406].

73. le personnage de l'histoire contemporaine. Celui dont la conduite ou la condition l'élève ou mérite de l'élever au rang d'un *personnage de l'histoire contemporaine*[407] doit tolérer que la collectivité s'intéresse à lui et que la presse répande des informations à son sujet, en tant que sa notoriété le justifie. Le principe ainsi formulé, tel qu'il est généralement admis, peut se réclamer de la pesée des intérêts en présence et de l'intérêt général prédominant. Il ne faudrait pas comprendre le terme (peu approprié) d'*histoire contemporaine* dans un sens trop restrictif, mais lui donner une signification relative. L'intérêt du public à être renseigné sur un phénomène d'intérêt général dépend des destinataires; il peut être d'une portée limitée dans le temps, l'espace ou quant aux personnes concernées. On peut être un personnage de l'histoire contemporaine purement locale. Peu importe la cause de la notoriété. Elle peut résulter par exemple de la vie publique, d'exploits sportifs, d'une activité artistique, professionnelle ou encore de la commission d'un forfait. Vivace ou fugitive, elle n'autorise une intrusion dans la sphère personnelle que pour la période où elle dure[408]. L'empiètement, ici encore, devra répondre à la norme de proportionnalité.

Parmi les nombreuses causes soumises à l'examen des autorités judiciaires et administratives, peu d'entre elles sont d'intérêt général. La plus grande prudence est de mise au sujet des informations relatives à des procédures en

---

[405] GROSSEN, ibid.

[406] C. just. civ. Genève, SJ 1939, p. 388, 1953, p. 235.

[407] Expression du § 23 al. 1 ch. 1 KSchG.

[408] Le 31.10.1966 le Trib. de Rome a rejeté la demande d'un ancien champion du monde de boxe en 1935 qui se plaignait d'une émission historique ou biographique à son sujet: les faits, exacts, étaient encore d'intérêt général, leur examen était objectif, RUER 105b, p. 47.

cours[409]. En tant qu'un intérêt général suffisant la justifie, l'information est licite, quelle que soit la nature de la procédure[410]. Différentes décisions étrangères se sont prononcées dans le même sens pour la publication de l'image de la personne incriminée[411].

Les personnages de l'histoire contemporaine n'ont pas à admettre une divulgation de leur vie intime et privée, notamment la fixation de leur image, en tant que cette vie ne relève pas de l'histoire contemporaine; même en cette dernière hypothèse, l'intrusion doit être proportionnée[412]. En

---

[409] «Le journaliste a l'obligation d'observer la prudence la plus stricte dès lors qu'il s'agit d'annoncer le dépôt d'une plainte pénale, de reproduire son contenu ou d'émettre une appréciation sur une instruction dès avant sa clôture. Il a précisément l'obligation, avant de publier la nouvelle, non seulement de prendre les renseignements voulus, mais encore de peser les intérêts en présence: l'intérêt public et l'intérêt privé.», ATF non publié du 2.11.1937; id. TF dans SJ 1940, p.100 (plainte pénale); l'organisme de radiodiffusion doit user de la plus grande prudence dans la relation, même véridique, d'une arrestation, la personne appréhendée pouvant être innocente, Civ. Bruxelles 29.6.1965, RUER 98b, p.49–50; ATF 82 IV 71; Oberst. Gerichtshof d'Autriche 17.3.1964, UFITA 42, p.242; OLG Munich 15.11.1962, GRUR 1964, p.42.

[410] ATF 93 I 74; licéité de la communication radiophonique du licenciement d'un fonctionnaire supérieur, consécutive à un long débat parlementaire ayant passionné l'opinion publique; C. just. civ. Genève, SJ 1941, p.584 (procès civil).

[411] Par exemple OLG Munich, NJW 1963, p.658, FuR 1963, n°5 p.13; SIEGERT, ibid.; *contra* SJ 1914, p.44; aux Pays-Bas, faute d'intérêt suffisant, la publication de l'image d'un condamné à une peine relativement faible avec sursis fut déclarée illicite, FuR 1961, n°4 p.16.

[412] Par exemple BGHZ 24, p.200, UFITA 44, p.167, GRUR 1966, p.157; FuR 1962, n°4 p.15, GRUR AIT 1965 p.440: quoiqu'une partie de la vie privée d'une personne (Clara Petacci) ressortisse à l'histoire contemporaine, il n'est licite de publier ni toute sa vie privée ni celle de ses proches; DA 1966, p.247: dans un film sur Landru, il est admissible de représenter sa maîtresse encore vivante, non de la montrer très légèrement vêtue sans son accord; LG et OLG Munich, FuR 1961, n°12 p.11, 1963, n°10 p.16; UFITA 37, p.123, 228: l'illicéité peut résulter non des images mais de leur

particulier, la notoriété dont certains jouissent, bon gré mal gré, ne justifie point que, grâce à l'usage du téléobjectif, un reporter saisisse leur vie privée dans le cadre fermé du domicile[413].

4. L'atteinte à l'honneur

74. Soumis comme la presse aux règles du droit commun *(62)*, l'organisme de radiodiffusion doit, notamment dans sa fonction d'information, respecter l'honneur d'autrui, bien juridique protégé comme un intérêt personnel (art. 28 CC) et par la législation pénale (art. 173 ss. CP), soit deux causes d'illicéité civile, dont l'étendue n'est pas nécessairement la même. L'honneur au sens des art. 173 ss. CP est la considération de la personne physique ou morale[414] en tant qu'honnête homme, non point sa valeur professionnelle, artistique ou politique; mais c'est attenter à son honneur que de lui reprocher un acte que ne commettrait pas un honnête homme dans l'exercice de sa profession, de son art ou de son activité politique[415].

---

juxtaposition et des commentaires qui les accompagnent; de nombreuses décisions réprouvent l'utilisation commerciale non consentie de l'image de personnes de l'histoire contemporaine, généralement fixée à une autre fin, RSJ 9, p. 241, BGHZ 20, p. 345, NJW 1961, p. 558, GRUR 1962, p. 211, Gaz. Pal. 1947. 2. 91, cf. aussi *70*, *71*.

[413] Trib. gde. inst. Seine, Gaz. Pal. 1966. 1. 37 (Brigitte Bardot); id. Gaz. Pal. 1966. 1. 331.

[414] ATF 71 IV 36.

[415] AFT 71 IV 230, 72 IV 172, 74 IV 114, 80 IV 164, 92 IV 96, 101. Est en particulier contraire à l'honneur de dire de quelqu'un qu'il a un comportement réprimé par la loi pénale comme délit intentionnel, à moins qu'il n'existe des circonstances telles que la commission d'un tel délit n'atteigne pas la considération morale de l'intéressé; ainsi pour l'accusation de frauder le fisc, ATF 73 IV 30, de diffamer, ATF 81 IV 324, d'être un espion, un traficant d'armes et de stupéfiants, ATF 82 IV 71, de commettre des actes de concurrence déloyale, ATF 91 II 401, d'avoir été condamné pénalement, ATF 69 IV 165, 71 IV 126. Est encore déshonorant le fait pour un parlementaire de violer sciemment certaines dispositions constitutionnelles, ATF 80 IV 165, ou pour quiconque d'avoir tout autre comportement réprouvé par la morale courante, comme de trahir intentionnelle-

Dans les délits contre l'honneur, l'acte attentatoire réside dans l'allégation de faits sous forme d'accusation ou de soupçons, dans leur propagation[416] (art. 173 et 174 CP) par la parole, l'écriture, l'image, le geste ou des voies de fait (art. 177 CP), notamment l'injure formelle et le jugement de valeur; les destinataires sont soit des tiers (art. 173, 174 et 177 CP), soit la victime (art. 177 CP). En radiodiffusion, à part des voies de fait, les différents modes de commission peuvent être envisagés, aussi bien par l'intermédiaire de l'écran que du récepteur radiophonique.

En droit pénal, la vérité des allégations exculpe (art. 173 ch. 2 CP), à moins qu'elles aient été articulées ou propagées aux conditions prévues cumulativement par l'art. 173 ch. 3 CP, c'est-à-dire d'une part sans motif suffisant, notamment sans égard à l'intérêt public, et d'autre part principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui, notamment lorsqu'elles ont trait à la vie privée ou la vie de famille. Le diffamateur véridique qui n'a pas agi principalement dans le dessein de dire du mal d'autrui jouit donc de l'impunité, même s'il ne pouvait se réclamer de motifs suffisants. Un tel comportement peut néanmoins être civilement répréhensible lorsqu'il porte atteinte de manière intolérable aux intérêts personnels de la victime[417], spécialement s'il se rapporte à sa vie privée ou de famille.

En droit pénal, lorsque l'allégué est faux, le diffamateur bénéficie de l'impunité s'il établit qu'il avait des raisons sérieuses de le tenir de bonne foi pour exact (art. 173 ch. 2

---

ment des intérêts confiés, RJB 82, p. 307, BJP 1954 n° 219, de s'adonner à la prostitution, SJ 1950, p. 381, de déclarer qu'on n'est pas un homme d'honneur, ATF 74 IV 98, ou qu'on est un psychopathe, ATF 93 IV 20. Peu importe que l'allégation soit faite sous forme de satire, à moins qu'il en résulte que son auteur ne la prenait pas au sérieux, ATF 85 IV 185, W. Huber, Der strafrechtlich geschützte Ehrbegriff in der schweizerischen Rechtsprechung, RSJ 61, p. 349.

[416] Même avec l'indication de la source, ATF 82 IV 79.

[417] ATF 55 II 33, 91 II 405; J.-P. Müller, Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschutz, RDS 86 I, 1967, p. 115.

CP), à moins qu'il n'ait été articulé ou propagé aux conditions prévues à l'art. 173 ch. 3 CP. Au contraire, en droit civil, un allégué faux n'est jamais licite, la bonne foi ne s'examinant qu'à propos de la faute[418].

Même vrai ou tenu de bonne foi pour tel, l'allégué malveillant articulé ou propagé sans motif suffisant est un délit pénal (art. 173 ch. 2 CP), partant civil.

Le droit de critique découlant de la liberté d'expression, les jugements de valeur sont en soi licites, fussent-ils désobligeants. En droit pénal, un jugement de valeur portant atteinte à l'honneur (art. 177 CP) est admissible si, sur la base des faits qui lui ont donné lieu, il était objectivement soutenable ou pouvait de bonne foi être objectivement tenu pour tel par leur auteur[419]. La jurisprudence civile, suivant les mêmes voies, admet la critique, pour autant qu'elle ne soit pas inutilement blessante et qu'elle repose sur des faits véridiques ou du moins sur des indications que l'auteur pouvait de bonne foi tenir pour vraies sur la base d'un examen sérieux; lorsque ces faits ne sont pas connus de ceux à qui l'auteur s'adresse et qu'ils ne leur sont pas communiqués par lui, son appréciation, pour être admissible, ne doit pas éveiller de fausses représentations[420].

