

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: 118 (1999)

Heft: 2

Artikel: Information et protection des intérêts personnels : les publications des médias

Autor: Cherpillod, Ivan

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895813>

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: 15.04.2026

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

Information et protection des intérêts personnels :

Les publications des médias

Ivan Cherpillod, Dr en droit, avocat, professeur à l'Université de Lausanne

Table des matières

Table des abréviations	91
I. <i>Introduction</i>	93
II. <i>L'information</i>	94
III. <i>Les droits de la personnalité</i>	96
A. Le contenu des droits	96
1. Le droit au nom et aux autres signes d'identification	97
2. Le droit à l'image et à la voix	98
3. Le droit à la vie privée	100
4. Le droit à l'honneur	102
5. Droit sur les événements de sa vie (<i>Recht am eigenen Lebensbild</i>)	104
6. Droit à l'oubli	104
7. Autres droits de la personnalité sociale	105
8. Le droit au respect des proches	106
9. Le cas des personnes morales	107
B. L'atteinte illicite et la balance des intérêts	108
1. Généralités	108
2. Reportage «anonyme» ou «identifiant»	111
a) <i>Respect de l'anonymat</i>	111
b) <i>Application de la notion de «personnes de l'histoire contemporaine» ou du critère de «l'exposition»?</i>	113
c) <i>Critère de «l'exposition»</i>	117
3. Les faits et opinions: le rapport à la vérité	126
4. Résumé	129
IV. <i>La loi sur la protection des données</i>	131
A. L'application de la loi aux médias	131
B. Publication de données traitées en violation de la LPD	135
C. Résumé	138
V. <i>La loi contre la concurrence déloyale</i>	139
A. L'application aux médias	139
1. En général	139
2. La jurisprudence	141
3. La doctrine	143

B. Cas d'application au travail journalistique	144
1. Délimitation	144
2. Dénigrement	145
3. Déclarations trompeuses	147
4. Comparaisons illicites	149
5. Divulgence de secrets d'affaires	151
C. Inadéquation de la LCD	154
D. Application du droit commun?	157
E. Résumé	162
VI. <i>Les moyens de droit</i>	162
A. Les actions	162
1. Actions en prévention et en cessation de l'atteinte . . .	163
2. Action en constatation de droit	163
3. Action en publication du jugement ou d'un rectificatif	164
4. Action en dommages-intérêts	164
5. Action en réparation du tort moral	166
6. Action en délivrance du gain	167
B. Le droit de réponse	169
1. Rappel des principes	169
2. Quelques observations critiques	173
C. Le droit d'accès aux données détenues par un média . . .	175
1. Le droit d'accès	175
2. L'action en exécution du droit d'accès	178
3. L'action tendant à l'accès à des données comme mesure défensive de la personnalité	179
4. Exercice du droit d'accès par voie provisionnelle? . .	182
D. Les mesures provisionnelles	183
1. Le régime général	183
2. Le régime particulier en faveur des médias	186
VII. Conclusions	189
Bibliographie	193

Table des abréviations

aCP	Ancienne disposition du Code pénal suisse
ACP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
aLCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (= BGE)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bull. stén. CN	Bulletin sténographique du Conseil National
Bull. stén. CE	Bulletin sténographique du Conseil des Etats
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (= ZGB)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme)
cf.	<i>conferre</i>
ch.	Chiffre(s)
CO	Code fédéral des obligations des 30 mars 1911/18 décembre 1936
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937
éd.	édition
édit.	éditeur(s) (= Hrsg.)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
(f)	(arrêt rédigé en) français
FF	Feuille Fédérale
FS	Festschrift
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Inland-Teil)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Auslands- und Internationaler Teil)
ibid.	<i>ibidem</i>
JCP	Juris-Classeur Périodique (La Semaine juridique)
JT	Journal des Tribunaux
JZ	(deutsche) Juristen-Zeitung
LCD	Loi fédérale sur la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (= UWG)
litt.	lettre(s)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (= DSGVO)

LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 4 octobre 1991
n.	note(s)
n°	numéro(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993
p.	page(s)
para.	paragraphe
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
RDS	Revue de droit suisse
RPS	Revue pénale suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la société des juristes bernois
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
spéc.	spécialement
s. (ss)	et suivant(e)(s)
SIC!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SJ	La Semaine Judiciaire
SSR	Société suisse de radiodiffusion et télévision
TF	Tribunal fédéral
trad.	traduction
vol.	volumes(s)
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

I. Introduction

A l'évidence, le sujet « information et protection des intérêts personnels » est si vaste qu'il appelle d'emblée une délimitation. Nous le restreindrons ainsi aux problèmes liés à la protection des personnes privées contre la publication d'informations les concernant par tous médias. Nous nous concentrerons ainsi sur la protection de la personnalité face à la publication d'informations, en laissant de côté les questions relatives aux conditions d'accès à l'information et de collecte de celle-ci. Par conséquent, nous ne traiterons de la protection des données que d'une manière incidente (toujours en relation avec la publication d'informations seulement). Nous laisserons également de côté l'information publicitaire, qui suscite d'autres questions le plus souvent¹.

Quant aux médias envisagés, il s'agira des mass media traditionnels (presse et autres produits de l'imprimerie, radio, télévision), sans oublier les nouvelles formes de communication offertes par Internet.

Nous n'examinerons que les moyens de droit privé pouvant protéger les personnes concernées, ce qui nous amènera notamment à exclure de notre étude les procédures liées à la violation d'obligations imposées par une concession de droit public (en particulier la procédure auprès de l'autorité indépendante d'examen des plaintes instituée par la loi sur la radio et la télévision).

Nous nous tournerons donc essentiellement vers les droits de la personnalité, mais sans oublier certains aspects relatifs à la protection des données et à la concurrence déloyale (en particulier l'application de la LCD aux médias).

Assurément, la protection de la personnalité face aux médias n'est pas un nouveau sujet. Ce thème avait déjà préoccupé la Société Suisse des Juristes en 1960². En outre, l'évolution liée aux moyens offerts par l'informatique et les atteintes à la vie privée causées par la presse de boulevard, notamment, ont été à l'origine de la révision des articles 28 et suivants CC³. On aurait donc tort de croire que les débordements des paparazzi et de l'informatique seraient des phénomènes récents, qui n'auraient pas fait partie des préoccupations du législateur. Toutefois, l'abondance de la littérature juridique consacrée au sujet, les nouvelles technologies de communication et la perspective de la « société de l'information » justifient que l'ouvrage soit perpétuellement remis sur le métier.

1 Nos remerciements s'adressent à Mmes Tania Bron et Caroline Paquier, assistantes, pour leur aide dans la préparation de ce rapport.

2 Voir les rapports de GROSSEN et de JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 1a ss et 133a ss.

3 TERCIER, p. 8.

Mais au préalable, il paraît opportun de voir si l'information peut revendiquer pour elle-même un statut particulier (ou privilégié). C'est à cette question que nous consacrerons donc nos premiers développements.

II. L'information

La notion d'information constitue sans doute une nébuleuse protéiforme⁴. De fait, à moins de vouloir porter des jugements de valeur, qui seraient d'ailleurs parfaitement subjectifs, il ne paraît pas possible de définir l'information sinon dans un sens très général de tout signal (qu'il soit verbal, graphique ou autre) pouvant être perçu par l'esprit humain. L'information n'a pas nécessairement un contenu déterminé : elle peut s'adresser à l'intelligence analytique ou déductive, mais aussi à l'intelligence intuitive. Ainsi le port d'un vêtement, une certaine attitude ou le ton d'une voix est généralement révélateur d'indices de la personnalité d'un sujet déterminé ; dans un texte, l'information réside aussi bien dans le fond que dans la forme (celle-ci est également révélatrice de certains indices et aura généralement un pouvoir de suggestion ou de conviction plus ou moins marqué) ; même la musique a un contenu émotionnel et peut véhiculer un « message », dans un contexte déterminé en tout cas (par exemple lorsqu'elle est associée à un texte ou des images se rapportant à une personne) ; la représentation photographique d'un objet appartenant à une personne déterminée peut aussi receler un certain contenu informatif (par exemple, la photographie d'une voiture de luxe dans l'allée d'une maison, etc.).

Même prise dans le sens restrictif d'« assertion », une information n'a pas le même impact suivant qu'elle est nouvelle ou qu'elle était au contraire déjà connue du public, par exemple, ou suivant la personne qui est à l'origine de l'assertion (ainsi la critique d'une entreprise par l'un de ses concurrents sera jugée moins crédible que celle qui émane d'un tiers « neutre »), ou enfin suivant le contexte de sa publication. En outre, c'est un lieu commun de remarquer le caractère manipulable de l'information : dire de telle personne qu'elle est taxée sur zéro de fortune et zéro de revenus pourra la faire passer pour un malheureux du quart monde dans un article consacré à la pauvreté en Suisse ; la même information dans un article traitant de fraude fiscale suscitera l'idée qu'il s'agit d'un fraudeur. Ainsi, le contexte affecte non seulement l'impact mais aussi le contenu de

4 Sur les divers sens de ce mot, voir DRUEY, p. 3 ss.

l'information. L'omission d'une information complémentaire peut également générer une distorsion de signification: imaginons une information relatant la décision d'une société de transférer son siège social après avoir réalisé un bénéfice colossal résultant d'une plus-value boursière vers un canton qui connaît une taxation postnumerando; cette information ne sera pas perçue de la même façon suivant que l'on omet ou non d'indiquer que cette décision avait été prise avant que cette plus-value ait été réalisée, voire même envisageable⁵. La juxtaposition de deux assertions vraies peut aussi déboucher sur des suggestions fallacieuses (par exemple: «une enquête pénale est ouverte pour blanchiment d'argent sale», juxtaposé avec «le nom de l'avocat X est cité plusieurs fois dans le dossier»). En outre, la simplification ou le résumé des faits, généralement inévitable dans un reportage, affectera le plus souvent l'exactitude de l'information.

D'ailleurs, la notion d'information ne comprend pas que les assertions de fait. Elle inclut aussi les idées, les jugements de valeur, en particulier les critiques. Ces informations-là peuvent être exprimées au moyen d'un discours précis, mais aussi par le truchement de métaphores ou d'un langage suggestif. Dans ces cas, l'information a plus que jamais un caractère subjectif.

On peut certes distinguer divers types d'informations (politiques, commerciales, nouvelles du jour, etc.), mais l'utilité de telles classifications ne serait démontrée que si l'on pouvait attacher à des informations d'un certain type une valeur que d'autres n'auraient pas. Or une telle hiérarchisation des types d'informations, par des jugements de valeur opérés de manière abstraite et indépendante du contexte dans lequel l'information est publiée, comporterait le risque d'être utilisée pour exclure a priori la diffusion de certains types d'informations (ou en restreindre d'emblée leur propagation). A l'inverse, de telles classifications risqueraient aussi de servir de référence pour justifier a priori la diffusion de certaines informations, sans égard à l'utilisation concrète qui en serait faite. De tels jugements de valeur supposeraient d'ailleurs que l'on puisse circonscrire le besoin qu'a le public d'être informé. Or ce besoin ne peut être prédéfini sans faire encourir le risque d'une censure préalable. En outre, est-il même concevable qu'on puisse le délimiter, dès lors qu'il se définit comme le besoin de connaissance?

De plus, l'exercice de toute liberté implique la possibilité d'opérer des choix, lesquels supposent que l'on ait accès à une information aussi large que possible. Compte tenu de cette fonction de l'information, le seul a priori que l'on puisse poser est donc celui de sa liberté.

5 Selon la célèbre formule d'un Conseiller national, cela pourrait même faire la différence entre un honnête homme et un «salaud».

En conclusion, à ce stade de notre exposé, une définition de l'information contiendrait le germe de restrictions dont l'opportunité ne serait pas démontrée. D'autre part, même si l'on venait à donner à la notion d'information un sens restrictif (celui d'assertion de pur fait, par exemple), la qualification comme « information » ne permet pas à elle seule de lui conférer un statut privilégié (le caractère relatif, voire manipulable, de l'information y fait obstacle). D'ailleurs, l'information n'est pas une fin en soi : ce que l'ordre juridique doit préserver, ce sont des valeurs, telles que la libre formation de l'opinion dans le débat démocratique, ou le libre épanouissement de la personnalité de l'individu. Les tensions, voire les contradictions qui existent entre ces valeurs ne peuvent être résolues ni par une définition de l'information, ni par une délimitation du besoin d'être informé.

L'arbitrage entre ces valeurs est réalisé pour l'essentiel par le droit de la personnalité et, dans une certaine mesure, par la loi sur la protection des données et maintenant aussi par la loi contre la concurrence déloyale. Nous allons donc porter notre attention successivement sur ces trois sources de la protection des intérêts personnels face à la publication d'informations par les médias.

III. Les droits de la personnalité

A. Le contenu des droits

Les droits de la personnalité constituent par excellence l'un des moyens par lesquels l'individu peut être protégé contre la diffusion d'informations le concernant. Par la suite, nous n'aborderons cependant pas les droits de la personnalité physique (droit à la vie et à l'intégrité corporelle, liberté de mouvement et liberté sexuelle) qui ne concernent pas notre sujet. Pour la même raison, nous ne traiterons que brièvement du droit au nom et des droits de la personnalité affective (nous laisserons de côté en particulier le droit aux relations avec les proches, ainsi que le droit aux sentiments conjugaux).

On commencera par énumérer le contenu des divers droits, étant rappelé qu'une atteinte à l'un ou l'autre d'entre eux sera licite lorsqu'elle est justifiée par le consentement du lésé, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (article 28 alinéa 2 CC).

L'énumération qui suit reprend les distinctions généralement faites en doctrine. Elle ne doit pas faire perdre de vue qu'il n'existe pas de *numerus*

clausus des droits de la personnalité⁶. En outre, la protection peut être complétée ou précisée par certaines lois, qui peuvent le cas échéant constituer des lois spéciales par rapport à l'article 28 CC⁷.

1. *Le droit au nom et aux autres signes d'identification*

La protection porte sur le nom patronymique, mais également sur le nom commercial d'une entreprise⁸. D'autres signes d'identification d'une personne peuvent en bénéficier également (c'est le cas du pseudonyme, du surnom, des armoiries, de l'enseigne, du logo, des titres nobiliaires, etc.), mais seulement à la condition qu'ils permettent effectivement l'identification de la personne qui se prévaut de la protection (le plus souvent, la protection dépendra de la preuve que le signe d'identification est *notoirement* associé à cette personne)⁹.

L'article 29 CC protège le titulaire du nom contre l'usurpation de celui-ci (soit l'emploi sans droit du nom d'une autre personne pour se désigner soi-même ou pour désigner une entreprise, un commerce ou autre chose¹⁰), et l'article 28 CC peut être invoqué à l'encontre des autres atteintes portées à un nom : selon la jurisprudence, viole également le droit au nom celui qui, par l'usage du nom ou d'un autre signe d'identification d'une personne, crée de la sorte à tort l'idée d'une relation (qui n'existe pas) avec cette personne, lorsque celle-ci est raisonnablement fondée à ne pas tolérer une telle apparence erronée¹¹; cette jurisprudence vise avant tout les cas dans lesquels l'auteur de l'atteinte crée un risque de confusion avec le titulaire du nom, mais aussi à notre avis ceux où le nom d'une personne est associé à tort à une œuvre qui n'est pas la sienne¹², à un événement avec lequel elle n'a rien à voir ou avec des choses avec lesquelles elle n'a pas de relation.

On peut également envisager le cas de celui qui donne à un personnage de fiction le nom d'une personne avec laquelle la confusion est vraiment possible¹³. En revanche, lorsque le nom d'une personne est ridiculisé ou déformé, le cas ne relèverait pas de la protection du nom, selon la

6 BUCHER, p. 127; TERCIER, p. 51/2; MEILI, in HONSELL/VOGT/GEISER, n. 17 *ad* art. 28.

7 Voir IV ci-après sur la protection des données, et V sur le droit de la concurrence déloyale; le cas échéant, certains moyens peuvent être fournis par la loi sur le droit d'auteur.