5. L'atteinte aux bonnes mœurs

75. En réprimant certaines atteintes aux bonnes mœurs (art. 187 ss. CP), la loi pénale trace également une limite à la licéité civile des actes, des images, éventuellement des paroles[421], utilisable si ce n'est en radiophonie, du moins en télévision.

---

[418] ATF 71 II 193, 91 II 406. Au contraire, la jurisprudence allemande la plus récente insistant sur la liberté d'expression et d'information, admet la licéité de certaines déclarations inexactes, NEUMANN/DUESBERG, Einschränkung des Geltungsbereichs des § 824 BGB durch die Meinungs- und Informationsfreiheit, NJW 1968, p. 81.

[419] ATF 74 IV 101, 77 IV 99, 168, 92 IV 98.

[420] ATF 60 II 407 et réf. cit., 71 II 194; cf. *62.*

[421] La question de savoir si des paroles impudiques sont répri-

a) *la notion de bonnes mœurs.* Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, est contraire aux bonnes mœurs ce qui blesse la décence sexuelle de manière difficilement admissible. Alors que, s'agissant des actes contraires à la pudeur, il faut dans les cas douteux rechercher si l'auteur a agi pour satisfaire un instinct sexuel, la jurisprudence considère au contraire qu'en matière de publications contraires aux mœurs il importe peu que leurs effets se traduisent par une excitation des instincts sexuels de l'homme aux réactions normales ou par un sentiment de dégoût ou de répulsion[422]. La loi et la jurisprudence se réfèrent à la morale populaire courante pour définir l'impudeur[422bis]. Celle-ci est fonction des circonstances, notamment du lieu de l'acte, des personnes impliquées, de leur sexe, de leur âge, de leur attitude. Pour juger si des publications sont obscènes, on les examinera dans leur ensemble et leur contexte, à l'endroit où la publication a lieu et compte tenu du cercle des destinataires[423]. Cette relativité de l'impudeur trouve son application dans les émissions de radiodiffusion. Public en principe indéterminé et non différencié, celui de la radiodiffusion est à l'opposé du cercle des connaisseurs. Telle image ne froissant pas la pudeur de l'homme de science[424] ou de l'artiste heurte-

---

mées en tant qu'actes contraires à la pudeur en droit positif est controversée; le TF le nie, ATF 70 IV 85, 90 IV 200; indécis, ATF 89 IV 12; *contra* RSJ 52 p. 330, 61 p. 260, 62 p. 60; cf. H. Schultz dans RJB 101 p. 28, 102 p. 63; Karmann, Eine Bresche in den Schutz des Kindes vor Unzucht, RPS 81, p. 303 ss.; A. Schütz, Ist das Führen unzüchtiger Reden vor Kindern nach dem schweizerischen Strafgesetz strafbar? RSJ 61, p. 236; W. Heim, JdT 1963 IV, p. 50.

[422] TF dans BJP 1944 n° 244, 70 IV 112, 209, 71 IV 95, 76 IV 276, 78 IV 37, 164, 79 IV 126, 83 IV 24, 86 IV 19, 87 IV 74, 89 IV 14, 198, 91 IV 71; BJM 1960, p. 92; cf. Carl Ludwig, Zum Begriff der Unzucht und des Unzüchtigen, BJM 1960, p. 109.

[422bis] ATF 71 IV 95, 76 IV 239, 78 IV 163, 91 IV 71.

[423] ATF 86 IV 19, 87 IV 74, 89 IV 198; F. Esseiva, Quelques considérations sur les publications obscènes et les publications immorales, RPS 78, p. 361; BGHSt dans UFITA 38 p. 181, 44 p. 181.

[424] Hafter, Schweizerisches Strafrecht II/1, p. 167; Logoz ad 204 n. 2 i. f.; Thormann et v. Overbeck ad 204 n. 3.

ra celle de l'homme moyen et ne conviendra pas à la diffusion sur les ondes. L'on pourra aussi tenir compte du fait qu'à une certaine heure de la soirée les plus jeunes spectateurs ou auditeurs sont couchés ou devraient l'être et qu'on peut raisonnablement exiger des responsables qu'ils les écartent d'émissions destinées seulement aux adultes *(93)*. Pour ces productions-là, la limite de la décence sera fonction seulement de l'auditeur ou spectateur adulte.

D'une manière générale, cette limite n'est pas toujours aisée à définir d'emblée, en raison de sa source et de sa relativité. S'il est des cas où est évidente l'impudeur[425] ou la bénignité, voire l'inexistence de l'atteinte aux mœurs[426], dans d'autres éventualités la décision est moins aisée et dépendra singulièrement des circonstances. Ainsi en est-il de l'être humain nu, des attouchements corporels et du baiser[427]. Personne sans doute ne s'offusquera s'il aperçoit un corps partiellement nu lors d'une opération télévisée ou l'image d'un petit enfant sans habits, mais plus d'un serait choqué

---

[425] A côté de l'acte sexuel, BJP 1964 n°41, Pr. des Kantonsger. Graubünden 1955 n°35 ou BJP 1957 n°53, donner l'illusion qu'on montre son sexe à nu, ZR 63 n°11. Par contre, il n'est pas illicite d'exposer objectivement à un enfant ce que sont l'accouplement des animaux et ses conséquences, ATF 89 IV 13. Le film d'Ingmar Bergmann, «Das Schweigen», contenait trois scènes jugées indécentes, représentant l'acte sexuel, un acte d'onanisme et une autre scène sexuelle, cf. à ce sujet et sur les rapports en droit allemand entre la liberté de l'art et les bonnes mœurs, FuR 1965 p. 190, 1966 p. 70, 187, 190; UFITA 38 p. 181, 42 p. 341, 44 p. 181, 370; H. von Hartlieb, Kunstfreiheit und Sittengesetz, FuR 1966, n° 10 p. 252, Unzüchtige Kunst, FuR 1965, n°10 p. 200; R. Dünnwald, Unzüchtige Kunst? et von Hartlieb, Wolf im Schafpelz? dans FuR 1966, n°3 p. 55ss.

[426] Regarder l'impudeur, RJB 81, p. 131, ou la photographier, RSJ 54, p. 258 n°142 ou BJP 1957 n°205.

[427] Se promener devêtu dans les lieux publics est condamnable, ATF 89 IV 130, mais pas le fait de devêtir un jeune enfant sauf lubricité de l'auteur, ATF 70 IV 112; *contra*, pour une jeune fille de 16 ans, TF dans ZR 63 n°9 = BJP 1964 n°221, alors que la représentation photographique ou picturale de l'être humain nu devra etre examinée *in concreto*, ATF 86 IV 19, 89 IV 197.

de voir sur son écran un promeneur adulte dévêtu! Les attouchements, même par dessus les habits, sont indécents, suivant les circonstances et notamment leur endroit[428]. La décence du baiser est d'un intérêt manifeste pour le film et la télévision. Selon le Tribunal fédéral, le simple baiser, même donné sur la bouche, ne heurte point les bonnes mœurs mais il pourra le faire suivant la façon particulière dont il est donné ou les circonstances qui l'entourent[429]. Au vu de cette jurisprudence, les scènes de baisers, chères à tant de cinéastes et sans doute à tant de spectateurs, seront rarement tenues pour indécentes.

Les films de mœurs reproduisent souvent l'image de prostituées en rue. L'émission télévisée de l'ORTF sur la prostitution *(66)* heurterait-elle les bonnes mœurs en Suisse? L'art. 206 CP réprime le racolage public, disposition protégeant à la fois les destinataires de l'offre et l'ordre public. Toutefois le racolage n'est pas considéré en lui-même comme un acte contraire à la pudeur[430] et sa répression d'office a été instaurée pour lutter contre la prostitution en rue[431]. Aussi la radiodiffusion du racolage n'apparaît-elle pas en soi illicite, pas plus que la relation d'une autre infraction, dès lors que la relation n'est pas en elle-même illicite.

---

[428] Toucher les organes génitaux par dessus les habits, ATF 78 IV 35, ainsi que la poitrine, caresser les cuisses par dessus une jupe, ATF 78 IV 163, id. TF dans BJP 1944 n°244, BJP 1961 n°205, Pr. Kantonsg. Graubünden 1956 n°32 ou RSJ 53, p. 139 n°69 ou BJP 1957 n°138. Par contre la caresse donnée sur les bras d'un enfant n'est indécente qu'en cas de lubricité, ATF 70 IV 211. La tape donnée sur le postérieur vêtu d'une jeune personne n'a pas été considérée comme contraire aux mœurs, Pr. Kantonsg. Graubünden 1959 n°18 et BJP 1961 n°205.

[429] Par exemple, le baiser lingual donné par sensualité par deux personnes du même sexe ou encore entre maître et élève, ATF 76 IV 276, 91 IV 70; cf. aussi Pr. Kantonsg. Graubünden 1956 n°3 ou BJP 1958 n°39, BJP 1956 n°32, 1957 n°138 ou RSJ 53, p. 139 n°69, BJP 1961 n°25, FuR 1966, p. 22.

[430] Art. 204 CP *a contrario*; ATF 87 IV 126 au sujet de l'art. 205 CP; Logoz ad 206 n. 1.

[431] ATF 82 IV 197.

b) *l'acte contraire aux bonnes mœurs.* Les différents actes prohibés sont définis par la loi pénale (art. 187 ss. CP). Savoir si une infraction de ce genre peut être commise par la voie des ondes est une question qui ne se pose guère que pour les publications obscènes[432].

L'art. 204 CP réprime certains actes relatifs aux «écrits, images, films ou autres objets obscènes»; à l'époque de la signature de la convention relative à la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, qui a donné lieu à la loi de 1925, dont l'art. 204 CP est issu, on entendait manifestement par le terme de publication non pas l'action de rendre public mais l'objet publié; aussi apparaît-il fort problématique qu'on puisse admettre que les «images» de l'art. 204 CP soient autre chose que des «objets», c'est-à-dire des images fixées sur un support matériel[433] et notamment qu'elles comprennent les images télévisées lors d'émissions diffusées en direct[434]. L'art. 204 CP interdit d'«exposer» des publications obscènes; encore que l'expression ne soit pas très bien adaptée à la représentation du film, on a voulu la viser en raison de l'importance du cinématographe pour la jeunesse[435], ce qui comprend également la télévision de films ou d'autres objets contraires aux mœurs, tels des tableaux, statues, photographies ...

---

[432] L'acte ne peut être commis «en présence» (art. 191 ch. 2 al. 3 CP) du spectateur ou de l'auditeur, la radiodiffusion étant une communication entre absents. Il apparaît aussi douteux que l'acte radiodiffusé soit de ce seul fait commis «en public» (öffentlich) selon l'art. 203 CP et que cette expression désigne autre chose qu'un lieu accessible au public ou à la perception directe du public.

[433] Cf. HAFTER II vol. 1 p. 168; THORMANN et v. OVERBECK ad 204 n. 2.