8 Sur la protection des noms commerciaux, voir notamment DESSEMONTET, FS NEUMAYER, p. 145 ss.

9 Voir ATF 92 II 310; RSPI 1984, 299 (TF); ATF 116 II 463 = JT 1991 I 599.

10 Voir notamment ATF 102 II 305 = JT 1978 I 250.

11 ATF 102 II 305 = JT 1978 I 250, par exemple.

12 Cas autrefois réglé par l'art. 43 ch. 1 de la loi sur le droit d'auteur de 1922.

13 TERCIER, p. 65.

jurisprudence¹⁴, mais de la protection générale de la personnalité, et notamment du droit à l'honneur.

Enfin, il faut rappeler que le nom d'une personne compte au nombre de ses données personnelles au sens de la LPD. Les possibilités offertes par cette loi doivent donc être réservées¹⁵.

2. *Le droit à l'image et à la voix*

L'existence d'un droit spécifique à l'image et à la voix a parfois été mise en doute¹⁶. Cette controverse ne paraît pas avoir de portée pratique dans la mesure où l'on interprète la protection de la sphère privée ou le droit à l'honneur dans un sens qui couvre également les atteintes portées à l'image d'une personne même lorsque l'image a été saisie en dehors des lieux privés (la question se pose notamment pour les utilisations publicitaires de l'image d'une personne sans son consentement). A notre avis, l'image et la voix font partie des attributs d'une personne, au même titre que le nom, ce qui nous amène à reconnaître l'existence d'une protection spécifique. En outre, les possibilités offertes par la numérisation d'images justifient sans doute la reconnaissance d'un droit qui ne soit pas nécessairement lié à la protection de la sphère privée ou de l'honneur¹⁷.

La doctrine discute le point de savoir si la simple fixation de l'image d'une personne constitue déjà une atteinte à la personnalité¹⁸. En revanche, il ne fait aucun doute que la simple prise d'une image porte atteinte à la personnalité lorsqu'elle touche au domaine privé de la personne concernée¹⁹, ce que montre d'ailleurs l'existence de la protection pénale conférée par l'article 179quater CP²⁰. En outre, il doit en aller de même lorsque la personne concernée n'est pas en mesure de maîtriser l'image qu'elle donne d'elle-même : personne victime d'un accident ou d'un crime, frappée par la

14 ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226.

15 Voir ci-après IV.

16 RIKLIN, FS SCHÜRMAN, p. 537; voir aussi BUCHER, p. 130 et GROSSEN, p. 372 ss.

17 Dans ce sens, LEGLER, p. 101. Voir aussi MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 19 ss *ad* art. 28; TERCIER, p. 66; GLAUS, p. 53 ss; TRACHSLER, p. 113 ss; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 134 ss; DESSEMONTET, Mélanges GROSSEN, p. 41 ss; RAUSCH, p. 28, considère en revanche la construction d'un tel droit comme superflue, voire erronée en tant qu'elle laisserait en dehors de la protection l'image d'un proche ou d'une chose.

18 La majorité de la doctrine répond par l'affirmative: GROSSEN, p. 373; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 21 *ad* art. 28; LANDWEHR, p. 41; TERCIER, p. 66; LEGLER, p. 103 ss. *Contra*: GEISER, p. 38 ss; GLAUS, p. 54.

19 GLAUS, p. 54.

20 Sur la protection pénale, voir notamment RIKLIN, FS SCHÜRMAN, p. 535 ss; LEGLER, p. 119 ss; ATF 118 IV 41 = JT 1994 IV 79; SJ 1993, 285 (TF). Il ne faut pas perdre de vue que la protection pénale se fonde sur une notion de sphère privée qui est plus étroite que celle du droit civil.

douleur ou le deuil, ou en état d'exaltation, etc.²¹; la doctrine parle à cet égard de l'image de personnes se trouvant dans une « situation critique » (*in einer misslichen Situation*); ce critère, au demeurant assez vague, ne rend compte qu'imparfaitement à notre avis de l'élément décisif, qui tient dans le fait qu'une personne doit pouvoir s'opposer à ce que l'on s'empare de son image dans une situation où elle n'en est plus maître²². C'est pour la même raison que la simple fixation d'une image à l'insu de la personne concernée porte atteinte aux droits de celle-ci, à notre avis²³. On peut même aller plus loin et admettre l'existence d'un droit de faire respecter la volonté de ne pas être photographié ou filmé²⁴.

La publication d'images prises en violation de ces principes constituera également une atteinte à la personnalité. Mais l'atteinte pourra aussi résulter de l'utilisation d'une image à la prise de laquelle l'intéressé avait consenti : il s'agit alors de voir quelle était la portée de ce consentement ; en l'absence d'un autre motif justificatif (intérêt prépondérant, en particulier), l'utilisation de l'image d'autrui ne peut se faire que du consentement de la personne concernée, et seulement dans les limites de ce consentement, qui peut bien entendu être tacite ou résulter d'actes concluants²⁵.

Quant aux montages de photos, ils créeront généralement une atteinte à la personnalité du sujet concerné. Souvent, ils mettront en cause l'honneur de ce dernier²⁶.

Il n'y a cependant pas d'atteinte si la personne concernée n'est pas identifiable ou si son image n'apparaît qu'à titre accessoire (on pense notamment au cas des reportages à l'occasion d'événements publics); encore faut-il ne pas fixer de manière isolée l'image de certaines personnes en de pareilles occasions²⁷; par exemple, un cameraman doit être attentif à

21 Expressément de cet avis, SCHÜRMAN/NOBEL, p. 234; voir aussi PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 134 ss; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 21 *ad* art. 28.

22 Le critère de la « maîtrise » est d'ailleurs celui que TERCIER utilise pour justifier la protection de la sphère privée: TERCIER, p. 67.

23 RIKLIN, thèse, p. 236, admet cependant que l'on puisse prendre un instantané sans le consentement de la personne, à défaut de quoi on perdrait « l'effet », mais considère que la diffusion d'une telle image nécessite le consentement de l'intéressé.

24 LEGLER, p. 103 ss. Un tel droit résulte d'ailleurs de la LPD: l'image est une « donnée personnelle » au sens de la loi, dont il découle également que nul ne peut collecter des données à l'insu de la personne concernée, laquelle a le droit de s'opposer au traitement de ses données personnelles (art. 3 et 12 LPD).

25 LEGLER, p. 105/6 et 110 et les références indiquées.

26 *Cf.* par exemple SJ 1995, 669 (TF).

27 NOBEL, p. 155; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 134 ss; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 21 *ad* art. 28.

ne pas fixer une personne de manière excessive, tant par rapport à la grandeur de l'image que par rapport à sa durée²⁸.

Quant au droit à la voix, il protège en particulier la personne concernée à l'encontre d'enregistrements. Il suppose cependant que la voix soit reconnaissable, ce qui ne sera généralement pas le cas, sous réserve de cas relativement exceptionnels (personnes « célèbres »)²⁹.

3. *Le droit à la vie privée*

Le droit à la vie privée, ou droit au respect de la sphère privée, comprend tous « les événements que chacun veut partager avec un nombre restreint d'autres personnes auxquelles il est attaché par des liens relativement étroits, comme ses proches, ses amis ou ses connaissances »³⁰. Selon une autre définition, la sphère privée couvre « l'ensemble des faits personnels dans la mesure où leur connaissance est limitée à un cercle déterminé de personnes »³¹.

Sur l'impulsion de JÄGGI, la jurisprudence³² a développé la théorie dite des trois sphères, comprenant :

- la sphère intime (ou secrète), qui comprend tous « les faits inconnus, que le sujet a intérêt à garder secrets et qu'il entend soustraire à la curiosité d'autrui, tels que les conflits familiaux, son comportement sexuel, les maux dont il souffre » ;
- la sphère privée, soit celle comprenant les faits « que l'intéressé n'entend partager qu'avec ses relations, concernant par exemple son habitat, ses conditions de travail, ses prises de position » ; à la différence de la sphère intime, il s'agit ici de situations qui ne sont certes pas secrètes, mais qui ne sont pas destinées à être rendues accessibles à un plus large public, parce que la personne concernée veut les garder pour elle ;
- la sphère publique, comprenant « les événements et les situations que l'intéressé partage avec autrui, parce qu'ils se déroulent en public, sont le fait du plus grand nombre, ou qu'en sa qualité d'orateur ou d'artiste il se plaît à les faire connaître » ; les faits et situations relevant de cette sphère sont en principe soustraits à la protection de l'art. 28 CC³³, non du seul fait

28 Voir RIKLIN, thèse, p. 234.

29 Cf. MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 22 *ad* art. 28, avec les références citées.

30 ATF 97 II 97 = JT 1972 I 242.

31 BUCHER, p. 130; voir aussi GLAUS, p. 48.

32 ATF 118 IV 41 = JT 1994 IV 79; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 23 *ss ad* art. 28.

33 BUCHER, p. 131; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 27 *ad* art. 28. A noter qu'il existe aussi une sphère privée en matière professionnelle: voir notamment GLAUS, p. 49.

qu'ils se seraient déroulés en public, mais bien plutôt parce que l'on peut partir de l'idée que l'intéressé consent à leur diffusion³⁴.

La délimitation entre sphère privée et sphère publique a soulevé passablement d'interrogations. Il est clair que ces critères ne doivent pas être compris dans un sens « géographique » ; le plus souvent en effet, ce qui sera décisif, c'est le moyen employé pour accéder à l'information (en particulier le point de savoir si certains obstacles, de fait ou de droit, ont dû être surmontés³⁵) ; JÄGGI lui-même admet en outre qu'il existe une sphère « privée » pour certaines activités publiques, celles auxquelles chacun se livre au vu de tous, mais dans l'anonymat³⁶.

Une autre controverse est de savoir dans quelle mesure la définition de ces « sphères » doit se faire selon des critères objectifs, ou s'il y a lieu de tenir compte de la volonté cas échéant manifestée par l'intéressé³⁷.

Ces controverses, ainsi que les autres critiques adressées à cette théorie³⁸, reflètent deux grandes tendances, l'une cherchant à définir la sphère privée de manière objective, statique, en fonction de la nature de l'information et de l'origine de celle-ci, tandis que l'autre procède d'une approche subjective, en accordant à l'intéressé une plus large part à « l'autodétermination »³⁹. Le plus grand inconvénient de la première tendance tient précisément dans son caractère statique, qui comporte le risque d'être inadapté au cas d'espèce ; en outre, il est difficile de définir à l'aide de cette théorie si certaines informations sont publiques ou privées⁴⁰. L'autre approche, quant à elle, est indiscutablement le fruit d'une réaction aux craintes suscitées par l'apparition des banques de données informatiques⁴¹. C'est pourquoi elle va jusqu'à affirmer la nécessité d'un droit exclusif sur toute donnée personnelle, indépendamment d'une appartenance à une « sphère » protégée⁴². Cependant, la notion de « donnée personnelle » n'est pas l'élément central de cette approche, qui cherche bien plutôt à mettre l'accent sur le consentement (le cas échéant présumé) de la personne visée : il s'agit de mettre celle-ci en mesure de *maîtriser* les informations la concernant. Or la théorie des sphères, telle qu'elle est définie aujourd'hui

34 TERCIER, p. 67.

35 Voir ATF 118 IV 41 = JT 1994 IV 79, notamment.

36 JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 244a ss.

37 Cf. GLAUS, p. 50 ; BUCHER, p. 131, sur la question.

38 Voir en particulier les critiques de DRUEY, FS VISCHER, p. 3 ss, et de GEISER, 51 ss.

39 Principe que l'on retrouvera dans le système de la loi sur la protection des données.

40 Qu'en est-il des informations relatives à la fortune d'une personne, p. ex. ? Sur cette question, voir ZR 94 (1995), n° 23 (Zurich, Obergericht). Voir aussi DRUEY, FS VISCHER, p. 3 ss et 9.

41 Cf. SCHUCAN, p. 21 ss ; BURNAND, p. 51 ss et 94 s.

42 Voir BURNAND, p. 53 et 95.

par la doctrine et la jurisprudence, se réfère aussi au consentement (du moins présumé) de la personne concernée⁴³. Mais l'existence du consentement de l'intéressé ne peut être le seul critère. Comme en matière de droit à l'image, il faut aussi s'interroger sur la portée du consentement, lorsque l'intéressé a de lui-même révélé certaines informations le concernant : à quelles utilisations ou à quelles divulgations devait-il s'attendre, et lesquelles est-il réputé avoir acceptées ? A cet égard, la théorie des sphères garde son utilité pour tenter de mieux cerner les cas dans lesquels on peut présumer de l'existence d'un consentement, et pour en circonscrire la portée.

4. *Le droit à l'honneur*

Le droit à l'honneur vise non seulement la considération dont jouit la personne pour ce qui a trait à la moralité, mais il comprend aussi l'estime professionnelle, économique et sociale⁴⁴. D'une manière générale, « la personne est protégée dans toutes les qualités qu'il paraît nécessaire de posséder pour être actuellement respectée dans le milieu social auquel elle appartient »⁴⁵. On peut distinguer l'honneur interne (le sentiment de sa propre dignité), d'une part, et l'honneur externe (qui réunit toutes les qualités nécessaires à une personne pour être respectée dans son milieu social)⁴⁶, d'autre part. L'honneur externe comprend en particulier la considération aussi bien morale que sociale ; la considération morale s'attache à la réputation d'honnêteté, de morale et de respect du droit (conscience professionnelle, attitude correcte dans les affaires) ; quant à la considération sociale, elle porte sur toutes les autres qualités qu'une personne, compte tenu de son rôle social, doit posséder pour conserver l'estime de ses concitoyens (aptitudes professionnelles, capacités intellectuelles, santé mentale, sociabilité, solvabilité, etc.)⁴⁷.

Le droit à l'honneur est aussi protégé en partie par le droit pénal (articles 173 ss CP) et, selon la jurisprudence, par la loi contre la concurrence déloyale (article 3 lettre a LCD)⁴⁸.

43 Cf. texte à note 34. Cf. aussi JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 244a.

44 BUCHER, p. 134 ; MEILI, in : HONSELL/VOGT/GEISER, n. 28 ad art. 28 CC ; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 136 ; TERCIER, p. 69.

45 TERCIER, p. 69.

46 TERCIER, p. 69, qui précise que la distinction n'a guère d'importance dès lors que tous deux sont protégés en droit privé.

47 TERCIER, p. 70.

48 Voir ATF 95 II 489, qui parle de protection de l'honneur économique, cf. ci-après chap. V.

L'atteinte suppose que la personne concernée soit reconnaissable; tel peut être le cas même si elle n'a pas été désignée par son nom, lorsque son identité peut être reconnue par des tiers⁴⁹.

Pour déterminer l'existence d'une atteinte, il faut se référer au cercle de personnes dont l'estime est importante aux yeux du lésé⁵⁰ (plutôt qu'au critère du «citoyen moyen»⁵¹). Il s'agit ensuite de voir s'il existe objectivement un risque que la considération du lésé soit amoindrie aux yeux de telles personnes⁵².

Même l'allégation de faits vrais peut porter atteinte à l'honneur, en tout cas lorsqu'elle est fallacieuse ou inutilement offensante⁵³.

Des soupçons, des déductions ou le colportage de rumeurs peuvent porter atteinte à l'honneur autant que les simples affirmations⁵⁴.

A plus forte raison l'atteinte à l'honneur pourra-t-elle résulter de l'allégation de faits inexacts, à la condition toutefois, selon la jurisprudence, que ces faits soient de nature à faire apparaître l'intéressé «sous un faux jour»⁵⁵.

La critique est un droit dans toute société démocratique. Celui qui s'y expose doit l'accepter, en particulier celui qui rend publiques ses œuvres ou ses opinions politiques, par exemple, ou celui qui publie les résultats de ses travaux sur un sujet controversé: celui qui sollicite ainsi l'opinion d'autrui ne doit pas s'étonner si elle vient à lui être défavorable. Ainsi, les jugements de valeur sont admis pour autant qu'ils soient défendables, sur la base des faits sur lesquels ils s'appuient, et qu'ils ne soient pas «inutilement blessants» dans leur formulation⁵⁶.

49 BUCHER, p. 135.

50 BUCHER, p. 135; GEISER, p. 69 à 71 et PJA 1992, 448, avec des exemples convaincants; GLAUS, p. 52.

51 Critère utilisé par la jurisprudence: ATF 106 II 92 = JT 1981 I 518; ATF 107 II 1 = JT 1982 I 98; ATF 111 II 209 = JT 1986 I 600.

52 Sans qu'il faille exiger la preuve d'une diminution effective de cette considération, cf. RIKLIN, thèse, p. 126/7, qui parle de «Zustand der Gefährdung».

53 TERCIER, p. 70; BUCHER, p. 135. Cf. cependant GEISER, p. 73 à 75 et PJA 1992, 448 (exemple d'une action honorable attribuée par erreur à une personne déterminée, alors qu'elle est en réalité le fait de quelqu'un d'autre; l'atteinte à l'honneur peut résulter de ce que cette publication donne aux lecteurs l'impression erronée que cette personne cherche à s'arroger les mérites d'autrui). Voir aussi SJ 1984, 554 (TF).

54 RIKLIN, p. 201; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 144.

55 BUCHER, p. 135; ATF 105 II 164 = JT 1980 I 197; ATF 107 II 4 = JT 1982 I 101; ATF 111 II 221 = JT 1986 I 600; TERCIER, p. 70, ne pose pas cette condition, mais réserve les inexacitudes «insignifiantes».

56 Medialex 1996, 41 (TF). Voir aussi TERCIER, p. 70; BUCHER, p. 135.

5. *Droit sur les événements de sa vie (Recht am eigenen Lebensbild)*

La doctrine reconnaît à chacun un droit sur tous les événements qui concernent sa vie (son destin, ses actes, ses déclarations, en bref tout le déroulement de sa vie)⁵⁷. Ce droit a une importance toute particulière pour les biographies, mais aussi pour les ouvrages de fiction dans lesquels le lecteur identifierait une personne de la vie réelle⁵⁸.

Une atteinte à ce droit ne peut se produire que si la personne concernée est identifiable. La doctrine en a déduit que ce droit ne pouvait porter que sur les événements dénotant une certaine originalité⁵⁹. Il est vrai que la relation d'une péripétie tout à fait quelconque ne devrait pas pouvoir être attribuée à la vie d'une personne déterminée ; par conséquent, faute de se rapporter à une personne identifiable, elle ne devrait pas léser la personnalité d'un individu. En revanche, il ressort désormais de la loi sur la protection des données que même des faits banals sont soumis à la protection instituée par cette loi⁶⁰.

6. *Droit à l'oubli*

Il s'agit ici de savoir si une personne a le droit de s'opposer à ce que des faits appartenant au passé ne soient à nouveau révélés.

Comme le remarque GEISER⁶¹, l'épanouissement de la personne suppose que celle-ci n'ait pas à craindre d'être continuellement observée. La question se pose essentiellement pour le passé pénal d'un individu ou les opinions politiques qu'il a autrefois défendues. Mais il peut aussi s'agir de toute autre information relative à une personne⁶².

S'il s'agit de faits qui ont autrefois été portés à la connaissance du public en raison d'un intérêt public prépondérant à leur diffusion, la question est alors de savoir s'il existe encore un tel intérêt. Ainsi, il existe un droit à

57 GEISER, p. 46; GLAUS, p. 55; RIKLIN, p. 213; KASPAR E. HOTZ, p. 86 ss; SCHUMACHER, p. 99.

58 ATF 120 II 228 JT 1996 I 101: L'auteur d'une fiction doit réaliser celle-ci d'une manière qui n'amène pas le lecteur à y identifier une personne de la vie réelle.

59 GEISER, p. 48.

60 Art. 12 al. 2, notamment *litt.* b et c, LPD: Personne n'est en droit de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée, étant rappelé que par « traitement » de données, on entend toute opération relative à des données personnelles, notamment la collecte, l'exploitation, la communication, etc.; en outre, personne n'a le droit de communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité. Voir aussi GLAUS, p. 55.

61 GEISER, p. 50.

62 GEISER, p. 67; GLAUS, p. 55, précise aussi que ce droit vaut également pour les propos qu'une personne a pu tenir par le passé.

l'oubli pour des faits tels que le passé pénal d'un individu, lorsqu'aucun intérêt public prépondérant ne justifie qu'ils soient à nouveau divulgués. Dans des cas de ce genre, qui se rapportent à des faits couverts par le droit à la vie privée ou le droit à l'honneur, mais dont la divulgation se justifiait en raison d'un intérêt prépondérant, le droit à l'oubli se confond avec le résultat de la balance des intérêts en présence: le droit à l'oubli n'existe alors que s'il n'existe plus d'intérêt prépondérant à divulguer les informations en cause.

La question est différente pour les opinions politiques qui ont été défendues par le passé: s'agissant d'opinions que l'intéressé a lui-même avancées sur la place publique, leur discussion et leur critique ne sont pas en elles-mêmes constitutives d'une atteinte à la personnalité de leur auteur. C'est donc essentiellement dans ces cas-là que le droit à l'oubli peut prendre toute son importance. Dans la mesure où il s'agit de faits «oubliés»⁶³, la personne concernée peut se sentir atteinte dans sa personnalité si l'on révèle de telles opinions qui ne sont plus les siennes, voire qu'elle s'est employée à faire oublier: le libre épanouissement de la personne nécessite que l'on reconnaisse à celle-ci la faculté de changer, d'évoluer, et par là de s'épanouir. Le droit à l'oubli compte donc parmi les prérogatives protégées par l'article 28 CC. Demeure en revanche réservée la question de savoir si la diffusion de faits ou d'opinions remontant à une époque «oubliée» peut être justifiée par un intérêt public prépondérant⁶⁴.

7. *Autres droits de la personnalité sociale*

Il est rappelé que l'énumération des divers droits de la personnalité n'est pas exhaustive, et que l'ordre juridique, en particulier l'article 28 CC, protège la personnalité et ne limite pas le contenu de cette protection⁶⁵.

L'une des fonctions principales de la protection de la personnalité tend à favoriser le libre épanouissement de chaque individu. On peut donc estimer ainsi qu'il existe aussi un droit à l'épanouissement de sa personnalité, qui comprendrait la liberté de décision protégée par l'article 27 CC⁶⁶, ainsi que

63 C'est-à-dire qui ont perdu toute actualité: GEISER, p. 67.

64 Nous comprenons l'ATF 111 II 209 (= JT 1986 I 600) dans le sens que la publication litigieuse était justifiée par un intérêt public prépondérant, et non parce que le droit à l'oubli ne serait pas reconnu en droit suisse. De cet avis, GEISER, p. 67. Voir aussi ATF 122 III 449 = JT 1998 I 131, commenté dans *Medialex* 1997, 99.

65 Cf. notamment TERCIER, p. 51.

66 GLAUS, p. 53; TERCIER, p. 71; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 121.

le droit à la liberté économique⁶⁷, notamment. Le contenu de ces droits est en partie précisé, en ce qui concerne la liberté économique, par les lois sur les cartels et la concurrence déloyale⁶⁸.

On a également débattu du point de savoir dans quelle mesure une personne a le droit d'avoir accès aux informations la concernant, et de faire rectifier celles qui seraient inexactes. Ces prérogatives sont aujourd'hui précisées dans la loi sur la protection des données⁶⁹.

On a également évoqué l'existence d'un « droit à la vérité », soit le droit d'être informé correctement, et de ne pas être induit en erreur⁷⁰. Il paraît cependant douteux que l'existence d'un tel droit puisse être affirmée de façon aussi générale. Même sous l'angle du droit à l'honneur, la jurisprudence s'est d'ailleurs refusée à instituer un droit de faire rectifier toute information inexacte⁷¹. Et s'agissant de données personnelles, le droit de rectification dépend aujourd'hui de la loi sur la protection des données. Enfin, aussi séduisante que puisse paraître l'idée selon laquelle chacun aurait un droit à ce qu'on ne lui fausse pas son jugement avec des informations erronées⁷², il resterait à cerner dans quels cas la personne serait victime d'un trouble suffisamment concret pour que l'on puisse parler d'atteinte à sa personnalité⁷³.

8. *Le droit au respect des proches*

Il s'agit d'un des droits que l'on range parmi les droits de la personnalité affective⁷⁴. Il comprend en particulier le respect du sentiment de piété qu'une personne ressent envers un proche décédé. Selon la jurisprudence, « cette protection s'étend aux sentiments intimes qui comprennent le sentiment de piété envers des proches décédés, des souvenirs d'événements

67 GLAUS, *ibid*; TERCIER, p. 71/2, qui précise que ce droit est assuré par la loi sur les cartels, d'une part, et par la législation contre la concurrence déloyale, d'autre part, sans toutefois que ces lois n'épuisent la matière. L'existence de ce droit est reconnue par la jurisprudence : ATF 86 II 376 = JT 1961 I 164 (à propos d'un boycott).

68 Pour le reste, nous n'examinerons pas la protection de la liberté de décision, assurée par l'art. 27 CC et la casuistique rendue en application de cette disposition.

69 Sur cette loi, voir ci-après IV.

70 En faveur de la reconnaissance d'un tel droit : SPECKER, p. 79 ; GIGER, RDS 89 (1970) I, 49 ss.

71 Le Tribunal fédéral exige en effet en outre que l'information erronée fasse apparaître l'intéressé « sous un faux jour » : voir les arrêts cités plus haut, n. 55.

72 Si le « lavage » de cerveau constitue indubitablement une atteinte à la personnalité, pourquoi n'en irait-il pas de même lorsqu'on donne de fausses informations, autrement dit de fausses « cartes » qui pourront amener une personne à prendre des décisions erronées, ou à nourrir des ressentiments injustifiés à l'égard de certains milieux dénigrés à tort, p. ex. ?

73 Pour le cas particulier de la responsabilité pour conseils donnés, voir KAISER, p. 187 ss.

74 Sur cette notion, voir TERCIER, p. 60 ss, notamment.

communs importants, des circonstances particulières qui attachent les êtres les uns aux autres et qui s'incorporent en quelque sorte à leur personnalité»⁷⁵. Dans le même arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la publication d'un tableau représentant une personne sur son lit de mort portait atteinte à la personnalité de la veuve. Le récit de la vie d'une personne décédée peut également porter atteinte au sentiment de pitié qu'éprouvent à l'égard du défunt les proches les plus étroitement liés à celui-ci⁷⁶. Le droit au respect des proches prend donc toute sa signification lorsque la personne concernée est décédée, mais rien n'exclut qu'un proche soit atteint dans sa propre personnalité du fait de la relation affective étroite qui le lie à la victime principale, même si celle-ci est en mesure de faire valoir ses droits⁷⁷.

9. *Le cas des personnes morales*

Il est admis que les personnes morales jouissent d'une protection au titre de l'article 28 CC⁷⁸. Conformément à l'article 53 CC, les personnes morales bénéficient de la protection de la personnalité, dans la mesure où celle-ci n'est pas attachée à des attributs de la personne humaine⁷⁹. On leur reconnaît donc la faculté d'invoquer non seulement le droit à la liberté économique, mais aussi les autres droits de la personnalité sociale qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme. La question ne fait pas de doute pour le droit à l'honneur : une personne morale jouit en effet d'une certaine considération sociale qui doit être protégée par la loi⁸⁰. La jurisprudence a également reconnu l'existence d'une sphère privée pour les personnes morales⁸¹, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre sphère intime et

75 ATF 70 II 127 = JT 1945 I 24.

76 ATF 109 II 353 = JT 1985 I 98. Voir aussi ATF 104 II 235 = JT 1979 I 546, où le Tribunal fédéral a permis aux proches de poursuivre un procès que le défunt avait ouvert de son vivant pour atteinte à son honneur. Sur la question, voir aussi les thèses de KEHL et de KNELLWOLF.

77 BUCHER, p. 129; TERCIER, p. 62, qui relève cependant que la jurisprudence se montre très réservée à admettre la légitimation active d'un proche, lorsque la victime directe de l'atteinte n'est pas décédée.

78 Sur la question, voir DESSEMONTET, in : Die Verantwortlichkeit im Recht, p. 183 ss; GIUDICELLI, in : FS TERCIER, p. 183 ss; NOBEL, FS PEDRAZZINI, p. 411 ss.

79 TERCIER, p. 75, et les auteurs cités; MEILI, in : HONSELL/VOGT/GEISER, n. 33 ad art. 28. ATF 108 II 241 = JT 1984 I 69; ATF 97 II 97 = JT 1972 I 242; ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226, notamment.

80 ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226; ZR 79 (1980), n° 10 (Zurich, Obergericht). En droit pénal, voir ATF 108 IV 21 = JT 1983 IV 40; et ATF 114 IV 14 = JT 1989 IV 6.

81 ATF 97 II 97 = JT 1972 I 242.

sphère privée⁸²; la protection des secrets d'affaires est encore assurée par d'autres normes (article 4 lettre c et 6 LCD, article 162 CP).

Même les sociétés commerciales peuvent poursuivre des intérêts idéaux, dans les limites de leur but social. Elles peuvent avoir une considération tenant non seulement dans la confiance du public et des clients (solvabilité, en particulier) mais aussi dans une certaine image qu'elles se sont forgée (grâce au sponsoring ou d'une manière plus générale par la manière de se comporter dans l'exercice de leur activité, qu'il s'agisse des activités commerciales ou de leur position dans la communauté sociale)⁸³.

A l'instar des personnes physiques, on peut reconnaître aux personnes morales un droit sur leur passé, et un droit à ce que certains éléments de celui-ci ne soient à nouveau portés à la connaissance du public alors qu'ils ont perdu toute actualité⁸⁴: au fil du temps, la position d'une personne morale au sein de la communauté sociale peut évoluer, ses priorités peuvent changer; à cet égard également, l'ordre juridique doit reconnaître aux personnes morales les droits de la personnalité sociale propres à protéger leur image et leur intégration dans la société.

Cette protection sera accordée à toutes les entités qui ont la jouissance des droits civils (corporations et établissements ayant la personnalité morale, communautés auxquelles la loi accorde certains attributs de la personnalité morale, telles que les sociétés en nom collectif, etc., personnes morales du droit public ou du droit étranger)⁸⁵.

B. L'atteinte illicite et la balance des intérêts

1. Généralités

Une atteinte à l'un ou l'autre des biens protégés par les droits de la personnalité sera illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consente-

82 TRÜMPY-WARIDEL, p. 121.

83 TRÜMPY-WARIDEL, p. 128 et 129: «La capacité et la volonté reconnues aux personnes morales d'accomplir leur rôle d'une façon juste et consciencieuse impliquent la reconnaissance, non seulement de l'honneur professionnel et commercial, mais encore personnel, comprenant la protection de qualités non patrimoniales nécessaires à la poursuite efficace de leur but social»; TRÜMPY-WARIDEL distingue encore l'honneur «moral», qui découle de la manière de se comporter dans l'exercice de son activité, et l'honneur «social», qui dépend de sa manière de remplir le rôle que la corporation s'est assignée dans la communauté, par exemple comme employeur.