[434] Supposé qu'une interprétation extensive de l'art. 204 CP ne soit pas possible *in casu*, cette lacune devrait être comblée lors d'une révision du code pénal.

[435] «L'exposition publique, dit le CF, comprend tout acte par lequel le contenu d'une publication est placé sous les yeux du public.», FF 1924 III p. 1103 ss. notamment 117,114; LOGOZ ad 204 n. 3.

Notre législation protège-t-elle suffisamment les enfants et les adolescents contre les émissions pouvant troubler leur développement psychique et moral? La protection des bonnes mœurs en matière sexuelle n'est qu'un aspect du problème; il est des émissions qui, sans attenter à la décence sexuelle, peuvent nuire à la formation humaine, notamment du point de vue éthique. Si l'on peut débattre de la licéité civile d'émissions nuisibles à la jeunesse en tant qu'atteintes à la santé *(76)*, l'arme civile n'est guère à la mesure du danger. Face à un problème qui dépasse les frontières des cantons, la solution devrait être fédérale; la loi pourrait contenir quelques règles quant à l'horaire[436] et au contenu des émissions[437].

6. L'atteinte à la santé ou à la vie

76. La loi protège la vie et la santé du particulier (droit constitutionnel à l'intégrité, art. 111 ss. CP, 45 ss. CO), comme la tranquillité publique (par exemple art. 258 CP). Une émission d'épouvante fictive au réalisme trop poussé peut faire croire à certains auditeurs ou spectateurs qu'ils sont frappés d'un grand malheur et provoquer une véritable panique dommageable à la santé. Celle-ci pourrait encore être atteinte par exemple à la suite de conseils ménagers ou médicaux erronés ou équivoques *(78)* transmis sur les ondes. Les responsables des émissions doivent compter avec la

[436] En République fédérale, par exemple, une norme légale a interdit de diffuser des émissions nuisibles à la jeunesse avant 21 heures, W. Becker, Jugendschutz im Fernsehrecht, Monatsschrift für deutsches Recht 1964, p. 463; Hillig, Auch hier gibt es klare Bestimmungen, FuR 1962, n° 10 p. 7; Roeber, Jugendschutz im Fernsehen, FuR 1962, n° 4 p. 10; F. Giese, Haben Kinder keine Grundrechte? Aktuelles Filmrecht I, p. 46. Dans son principe une telle règle est sage et pourrait inspirer l'autorité fédérale. Si elle correspond, d'une manière générale, à la pratique avisée de la SSR, l'importance même du problème justifierait une réglementation *ad hoc*.

[437] La protection de la jeunesse a, par exemple, aussi provoqué à l'étranger une réglementation relative au contenu des émissions publicitaires, cf. La publicité à la radio et à la télévision, monographie juridique n° 4 de l'UER, p. 18; cf. aussi ATF 93 I 310.

possibilité de tels effets et les prévenir *(61)* en prenant en considération non seulement les réactions de l'homme moyen mais aussi celles de personnes dont l'intelligence ou la résistance nerveuse est peu développée. Sans doute, la radiodiffusion doit-elle aussi être le reflet de la vie et l'on ne saurait cacher systématiquement la réalité, au nom des égards pour les personnes sensibles. Le bon sens et le tact dictent d'eux-mêmes une solution raisonnable: d'une manière générale la décence commandera la discrétion dans la description ou la reproduction de l'horreur mais, lorsque cela n'est pas possible, il convient de prévenir les personnes sensibles de manière adéquate, soit non seulement par une annonce dans le programme diffusé sur les ondes mais également dans les programmes écrits.

7. L'atteinte à la sphère économique; la concurrence déloyale[438]

77. La radiodiffusion peut influer sur la situation économique des particuliers, notamment de ceux qui exercent une activité économique. A côté d'autres sources d'obligations[439], l'application du droit de la concurrence déloyale mérite examen. Toutes autres conditions remplies, la concurrence déloyale suppose qu'il existe, d'une part, un rapport de con-

---

[438] F. Bader, Die Haftung der Presse für unlautern Wettbewerb, thèse Bâle 1949 (machine); K. Bussmann, Die Beziehungen der Rundfunkanstalten zu den Zeitungsverlagen unter der Sicht des Wettbewerbsrechts, dans Beiträge zum Rundfunkrecht, cahier 3, Francfort 1965; H. Schneider, Werbung im Rundfunk, dans Beiträge zum Rundfunkrecht, cahier 1; cf. aussi *26*, *27*.

[439] Par exemple l'art. 41 CO par suite de la diffusion dommageable d'un fait inexact; cf. un exemple dans Debbasch, op. cit., p. 340: mévente provoquée par l'annonce qu'un journal ne paraîtrait pas le lendemain. Par contre le fait de ne pas faire figurer un particulier dans une émission ne saurait, sauf circonstances bien particulières, constituer un acte illicite. Dans un reportage à la télévision sur une manifestation économique, le reporter n'avait pas fait figurer la marchandise d'un commerçant, sa demande fut rejetée, la RAI étant libre de choisir ses sujets d'actualité, Rome 14. 12. 1962, RUER 81b, p. 52; à ce sujet cf. art. 13 al. 4 conc. *(81)*.

currence économique entre l'auteur (ou celui qu'il favorise) et la victime, d'autre part, un acte de concurrence de l'auteur au préjudice de la victime, et que l'acte soit déloyal[440].

Est protégée toute activité à but lucratif et elle seule, même lorsqu'elle ne vise pas directement à la réalisation d'un bénéfice mais est un moyen d'atteindre un but idéal comme dans une association (art. 61 al. 2 CC)[441]. Un organisme de radiodiffusion peut, selon ce critère, exercer une activité économique à but lucratif[442]. Il en est ainsi lorsqu'il conclut des contrats bilatéraux parfaits, comportant des prestations réciproques. Les contrats de publicité à la télévision *(26, 27)* en sont un cas. Il en serait de même si l'organisme de radiodiffusion percevait lui-même des redevances auprès des auditeurs, car le contenu des programmes est un moyen permettant d'exercer une influence sur le montant des ressources recherchées par l'organisme d'émission. En Suisse, du point de vue juridique et formel, la SSR n'a pas de rapports de droit avec les usagers, leurs prestations ne sont pas le pendant de celles de la SSR mais seulement la taxe exigée par l'Etat pour la concession d'un droit régalien *(83, 91)*. Dans la réalité économique, la situation n'est guère différente de ce qu'elle serait si la SSR était autorisée par la législation à percevoir directement des redevances, car elle reçoit de l'Etat une part proportionnelle des sommes versées par les concessionnaires (art. 21 conc.); elle a donc tout intérêt à satisfaire auditeurs et téléspectateurs pour conserver et si possible accroître le nombre des concessionnaires à la réception, comme s'ils étaient ses propres clients. Sur ce point, la réalité économique devrait primer[443] et faire reconnaître que

---

[440] ATF 74 IV 113, 75 IV 23, 80 II 167, 80 IV 33, 86 II 110, 87 II 335, 90 II 195, 322, 92 II 309, 93 II 140; TROLLER, op. cit., II, p. 892.

[441] ATF 74 IV 113, 75 IV 23, 80 II 170; VOYAME, RDS 82 II, 1963, p. 504.

[442] RIKLIN, op. cit., § 9 IV; DENZLER, op. cit., p. 88 n. 75, *contra*, le même, p. 85 ss.

[443] v. BÜREN, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, p. 17, n. 40.

la SSR exerce une activité économique. La solution contraire avantagerait sans raison profonde un producteur au détriment d'autres, dans la concurrence que se livrent ceux qui diffusent des informations, des œuvres littéraires ou artistiques, qui créent des spectacles, des auditions ...

Le rapport de concurrence est une notion à interpréter de façon large[444]. Il existe entre différents organismes, dans les relations internationales ou internes[445]. Le monopole de fait dont jouit la SSR ne supprime pas toute concurrence, car celle-ci peut s'exercer de façon marginale par des services, voire des biens de substitution permettant de satisfaire des besoins égaux ou semblables[446]. Le besoin de spectacle du particulier peut être satisfait par la télévision, le film[447] ou la production directe (théâtre, opéra, music-hall, manifestation sportive[448]...), son besoin d'information par la radiodiffusion sonore et visuelle, la presse écrite[449], les livres, voire le film, son besoin de musique par la radiodiffusion, aussi bien que par le disque, le concert, voire l'exécution de musi-

[444] ATF 92 II 24, 309.

[445] TROLLER, Jurisprudenz auf dem Holzwege, p. 59–60.

[446] v. BÜREN, op. cit., p. 19 n. 46; TROLLER, op. cit., II, p. 892.

[447] Concurrence entre radiodiffusion, producteurs de films ou exploitant de salle de cinéma, BGHZ 37, p. 1; OLG Hambourg, GRUR 1961, p. 100, RUER 53b, p. 41; UFITA 37 p. 308, 38 p. 190; FuR 1962 n° 9 p. 12 et 11 p. 13; Trib. comm. Seine, JCP 1965 II 14 208; G. LYON-CAEN, Cinéma et télévision, D. 1963 chron. 91.

[448] Film au téléobjectif d'un match de boxe sans l'accord de l'organisateur BGHZ 39, p. 352, FuR 1963, n° 10 p. 15 (l'organisateur de spectacle doit consentir à la radiodiffusion), cf. SCHULZE, Jurispr. KGZ n° 4. En Italie, l'accord de l'organisateur a toujours été nécessaire pour la retransmission en provenance d'un lieu fermé, alors que les avis et décisions ont varié pour les spectacles organisés en champ libre, BullUER 1956, p. 838, RUER 48b p. 30, 55b p. 55, 59b p. 34, 87b p. 46, 98b p. 60, A. GIANNINI, A propos de la protection des manifestations sportives, RUER 58b p. 27; cf. DE REDING, op. cit., p. 29, 39, 52, 58.

[449] Concurrence entre radiodiffusion et celui qui utilise à titre lucratif les informations radiophoniques, RGZ 128 p. 330; concurrence niée in casu entre un organisme et un journal, LG Hambourg 24. 4. 1963, UFITA 40, p. 220.

que par le consommateur (vente d'instruments et de cahiers). Le besoin de publicité du consommateur peut être satisfait par la radiodiffusion, le cinéma, les affiches publiques, la presse écrite[450]... La situation de concurrence est entière sur le marché des prestations nécessaires à la radiodiffusion: les besoins pécuniaires des auteurs mais surtout des artistes employés et autres peuvent être satisfaits soit par la radiodiffusion soit par d'autres consommateurs de leurs services.

Sans même être concurrent un sujet de droit peut commettre un acte de concurrence déloyale[451], en tout cas comme complice ou coauteur (art. 50 CO)[452]. La responsabilité de la SSR à ce titre peut être engagée en cas de publicité télévisée pouvant être qualifiée d'acte de concurrence déloyale; la grande publicité qu'elle donne à l'annonceur exige de sa part une diligence appropriée dans le contrôle de la licéité des émissions publicitaires (notamment *65*)[452bis].

Est un acte de concurrence le comportement, actif ou passif, propre à influer sur la concurrence économique[453]. La nature des concurrents de l'organisme de radiodiffusion permet d'imaginer quels actes pourront avoir une telle incidence. L'utilisation du travail d'autrui sans bourse délier *(52, 53)* en est un des cas principaux.

La concurrence est déloyale lorsque, abusive, elle résulte d'une tromperie ou d'un autre procédé contraire aux règles de la bonne foi (art. 1 al. 1 LCD). A côté des hypothèses précises énumérées de manière exemplaire (art. 1 al. 2 LCD), le caractère général de la norme en fait la difficulté.

D'une manière générale, le seul fait que l'organisme de radiodiffusion exerce une activité identique ou similaire à

---

[450] Arrêt Bayrischer Rundfunk, OLG Munich 24.10.1957, BullUER 1957, p. 333, 735, RUER 57b, p. 31, NJW 1958, p. 1298.

[451] TROLLER, op. cit., II, p. 893.

[452] ATF 80 IV 33, 82 II 546, 93 II 140. Dans un arrêt du 9.10. 1963, le BGH a admis un acte de concurrence déloyale du fait que, dans une interview télévisée, la personne interrogée s'attribuait des avantages commerciaux immérités, GRUR 1964, p. 208.

[452bis] BGH dans GRUR 1961, p. 544.

[453] ATF 75 IV 23, 82 II 546, 86 II 110, 87 II 335, 90 II 195.

celle d'autres entreprises, telles que la presse écrite ou les salles de cinéma, n'est pas un comportement déloyal. Il en est ainsi de la publicité sur les ondes ou de la télévision des films du commerce[454].

8. Les renseignements erronés

78. A la recherche de contacts et d'échanges avec le public, les organismes de radiodiffusion répondent aux questions des auditeurs, leur donnent spontanément des conseils médicaux, culinaires, domestiques, sportifs ou autres, ce qui peut faire naître des rapports de responsabilité. Selon les principes généraux, celui qui, interrogé sur des faits qu'il est bien placé pour connaître consent à répondre, doit donner des renseignements exacts dès qu'il peut se rendre compte qu'ils peuvent être importants pour le destinataire; ne le faisant pas, il agit de façon illicite[455]. Le seul fait de donner un renseignement demandé n'engage pas la responsabilité contractuelle du donneur de renseignements lorsqu'il n'agit pas dans l'exercice d'une profession ou contre rémunération[456]. Un contrat pourra toutefois naître suivant les manifestations de volonté des intéressés *(24)*. Il serait arbitraire et peu satisfaisant de limiter la responsabilité délictuelle de l'organisme de radiodiffusion à l'égard du seul demandeur de conseils, car

---

[454] Trib. comm. Seine 8.3.1965, Gaz. Pal. 1965.1.299 (télévision des films du commerce), JCP 1965 II 14208, n. DESBOIS, Paris 17.5. 1967 RUER 105b, p.41, Gaz. Pal. 1967.1.345 (la Cour a renvoyé à la commission *ad hoc* la question de savoir si l'ORTF abusait d'une position dominante selon la législation sur les cartels); MENTHA, Presse et radio ..., RUER 94b p.77, 100b p.84 et réf. cit.; BUSSMANN ibid.; M. STEINMANN, Das Werbefernsehen im Konkurrenzkampf der Werbemittel und Werbeträger, Pol. Verl. Zürich 1967.

[455] ATF 30 II 267, 41 II 82, 57 II 86, 68 II 302, 80 III 54, TF dans SJ 1955, p.561, ZR 46 n°179; H. LEEMANN, Die Haftbarkeit der Auskunfteien nach Gesetz- und Vertragsrecht, RSJ 5, p.69; E. BAUMANN, Die Verantwortlichkeit bei Auskunfterteilung, RNRF 20, p.65, 121.

[456] ATF 30 II 267, 41 II 82, 57 II 85, 68 II 302; cf. 395 CO *a contrario* et sur les conséquences du caractère délictuel de la responsabilité art. 8 CC, 41 et 97 CO, 55 CC, 55 et 101 CO, 60 et 127 CO.

les réponses à ses questions sont destinées au public en général; pour les mêmes motifs, il serait tout aussi gratuit de subordonner à une demande d'un auditeur une responsabilité de l'organisme qui peut tout autant se fonder sur la création d'un état de choses dangereux *(61)*.

§ 2. La faute

79. Pour apprécier si les sociétés de radiodiffusion par leurs organes et si leurs employés ont commis une faute, on tiendra compte du statut de l'organisme et des difficultés inhérentes à l'exercice de cette activité *(62)*. Une grande diligence sera exigée du titulaire d'une concession pratiquement exclusive pour un service public particulièrement important pour l'ensemble de la population[457]. Cela implique un contrôle rigoureux du choix, mais surtout de la formation et de la surveillance du personnel[457bis]. D'autre part, les nécessités propres à un tel service ne permettent pas d'éviter tout acte objectivement illicite: les besoins de l'information veulent que le public soit orienté rapidement sur les faits les plus importants, avant qu'il soit possible d'en vérifier l'exactitude; les émissions en «direct», qu'on ne peut condamner comme telles, comportent en elles-mêmes le risque de permettre la diffusion d'images ou de paroles regrettables.

Pour illicite qu'elle soit, l'information fausse n'est pas fautive lorsque l'organisme a fait preuve de la diligence requise[458]. Contrairement à certaines affirmations trop absolues[459], l'organisme n'est pas en mesure de contrôler toutes

---

[457] Norme administrative, l'art. 11 al. 1 i.f. conc. exige que la SSR s'assure de la licéité des programmes.

[457bis] LÖFFLER, Die Sorgfaltspflichten der Presse und des Rundfunks, NJW 1965, p. 942.

[458] BGH JZ 1967 p. 94, UFITA 50, p. 229, NJW 1966, p. 2010. (*65*).

[459] DEBBASCH, op. cit., p. 340 et trois arrêts cités par lui, notamment Paris 2.11.1957, RUER 54b, p. 43.

les informations transmises par les agences de presse. Il doit pouvoir se fier en principe à la documentation fournie par une agence réputée pour son sérieux, comme sur les renseignements donnés par une personne digne de foi sur une question qu'on ne peut pas vérifier autrement[460]. Mais il est des circonstances où il sied de se méfier même de nouvelles transmises par une agence réputée. Ce sera le cas notamment lorsqu'il s'agit d'une imputation grave et facile à vérifier ou lorsque le contenu même de la dépêche apparaît suspect[461]. Une attention particulière sera requise lorsque les faits relatés par l'agence ne se rapportent pas à des événements politiques importants; dans ce cas, en effet, la fonction d'information n'exige pas une diffusion immédiate, en sorte qu'une vérification est possible[462]. La radiodiffusion ayant pour particularités, à l'inverse de nombreux journaux, de s'adresser au public en général, pour une région territoriale étendue, et de ne pouvoir consacrer qu'une partie de son activité à l'information, elle doit se consacrer avant tout aux nouvelles d'intérêt général pour toute sa région; si les faits divers peuvent aussi intéresser son public, leur diffusion ne peut se réclamer des difficultés inhérentes à une information rapide. Lorsque la diffusion d'une information fausse n'est pas fautive, l'absence de rectification peut l'être et représenter en elle-même un acte illicite[463].

---

[460] ATF 29 II 678, SJ 1946 p. 228.

[461] ATF 32 II 504, 43 II 637, 82 IV 71.

[462] ATF 82 IV 77.

[463] ATF 59 II 150, SJ 1933, p. 507; cf. aussi ATF 33 I 302 et 91 II 407. Selon le principe général, celui qui crée un état de chose dangereux doit prendre les mesures nécessaires pour éviter la réalisation du dommage (*61*). Celui qui publie une information de la véracité de laquelle il n'a pu s'assurer crée un danger pour le cas où elle serait inexacte; si elle se révèle telle, la rectification est un moyen d'éviter le dommage en tout ou en partie; par ailleurs l'art. 28 al. 1 CC créant l'action en cessation de trouble même sans faute suppose une obligation de l'auteur de mettre fin au trouble même sans jugement, ce qui en l'occurrence peut se faire par la rectification.

§ 3. La qualité pour agir et pour défendre

80. L'action délictuelle appartient au lésé (art. 41 CO), comme l'action en cessation de trouble et en interdiction (art. 28 al. 1 CC). Lorsqu'elle est fondée sur la concurrence déloyale, les lésés peuvent être des concurrents ou des clients (art. 2 al. 2 et 3 LCD) et l'action est conférée en outre à l'association professionnelle chargée de la défense des intérêts matériels de ses membres, lorsqu'un de ceux-ci a qualité pour agir (art. 2 al. 3 LCD). Selon la jurisprudence, l'action fondée sur l'art. 28 CC peut aussi être exercée par l'association aux mêmes conditions, en tant du moins qu'il s'agit de la cessation du trouble[464], ce qui ne serait pas sans intérêt pour la défense d'auditeurs contre d'éventuelles atteintes illicites par l'organisme de radiodiffusion.

Personnes morales, les sociétés de radiodiffusion répondent de leurs actes illicites propres (art. 55 CC) et de ceux de leurs employés aux conditions de l'art. 55 CO. La difficulté est de savoir quelle société a agi *(15)* et par ailleurs si c'est elle-même ou son employé. On le recherchera *in concreto*, une infraction pouvant du reste être commise par plusieurs auteurs, soit comme co-auteurs, soit dans la relation d'instigateur ou de complice de l'auteur principal (art. 50 CO). Si le service des programmes est assuré par les sociétés régionales (art. 8 al. 1 conc.), la direction générale en incombe à la SSR par son directeur général (art. 11 al. 1 conc.) et les sociétés régionales diffusent leurs programmes sous la direction de la SSR (art. 11 al. 3 conc.). La SSR assume seule la diffusion des programmes sur ondes courtes (art. 11 al. 5 conc.)[465-466]. Lorsque l'émission est objectivement illicite, elle peut donner lieu à l'action de l'art. 28 CC et, en cas de

---

[464] ATF 73 II 67, 75 II 308; v. BÜREN, op. cit., p. 183 n. 54; MEYER, Das Verbandsklagerecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichtes, RSJ 44, p. 185; cf. pour le recours de droit public, ATF 93 I 127 et réf. cit.