84 GEISER, p. 93.

85 TERCIER, p. 76. Sur les questions de légitimation active, voir SCHUMACHER, p. 231 ss; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 34 *ad* art. 28. Sur leur droit d'agir en réparation du tort moral qui pourrait leur avoir été causé, voir TERCIER, p. 269, avec les références indiquées.

ment de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public ou par la loi (article 28 alinéa 2 CC). Pour qu'il y ait « atteinte », la lésion du bien protégé doit revêtir une certaine intensité⁸⁶; la loi elle-même distingue en effet la notion d'atteinte, d'une part, et le cas où le sujet est simplement « touché dans sa personnalité » (article 28g alinéa 1 CC), d'autre part; on en déduit donc qu'il ne suffit pas d'être touché dans sa personnalité pour que l'on puisse parler d'atteinte illicite (en revanche, le fait d'être directement touché dans sa personnalité suffira pour l'exercice du droit de réponse, article 28g CC). La notion d'atteinte doit s'interpréter objectivement⁸⁷; ce n'est donc pas tant le point de vue de la personne concernée qui compte, mais bien plutôt le point de savoir si, objectivement, le sujet visé est atteint dans sa dignité humaine, si une entrave est portée à son libre épanouissement, ou si on lui a en quelque sorte « soustrait » des informations sur lesquelles il devait pouvoir garder la maîtrise.

Si une personne est atteinte dans sa personnalité au sens de l'article 28 CC, cette atteinte sera illicite à moins que son auteur ne puisse invoquer l'un ou l'autre des motifs justificatifs réservés par la loi. Compte tenu du but assigné à ce rapport, nous mettrons ici l'accent sur les motifs justificatifs dont les médias peuvent se prévaloir dans l'accomplissement de leur mission; il s'agira donc de définir les cas dans lesquels une atteinte est justifiée par un intérêt prépondérant à la diffusion d'une information.

Le fait que quelque chose puisse être qualifié d'« information » ne permet pas à lui seul de lui conférer un statut privilégié: l'information n'est pas une fin en soi; ce que l'ordre juridique doit préserver, ce sont des valeurs, telle que la libre formation de l'opinion dans le débat démocratique, ou le libre épanouissement de la personnalité de l'individu. Même si l'on peut reconnaître que les libertés constitutionnelles, dont la liberté de la presse, doivent être prises en considération, par effet réflexe, lors de l'élaboration et de l'application des règles du droit privé⁸⁸, il est douteux qu'un tel effet réflexe puisse aider à concrétiser les contours de la protection de la personnalité; il suffit de constater que le législateur et les tribunaux tiennent compte de la fonction des médias dans la balance des intérêts à laquelle il convient de procéder lorsqu'est invoqué comme fait justificatif un intérêt prépondérant du public à être informé. Et le simple fait qu'une publication soit faite par voie de presse (ou par un autre média) ne peut en soi lui conférer un statut particulier, du moins sous l'angle de la protection de la personnalité: pour déterminer l'intérêt prépondérant, peu importe le média

86 Cf. notamment MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 38 *ad* art. 28.

87 MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 42 *ad* art. 28.

88 Sur l'effet réflexe des libertés constitutionnelles, voir notamment ATF 107 Ia 280 = JT 1983 I 319; ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226.

utilisé, d'une part, et le fait qu'une information ait été jugée digne de publication par un organisme de presse ne saurait à lui seul revêtir quelque importance, la presse de boulevard ayant en particulier démontré sa pleine assimilation à l'industrie du divertissement, d'autre part.

La doctrine⁸⁹ s'est parfois référée à la « mission » de la presse pour tenter de cerner quelles seraient les atteintes justifiées par un intérêt prépondérant. Il n'existe toutefois pas de mission de la presse qui serait clairement définie, du moins pour la presse écrite (pour la radio et la télévision, l'article 55 bis alinéa 2 de la Constitution et le régime de la concession imposent expressément certains devoirs, dont celui d'objectivité et l'obligation de refléter la diversité des opinions). D'ailleurs, la liberté reconnue à la presse et aux médias leur permet de définir eux-mêmes leur propre mission.

Il s'agit donc d'arbitrer les conflits qui opposent la protection de la personnalité à la liberté des médias. Pour cela, la loi prescrit le recours à une balance des intérêts, lorsque l'atteinte n'est pas justifiée par le consentement de la victime ni par la loi (article 28 alinéa 2 CC). A juste titre, cette « méthode » a été critiquée⁹⁰. Il est en effet bien difficile de circonscrire « l'intérêt à l'information », tout comme il est difficile de cerner ce que le public a « le droit de savoir ». En outre, une « pesée » des intérêts suppose la mise en balance d'éléments de même nature, ou à tout le moins qui soient mesurables par une même jauge. Or il est douteux que les antagonismes entre la « liberté de l'information » et la « liberté d'épanouissement » d'un individu répondent à cette exigence. La balance des intérêts comporte donc en elle le risque de déboucher sur un pur jugement en équité simplement « habillé » d'une légitimité juridique.

Le recours à la balance des intérêts s'explique bien plutôt par le fait que l'on est en présence de valeurs, telles que la libre formation de l'opinion ou le libre épanouissement de l'individu, auxquelles l'ordre juridique doit assurer sa protection, sans pouvoir attribuer abstraitement à l'une ou à l'autre un caractère prépondérant : il n'est pas possible d'affirmer de manière générale et abstraite la primauté de la protection de l'individu ou, à l'inverse, celle du « droit à l'information ». L'ordre juridique ne peut que définir les valeurs protégées, dans un tel cas, et déléguer ensuite au juge le soin de dire ce qu'il en est dans le cas particulier.

Mais s'il n'est pas possible d'affirmer la prééminence d'une liberté sur une autre, il devrait en revanche être possible de mieux définir comment le juge doit aborder de tels conflits de valeurs fondamentales. Le législateur n'a cependant pas voulu s'aventurer dans cette direction, préférant laisser à la jurisprudence le soin de se construire au fil des cas concrets qui lui

89 Cf. notamment JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 246a.

90 Cf. surtout DRUEY, p. 205 ss.

seraient soumis, ce qui présente l'avantage d'une approche pragmatique affranchie de préjugés théoriques, mais possède évidemment l'inconvénient d'une certaine insécurité juridique ; on peut aussi lui faire le grief qu'il appartiendrait normalement au législateur d'orienter le juge par des normes plus précises, s'agissant de questions qui touchent à des choix de société.

L'avant-projet de la Commission LÜCHINGER (de décembre 1974) avait tenté de définir l'illicéité en relation avec les médias : *« une atteinte n'est pas illicite (...) lorsque, par le mot ou par l'image, la presse, la radio et la télévision, agissant dans le cadre de leur mission d'information, relatent fidèlement des faits concernant une personne ou critiquent cette dernière, pour autant que la présentation adoptée tienne compte dans toute la mesure du possible du besoin de protection de la victime de l'atteinte »*. Suivant en cela le Message⁹¹, le législateur a renoncé à cette formule, craignant notamment de mettre par là des obstacles à une éventuelle évolution de la jurisprudence. On peut de toute manière douter qu'une telle norme ait pu fournir de véritables précisions au juge, tant la « mission d'information » des médias demeure difficile, voire impossible à cerner (les médias sont fondamentalement libres de définir leur « mission », et cette liberté leur est reconnue par l'ordre constitutionnel, on l'a vu). Une telle norme aurait néanmoins consacré expressément le droit de relater fidèlement des faits, ainsi que le droit de critique, et le principe de proportionnalité⁹².

2. Reportage « anonyme » ou « identifiant »

a) respect de l'anonymat

Pour cerner les atteintes illicites, la doctrine a proposé diverses distinctions, suivant le but poursuivi, la nature de l'information, la personnalité du sujet concerné, etc.⁹³. Etant donné toutefois qu'il n'y a pas d'atteinte à la personnalité si ce dernier n'est pas reconnaissable⁹⁴, la première question à se poser est celle de savoir si le but d'information pouvait être atteint sans mentionner le nom de la personne concernée et sans la rendre identifiable d'une autre manière⁹⁵. Le plus souvent, ce but peut être pleinement satisfait sans faire sortir la personne de l'anonymat. Si celle-ci est mentionnée pour

91 FF 1982 II 684.

92 Sur ce principe, cf. ci-après texte à note 118.

93 Cf. surtout SCHUMACHER, p. 69 ss ; RIKLIN, thèse, p.160 ss et 220 ss.

94 Cf. ci-dessus texte à notes 27 et 49.

95 De cet avis également, LUTHY, p. 62.

simplement satisfaire le voyeurisme du lecteur, cela ne saurait justifier une atteinte à la personnalité⁹⁶.

Cette question se pose même lorsque la personne est déjà identifiée dans certains cercles : dans la mesure où la révélation de son nom en relation avec certains faits constitue une atteinte à sa personnalité, l'élargissement du cercle de personnes pouvant l'identifier constitue aussi une telle atteinte⁹⁷. En particulier, ce n'est pas parce qu'un journal local a déjà divulgué l'identité d'une personne (par exemple d'un criminel) en violation des droits de celle-ci que les médias auraient carte blanche pour propager cette information plus loin : l'atteinte à la personnalité ne réside pas seulement dans la première divulgation de l'information litigieuse ; de même que la propagation d'une rumeur existante peut violer les droits de la personnalité⁹⁸, le fait de porter à la connaissance de plus larges cercles l'identité d'une personne qui aurait dû être tenue secrète sera illicite.

Cette approche paraît découler aussi de l'application du principe de la proportionnalité⁹⁹ : il ne peut y avoir d'intérêt prépondérant qui justifie une atteinte à la personnalité lorsque la mention du nom ou d'autres éléments d'identification aurait pu être omise sans que le but d'information ne soit compromis¹⁰⁰.

S'agissant des victimes d'infraction au sens de la LAVI, la protection de leur anonymat fait l'objet d'une disposition particulière à l'article 5 alinéa 2 de la loi : « en dehors de l'audience publique d'un tribunal, les autorités et les particuliers ne font connaître l'identité de la victime que si cela se révèle nécessaire dans l'intérêt de la poursuite pénale ou si la victime y consent ». Il est frappant de constater que cette disposition ne réserve aucun intérêt prépondérant, ce qui est sans doute justifié, car la révélation du nom d'une victime ne poursuit généralement pas d'autre but que de satisfaire une certaine curiosité morbide (on peut cependant imaginer des cas particuliers, comme celui d'une personne dont on saurait déjà qu'elle a fait l'objet de menaces, et qui serait ensuite victime de la mise à exécution de celles-ci ; en ce cas, la révélation de son nom en tant que victime pourrait poursuivre une finalité d'information du public, mais on peut considérer que l'intérêt de la victime à demeurer anonyme reste prépondérant).

96 Cf. RIKLIN, thèse, p. 178 et 246 ; SCHUMACHER, p. 74.

97 Voir cependant GEISER, RSJ 92 (1996), 76.

98 Voir p. ex. Medialex 1996, 41 (TF).

99 Sur ce principe et son application dans la balance des intérêts de l'art. 28 CC, voir notamment SCHUMACHER, p. 53 et 125 ss ; LÜCHINGER, RSJ 70 (1974), 326 ; GEISER, RSJ 92 (1996), 76 ; RAUSCH, p. 45 et 47.

100 RIKLIN, thèse, p. 178.

b) *application de la notion de « personnes de l'histoire contemporaine » ou du critère de « l'exposition » ?*

Pour déterminer le cercle des personnes qui font l'actualité (et dont les médias peuvent donc parler), la doctrine recourt généralement à la notion de « personnes de l'histoire contemporaine »¹⁰¹. Cette notion recouvre à la fois les personnes « absolues » et « relatives » de l'actualité : les premières sont les hommes politiques, les monarques et les princes, les leaders économiques et les autres personnes qui sortent du commun dans les domaines de la science, du divertissement, de l'art, de la littérature et du sport ; leur notoriété est en quelque sorte d'une durée indéfinie¹⁰² ; au contraire, les secondes sont des personnes dont l'existence est portée à la connaissance du public à la suite d'un événement indépendant de leur volonté, telles que les victimes d'un accident ou les parents d'une « célébrité », ou qui attirent l'attention du public sur elles en relation avec un événement particulier¹⁰³.

D'autres auteurs préfèrent parler de personnages « publics », pour ne pas restreindre leur cercle à ceux de l'actualité. Un personnage serait « public » dès qu'il se trouve dans une relation suffisamment étroite avec un événement d'intérêt public, soit qu'il fasse lui-même l'événement, soit qu'il y soit mêlé par des circonstances extérieures¹⁰⁴.

S'agissant a contrario de personnes « privées », il n'existe pas d'intérêt prépondérant à relater des informations s'y rapportant avec l'indication de leur nom, la publication de leur image ou d'autres signes d'identification¹⁰⁵ ; il n'en va différemment que si elles sortent elles-mêmes de leur anonymat¹⁰⁶ ; pour cela, il ne suffit pas qu'elles apparaissent dans un endroit public (les activités auxquelles chacun se livre, en public mais dans l'anonymat, font toujours partie de la sphère privée¹⁰⁷).

Ainsi, la première fonction de cette définition des personnages « publics » est de tracer la frontière entre ceux dont les médias ne peuvent traiter que de manière anonyme et les autres.

101 PEDRAZZINI/OBERHOLZER, p. 147 ; RIKLIN, thèse, p. 227 ss ; SCHWEIZER, PJA 1994, 1115 ; MEILI, in : HONSELL/VOGT/GEISER, n. 52 *ad art.* 28 CC.

102 LEGLER, p. 112/3.

103 MEILI, in : HONSELL/VOGT/GEISER, n. 52 *ad art.* 28 CC ; LEGLER, p. 114.

104 LUTHY, p.147 ; TERCIER, p. 102.

105 LUTHY, p.135 ; *cf.* aussi SCHUMACHER, p.139 ; RIKLIN, thèse, p. 225 et 246 ; JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 245a.

106 Les cas où la personnalité du sujet concerné est touchée de manière « accessoire », ou secondaire, demeurent réservés, spécialement pour ce qui concerne la publication de photographies où il n'apparaît pas au premier plan : en ces cas, il n'existe pas d'atteinte à sa personnalité, *cf.* supra texte à note 27.

107 *Cf.* supra texte à note 36.

Cela montre la nécessité de disposer d'une définition relativement précise de cette notion. Mais s'il est plus ou moins facile de cerner qui sont les « célébrités absolues », il est plus délicat de déterminer les autres personnes (les personnes « relatives ») de « l'histoire contemporaine » (ou de dire qui sont les autres personnages « publics »). Or, cette définition-ci est largement dépendante du cas d'espèce : cela découle notamment de la notion même de personnes « relatives » de l'histoire contemporaine, qui se réfère à une relation avec un événement d'intérêt public¹⁰⁸ ; et la définition de l'événement « d'intérêt public » pêche par son caractère indéfini, ce d'autant plus que la liberté reconnue aux médias fait que ce sont eux qui peuvent décider le plus souvent ce qui constitue l'actualité...

On peut certes définir le cercle des personnages « relatifs » comme celui de ceux qui se trouvent, *nolens volens*, sous les feux de la rampe, en d'autres termes ceux qui sont pris dans le faisceau du projecteur médiatique. Mais la question est de savoir si les médias peuvent braquer leur projecteur sur eux, d'une manière qui les fasse sortir de l'anonymat dans lequel ils se trouvaient jusqu'alors. Et si les médias jouissent de la liberté de braquer leur projecteur où ils le désirent (sous réserve de la protection de la sphère privée, qui doit être préservée de façon absolue pour les personnes « privées », c'est-à-dire non « publiques »), ils n'ont pas nécessairement le droit de rendre identifiables les individus qui sont ainsi pris dans le faisceau.