[465] Dans l'arrêt ATF 62 II 246 c. 3, le TF admit la qualité pour défendre à la fois de la SSR et de la Radiogenossenschaft Bern, encore que celle-ci prétendît agir comme organe de la SSR, s'agissant

faute, à l'action en réparation du dommage matériel (art. 41 ss. CO) et du tort moral (art. 49 CO). La responsabilité délictuelle de la personne morale exige une faute d'un organe (art. 55 al. 2 CC). Selon la jurisprudence actuelle, est tenue pour tel la personne qui, en raison de la situation qu'elle occupe dans l'affaire et des pouvoirs qui lui sont dévolus par les statuts ou les règles qui régissent l'organisation interne de l'affaire, participe effectivement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale[467]. La société de surcroît répond *ex lege* des actes illicites de ses ouvriers et employés dans la mesure prévue à l'art. 55 CO. Eu égard à l'importance de l'atteinte qui peut être infligée à un particulier par la radiodiffusion et du risque inhérent à ce mode de publication, il n'est point satisfaisant que l'organisme de radiodiffusion puisse se décharger de sa responsabilité en établissant qu'il n'a commis aucune faute ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire (art. 55 al. 1 CO i.f.). En ce qui le concerne, la suppression de la preuve libératoire serait pleinement justifiée[468]. Au besoin, une règle spéciale pourrait être introduite sur la responsabilité civile de l'organisme de radiodiffusion[469], ce qui n'aurait rien

---

de la radiodiffusion des disques du commerce: l'action en cessation est dirigée contre tous ceux qui agissent de manière objectivement illicite.

[466] Si la situation de la Confédération, entreprise des PTT, qui assure la transmission technique des émissions (art. 17 conc.) peut être comparée à celle de l'imprimeur d'un journal – sur la responsabilité civile de celui-ci, ATF 64 II 14, 24, 72 II 307 –, sa responsabilité ne ressortit pas au droit privé, au sens propre, car elle n'agit pas à l'égal d'un particulier.

[467] ATF 81 II 226, 87 II 187, 88 II 527; la qualité d'organe y est niée pour un ouvrier ou un contremaître chargé d'une mission de surveillance et d'exécution, alors qu'elle a été admise pour l'ingénieur prenant des décisions importantes de façon indépendante, cf. M. Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, II, p. 491.

[468] Cf. Gilliard, Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 86 II, 1967, p. 295 et l'intervention de P. Jäggi, au congrès de la Société suisse des juristes en 1967; Riklin, op. cit., § 16 II.

[469] Cf. Bergström, La nouvelle loi suédoise sur les responsabilités

d'exhorbitant, la presse ayant aussi un statut particulier de responsabilité[470]. L'organe ou l'employé répond enfin à titre personnel (art. 55 al. 3 CC, 41 CO).

§ 4. La nature de la réparation[471]

81. Les modes de réparation prévus par le droit de la responsabilité peuvent aussi être envisagés à l'encontre de l'organisme d'émission (art. 28 CC, 41 ss. CO, 2 LCD).

Parmi les problèmes spécifiques à la radiodiffusion, figure celui de savoir dans quelle mesure le juge civil peut ordonner à l'organisme de radiodiffusion d'avoir un comportement déterminé dans ses programmes, sous forme positive (ordre de publier le jugement, une réponse, une rectification) ou d'abstention (interdiction). Aucune raison de principe ne s'y oppose, si, selon l'opinion dominante, le droit régalien ne s'étend pas au contenu des programmes et que celui-ci ressortit exclusivement au droit privé *(61)*. Acte administratif à effets internes *(61)*, la concession dont l'art. 13 al. 4 prévoit que «nul n'a le droit d'exiger la diffusion, par la radiodiffusion sonore ou par la télévision, d'œuvres ou d'idées déterminées, ni l'utilisation du matériel et des installations de la

---

à la radiodiffusion, RUER 104b, p. 43; cf. aussi RUER 51b, p. 21. Cette loi du 14. 12. 1966 protège l'anonymat, en créant pour chaque émission un secrétaire général d'émission, responsable de la licéité de l'émission, sauf dans certaines émissions «en direct»; l'organisme est solidairement responsable. J. Andenaes, Responsabilité légale en matière de programmes radiodiffusés (Norvège), RUER 71b, p. 31.

[470] L'art. 4 LCD vise la presse écrite. Norme d'exception en faveur de celle-ci (v. Büren, op. cit., p. 187) *de lege lata*, il ne devrait pas être interprété extensivement sans des raisons pertinentes qui ne nous paraissent pas exister. Si la nouvelle législation met l'organisme de radiodiffusion sur le même pied que la presse quant au droit au secret de rédaction, le régime de la responsabilité pénale et civile de l'organisme devra en tenir compte.

[471] R. Birkhahn, Rechtsweg bei Klagen gegen Rundfunk und Fernsehen auf Unterlassung und Widerruf, Monatschrift für deutsches Recht 1963, p. 636 ss.; Riklin, op. cit., § 15 ss.

SSR»[472], ne saurait priver une personne de droits subjectifs que lui reconnaît le droit positif.

Ainsi la publication du jugement, lorsqu'elle est justifiée, devrait pouvoir être ordonnée, suivant les cas, aussi bien dans la presse écrite[472bis] que par voie de radiodiffusion, mode singulièrement efficace de rendre publique une déclaration. Ce qui peut être imposé à la presse écrite, en cas d'abus de sa part, devrait pouvoir l'être tout autant à l'organisme de radiodiffusion.

Le problème est souvent évoqué de savoir si le lésé bénéficie d'un «droit de réponse» ou d'un droit à obtenir une rectification[473]. Il ne nous appartient pas de dire si et dans quelle mesure une telle prétention peut se fonder sur le droit administratif et être sanctionnée par la voie administrative[474]. Quelle que soit la portée de l'art. 13 al. 4 conc., nous n'apercevons pas de motif pertinent de reconnaître au lésé une prétention de droit civil à diffuser une déclaration de son cru. Il suffit que l'organisme ait l'obligation de rectifier une nouvelle inexacte et dommageable ou offensante sans raison[475], de manière à atteindre autant que possible le même public

[472] Comme le montre le texte de la concession, on a voulu par là garantir l'indépendance de la société d'émission tant à l'égard des particuliers que des autorités.

[472bis] Trib. corr. Seine 10.5.1967, Gaz. Pal. 1967.1.348.

[473] COMMENT, op. cit., p. 571; DEBBASCH, op. cit., p. 329 et réf. cit.; GILLIÉRON, op. cit., p. 165; GROSSEN, op. cit., II, p. 367 et réf.; G. HANSSON, Règles concernant le droit de rectification établies par les organismes nordiques de radiodiffusion, RUER 100b, p. 79; JACOTTET, RDS 67, 1948, p. 228a ss.; JÄGGI, RDS 79, 1960, p. 254a; A. GRASSI, Radiodiffusion et droit de rectification, RUER 89b, p. 39; NAMUROIS dans RUER 98b, p. 48; STRASCHNOV, Diffamation et droit de réponse en radiodiffusion, Bull. de docum. de l'OIR, p. 949 n° 29; cf. spécialement RIKLIN, op. cit., § 15 et 26 avec de nombreuses réf. jurispr. et bibl. surtout en droit allemand. En Allemagne, ce droit est reconnu de façon générale par les lois des Länder en la matière, D. KUPKE, Das Recht auf Gegendarstellung bei Hörfunk, Fernsehen und Film, FuR 1966, p. 236; J. GREIFF, Die Berichtigungspflicht des Rundfunks ... NJW 1950, p. 761.

[474] A ce sujet DE REDING, op. cit., p. 87.

[475] FF 1956 I, p. 1553; art. 2 al. 1 litt. c LCD.

(79 i.f.). Les programmes sont très limités par l'horaire et ce pourrait être une nouvelle cause de polémique – peu conforme à la fonction de l'organisme *(62)* – que d'autoriser la diffusion d'une déclaration du lésé. Enfin, s'il était reconnu, l'ordre judiciaire de publier compléterait à satisfaction les moyens de protection du lésé.

§ 5. Droit applicable dans l'espace. Lieu du délit

82. Le for de l'action dirigée en Suisse contre un organisme de radiodiffusion ne connaît pas de règle spéciale (dans les relations intercantonales: art. 59 Cst. sauf exception légale; à l'intérieur d'un canton: droit cantonal; dans les relations internationales: les conventions ou à défaut le droit cantonal).

Selon la jurisprudence fédérale, la *lex loci delicti commissi* est applicable en matière délictuelle, le lieu de l'action étant déterminé selon le principe de l'ubiquité[476]. Le lieu de l'action est relativement aisé à fixer[477]. Le lieu des effets semble plus difficile à situer: la radiodiffusion envahissant de ses ondes une partie du globe dépassant d'ordinaire les frontières nationales, un acte peut avoir des effets dommageables dans plusieurs états et, qui plus est, le dommage peut ne pas être éprouvé par le cercle des auditeurs mais par des tiers (par exemple ceux qui sont diffamés ou victimes d'actes de concurrence déloyale) sis éventuellement dans un ressort

---

[476] ATF 22 p. 486, 1170, 35 II 480, 43 II 315, 51 II 328, 66 II 167, 76 II 111, 82 II 163, 87 II 115, 91 II 123, 92 II 262; K. Troller, Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs, thèse Fribourg 1962, qui critique la théorie de l'ubiquité; Schönenberger/Jäggi, Introd. n. 325 ss., A. Froriep, Der unlautere Wettbewerb im internationalen Privatrecht, thèse Berne 1958.

[477] L'OG de Zurich a jugé que, s'agissant de l'interview transmise «en direct» à la télévision suisse, d'un médecin questionné dans son cabinet à Schaffhouse, le lieu de l'action déterminant pour appliquer les art. 7 et 346 CP, était Schaffhouse, RSJ 63, p. 173 n. 79; cf. Buser, RDS 51, 1932, p. 125a n. 85 p. 178a; Riklin, op. cit., § 21, III propose *de lege ferenda* l'extension de l'art. 347 CP (for en matière de presse) à la radiodiffusion.

territorial différent. La jurisprudence suisse n'a pas encore décidé à quel lieu il faut en ce cas donner la préférence, à titre exclusif, alternatif ou cumulatif[478]. Il est satisfaisant qu'on puisse exiger de celui qui accomplit des actes dont le rayon d'action direct s'étend sur plusieurs états, de faire en sorte d'en respecter la législation[479].

III. De l'action contractuelle ou quasi-contractuelle

83. Certains, à l'étranger[480], voire en Suisse[481], ont voulu voir un rapport de droit direct entre le concessionnaire à la réception et le concessionnaire à l'émission, permettant au premier de s'adresser au juge pour obtenir que le second

[478] Cf. ATF 92 II 267. Pour SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Introd. n. 336, l'effet du délit commis par voie de radiodiffusion est au lieu où s'est produite la violation du bien juridique protégé; en matière de concurrence déloyale, ce serait soit le lieu où les clients sont perdus soit le siège de la victime; en matière de violation des droits de la personnalité, le lieu où la victime a son principal centre. Admettre comme lieu des effets le siège de la victime ou son domicile aurait pour conséquence de faire dépendre la licéité d'un acte d'éléments entièrement fortuits et souvent imprévisibles pour l'auteur. Il suffit de penser à l'émission suisse perçue en Allemagne mais portant atteinte aux droits d'une personne ayant son siège ou son domicile au Japon.

[479] Lorsque l'émission est perçue dans un pays éloigné auquel elle n'est normalement pas destinée, même si la loi n'en est pas observée, il pourra ne pas y avoir de faute.

[480] Dans un procès instruit devant le Trib. gde. inst. Toulouse, les demandeurs reprochèrent à l'institut de radiodiffusion une émission de mauvais goût: Napoléon et ses maréchaux représentés à bicyclette et en culottes courtes fuyaient devant leurs ennemis. Les juges admirent leur compétence en tant que la demande était fondée sur des rapports contractuels en responsabilité, en raison de la gestion privée de l'institut, mais déclarèrent la demande irrecevable, faute d'intérêt juridique des demandeurs, ceux-ci n'étant pas usagers, pour n'avoir point payé la redevance. Un arrêtiste, approuvant la décision, estima qu'un recours au juge s'imposait pour faire respecter les droits attachés à la qualité d'usager, notamment celui au respect de l'égalité et de l'objectivité, D. 1965 J. 401, n. DEBBASCH et le même, op. cit., p. 343.

respecte ses obligations. Conformément à l'opinion dominante, on ne saurait admettre l'existence d'un rapport de droit privé, contractuel ou quasi-conctractuel, entre les deux sortes de concessionnaires, ayant pour objet la quantité et la qualité de l'émission[482]. L'un et l'autre ont un statut juridique découlant de la concession qui les lie à l'Etat; le rapport, de droit public, donne à l'un le droit d'émettre, à l'autre celui de recevoir les émissions. Concessions à l'émission et à la réception sont *res inter alios acta*. Un rapport direct de droit privé entre les deux sortes de concessionnaires ne pourrait se fonder que sur une stipulation pour autrui (art. 112 CO) de droit privé, contenue dans la concession accordée à la SSR, aux termes de laquelle le tiers qu'est l'usager pourrait demander directement à la SSR le respect d'une obligation de droit privé contractée en sa faveur (art. 112 al. 2 CO). La concession impose l'obligation d'émettre (art. 1 al. 2) et contient des règles strictes sur les programmes (art. 11 ss.); l'art. 13 al. 4 exclut un droit de quiconque sur le contenu de ceux-ci *(81)*. L'autorité fédérale se charge elle-même de surveiller l'exécution des obligations qu'elle impose (art. 4). Une certaine protection est assurée aux usagers par les statuts, soumis à l'approbation de l'autorité concédante (art. 6 al. 2 conc.), sans compter l'ouverture de la voie administrative. Cette protection de droit public permet d'exclure que l'autorité concédante ait entendu stipuler des droits privés en faveur des concessionnaires à la réception à l'encontre des concessionnaires à la diffusion[483].

---

[481] Ainsi COMMENT admet «un droit à une émission convenable de la part du poste émetteur national», dont l'inexécution pourrait donner lieu à une demande d'indemnité fondée sur l'art. 41 ou 62 CO, RJB 68, p. 569.

[482] MÜLLER, op. cit., p. 45; BIRCH, op. cit., p. 82; CASPAR, op. cit., p. 141; BUSER, RDS 51, 1932, p. 54a; DENZLER, op. cit., p. 43 ss.; GILLIÉRON, op. cit., p. 29; JACOTTET, op. cit., p. 42; RIKLIN, op. cit., § 9 II 2 I; id. RGZ 128, p. 330; ULMER, op. cit., § 41 I; C. d'appel Gênes, BullUER 1953, p. 711 et Cass. it. 17. 10. 1955, BullUER 1957, p. 181.

[483] Id. RGZ 128, p. 330.

L'ouverture d'une action civile contractuelle en exécution, réparation ou même fixation de droit ne répondrait du reste à aucune nécessité, ni en droit actuel, ni *de lege ferenda*. Bien aménagée, la voie de droit administrative[484] apparaît de loin préférable, en raison de ses formes, délais et frais beaucoup moins conséquents et de la plus grande unité de jurisprudence qu'elle permet de réaliser[485]. Ce serait au demeurant un non-sens que d'admettre simultanément deux voies différentes ayant le même objet et pouvant donner lieu à des décisions contradictoires.

IV. L'action en enrichissement illégitime

84. La recherche des droits du concessionnaire à la réception en cas de cessation d'émissions importante pendant la durée de la concession ne revêt qu'un intérêt théorique. L'usager ne pourrait avoir contre l'autorité de concession qu'une prétention de droit public[486]. Supposé qu'une telle créance existe, entraînant la réparation du préjudice, le concessionnaire à la réception ne pourrait plus se prétendre lésé dans une action dirigée contre l'organisme de radiodiffusion. Dans l'hypothèse contraire et dans la mesure où l'autorité concédante a transféré à l'organisme sa part des redevances, toutes autres conditions remplies, l'on pourrait envisager l'exercice d'une *condictio* (art. 62 CO) fondée sur le droit privé – en raison de la nature des deux sujets de droit et de l'absence de contrainte – ou sur le droit public – qui a présidé au double transfert de fonds[486]–; dans des circonstances particulières, la cessation des émissions pourrait entraîner une action délictuelle[487].

---

[484] A ce sujet BAUMANN, op. cit., p. 114 ss.; BIRCH, op. cit., p. 81.

[485] Cf. par exemple décisions du CF JAC 4 n° 14, 10 n° 236, 31 n° 16; BUSER, RDS 51 p. 60a ss.; en France, DEBBASCH, op. cit., p. 351 et Le droit à l'antenne, D. 1967 chr. 19.

[486] ATF 90 II 423.

[487] COMMENT, RJB 68, p. 569.

Chapitre 4

LA RÉCEPTION DES ÉMISSIONS

I. La protection assurée à la réception

§ *1. En général*

85. Les normes du droit administratif et du droit privé concourent à protéger le concessionnaire à la réception. Si les premières l'emportent en importance pratique, les autres lui permettent de faire respecter ses droits par les particuliers.

Les droits de la personnalité (art. 28 CC) comprenant tout ce qui sert à individualiser une personne et qui mérite la protection de la loi d'après les nécessités de la vie en société et les usages reçus *(63)*, dans les conditions actuelles de la vie en société, on doit y ranger le droit de percevoir les émissions radiodiffusées aux conditions légales. C'est un des moyens importants permettant à la personne physique d'exercer sa liberté de mouvement et de décision par la source d'information, de distraction et d'émotion artistique qu'elle représente[488]. D'autre part, dans les relations de droit privé, les personnes ne doivent pas empêcher un comportement autorisé par le droit public[489], notamment l'exercice d'une activité autorisée par l'Etat.

---

[488] Il n'est guère douteux que ces facultés soient tenues pour des libertés individuelles garanties par le droit non écrit de la Constitution (ATF 87 I 114, 89 I 92, 90 I 29, 91 I 480), cf. les art. 19, 26 et 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, des Nations Unies du 10.12.1948 et l'art. 10 de la Convention européenne. HUBER, avis de droit précité, p. 42, admet le droit «des freien Meinungsempfangs»; NAMUROIS, Quelques aspects du droit à l'information, RUER 59b, p. 25.

[489] ATF 86 II 205–206.

§ 2. Des moyens de droit privé contre les perturbations[490]

86. Dans notre pays, à l'inverse de certains états voisins[491], la lutte contre les parasites n'a guère occupé les juges civils, grâce à l'efficacité des mesures préventives et des sanctions administratives.

Sur le plan civil, le lésé pourra invoquer la protection pétitoire (art. 679, 684 CC), possessoire (art. 928 CC), aquilienne et celle fondée sur les intérêts personnels (art. 28 CC), voire sur l'abus de droit (art. 2 CC). L'illicéité résultera en général des normes administratives, à défaut, des principes généraux, notamment d'un défaut de précaution de celui qui crée un état de chose dangereux *(61)*. Le juge pèsera les intérêts en présence. La responsabilité pourra être contractuelle, notamment entre bailleur et preneur.

§ 3. Du droit à l'antenne[492]

A. Dans le bail

87. Du temps où, pour jouir d'une audition radiophonique suffisante, il était nécessaire de disposer d'une antenne extérieure, le problème se posa de savoir si, dans le contrat de bail à loyer, le preneur pouvait exiger du bailleur qu'il autorisât la pose d'une antenne extérieure. La solution généralement donnée fut la suivante. Il faut s'en tenir en premier lieu à la lettre du contrat, lorsqu'elle autorise ou exclut

---

[490] Buser, Der Störungsschutz nach schweizerischem Recht, Archiv für Funkrecht 5, p. 309–333, Der Störungsschutz in der Schweiz, Archiv für Funkrecht 8, p. 8, RDS 51, 1932, p. 135a; Debbasch, op. cit., p. 505 et réf., p. 534; Comment, RJB 60, p. 558; Gilliéron, op. cit., p. 101; W. Hulfersohn, Abwehransprüche gegen Fernsehstörungen durch Reflektoren, NJW 1961, p. 1448; H. Zurbrügg, Die Radiostörungen als Rechtsproblem, thèse Berne 1939.

[491] En France, Gaz. Pal. 1930. 1. 609, 1933. 1. 599, S. 1937. 1. 243.

[492] Buser, RDS 51, 1932, p. 95a; Chamrath, Problèmes juridiques relatifs à l'antenne extérieure, RUER 50b, p. 23; Debbasch, op. cit., p. 500; Gilliéron, op. cit., p. 53; W. Lane, Die Rundfunkantenne im Recht, thèse Tübingen 1957.

la pose d'une antenne. En cas de silence du contrat, les solutions proposées ou adoptées différaient quelque peu: pour certains le preneur, pour autant qu'il en supportât les frais, avait en principe droit à l'antenne extérieure[493], alors que d'autres affirmaient plutôt qu'il fallait en décider de cas en cas, en procédant à une équitable pesée des intérêts en présence[494].

Les progrès de la technique ont fait perdre à ce problème son intérêt pratique et en ont aussi changé la donnée. D'ordinaire le concessionnaire n'a plus besoin d'une antenne extérieure pour obtenir une bonne audition. De plus, celui qui peut être relié au réseau téléphonique, peut obtenir un abonnement de télédiffusion. On n'imagine plus que des cas très particuliers dans lesquels le preneur aurait un intérêt digne de protection à obtenir, malgré le silence du contrat, l'autorisation de poser une antenne extérieure[495].

Par contre, le problème a acquis une nouvelle actualité à propos des antennes de télévision et il conservera de l'intérêt tant que celles-ci seront nécessaires. Il se pose d'une manière un peu différente, en raison des conditions techniques. La réception des programmes des émetteurs proches peut s'obtenir au moyen d'antennes extérieures de dimensions modestes, parfois même d'antennes incorporées ou intérieures. En revanche, une réception suffisante des ondes en provenance d'émetteurs éloignés exige une antenne d'un poids et d'une dimension considérables. La réception dépend en outre beaucoup des conditions locales.

---

[493] Par exemple Buser, RDS 51, 1932, p. 109ss.; Comment, RJB 68, p. 555–558; Gilliéron, op. cit., p. 58.

[494] Par exemple Buser, RDS 51, 1932, p. 645a.