La distinction ne peut être faite suivant que l'événement dont il s'agit se rapporte à une personne déterminée ou non. Le plus souvent, l'information pourra être relatée sans nommer la personne ni la rendre identifiable, même lorsque c'est cette personne qui fait l'événement : par exemple, la révélation qu'un certain fonctionnaire était corrompu, ou révisionniste, ou qu'un crime a été commis peut être faite tout en préservant l'anonymat de la personne concernée. Généralement, l'information peut nécessiter l'indication de la fonction occupée par cette personne, mais non celle de son nom, ni la publication de son image. D'ailleurs, s'agissant de personnages non célèbres, la mention de leur nom ne suscitera normalement aucun intérêt ; en revanche, leur photographie pourra attiser une certaine curiosité du public, mais cet intérêt-ci ne saurait se voir attribuer un caractère prépondérant, en règle générale. On peut réserver les cas particuliers (criminels hors du commun, par exemple), mais ces cas devraient concerner le plus souvent des personnes qui sont elles-mêmes sorties de leur anonymat par leur comportement (mais on doit souligner qu'il ne suffit pas d'un comportement criminel ou déviant pour autoriser que la personne soit rendue identifiable).

108 Puisqu'une personne devient « publique » dès qu'elle est dans une relation suffisamment étroite avec un « événement d'intérêt public », cf. ci-dessus texte à note 104.

De plus, la distinction entre personnes « absolues » ou « relatives » de l'histoire contemporaine paraît inapplicable aux personnes morales; spécialement à leur égard, ce sont bien souvent les médias eux-mêmes qui décident d'en faire un sujet d'intérêt public, comme on peut s'en rendre compte avec le journalisme d'investigation ou les « tribunaux » télévisés de la consommation...

En outre, la différence entre les deux catégories de « personnes de l'histoire contemporaine » ne doit pas être tranchée, mais bien plutôt construite par paliers : même pour les personnages « absolus », la protection de leur vie privée peut et doit se justifier, du moins lorsqu'il s'agit de faits qui n'ont pas de relation avec les fonctions ou les situations qui ont fait d'eux des personnages « publics », ou de faits de leur vie privée que les intéressés ont tenus à l'écart de toute publicité¹⁰⁹. Finalement, la différence entre personnages « absolus » et « relatifs » se marque essentiellement dans la durée : les uns restent sous les feux de l'actualité, tandis que les autres peuvent revendiquer un droit à l'oubli. Mais même s'agissant du droit à l'oubli, on ne peut exclure que les « personnages absolus » puissent en bénéficier, pour certains faits du moins ; tout dépend de la pertinence des faits (on conçoit aisément que l'on puisse rapporter les errements politiques passés d'une personne qui brigue aujourd'hui un mandat parlementaire, par exemple, mais non ses frasques extra-conjugales, même si elles avaient autrefois défrayé la chronique). En fin de compte, l'utilité de la distinction entre personnes « absolues » et « relatives » paraît extrêmement restreinte.

De plus, cette distinction est impropre à rendre compte de la gradation qui va de la notoriété « relative » à la célébrité « absolue » : il n'existe pas deux catégories de personnes de l'actualité, mais des personnes qui sont sous les feux de l'actualité à des degrés divers, suivant les circonstances. Ainsi, même un criminel, personne relative selon la doctrine¹¹⁰, peut devenir une « célébrité absolue » dans certains cas (on pense par exemple aux membres de la bande à Baader¹¹¹). En outre, le criminel – et peut-être même surtout lui – a un intérêt à ce que son anonymat soit préservé ; on lui reconnaît ce droit par un effet indirect de la présomption d'innocence garantie par la CEDH, aussi longtemps qu'il n'a pas été jugé ; et même après le jugement, le besoin de l'information sera généralement satisfait par une publication qui demeure « anonyme » (dans la plupart des cas, il n'existe aucun intérêt

109 Cf. SCHWEIZER, PJA 1994, 1114 ss, spéc. p. 1119: distinction notamment suivant que la personne en question s'engage publiquement de manière active ou non.

110 Cf. BARRELET, p. 384; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 181; MEILI, in: HONSELL/VOGT/GEISER, n. 52 ad art. 28; LÜTHY, p. 162.

111 Exemple donné par LÜTHY, p. 162.

véritable à révéler le nom du condamné ou à publier sa photo)¹¹². Dans de tels cas, le critère faisant appel à la notion de personne relative de l'actualité se révèle inapproprié.

En outre, même une « célébrité absolue » a droit au respect de sa sphère privée en tout cas dans la mesure où elle la protège des médias¹¹³. Il en va différemment lorsque cette personne a attiré la curiosité du public sur sa vie privée en donnant des interviews à ce sujet et autorisé la publication de photos relevant de cette sphère : en exposant tout ou partie de sa vie privée de la sorte, elle la livre à la publicité et légitime ainsi la curiosité médiatique. On en déduit que le critère des personnes « absolues » de l'actualité se révèle inexact ici aussi : ce qui autorise les médias à s'intéresser à la vie privée d'une star, par exemple, c'est la mesure dans laquelle celle-ci a ouvert au public des éléments de sa vie et suscité ainsi la curiosité¹¹⁴. Il s'agit bien plutôt de voir dans quelle mesure la personne concernée s'est « mise en avant » ou s'est « exposée » au regard public¹¹⁵.

Il existe toutefois certaines personnes « relatives » de l'actualité dont on ne peut dire qu'elles ont choisi de « se mettre en avant ». On songe ici à la victime d'une catastrophe ou d'un crime, à l'auteur d'une négligence ayant conduit à un drame, aux proches de telles personnes (ou d'une « célébrité »), au témoin d'un événement ou à d'autres personnes qui se trouvent prises malgré elles au cœur de l'actualité. Toutefois, s'agissant d'une victime, son intérêt à être « laissée en paix » paraît généralement prépondérant ; subordonner la publication de son nom ou de son image à son consentement ne constitue pas un obstacle à l'information puisque l'interview anonyme ou la photographie sans identification¹¹⁶ demeure possible¹¹⁷. Quant à l'auteur d'une négligence ayant conduit à un drame (guide de montagne responsable d'un groupe d'enfants, par exemple), on peut considérer que les responsabilités qu'il assumait l'exposent le cas échéant malgré lui, et en ayant accepté de telles responsabilités, il a également accepté de devoir en rendre compte publiquement.

Le cas des proches « d'une célébrité » pose un problème particulier, dans la mesure où ils peuvent se trouver pris dans le faisceau médiatique qui n'était pas directement braqué sur eux. On peut tout d'abord considérer le

112 Sur la question, *cf.* ci-après texte à notes 132 ss.

113 Sauf si des faits relatifs à la sphère privée ont une relation avec ses activités publiques, *cf.* ci-après texte à notes 153 ss.

114 On y reviendra ; *cf.* ci-dessous texte à notes 153 ss.

115 Critère également mis en évidence par ZELLER, p. 266, qui cite dans ce sens un arrêt du TF non publié.

116 Il est rappelé que le droit à l'image n'est normalement pas lésé par une photo où la personne concernée n'apparaît qu'à titre « accessoire », *cf.* ci-dessus texte à note 27.

117 L'art. 5 al. 2 LAVI demeure réservé.

cas de photographies qui, si elles sont prises en public, pourront être justifiées par un but d'information. La question des biographies est en revanche plus délicate. On doit cependant songer aussi aux éminences grises, aux hommes de l'ombre ou de l'entourage qui peuvent jouer un rôle important dans les actions ou les réactions du personnage « central ». Mais qu'ils soient de l'ombre ou non, les conseillers – officiels ou officieux, professionnels ou occasionnels – participent même indirectement aux actions du sujet concerné et à ce titre s'exposent également à la médiatisation ; et on ne peut vouloir « tirer les ficelles » et en même temps se soustraire à l'information et à la critique. Ainsi, dans cette mesure en tout cas, le critère de « l'exposition » s'applique ici également. Les parents ou les amis peuvent aussi assumer un tel rôle et « s'exposer » de la sorte (par exemple la mère d'un jeune prodige du sport), mais s'ils demeurent en retrait, il est plus difficile d'imaginer ce qui justifierait les atteintes à leur sphère privée.

En conclusion, nous pensons que le critère des « personnes relatives » de l'actualité et des « célébrités absolues » est largement impropre à tracer la limite entre les personnes qui ont un droit à rester anonyme et celles dont l'anonymat peut être levé. La distinction doit suivre une ligne certes relativement floue, mais qui au moins a l'avantage de respecter la mesure dans laquelle l'intéressé s'est exposé à la publicité, ou y est exposé de par sa position (sa fonction, par exemple). Reste à préciser cette ligne.

c) critère de « l'exposition »

D'une manière générale, il s'agit de voir dans quelle mesure la personne concernée s'est « mise en avant » ou est « exposée » au regard public. Les médias pourront alors l'évoquer d'une manière « identifiante » par la publication de son image ou de son nom, pour autant que le reportage ait une *relation* avec ce pour quoi la personne est exposée au regard public, et que la publication apparaisse comme étant *proportionnée*, aussi bien quant à la forme qu'au fond¹¹⁸ : personne ne peut invoquer un intérêt prépondérant si l'atteinte va au-delà de ce qui la justifie.

Mais cette approche ne doit pas être comprise dans le sens qu'elle limiterait le reportage aux seuls faits que la personne concernée aurait elle-même livrés à la publicité : elle doit bien plutôt permettre le reportage sur tout ce qui est en relation avec ce qui justifie la « levée de l'anonymat » de cette personne. Il s'agit donc de voir si la personne concernée s'est mise en avant (par ses actes ou ses déclarations publiques) ou occupe une

118 L'exigence de proportionnalité est généralement admise, cf. SCHUMACHER, p. 126 ss ; RIKLIN, thèse, p. 178 ss.

position sociale qui l'expose au regard public (même contre sa volonté); dans l'affirmative, un reportage rendant cette personne identifiable sera possible, pour autant qu'il se rapporte à ce qui justifiait cette « sortie » de l'anonymat, et que le principe de la proportionnalité soit respecté. Le cas échéant, les journalistes seront donc investis d'une liberté considérable pouvant même justifier des atteintes à la sphère privée. Ainsi, pour les personnes assumant des responsabilités sociales ou politiques, tout ce qui permet d'apprécier leurs aptitudes, leur diligence, leurs qualités (dans la mesure où elles revêtent de l'importance pour leurs fonctions) pourra être évoqué.

Avant d'observer quelques cas d'application, soulignons encore que ce débat ne concerne pas seulement la protection de la vie privée ou le droit à l'image mais aussi le droit à l'honneur : par exemple, la publication de faits même rigoureusement vrais mettant en cause l'honneur d'un simple *quidam* sera illicite si celui-ci est nommé ou rendu identifiable d'une autre manière, dès lors que rien ne justifie son identification¹¹⁹.

Ainsi, une atteinte à la personnalité d'un *simple quidam* dont le nom ou l'image serait publié ne sera jamais justifiée, à moins qu'il ne se soit « mis en avant » d'une façon ou d'une autre (par exemple par des déclarations publiques) ou que la publication ne soit faite en relation avec la position particulière qu'il occupe (dans ce cas, il est plus un « simple *quidam* »).

En revanche, celui qui prend position sur un certain sujet par des déclarations publiques s'expose par là même au débat médiatique. Ses opinions en relation avec ce sujet peuvent être discutées, critiquées avec l'indication de son nom, mais il n'a pas à souffrir que sa vie privée ou d'autres biens protégés soient atteints dans la mesure où le sujet en discussion n'était pas touché¹²⁰ (il n'y a alors plus de *relation* avec ce qui a justifié la curiosité des médias, à savoir ses déclarations publiques sur le sujet en question).

Celui qui prend part à des *événements publics* médiatisés (manifestations, cérémonies d'inauguration, par exemple) s'expose aussi au regard médiatique dans la mesure correspondante. Si la mention de tel ou tel notable parmi les invités à une cérémonie ne pose aucun problème, il n'en ira pas de même pour la photo des participants à une manifestation¹²¹. Celui qui prend part à un défilé dans la rue accepte cependant d'être vu publiquement comme participant. On admettra dès lors qu'une photo de la manifestation

119 Dans un tel cas, la publication de son nom (ou de son image) en relation avec les faits en question serait disproportionnée et donc « inutilement offensante ».

120 La protection de l'honneur assigne encore d'autres limites au droit de critique, cf. ci-dessous section 3.

121 Sur la question, voir GROSSEN, RDS 79 (1960) II, 104a et RAUSCH, p. 68/9.

le montre parmi les participants¹²². En revanche, son consentement demeure nécessaire pour une prise de vue qui l'isolerait des autres manifestants : en prenant part à la manifestation, il a accepté de s'exposer publiquement en tant que participant, c'est-à-dire comme élément d'un groupe, et non comme individu isolé ; le gros plan d'un manifestant ne devrait donc pas être admissible sans son consentement¹²³.

Les *spectateurs* d'un événement doivent en revanche demeurer « anonymes » : le spectateur ne fait pas l'événement et n'y participe pas à proprement parler ; il ne peut donc être considéré comme s'étant « exposé » au regard des médias. Une photo ne pourra le faire apparaître qu'à titre secondaire ou accessoire¹²⁴ ; c'est l'événement qui peut être photographié (et avec lui certains spectateurs, « indirectement » en quelque sorte) mais non le spectateur en tant que tel.

Le *témoin* d'un événement n'a certes pas choisi d'être exposé à la curiosité des médias. Mais la narration de ses déclarations suppose son interview, donc son consentement. Ce consentement pourra justifier la publication de son image avec celle de son récit. Quant au témoin assigné à comparaître, devant un tribunal siégeant en audience publique, son droit à l'image reste intact.

La *victime* d'un crime ou d'une catastrophe peut également être au centre de l'actualité mais n'a par définition rien fait pour cela. L'identité de la victime est d'ailleurs protégée par la LAVI (article 5 alinéa 2) ; dans les autres cas (victimes de catastrophes, par exemple), l'intérêt de la victime à être « laissée en paix » sera généralement prépondérant¹²⁵. Il n'y a donc pas d'inconvénient à considérer que notre critère fait ici obstacle à la publication du nom ou de l'image de la victime. Il est d'ailleurs rappelé que le reportage « anonyme » et la photographie sans identification demeurent possibles – et suffisants en règle générale. Nous ne partageons pas l'avis selon lequel la gravité de l'événement ou la notoriété de la personne permettrait une indication du nom de la victime¹²⁶. L'intérêt de la victime l'emporte sur toute curiosité morbide. Il n'y a d'intérêt à la nommer que si l'accident a un effet sur l'exercice de son activité (officielle, artistique, sportive ou autre) mais non dans les autres cas ; mais ce qui peut justifier ici la révélation de l'information, ce n'est pas son statut de victime mais un

122 Une légende inexacte peut cependant porter atteinte à l'honneur.

123 La balance des intérêts arrivera au même résultat : il y a un intérêt public à montrer une photo de la manifestation (pour informer le public sur l'ampleur de la manifestation et sur les revendications exprimées) mais non à montrer un participant isolé, dont le droit à l'image sera alors prépondérant.

124 Cf. ci-dessus texte à note 27.

125 Dans ce sens, NÄGELI, PJA 1994, 1124.

126 Avis exprimé par NOBEL, p. 166.

autre statut particulier de cette personne (elle assume des fonctions officielles, des responsabilités sociales ou une autre position par laquelle elle est « exposée » et qui justifie la publication de l'information dans la mesure où il existe une *relation* avec cette fonction¹²⁷). Enfin, il ne peut y avoir d'intérêt prépondérant à publier une photographie montrant l'état de la victime, même si celle-ci est célèbre (question de *proportionnalité*).

Si la victime est décédée, la situation est en revanche différente : seuls les droits de la personnalité de ses proches peuvent s'opposer à une publication, sur la base de leur droit au respect de leurs sentiments envers le défunt ; les proches pourront ainsi s'opposer à la publication de photos ou d'images montrant la victime souffrante ou sur son lit de mort¹²⁸. Mais le nom de la victime pourra normalement être divulgué¹²⁹.

Quant à *l'auteur d'une négligence* ayant conduit à un drame, à moins qu'il n'ait accepté une fonction à responsabilité et que le drame soit en relation avec celle-ci, il demeure dans l'anonymat, et ce dernier doit rester protégé. Il en va différemment lorsque l'auteur assumait une responsabilité particulière de par sa fonction ; en ce cas, en acceptant cette fonction, il a du même coup endossé une responsabilité supplémentaire qui l'oblige à devoir en rendre compte publiquement ; mais il ne faut pas perdre non plus de vue que si l'on admet l'existence d'un effet horizontal de la présomption d'innocence, celle-ci justifiera généralement que le droit à l'anonymat soit respecté¹³⁰. En revanche, la notoriété de la personne importe peu¹³¹. Et même si son identité est connue de larges cercles à l'échelon régional, cela ne justifie pas que l'on révèle son nom ou que l'on publie son image en dehors de ces cercles ; le cas échéant, il y va de la nécessité, pour le sujet concerné, de pouvoir « se refaire une vie ailleurs ». Quant aux proches de telles personnes, leur interview suppose leur accord, et la publication de leur image ne peut se prévaloir d'un intérêt prépondérant qui suppléerait au défaut de consentement.

L'auteur d'un crime (intentionnel) s'expose délibérément à l'opprobre et, étant sorti dans cette mesure de l'anonymat, devrait être à ce titre soumis au regard des médias. Son anonymat peut cependant être garanti par un effet indirect de la présomption d'innocence¹³². A vrai dire, on peut douter que ce droit à l'anonymat découle de l'article 6 alinéa 2 CEDH, même par effet

127 Sur cette question, voir ci-après texte à note 147.

128 ATF 70 II 127 = JT 1945 I 24.

129 BARRELET, p. 359 ; NOBEL, p. 166.

130 Sur cet effet attribué à la présomption d'innocence, voir l'alinéa suivant.

131 NOBEL, p. 165. Sur l'exemple du médecin qui a médiatisé son activité de chirurgien plastique, et qui pourrait devoir souffrir de graves critiques sur son activité, voir BREITSCHMID, PJA 1995, 874.

132 ATF 116 Ia 24 = JT 1991 IV 157 ; ATF 116 IV 40 = JT 1992 IV 28.

réflexe : la présomption d'innocence instituée par la CEDH est un principe de procédure pénale, et l'on a peine à croire qu'un tribunal puisse être véritablement influencé par la présentation que les médias feraient de l'affaire avant l'ouverture du procès, du moins peut-on l'espérer¹³³. D'ailleurs, si le principe de l'anonymat devait découler exclusivement de la nécessité d'assurer la sérénité des débats judiciaires, il ne devrait y avoir nulle hésitation à révéler l'identité de l'auteur dans un reportage publié bien avant l'ouverture du procès (ou après), alors qu'à l'évidence, l'anonymat doit demeurer la règle¹³⁴. Par conséquent, cette règle trouve sa justification ailleurs. D'une part, la publication de soupçons, d'une accusation, ou d'une condamnation, lorsqu'elle met la personne en cause nommément (ou d'une autre manière qui permet son identification), a l'effet d'une mise au pilori qui peut constituer une sanction plus sévère qu'une peine pénale ; par la publicité donnée à l'information, les rumeurs mettront du temps à se dissiper, les accusations auront frappé les esprits, les condamnations resteront gravées dans les mémoires ; la diffusion des rumeurs et des accusations fait ainsi obstacle à la réhabilitation de celui qui a été injustement mis en cause, et la publication de l'identité du condamné compromet sa réinsertion. D'autre part, bien des soupçons ou des accusations peuvent être infondés, et le journalisme d'investigation n'est pas à l'abri de l'erreur, loin de là, ne serait-ce que par manque de temps ou de moyens ; dès lors, la publication de telles informations avec l'identité de la personne en cause est de nature à causer des torts souvent impossibles à redresser, tant la publicité donnée à l'affaire aura marqué les esprits ; même la publication d'un acquittement ou d'une mise hors de cause n'effacera pas l'idée qu'il « devait y avoir quelque chose » ou qu'« il n'y a pas de fumée sans feu ». Dès lors, la règle de l'anonymat s'impose bien plutôt du fait que l'intérêt de la personne à ne pas être mise au ban d'infamie l'emportera généralement sur l'intérêt du public à connaître son identité. Par conséquent, le principe de l'anonymat découle de la balance des intérêts en présence, et non de la nécessité d'assurer la sérénité des débats judiciaires. Il s'impose d'autant plus que dans bien des cas, seuls des soupçons existent à l'encontre de la personne concernée ; autrement dit, dans de tels cas, il s'agit de voir si la publication de soupçons concernant une personne nommément désignée (ou identifiable d'une autre manière) peut être justifiée par un intérêt qui l'emporterait sur l'intérêt de celle-ci à éviter d'être mise au pilori, le cas échéant injustement. Et même lorsque l'identité de l'auteur du crime

133 Il peut en aller différemment si l'affaire est soumise au verdict d'un jury populaire (*cf.* à ce sujet les décisions rappelées dans *Medialex* 1996, 45, avec note de TERCIER).

134 Du même avis : BARRELET, *Medialex* 1998, 206.

est certaine, son intérêt à demeurer anonyme aux yeux du public reste prépondérant, du moins en règle générale.

En application de la balance des intérêts, on n'indiquera donc pas l'identité de l'auteur de l'infraction, en principe¹³⁵. On consacrera des exceptions pour les besoins de l'enquête (recherche de suspects ou de fuyards)¹³⁶, lorsque la personne est elle-même intervenue dans le débat public au sujet de l'infraction qui lui est reprochée (par des interviews ou des conférences de presse), lorsque son identité est déjà généralement connue du public¹³⁷, lorsque la publication de l'identité de l'auteur est de nature à rassurer le public (spécialement lorsque chacun s'était mis à soupçonner le voisin, dans le cas d'un pyromane ou d'un tueur en série)¹³⁸, éventuellement pour éviter des confusions¹³⁹ (encore qu'il paraisse préférable d'indiquer que l'auteur n'est pas M. X., dans ce cas) ou lorsque l'auteur assume une responsabilité sociale particulière et que l'infraction est en relation avec cette responsabilité¹⁴⁰, pour autant que l'indication de son identité respecte le principe de la proportionnalité (dans ce dernier cas, nous pensons que la doctrine est généralement trop permissive: la gravité de l'infraction ou la notoriété de la personne¹⁴¹ ne justifie pas en soi l'effet de « mise au pilori »; le simple fait d'être directeur d'entreprise ou haut fonctionnaire¹⁴² ne le justifie pas non plus – le plus souvent, l'indication de la *fonction* occupée par l'auteur de l'infraction suffit au besoin d'information du public).

En acceptant leurs fonctions, les *personnes assumant des responsabilités sociales* particulières s'exposent au regard critique des médias, mais toujours seulement pour les faits en *relation* avec les responsabilités ainsi assumées. Dans une certaine mesure, cela vaut déjà pour l'employeur,

135 NOBEL, p. 166/7; BARRELET, p. 358 et 379. ATF 109 II 353 = JT 1985 I 102: la protection de la sphère privée prime fondamentalement le principe de la publicité des débats; il faut une certaine simultanéité entre le compte-rendu et le déroulement du procès; sauf intérêt public majeur, les comptes-rendus ultérieurs doivent être appréciés selon les principes généraux de la protection de la personnalité; par conséquent, après la clôture de la procédure, le public ne doit en principe plus avoir accès aux jugements et aux extraits de jugements. Sur le sujet, on consultera avec profit la thèse de ZELLER.

136 BARRELET, *ibid.* et EuGRZ 1996, 329 (Cour européenne des droits de l'homme).

137 NOBEL, p. 167, qui réserve à juste titre le droit à l'oubli.

138 BARRELET, p. 358.

139 BARRELET, *ibid.*

140 BARRELET (Medialex 1998, 209) considère difficile d'imaginer des infractions insuffisamment reliées à l'activité politique de la personnalité en cause, car le public attendrait d'eux une honnêteté absolue; à notre avis, cela ne vaut que pour les plus hautes personnalités politiques.

141 Critères utilisés notamment par NOBEL, p. 166.

142 Exemples donnés par BARRELET, p. 358, et dans Medialex 1998, 209 (trop large à notre avis).

encore que la révélation publique de conflits individuels heurte généralement le principe de *proportionnalité*; en revanche, l'employeur peut être nommément mis en cause dans les cas de conflits collectifs¹⁴³ ou dans d'autres cas sortant de l'ordinaire. Les responsables de tâches d'intérêt public (qu'ils soient hauts fonctionnaires ou directeurs d'entreprise) sont encore davantage exposés au regard critique des médias – mais toujours seulement pour les faits en relation avec leurs tâches, ce qui peut cependant justifier parfois la révélation d'éléments de leur vie privée, lorsque ces faits permettent d'apprécier leurs aptitudes, leur diligence ou leurs qualités¹⁴⁴. S'agissant de tels responsables de tâches d'intérêt public, même des soupçons de manquements à leurs devoirs, pour autant qu'ils soient étayés et présentés comme tels, pourront être rendus publics¹⁴⁵.

Quant aux *hommes politiques*, ils doivent sans doute être rangés parmi ceux qui se sont le plus « mis en avant » et qui, à ce titre, sont particulièrement exposés au regard des médias. Cela est vrai non seulement quand ils assument des fonctions officielles, mais aussi lorsque tel n'est pas le cas. Ils doivent accepter que l'on expose les incohérences de leur comportement par rapport aux idées qu'ils affichent ou qu'on révèle leurs liens avec certains milieux¹⁴⁶, par exemple.

L'exigence que le reportage soit en *relation* avec ce qui justifie la « levée de leur anonymat » permet ici une grande liberté d'investigation, et même des éléments de leur passé peuvent être publiés dans la mesure où ils concernent leurs opinions (ainsi celui qui défend une politique répressive en matière de drogue pourra se voir opposer une vieille affaire de joints remontant à sa jeunesse¹⁴⁷) ou dans la mesure où il s'agit d'apprécier les qualités de celui qui brigue une fonction importante¹⁴⁸. Dans cette mesure, l'homme politique ne peut se prévaloir d'un « droit à l'oubli »¹⁴⁹. Lorsqu'il jouit d'une grande notoriété ou qu'il occupe une haute fonction, la publication d'éléments ou d'images de sa « sphère privée en public »¹⁵⁰ sera

143 Cf. JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 246a.

144 SCHUMACHER, p. 83; BARRELET, p. 383. En revanche, les employés subordonnés conservent leur droit à l'anonymat, cf. l'exemple donné par JÄGGI, RDS 79 (1960) II, 246a (il est illicite de nommer les membres d'une équipe de pompiers arrivés trop tard sur les lieux du sinistre).

145 Leur situation est différente du simple *quidam* soupçonné d'avoir commis une infraction, ce qui justifie la publication même de soupçons : d'une part, leur responsabilité particulière les expose davantage, et d'autre part, ils seront généralement mieux à même de faire entendre des médias leurs arguments et leur version des faits que le simple *quidam*. Cf. aussi BARRELET, p. 380.

146 SCHUMACHER, p. 99.

147 Car il s'agit ici d'apprécier la cohérence de son comportement par rapport aux idées qu'il affiche.

148 BARRELET, p. 384.

149 ATF 111 II 209 = JT 1986 I 600.

150 Sur cette notion, cf. ci-dessus texte à note 36.

généralement justifiée dans la mesure où son attitude dans la vie quotidienne peut aussi servir à se forger une opinion sur sa personne¹⁵¹. En revanche, les événements de sa sphère privée ou intime qui n'ont pas de relation avec l'appréciation de ses aptitudes ou de ses qualités ne peuvent être révélés¹⁵². Mais il sera licite de publier des éléments de son comportement privé en tant que cette publication est faite en relation avec la critique de ses opinions ou de ses aptitudes¹⁵³.

S'agissant des *sportifs* ou des *artistes*, la mesure dans laquelle ils se sont « exposés » au regard des médias sera aussi décisive pour déterminer ce qui peut être publié : « la publicité doit rester en rapport avec l'origine de leur célébrité »¹⁵⁴. Leurs prestations sont donc soumises à la critique, et leur image, lors de leurs apparitions en public, peut être divulguée¹⁵⁵. Mais leur vie privée demeure protégée, à moins qu'ils n'aient choisi de l'exposer (même en donnant une interview exclusivement à un journal, le cas échéant) : dans un tel cas, ils légitiment la curiosité du public, et en mettant ainsi « en avant » des éléments de leur vie privée, ils justifient à notre avis que les médias fassent de tels éléments un sujet « d'intérêt public »¹⁵⁶. La question de la proportionnalité des atteintes qui peuvent se prévaloir d'une telle justification demeure en revanche entière. Le critère de la *proportionnalité* se traduira ici par des exigences de respect de la dignité, de tact et de mesure¹⁵⁷.

En revanche, nous défendons l'idée que la « célébrité » qui a protégé sa vie privée de la curiosité des médias, de façon cohérente, peut revendiquer une protection juridique entière de sa sphère privée.

151 Cf. RAUSCH, p. 66/7, qui exclut en revanche la publication de photos montrant la personne dans une posture qui la ridiculise. SCHUMACHER, p. 141, et RIKLIN, thèse, p. 226, considèrent qu'il est illicite, par référence à une affaire allemande, de publier la photo d'un conseiller fédéral à la plage en caleçon de bain. Cf. aussi, RIKLIN, thèse, p. 239 ss (il serait illicite de publier la photo d'un conseiller fédéral en train de se fourrer un doigt dans le nez, p. ex.). De même, l'utilisation publicitaire de leur image est bien entendu subordonnée à leur consentement, cf. l'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris concernant une affiche représentant le Premier Ministre, Legipresse 128 (1996), 1 et la note de l'arrétiste, rapportant l'existence d'une décision de séquestre sur tous les exemplaires d'un jeu de cartes dénommé « Giscarte ».

152 RAUSCH, p. 68 ; il peut y avoir un intérêt à savoir que l'homme politique en question est marié, mais non à voir à quoi sa femme ressemble.

153 La Cour européenne des droits de l'homme l'a admis : affaire Schwabe (28 août 1992, A n° 242-B, § 32).

154 BARRELET, p. 384.

155 BARRELET, p. 385 ; RAUSCH, p. 69, réserve cependant le cas de photos montrant le sportif dans un état de souffrance, p.ex.

156 La LPD offre cependant une certaine protection supplémentaire ; cf. SCHWEIZER, PJA 1994, 1117 ss.

157 SCHWEIZER, PJA 1994, 1119 ; GROSSEN, p. 371.

Quant aux *proches de « célébrités »*, ils ne seront réputés s'être « exposés » que dans la mesure où ils apparaissent en public avec celui qui attire le regard des médias (et devront donc tolérer d'apparaître sur une photographie prise à cette occasion, par exemple) ou dans la mesure où ils se mettent eux-mêmes « en avant » (notamment en assumant un rôle particulier aux côtés de la « célébrité »). Pour le reste, leur vie privée demeure protégée, et ils n'auront par exemple pas à souffrir d'apparaître dans une biographie, à moins que cette apparition n'ait qu'un caractère secondaire¹⁵⁸.

L'industriel, le commerçant ou l'entreprise qui offre des produits ou des services « s'expose » aussi dans la mesure correspondante. En offrant un produit ou un service, ils sortent de l'anonymat et s'exposent ainsi à ce que leurs prestations soient analysées, comparées et critiquées¹⁵⁹, mais cela ne justifie ni la publication de leur image ou celle de leurs dirigeants ou employés, ni la publication de propos, même exacts, qui porteraient atteinte à leur honneur, dans la mesure où ces propos ne se rapportent pas aux produits ou aux services offerts. La liberté de reportage s'élargit cependant par la publicité que fait l'entreprise: on pourra publier des faits qui infirment la véracité des slogans; par cette publicité, l'entreprise s'est en effet exposée et « mise en avant », ce qui légitime le regard des médias lorsqu'il est porté sur la réalité des qualités affichées dans le message publicitaire. Plus encore, la société cotée en bourse, en faisant appel à des investisseurs disséminés dans le public, doit accepter d'être exposée à l'analyse et à la critique non seulement de ses prestations mais aussi de son management, de ses comptes et de sa situation financière.