[495] Par exemple en raison de l'endroit où la réception des ondes est particulièrement mauvaise et où l'on ne dispose pas de téléphone ou en raison de la profession du preneur, exigeant l'audition d'émetteurs spéciaux. Le trib. Hambourg a reconnu le droit à une antenne extérieure pour la réception des ondes ultra-courtes à un locataire qui ne pouvait pas avoir une bonne audition par les ondes moyennes, BullUER 1954, p. 57.

En droit suisse, le droit éventuel du preneur ou fermier à l'antenne ne peut se fonder que sur le contrat de bail[496] en ses clauses expresses ou tacites, au besoin en en comblant une lacune[497]. La détermination de la volonté commune ou hypothétique des contractants se fera d'après les circonstances particulières. D'une manière générale, dans les conditions actuelles, au vu de l'importance prise par la télévision dans la vie d'un nombre sans cesse grandissant de foyers, comme moyen d'instruction et de distraction, on pourra, dans le doute, présumer en fait que le preneur n'a pas voulu se priver de la possibilité de capter, comme tant d'autres, les émissions de télévision des émetteurs les plus rapprochés et que le bailleur n'a pas non plus voulu l'en frustrer. Il faut de même présumer en fait que, dans un tel contrat conclu à titre onéreux, le bailleur n'entend ni subir lui-même un dommage ni courir un risque non couvert, en raison de sa responsabilité de propriétaire de bâtiment (art. 58 CO) *(95)* ou contractuelle à l'égard de tiers. Il en découle que, d'ordinaire, le bailleur n'est pas censé consentir à la pose d'une antenne extérieure, si celle-ci n'est pas nécessaire à la réception des programmes des émetteurs proches ou s'il est possible au preneur de se raccorder à une antenne préexistante, individuelle ou collective. D'autre part, dans un contrat à titre onéreux comme le bail à ferme ou à loyer, le bailleur n'est pas censé faire une libéralité à son cocontractant; son accord ne peut être présumé que dans la mesure où il n'en découle pas pour lui une charge supplémentaire (paiement par le preneur ou

---

[496] L'usage, invoqué par certains (COMMENT, RJB 68, p. 556), ne peut être source de droit que si la loi s'y réfère ou si les parties l'admettent comme droit conventionnel (art. 5 CC, ATF 47 II 163, 76 II 50, 83 II 522, 86 II 257, 91 II 356; LIVER ad 5 n. 73, 78, 79). Si le droit de capter les ondes en provenance de l'éther est un droit de la personnalité *(85)*, l'exercice en suppose en principe le respect de la légalité et notamment des droits d'autrui (ATF 50 I 164; EGGER ad 28 n. 53); s'il est pratiquement possible dans le cadre de l'ordre juridique, il ne saurait autoriser une atteinte à la propriété des tiers.

[497] Selon les règles de la bonne foi et la volonté hypothétique des parties, cf. ATF 90 II 243.

fermier des frais d'installation avec des garanties suffisantes de sécurité, puis de remise en état complet, prise en charge par lui des conséquences d'un dommage éventuellement causé par l'antenne, sous forme par exemple du paiement des primes d'une assurance en responsabilité civile; au besoin garanties réelles ou personnelles à ce sujet).

Faut-il accorder de plein droit au locataire la faculté d'installer une antenne, lorsque le propriétaire ne fait pas installer une antenne collective[498] ? Il ne semble point qu'il y ait urgence à introduire, par voie législative, une telle restriction à la liberté des contrats[499], d'autant que les conditions techniques sont susceptibles de se modifier rapidement et que la collectivité n'a pas d'intérêt à encourager les antennes individuelles. Il en est de même d'un éventuel droit impératif de tout locataire immobilier au raccordement à un réseau communautaire de distribution.

B. Entre voisins

88. Dans les relations entre propriétaires[499bis] voisins, les art. 691 à 693 CC permettent d'obtenir contre indemnité le droit d'utiliser le fonds d'autrui pour la pose «d'aqueducs, de drains, tuyaux de gaz et autres, ainsi que de conduites aériennes ou souterraines». La jurisprudence fédérale tient l'énumération pour exemplaire: «ce qui caractérise les conduites visées par la loi, c'est que le propriétaire grevé a pour seule obligation essentielle de tolérer sur son fonds leur installation stable servant à des fins d'autrui et n'est pas gêné par l'exploitation de l'installation une fois terminée»[500]. A cet égard, un fil d'antenne peut sans doute

---

[498] Comme l'ont fait par exemple la France par loi du 6.7.1966, la principauté de Monaco (BullUER 1956, p. 568) et l'Espagne, RUER 48b, p. 29.

[499] Dans un marché ne comportant pas de pénurie de logements, la faculté devrait être laissée au propriétaire de s'opposer à l'érection d'une antenne sur son toit.

[499bis] HAAB ad 691–3 n. 3; LEEMANN ad 691 n. 10.

[500] ATF 71 II 85, trad. JdT 1945 I 515, n. CH. KNAPP.

être traité comme une conduite électrique et une modeste antenne n'est pas plus gênante qu'un poteau électrique.

Si l'on applique ces dispositions à l'antenne, le juge pourra, après avoir pesé les intérêts en présence, reconnaître un droit de conduite sur le fonds d'autrui. Une telle prétention peut être utile pour capter les ondes de télévision lorsque leur réception directe n'est pas possible ou est troublée par la présence d'installations tierces[501].

§ 4. L'appareil récepteur dans la poursuite

89. Vu l'importance prise par la radiodiffusion dans la vie sociale et dans celle de presque chaque habitant, on peut se demander si, dans la poursuite pour dettes, il ne conviendrait pas – *de lege lata* ou *de lege ferenda* – de laisser au débiteur un poste récepteur comme bien insaisissable[502]. A notre connaissance, cela n'a pas été admis en Suisse à ce jour[503].

Dans certains cas exceptionnels, l'appareil récepteur pourrait être tenu pour un instrument de travail (art. 92 ch. 3 LP). Les invalides, attachés à une religion, incapables de se rendre à des manifestations religieuses mais ayant l'habitude d'y participer à distance grâce aux cultes diffusés par les ondes devraient aussi pouvoir invoquer l'insaisissabilité de leur poste récepteur, en tant qu'objet de culte (art. 92 ch. 2 LP)[504] – non par nature mais par affectation –; le poste de radio étant suffisant à cet effet, le débiteur ne devrait pas pouvoir invoquer l'insaisissabilité d'un poste de télévision utilisé dans le même but.

---

[501] HULFERSOHN, ibid.

[502] Sur le poste récepteur en détention préventive en Allemagne cf. BVerfG, NJW 1963, p. 755, OLG Hambourg, NJW 1962, p. 1633.

[503] R. Joos, Handbuch für die Betreibungsbeamten der Schweiz, p. 156. En Allemagne, par contre, le débiteur n'est pas privé de son poste de radio, mais on ne lui laisse pas celui de télévision, sauf cas spéciaux d'infirmité, STEIN-JONAS-POHLE 16e éd. § 811 IV 1 A; WIECZOREK, ZPD § 811, D IIIb 2; LG Aurich, NJW 1962, p. 1779, 1965, p. 1387, FuR 1965, p. 220.

[504] ATF 30 I 168, 61 III 45, 88 III 48.

D'une manière plus générale, l'insaisissabilité d'un récepteur ne pourrait être admise – outre les cas où sa valeur probable de réalisation ne justifierait pas la saisie (art. 92 ch. 1 LP i.f.) – que si l'on pouvait le tenir pour un effet personnel, un ustensile de ménage ou un meuble indispensable au débiteur et à sa famille (art. 92 ch. 1 LP). Est indispensable, ce que chacun, d'après les idées courantes, doit posséder, notion relative, fonction des mœurs et du niveau de vie[505]; tel bien tenu pour un luxe lors de l'adoption de la loi, peut par la suite devenir indispensable[506]. Plusieurs raisons donnent à penser que dans un avenir point trop éloigné, le droit suisse reconnaîtra au débiteur saisi la faculté de conserver un petit poste de radiodiffusion. En effet, sur une population de près de six millions d'habitants, le nombre des concessions d'appareils récepteurs s'élevait à fin 1967 à 1 725 341, sans compter les récepteurs clandestins; c'est dire que presque chaque foyer dispose d'au moins un poste, dont la possession ne peut plus être tenue pour un luxe. D'autre part, le marché offre actuellement de petits appareils récepteurs portatifs neufs à des prix fort modiques[507]. Déclarer insaisissable un poste récepteur de radiodiffusion ne représenterait donc pas un gros sacrifice pour le créancier, lequel selon le principe général de substitution pourrait offrir en remplacement un appareil plus modeste au débiteur qui en posséderait un ayant une valeur de réalisation plus élevée[508]. Enfin, la jurisprudence admet déjà, dans le cadre de l'art. 93 LP, qu'il faut aussi laisser au débiteur saisi une petite somme pour l'occupation de ses loisirs et de ses besoins culturels[509];

---

[505] JAEGER ad 92 n. 7.

[506] FRITZSCHE, Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, I, p. 167; ainsi la machine à laver, considérée encore par JAEGER ad 92 n. 7 comme n'étant pas indispensable, a été reconnue insaisissable dans l'arrêt ATF 86 III 7 à certaines conditions point trop restrictives.

[507] Nous avons par exemple vu des appareils neufs depuis Fr. 29.– dans un grand magasin.

[508] ATF 82 III 153, 86 III 8 et les arrêts cités.

[509] ATF 81 III 98.

lui laisser un petit appareil de réception tendrait au même but. Le texte légal actuel, volontairement souple et laissant un large champ à la jurisprudence, permettrait ce résultat. En revanche, selon l'opinion courante actuelle, chacun ne doit pas posséder un téléviseur: les concessions sont moins nombreuses, les appareils sont sensiblement plus chers et les besoins de distraction et de culture que la télévision permet de satisfaire peuvent l'être en général par la radiophonie.

II. L'usage abusif des appareils de réception

§ 1. Le bruit

90. La lutte contre le bruit provoqué par les récepteurs ne pose pas non plus de problèmes spécifiques. Ici aussi, elle est assurée en premier lieu par les normes de droit administratif et notamment de police, destinées à assurer la tranquillité publique, avec les sanctions pénales qui y sont prévues. Dans bien des cas, elles sont seules à même de produire le résultat escompté. Ce sont elles en particulier qui devraient permettre d'empêcher les récepteurs (portatifs) privés d'importuner ceux qui ne désirent pas l'être dans les lieux publics, ainsi que dans les forêts et pâturages ouverts à l'accès du public (art. 699 CC); là où cette protection n'existe pas encore, on peut espérer que les législateurs cantonaux (communaux) la fourniront sans trop tarder.