En résumé, le critère de la « mise en avant » ou de « l'exposition » permet de cerner les cas dans lesquels les médias peuvent diffuser une information mettant nommément la personne en cause (ou permettant son identification d'une autre manière). Ce critère doit aussi servir à délimiter ce sur quoi cette information peut porter: le reportage « identifiant » doit se limiter aux éléments qui ont une relation avec ce qui justifie la « levée de l'anonymat » de la personne, et il doit respecter le principe de la proportionnalité.

Mais il peut évidemment arriver que l'information ainsi diffusée soit inexacte et qu'elle porte une atteinte illicite à la personnalité de l'intéressé. Il ne suffit donc pas de définir la mesure dans laquelle on peut rapporter des faits ou des opinions relatifs à une personne identifiée ou identifiable: lorsque l'on a admis la possibilité d'un reportage « identifiant », il faut encore voir quel traitement réserver aux informations inexactes.

158 L'intensité avec laquelle le bien protégé est touché n'est alors plus suffisante pour qu'il y ait « atteinte » au sens de l'art. 28 CC, cf. ci-dessus texte à note 27. Voir aussi RIKLIN, thèse, p. 248 et GEISER, p. 49.

159 Sur les limites au droit de comparer et de critiquer un produit, cf. ci-après chap. V.

3. *Les faits et opinions: le rapport à la vérité*

A première vue, rien ne justifie la propagation d'informations inexactes: elles pourront porter atteinte à la personnalité du sujet concerné, et le public a également un intérêt à ce qu'on ne lui communique pas de fausses informations. Mais aussi justifiée qu'elle puisse paraître, l'opposition entre faits vrais et allégations inexactes est parfois difficilement praticable. En effet, la vérité est souvent relative, dans la mesure où elle est fonction des informations dont on dispose. La vérité d'un jour n'est pas forcément celle du lendemain. Ainsi, savoir si une information est vraie ou fautive dépend de l'état des connaissances à son sujet. Ce n'est souvent qu'à l'issue d'un procès que l'on pourra trancher la question, et encore seulement dans la mesure des preuves qui auront pu être administrées.

En outre, exception faite de la relation de faits avérés, tout reportage possède une part d'inexactitude. D'abord, le journaliste n'a en principe pas toute l'information à sa disposition; l'article qui paraîtra ne reflétera donc généralement qu'une version omettant certains éléments. Ensuite, le reportage ne contient normalement qu'une sélection des faits et opinions; cette sélection est le plus souvent inévitable; même opérée avec conscience professionnelle, elle n'en sera pas moins parfois empreinte de subjectivité et génératrice d'omissions. De plus, le journaliste n'est pas omniscient; ses compétences, voire sa compréhension, sont limitées dès qu'il s'agit de questions touchant à des domaines spécialisés; il en résultera des erreurs et des imprécisions. Enfin, la synthèse des faits mais aussi la nécessité de se faire comprendre de son public entraîne inévitablement des simplifications. Il en résulte que l'inexactitude est inhérente à l'activité journalistique.

Pour cette raison, nous approuvons la jurisprudence fédérale selon laquelle l'inexactitude ne suffit pas à rendre l'information illicite mais doit encore faire apparaître la victime sous un « faux jour »¹⁶⁰. On doit en effet s'accommoder de certaines imprécisions dans la mesure où elles sont inhérentes à l'activité des médias. Et l'on peut raisonnablement exiger du sujet concerné qu'il ne se sente pas atteint dans sa personnalité par de telles imprécisions, à moins qu'elles n'aboutissent à donner de lui une image erronée. Il faut que l'inexactitude porte atteinte à la personne, et non qu'elle touche simplement la précision des faits.

Il est vrai que le public a un intérêt à ne pas recevoir de fausses informations et qu'il a donc un intérêt à ce que de telles erreurs soient rectifiées même si la personne visée n'est pas blessée dans son honneur.

160 ATF 123 III 354 JT 1998 I 333; ATF 119 II 101 = JT 1995 I 167; ATF 114 II 390 = JT 1989 I 226; ATF 111 II 222 = JT 1986 I 600; ATF 107 II 6 = JT 1982 I 98; ATF 106 II 92 = JT 1981 I 518; ATF 105 II 165 = JT 1980 I 594. Cette jurisprudence est parfois critiquée: voir notamment TERCIER, p. 104 et GEISER, PJA 1992, 449.

Toutefois, cette question se pose de manière tout à fait générale et indépendamment de la mise en cause d'une personne déterminée. Cette remarque ne peut donc être une véritable objection à cette jurisprudence : elle concerne plus généralement le point de savoir si et comment le public peut être protégé contre la diffusion d'informations inexacts¹⁶¹, programme ambitieux sinon irréalisable sauf par des mécanismes du type « droit de réponse », permettant à chacun d'apporter sa version des faits et ses propres opinions.

L'intéressé peut être présenté « sous un faux jour » aussi bien par des affirmations que par d'autres moyens : l'emploi du conditionnel ou de la forme interrogative n'exclut pas l'atteinte illicite¹⁶² ; à notre avis, cela vaut aussi pour la juxtaposition de faits (vrais en eux-mêmes) qui suggère une impression erronée ; l'atteinte illicite peut aussi résulter de l'omission de faits pertinents¹⁶³. L'illicéité ne dépend pas d'une faute ou d'un manque de diligence¹⁶⁴.

La propagation d'une rumeur portant atteinte à la personnalité, même indiquée comme telle, sera généralement illicite ; il ne suffit pas d'attribuer à un tiers l'origine des propos litigieux pour échapper au grief d'atteinte à la personnalité¹⁶⁵. Rapporter l'existence d'une rumeur peut cependant se justifier exceptionnellement¹⁶⁶, pour autant qu'elle soit désignée comme telle, qu'elle se rapporte à des faits pour lesquels il est licite de nommer la personne concernée¹⁶⁷, et qu'elle obéisse au principe de proportionnalité ; toutefois, ce principe formera le plus souvent un sérieux obstacle à la publication d'une rumeur mettant en cause une personne identifiée ou reconnaissable.

C'est d'après les mêmes conditions que l'on appréciera la possibilité de faire état de soupçons¹⁶⁸. En effet, la propagation de rumeurs ou de soupçons contribue à leur donner de l'ampleur et accrédite leur vraisemblance, surtout lorsqu'ils sont repris par plusieurs organismes de presse ; et lorsque les soupçons ont été publiés dans un média, les autres se sentent autorisés à en faire état à leur tour, en y ajoutant généralement des éléments de leur propre cru, que d'autres reprendront ensuite, au point que ce sera de

161 Cf. ci-dessus texte à note 70.

162 SCHUMACHER, p. 114 ; BARRELET, p. 381.

163 BARRELET, *ibid.*, qui parle cependant de l'omission de faits « essentiels ».

164 Medialex 1997, 34 (TF) et les arrêts cités.

165 Cf. p.ex. GEISER, Medialex 1996, 206/7 ; BARRELET, p. 381.

166 RIKLIN, thèse, p. 188.

167 C'est la question de l'identification de la personne, selon les critères que nous avons précédemment dégagés.

168 Pour savoir s'il est fondé, on se placera au moment de sa publication : GEISER, Medialex 1996, 209 ; BARRELET, p. 381 (avec référence à un ATF non publié).

l'ensemble de ces publications – et donc d'une dilution des responsabilités – que résultera l'atteinte la plus grave pour la personne visée.

Nous considérons donc comme trop permissive la jurisprudence fédérale selon laquelle il serait licite de rapporter les propos tenus par un tiers lorsque ceux-ci sont reproduits de manière complète et fidèle, et indiqués comme tels et non comme ceux de l'auteur, à la condition en outre que ce dernier prenne une certaine distance qui se marque de façon reconnaissable dans le reportage, et que l'information soit faite dans un but d'intérêt public¹⁶⁹. Nous pensons en effet que ces cautèles ne suffisent pas à prévenir la propagation d'informations inexactes ; que des propos aient été tenus par un tiers ne doit pas dispenser le média de vérifier s'ils sont fondés. S'il est vrai que le public a un intérêt à savoir ce que disent certains livres ou certaines sources autorisées¹⁷⁰, la personne concernée a un intérêt prépondérant à ce que l'on ne colporte pas des informations inexactes sur son compte, surtout lorsqu'elles sont présentées comme venant de sources « autorisées ».

Par conséquent, on devrait se montrer plus nuancé¹⁷¹.

Ainsi, lorsque les propos du tiers sont rapportés avec la précision qu'ils sont inexacts, il s'agira simplement de voir si l'information poursuit un but légitime, ce qui sera assurément le cas lorsqu'elle permet ainsi de rectifier une assertion fautive. Mais lorsque cette précision fait défaut, il faudra alors distinguer à notre avis suivant que ces propos constituent l'expression d'une opinion (jugement de valeur) ou une assertion de fait. S'il s'agit d'une telle assertion, le média a un devoir de vérification propre ; il ne peut pas publier d'abord et se contenter de rectifier ensuite¹⁷². On admettra que le devoir de vérification est satisfait lorsque l'information provient d'une source officielle¹⁷³ ou d'une agence de renom¹⁷⁴, ou qu'elle a été recoupée et confrontée à la version de l'intéressé. Même la publication de faits présentés comme incertains avec en parallèle la version de la personne concernée n'est pas toujours innocente : le public aura souvent tendance à juger l'intéressé peu crédible surtout si sa version des faits s'oppose à celle d'une source « neutre » ou, plus encore, « autorisée ». C'est pourquoi la publication de telles assertions de fait ne devrait être permise à notre avis que si elle se justifie au regard du principe de la proportionnalité ; les cautèles posées

169 Medialex 1996, 41 (TF) et 1997, 33 (TF).

170 BARRELET, p. 382.

171 Voir les réserves formulées à l'encontre de cette jurisprudence par GEISER, Medialex 1996, 207.

172 Proposition faite par BARRELET, p. 382. Comparer avec l'ATF 118 IV 153 = JT 1994 IV 109 (sur le devoir de vérification lorsque l'assertion du tiers constitue une grave atteinte à l'honneur).

173 Medialex 1997, 33 (TF) : application de l'art. 27 al. 5 aCP par analogie.

174 BARRELET, p. 381/2.

par la jurisprudence fédérale devront en outre être respectées¹⁷⁵, et la forme devra refléter l'incertitude des faits en question¹⁷⁶.

Les jugements de valeur, quant à eux, suivront les règles habituelles. On admet en effet qu'il faut les distinguer des allégations de fait, même si cela n'est pas toujours aisé¹⁷⁷, et qu'ils seront autorisés s'ils sont défendables, sur la base des faits sur lesquels ils s'appuient, et s'ils ne sont pas inutilement blessants dans leur formulation; et lorsque les faits à leur base sont incertains, ils ne doivent pas susciter une idée inexacte de la réalité¹⁷⁸.

La jurisprudence a par ailleurs placé des limites à la caricature et à la plaisanterie, dans la mesure où elles portent atteinte à l'honneur¹⁷⁹. Ici plus que jamais, les critères usuels paraissent inapplicables: il ne s'agit pas de se demander si la caricature véhicule une image vraie ou fausse; par définition, il s'agit d'une image exagérée, ou simplifiée, à tout le moins. De même, la caricature n'est jamais «objective»; déterminer si elle est «inutilement blessante» ne saurait non plus constituer un critère valable, tant il est difficile de voir ce qui serait «nécessaire» pour atteindre le but humoristique visé, et ce qui ne le serait pas. Par conséquent, plutôt que de chercher l'objectivité ou la mesure, on devrait s'attacher au caractère reconnaissable de la caricature, en ce sens que là où il y a manifestement caricature, il doit exister une place plus large à l'outrance. Par définition, la caricature ne prétend pas constituer un jugement objectif; elle ne se présente pas comme «sérieuse»; elle devrait donc également causer des atteintes moins sérieuses; elle est d'ailleurs moins insidieuse et trompeuse pour le lecteur que ne l'est l'information présentée comme «vraie». Nous pensons donc que la personne caricaturée doit plus facilement s'accommoder des satires et autres exagérations du même genre, même si elles lui paraissent d'un goût douteux¹⁸⁰.

4. *Résumé*

L'approche que nous proposons ne devrait guère aboutir à des résultats notablement différents de ceux auxquels les tribunaux parviennent par une simple pesée des intérêts. Il ne s'agit d'ailleurs pas de renoncer à la balance

175 Cf. texte à note 169 ci-dessus.

176 Pas de titres affirmatifs ou tapageurs, par exemple.

177 MEILI, n. 43 *ad* art. 28 CC.

178 Medialex 1996, 41 (TF).

179 Cf. notamment ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226; voir aussi FORKEL, RSJ 92 (1996), 97 et ss. et SENN, SIC! 1998, 365 ss.

180 Dans ce sens, l'arrêt du TF non publié du 17 mai 1994, cité par RIKLIN, p. 203, selon lequel il n'y aura d'atteinte illicite que si les limites inhérentes à la caricature ont été dépassées «au-delà du supportable».

des intérêts, mais de la guider par quelques idées directrices. A notre sens, la première de ces directives doit consister à se demander s'il existe un intérêt à ce que la personne concernée soit identifiable ; le plus souvent en effet, le besoin d'information est rempli par un reportage « anonyme » ; la libre formation de l'opinion publique ne requiert normalement pas la personnalisation de la critique, et encore moins les atteintes à la vie privée. Pour cerner quand le reportage peut identifier la personne concernée, nous suggérons de voir la mesure dans laquelle elle est « exposée » au regard public (par ses actes, ses déclarations, sa position sociale : celui qui se « met en avant », ou qui occupe une fonction sociale qui l'expose à ce regard, doit accepter que le faisceau médiatique soit braqué sur lui le cas échéant). Les notions de « personnage public », ou de « célébrité », sont quant à elles impropres à rendre compte de la gradation qui va du simple *quidam* à l'homme politique, précisément dans le degré d'exposition au regard public.

Si la possibilité d'un reportage identifiant la personne concernée est admise, en application du critère précédent, il faut examiner si la publication reste en relation avec ce qui a justifié la « levée de l'anonymat », ou si elle excède cette frontière : par exemple, l'administrateur d'une société cotée en bourse s'expose à la critique de son management, mais non à celle de ses idées politiques (à moins qu'il ne les ait publiquement avancées, et donc qu'il se soit exposé par là à leur discussion, et à moins que ses idées politiques puissent avoir une influence sur le management de l'entreprise) ; il faut que l'information portant atteinte à sa personnalité le cas échéant soit justifiée par ce qui fait de lui un individu exposé au regard public.

En outre, la publication doit respecter le principe de la proportionnalité, non seulement lorsqu'il s'agit de définir si la personne peut être rendue identifiable mais aussi lorsque l'on examine si l'atteinte peut plus généralement se réclamer d'un intérêt prépondérant¹⁸¹.

Une fois admise la possibilité de faire un reportage identifiant la personne concernée, et une fois vérifiée la relation entre l'information et ce qui justifiait cette possibilité, l'information doit également être examinée dans son rapport à la vérité des faits. L'inexactitude étant inhérente à l'activité journalistique, elle ne suffit pas à rendre l'information illicite ; il faudra bien plutôt qu'elle soit propre à faire apparaître l'intéressé « sous un faux jour », selon la formule jurisprudentielle, pour qu'elle le devienne. Quant aux jugements de valeur, ils doivent demeurer défendables sur la base des faits sur lesquels ils s'appuient, et ne pas être inutilement blessants dans leur formulation, et lorsque les faits à leur base sont incertains, ils ne doivent pas susciter une idée inexacte de la réalité.