En droit privé, le lésé peut se prévaloir *mutatis mutandis* des mêmes dispositions qu'à l'encontre des perturbations aux ondes de radiodiffusion *(86)*[510]. Dans le bail portant sur

---

[510] HAAB ad 684 n. 24; OFTINGER, Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts. Entwicklungen im Recht der Lärmbekämpfung, RSJ 55, p. 97 ss., 117 ss., Les armes juridiques dans la lutte contre le bruit, JdT 1960, I, p. 466 ss., Lärmbekämpfung in rechtlicher Sicht, RJB 100, p. 101 ss.; L'abus de radio dans Rev. tri. droit civ. 1962, p. 100; Gaz. Pal. 1961. 1. 156; l'art. 28 CC protège la santé si ce n'est la seule tranquillité personnelle, OFTINGER, RJB 100, p. 109; STARK ad 928 n. 21.

un appartement, l'excès de bruit nuisible à la santé physique et nerveuse du preneur ou des siens peut, suivant les cas, être une circonstance rendant la chose impropre à l'usage promis (art. 254 al. 2 CO), constituer un défaut dangereux pour la santé (art. 254 al. 3 CO), voire une circonstance grave rendant intolérable la continuation du bail (art. 269 CO), causes légales permettant de demander l'exécution, une réduction du loyer, la réparation du dommage ou de résilier[511]. Provoqué par le preneur, le bruit radiophonique excessif est une violation de l'art. 261 al. 1 CO l'obligeant à des égards en faveur des autres habitants, avec comme sanction l'obligation d'exécuter, de réparer le dommage et au besoin la résiliation.

§ 2. La réception sans concession

91. La réception privée sans concession n'est un délit que contre l'Etat, entreprise des PTT, sans action délictuelle des lésés indirects *(58)*, ni des auteurs, la réception privée n'étant pas soumise à leur droit *(57)*.

La réception publique sans concession est un délit à la fois contre l'Etat et contre les auteurs, si ceux-ci n'y ont pas consenti *(39)*. La situation de l'organisme de radiodiffusion et des autres lésés indirects est la même que ci-dessus dans la mesure où cette réception publique pourrait faire l'objet d'une concession[512].

§ 3. Cas d'illicéité de la réception même conforme à la concession

92. a) Le droit de communication publique de l'œuvre radiodiffusée, appartenant à l'auteur, est violé par le concessionnaire à la réception publique chaque fois qu'il transmet une œuvre radiodiffusée sans l'autorisation préalable

---

[511] BECKER ad. 254/255 n. 18 ss.; OFTINGER, RSJ 55, p. 117 ss.
[512] *Contra* BUSER, RDS 51, 1932, p. 215 a.

de l'auteur *(39, 49)*. Les motifs qui ont provoqué la scission, quelque peu artificielle, du droit d'auteur en radiodiffusion ne devraient pas être retenus en faveur des autres personnes dont la prestation est utilisée par l'émission, car leur accord avec la radiodiffusion devrait être compris comme valant consentement à la réception aux conditions autorisées par les concessions. Si cette utilisation n'a pas été consentie mais était licite, la réception conforme à la concession l'est également, même si elle implique une nouvelle diffusion en cas de réception publique *(51ss.)*.

93. b) Lorsque l'acte de radiodiffusion est lui-même illicite, la communication de la production radiodiffusée (en public et parfois même en privé), en tant qu'impliquant un nouvel acte de diffusion, pourra être également illicite. Sans doute la faute sera-t-elle exclue, si on ne peut raisonnablement exiger de l'auteur de l'acte un autre comportement.

La communication d'une production radiodiffusée en elle-même licite pourra encore être illicite lorsqu'elle est contraire à un impératif juridique, notamment à une obligation légale de veiller à l'éducation et à la santé physique et psychique de tiers, en particulier d'enfants (par exemple art. 159, 275, 331, 332, 405 CC) *(75, 76)*.

Si aucune norme n'interdit cette diffusion, les tiers qu'elle pourrait léser n'ont aucune action. Aussi la réception publique, conforme à la concession, ne saurait être en elle-même un acte déloyal de concurrence à l'égard d'autres commerçants[513].

---

[513] Il y a quelques années, le Trib. comm. Seine a rejeté la demande d'un exploitant de salle de cinéma, qui se plaignait de ce qu'un commerçant voisin diffusât dans un établissement public sur son téléviseur le même film que celui qu'il projetait dans sa salle, D. 1963 Somm. 107.

III. Le dommage causé par les installations de réception

§ 1. L'électricité

94. L'utilisation du courant électrique, exigée en général par les appareils de réception, crée un risque, dont la réalisation peut être dommageable. La responsabilité causale instituée par la loi sur les installations électriques du 24 juin 1902 n'est pas applicable aux installations intérieures (art. 41), soit les ouvrages établis dans l'intérieur des maisons, dépendances et locaux adjacents, qui utilisent le courant autorisé dans de tels cas (art. 16)[514]. Par ailleurs les récepteurs, du moins quand ils sont mobiles et reliés par des fils amovibles, ne présentent pas la stabilité nécessaire pour pouvoir être considérés comme des ouvrages au sens de l'art. 58 CO. En cas de lésion provoquée par le courant électrique provenant d'une telle installation, la responsabilité délictuelle d'une personne ne pourra être engagée qu'aux conditions de l'art. 41 CO. Comme tout détenteur d'un appareil électrique, celui d'un poste récepteur doit prendre des précautions suffisantes pour empêcher une électrocution ou un incendie (ne pas enlever des dispositifs de protection, les réparer lorsqu'ils sont défectueux ou en faire poser lorsqu'ils manquent); suivant les cas, il doit compter avec l'inexpérience et l'inattention d'enfants, de vieillards ou de débiles *(61)*.

§ 2. L'antenne

95. La nécessité de recourir à des antennes extérieures d'une dimension et d'un poids considérables, placées aussi haut que possible, rend actuel l'examen des rapports de responsabilité vis-à-vis des tiers. Par place, les toits se couvrent

---

[514] Cette exonération a été inspirée par la considération que les installations intérieures sont assez peu dangereuses et que les intéressés sont au courant des risques relativement faibles qu'elles impliquent, ATF 37 II 105, 63 II 115, 84 II 50; OFTINGER, op. cit., II, p. 407 ss.

d'une forêt d'antennes. On apprend de temps à autre que l'une d'elles est tombée.

Le lésé peut rechercher celui qui par sa faute a provoqué le dommage (art. 41 CO), qu'il soit installateur[515], maître de l'ouvrage ou une tierce personne[516], l'illicéité pouvant résulter de l'inobservation d'une prescription administrative ou du principe général de diligence *(61)*. Il peut de même invoquer la responsabilité de l'art. 58 CO, que l'antenne soit partie intégrante ou accessoire du bâtiment, ou qu'elle représente un autre ouvrage au sens de cette disposition[517]. Le débiteur de l'obligation est le propriétaire du bâtiment lorsqu'il pose une antenne à son usage ou une antenne collective à celui des habitants du bâtiment. Qu'en est-il lorsqu'un habitant installe pour son compte et à son propre usage une antenne sur un bâtiment qui ne lui appartient pas ? Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la nature juridique en droits réels n'est pas décisive pour définir quel est le propriétaire au sens de l'art. 58 CO ; est tenu pour tel celui qui établit un ouvrage sur le fonds d'autrui sur la base d'une convention de précarité ; il en est de même lorsque différentes parties d'une installation ont des propriétaires différents tout en formant une unité fonctionnelle ; la responsabilité est encourue par le propriétaire de la partie la plus importante, à savoir celle qui apparaît comme constitutive de l'ouvrage dans son ensemble[518]. Sur la base de ces principes, l'antenne individuelle peut être tenue, fonctionnellement, pour un accessoire de l'installation principale que représente le poste récepteur et son propriétaire, aussi propriétaire économique de l'antenne, peut également en être considéré comme le

---

[515] Cf. ATF 35 II 244 (crochet mal fixé sur un toit).

[516] ATF 90 II 11 (pylône déboulonné par des enfants).

[517] Quand l'antenne est fixée à demeure au sol, soit directement, ATF 26 II 837 (poteau téléphonique), OFTINGER, op. cit., II, p. 32, 58, 77, soit par l'intermédiaire d'un bâtiment, ATF 90 II 229.

[518] ATF 43 II 659, 48 II 479, 63 II 97, 74 II 156, 79 II 78. Quand l'antenne du preneur posée sur l'édifice du bailleur devient-elle propriété de celui-ci ? Cf. OG Lucerne, RSJ 63 p. 207 n° 108.

«propriétaire» au sens de l'art. 58 CO[519], alors même qu'elle serait devenue partie intégrante ou accessoire de l'immeuble. Pour déterminer s'il y a défaut de construction ou d'entretien, on se montrera d'autant plus exigeant quant aux normes de sécurité à observer que les antennes, exposées à des efforts considérables, représentent un grand risque pour autrui; elles doivent être à même de résister à des tempêtes anormalement fortes; le cas de force majeure ne devra être admis que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. Lorsque le «propriétaire» de l'antenne ne l'est pas du bâtiment, la mauvaise fixation est-elle un défaut du bâtiment, de l'antenne ou des deux? La jurisprudence enseigne que pour déterminer l'étendue d'un ouvrage, il faut s'en tenir surtout aux circonstances du cas particulier[520]. Sous cette réserve, certaines remarques générales sont possibles. L'utilisation du bâtiment permet de placer l'antenne à une plus grande hauteur, ce qui en augmente d'autant le risque; une part du danger est donc due au bâtiment et lui est propre; si l'on tient qu'un bâtiment ou un ouvrage est défectueux lorsqu'il n'offre pas une sécurité suffisante pour l'usage auquel il est destiné[521], il faut reconnaître que l'un des buts assignés aux bâtiments est de permettre aux habitants, aux visiteurs ou aux passants d'en parcourir les alentours sans danger; il ne serait pas atteint si le bâtiment tenait lieu de support à une antenne mal fixée[522]. La responsabilité causale du tiers «propriétaire» de l'antenne peut aussi être envisagée; la destination de l'antenne voulant souvent qu'elle soit fixée à un endroit élevé (certaines d'entre elles, par leurs poids et dimensions, pourraient causer un dommage, en cas de chute, même si elles étaient fixées directement au sol), en tant qu'ouvrage, elle comporterait un défaut si elle n'offrait pas une

---

[519] COMMENT, RJB 68, p. 557.

[520] ATF 79 II 78.

[521] ATF 88 II 420, 84 II 266 et réf. cit.

[522] Cf. ATF 79 II 78 (défaut d'entretien ou de construction d'une route en raison d'une borne d'«hydrant», propriété d'un tiers, se trouvant sur la chaussée).

sécurité suffisante pour cet usage. Rien ne s'oppose, le cas échéant, à un concours de deux responsabilités causales fondées sur l'art. 58 CO[523].

[523] TF dans SJ 1943, p. 385, JdT 1943 I, p. 434, cons. non publiés dans ATF 69 II 89; BECKER ad 51 n. 3, 11; OSER/SCHÖNENBERGER ad 51 n. 4, 19; OFTINGER, op. cit., I, p. 300 ss., 307 ss.