181 De cet avis, RIKLIN, thèse, p. 181.

La publication de rumeurs ou de soupçons d'une conduite contraire à l'honneur doit obéir aux règles directrices que nous venons d'énoncer, et notamment celle de la proportionnalité. Dans ce domaine, et à plus forte raison s'il s'agit de soupçons relatifs à la commission d'une infraction, la jurisprudence pourrait se montrer plus restrictive encore. La liberté d'investigation¹⁸² n'a pas pour corollaire le droit absolu d'en publier tous les résultats.

IV. La loi sur la protection des données

A. L'application de la loi aux médias

Les craintes, en partie justifiées, qu'ont suscitées les ordinateurs et leur capacité de traitement et de transmission des données sont à l'origine de la LPD. Toutefois, son champ d'application est beaucoup plus large.

En effet, la LPD ne concerne pas seulement les fichiers électroniques ; elle n'est pas même limitée aux fichiers¹⁸³. Elle embrasse bien davantage tout traitement de données personnelles, lesquelles sont formées de « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable » (article 3 lettre a). Quant à la notion de « traitement », elle se définit comme « toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données » (article 3 lettre e). L'article 3 lettre f précise encore que la « communication » vise « le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant ».

L'article 2 de la loi exclut de son champ d'application certains traitements de données, mais non l'activité des médias, qui sont en principe soumis à la LPD, sous réserve de quelques privilèges qui leur ont été concédés¹⁸⁴. Le projet du Conseil fédéral prévoyait que la loi ne devait pas s'appliquer aux données qui ont été publiées dans des médias périodiques ; autrement dit, l'article 2 alinéa 2 lettre b du projet excluait de son champ d'application les données publiées par les médias, mais s'appliquait aux données traitées par ceux-ci avant leur publication¹⁸⁵. Toutefois, cette

182 Cf., sur le sujet, DESSEMONTET, *Medialex* 1998, 83.

183 Contrairement à la législation allemande: GLAUS, p. 37.

184 JUNGO, in: MAURER/VOGT, n. 4 *ad art.* 10.

185 Message, FF 1988 II 449.

disposition n'a pas été reprise dans le texte voté par les Chambres: l'exclusion des données publiées par les médias a été supprimée. Par conséquent, une partie de la doctrine en a tiré la conclusion que la LPD s'appliquerait aussi à de telles données, sans distinguer suivant que l'on se trouve dans la phase qui précède la publication ou non¹⁸⁶ (seules seraient réservées les dispositions particulières consacrées par les art. 10 et 13 lettre d LPD).

Il est vrai que l'interprétation littérale du texte légal autorise une telle conclusion. En effet, les «données personnelles» sont, on le rappelle, «toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable», et il résulte encore de l'article 3 lettre b que la loi protège aussi bien les données relatives aux personnes physiques que celles concernant les personnes morales. Les «données personnelles» sont donc définies de manière extrêmement large: elles incluent toute information quelle qu'en soit la forme ou le support; la notion de donnée personnelle ne se limite pas aux éléments de faits mais comprend aussi les jugements de valeurs¹⁸⁷; une donnée personnelle peut revêtir la forme du langage, de l'image ou du son¹⁸⁸; ce qui est décisif pour la qualification comme «donnée personnelle», c'est que l'information puisse être rattachée à une ou plusieurs personnes¹⁸⁹.

Quant à la notion de traitement, elle vise, on l'a vu, «toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment (...) la communication (...) de données». La «communication» est encore définie de manière très large comme «le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant»; elle comprend donc tout acte par lequel on permet à un ou plusieurs tiers de prendre connaissance de «données personnelles»¹⁹⁰.

Par conséquent, sera soumis à la LPD tout acte par lequel on permet à des tiers de prendre connaissance d'informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable, ces informations pouvant revêtir la forme du langage, de l'image ou du son et inclure aussi bien les éléments de fait que les jugements de valeur. On peut donc comprendre que la publication d'informations se rapportant à des personnes physiques ou morales identifiées ou identifiables constitue une telle communication soumise à la LPD, et cela même, à lire le texte légal, lorsqu'elle est le fait d'un média

186 RIKLIN, p. 345; JUNGO, in: MAURER/VOGT, n. 13 *ad* art. 10; HÜNIG, in: MAURER/VOGT, n. 22 *ad* art. 13; GLAUS, p. 37.

187 BELSER, in: MAURER/VOGT, n. 5 *ad* art. 3.

188 BELSER, *ibid.*; PETER, p. 72, citant le Message.

189 BELSER, *ibid.*

190 BELSER, in: MAURER/VOGT, n. 26 *ad* art. 3.

périodique, puisque le texte voté par les Chambres n'exclut pas les données publiées dans un tel média (contrairement au projet). C'est pourquoi la lecture et l'interprétation littérale de la loi amènent logiquement à considérer que toutes les activités journalistiques – même la publication d'informations – seraient soumises à la LPD¹⁹¹.

Cependant, l'étude des travaux préparatoires montre que le Parlement n'a pas voulu un tel résultat (soumettre les données publiées par les médias à la LPD). C'est en effet le Conseil national qui a voté la suppression de l'article 2 alinéa 2 lettre b du projet (qui déclarait que la législation sur la protection des données ne devait pas s'appliquer «aux données diffusées par des médias à caractère périodique, tels que la presse, la radio et la télévision»). La Commission du Conseil national¹⁹² a en effet jugé malencontreuse la formulation de cette disposition car elle pouvait susciter l'idée que les médias seraient généralement exclus du champ d'application de la loi (alors que l'on ne voulait en exclure que les données *déjà publiées* par les médias – et que l'on entendait ainsi renvoyer aux articles 28 et suivants CC pour la protection de l'individu face aux publications des médias portant atteinte à la personnalité). Le rapporteur a encore souligné qu'il s'agissait d'éviter que les informations déjà publiées par les médias soient soumises à l'application cumulative du droit de réponse des articles 28g et suivants CC et de la LPD :

«*Das heisst also, die Datenschutzbestimmungen gelten nur für Personendaten, die noch nicht publiziert sind, wenn noch keine Veröffentlichung der Daten stattgefunden hat, d. h. also im Vorfeld der Publikation. Wenn sie publiziert sind, gilt das Instrumentarium des ZGB*»¹⁹³.

Par conséquent, s'agissant des médias, la solution demeure celle que voulait instituer le projet du Conseil fédéral, à savoir que la LPD ne

191 PETER, p. 73 déclare même : «*Sämtliche Persönlichkeitsverletzungen z. B. durch die Presse, Television und Radio beurteilen sich daher nach den Regeln des DSG*». Voir aussi GLAUS, p. 37/8 : «*Wer eine Person in einem Medium namentlich zitiert oder über eine identifizierbare Person schreibt, bearbeitet Personendaten im Sinne des Gesetzes (...). Der Geltungsbereich des Gesetzes erfasst grundsätzlich sowohl die Beschaffung wie auch die Veröffentlichung von Daten*».

192 Bull. Stén. CN 1991, 951.

193 *Ibid.* Cette proposition a été adoptée sans discussion ; elle trouve aussi son écho dans les propos du rapporteur de langue française au Conseil national, qui a déclaré qu'il ne s'agissait pas, en particulier, de cumuler à l'égard des médias la protection de la LPD et celle des art. 28 ss CC : Bull. stén. CN 1991, 939 ; quant au Conseil des Etats, il avait précédemment adopté la disposition du projet qui excluait les données publiées par les médias périodiques du champ d'application de la LPD. JUNGO, in : MAURER/VOGT, n. 13 *ad* art. 10, et HÜNIG, in : MAURER/VOGT, n. 22 *ad* art. 13, ne comprennent en revanche pas les travaux préparatoires dans le sens que la LPD ne s'appliquerait qu'à la phase précédant la publication, s'agissant des données publiées par les médias.

s'applique qu'à la phase précédant la publication, c'est-à-dire à la collecte des données et à leur traitement en vue de publications à venir, mais non aux données déjà publiées dans un média¹⁹⁴. On doit toutefois regretter que le Conseil national ait choisi de biffer purement et simplement l'article 2 alinéa 2 lettre b du projet, plutôt que d'en clarifier la portée. L'on aurait pu ainsi éviter que l'interprétation du texte légal ne donne à croire à tort que les données publiées par les médias relèveraient aussi de la LPD.

Cette solution est au demeurant parfaitement conforme aux objectifs de la protection des données personnelles, car c'est avant tout le traitement *occulte* de données qui génère des dangers spécifiques, que la protection générale de la personnalité ne suffit pas à prévenir ; en revanche, lorsque les informations en cause sont publiées, la situation ne requiert pas une protection additionnelle à celle consacrée par les articles 28 et suivants CC.

D'ailleurs, appliquer la LPD aux données publiées par les médias reviendrait à ce que toutes les atteintes à la personnalité commises par les médias soient jugées d'après la LPD¹⁹⁵ ; cependant, on ne peut raisonnablement comprendre que le législateur ait voulu un tel résultat, surtout à la lecture des travaux préparatoires et des débats parlementaires.

Toutefois, il existe bien un certain cumul de la LPD et des articles 28 et suivants CC. Il est vrai que « lorsque l'individu veut se défendre contre les effets d'une donnée publiée sur son honneur ou sa vie privée, il utilisera les moyens des articles 28 et suivants CC »¹⁹⁶ ; mais il peut cumulativement invoquer l'application de la LPD pour demander que cette donnée soit rectifiée ou détruite, par exemple, dans le fichier du média qui l'a publiée¹⁹⁷.

En outre, il n'est pas certain que l'on puisse totalement séparer la publication de la phase qui la précède. On peut en effet se demander si le « traitement de données » effectué en violation de la LPD dans cette phase-ci a une influence sur l'illicéité éventuelle de la publication elle-même. Ainsi, même si la LPD ne s'applique pas aux données publiées par les médias, il reste à examiner si la publication de données traitées en violation de cette loi peut être illicite le cas échéant.

194 BARRELET, p. 439 ; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 274 ; GUNTERN, *Medialex* 1997, 54.

195 Conclusion que PETER, p. 73, n'hésite pas à soutenir.

196 BARRELET, in: *Aspects*, p. 143.

197 BARRELET, in: *Aspects*, p. 144.

B. Publication de données traitées en violation de la LPD

On a vu pourquoi la LPD ne s'applique pas aux données publiées par les médias. La publication de telles données portant atteinte à la personnalité demeure régie par les articles 28 et suivants CC. C'est donc en application de ces dispositions que sera jugée l'illicéité d'une atteinte résultant de la publication, par un média, de données traitées en violation de la LPD.

Que des données aient été collectées ou d'une autre manière traitées contrairement à la LPD ne peut donc suffire à rendre une publication illicite. S'agissant des médias, les travaux préparatoires montrent que l'on a voulu séparer deux phases (avant et après la publication) et soumettre la deuxième exclusivement aux articles 28 et suivants CC. Par conséquent, l'illicéité s'apprécie exclusivement selon ces dispositions. Il n'y a donc pas lieu pour le juge d'examiner si des informations publiées par un média ont été traitées contrairement à la LPD : il lui suffit d'appliquer les articles 28 et suivants CC¹⁹⁸. Cela ne signifie évidemment pas que la violation de la LPD reste sans effet : celle-ci pourra entraîner le cas échéant des sanctions et des moyens de droit distincts. Ainsi, la publication d'une information inexacte portant atteinte à l'honneur s'appréciera à l'aune de l'article 28 CC, mais la rectification du fichier contenant cette information relève de la LPD dans la mesure en tout cas où ce fichier est susceptible de réutilisation pour d'autres publications (sinon, la rectification pourrait être ordonnée sur la base de l'article 28a CC pour supprimer un trouble illicite). Cet exemple montre cependant qu'il peut exister des points d'interférence entre la protection générale de la personnalité et la LPD, même pour des données publiées par un média : peut-on décider d'une rectification selon des critères différents suivant que la mesure est demandée en application de la LPD (fichier pouvant être utilisé pour des publications futures) ou de l'article 28a CC (suppression du trouble et prévention d'une atteinte susceptible de se répéter) ?

Il a été ainsi suggéré que le droit de faire rectifier les données inexactes (articles 5 et 15 LPD) consacrerait un droit général de faire corriger des informations erronées lorsqu'elles se rapportent à une personne identifiée ou reconnaissable, indépendamment du point de savoir si la présentation des faits en cause aboutit à faire apparaître la personne « sous un faux jour »¹⁹⁹ (ce qu'exige la jurisprudence du TF en application de l'article 28 CC pour qu'il y ait atteinte illicite²⁰⁰). A première vue en effet, il ne semble pas cohérent que toute inexactitude puisse être rectifiée lorsqu'elle figure dans

198 BARRELET, in : Aspects, p. 143. Toutefois, les moyens (illicites) utilisés p. ex. pour voler l'image d'une personne auront leur influence sur la *gravité* de l'atteinte.

199 GEISER, PJA 1992, 449.

200 Voir les arrêts cités ci-dessus note 55.

le fichier d'une rédaction, mais que seules les inexactitudes faisant apparaître l'intéressé « sous un faux jour » soient illicites selon l'article 28 CC. Mais peut-être ce paradoxe n'est-il qu'apparent. D'une part, le fichier – comme ensemble de données « à l'état brut » – se prête beaucoup plus facilement à la vérification rigoureuse de son exactitude qu'un article de journal – par essence non exhaustif et simplificateur. D'autre part, une fois les données publiées, le contexte de leur utilisation (la publication) est connu, et l'on peut donc le cas échéant parvenir à la conclusion que les imprécisions sont de celles dont l'intéressé doit s'accommoder (n'étant pas présenté « sous un faux jour »). En revanche, les données d'un fichier sont susceptibles d'être utilisées à toutes sortes de fins, au point qu'il est difficile sinon impossible de porter un jugement sur leur caractère anodin ou nuisible. D'ailleurs, il n'existe pas de données « anodines », d'une manière générale : même une donnée banale peut être mise en relation avec d'autres et posséder alors un « contenu informationnel » différent qui n'est plus « anodin ». Il est par conséquent normal que des imprécisions même anodines ne soient pas tolérables dans un « fichier », tandis qu'elles peuvent l'être dans la publication d'un média. Nous sommes donc d'avis que le droit « à la vérité » (plus précisément le droit à la rectification) institué par la LPD ne fait nullement obstacle au maintien de la jurisprudence fédérale selon laquelle une publication d'informations inexacts n'est illicite que si l'intéressé est présenté « sous un faux jour ». Une même information peut donc être traitée différemment lorsqu'elle se trouve dans un fichier ou dans un reportage ; il serait donc tout à fait concevable que l'intéressé voie sa requête de publication d'un rectificatif être rejetée (parce que l'inexactitude du contenu dans le reportage ne le ferait pas apparaître « sous un faux jour ») tandis que son action en rectification du fichier aboutirait à la destruction ou à la rectification de la même information litigieuse. Pour les raisons que nous venons d'indiquer, cette solution n'est nullement paradoxale.

Un autre point d'interférence entre la protection des articles 28 et suivants CC et la LPD, concernant toujours la publication d'informations par les médias, est le droit à « l'autodétermination » de ses propres données (*das informationelle Selbstbestimmungsrecht*)²⁰¹. Ce droit découle pour une part du principe selon lequel les données ne doivent normalement pas être collectées à l'insu de la personne concernée (article 4 LPD), qui doit donc en principe pouvoir choisir si et à quelles fins elle veut permettre l'utilisation de certaines de ses données, et pour une autre de l'article 12 LPD, qui prévoit que nul ne peut traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée. Ce droit est donné indépendamment d'une atteinte à la

201 Cf. notamment BUNTSCHU, in: MAURER/VOGT, n. 33 et 34 *ad* art. 2; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 269; GLAUS, p. 41 ss; PETER, p. 56 ss.

sphère privée ou à l'honneur²⁰²: l'atteinte résulte du simple fait de passer outre la volonté expresse de l'intéressé. Encore faut-il que cette volonté ait été exprimée, et qu'elle se rapporte à des données déterminées (ou déterminables) et à des opérations de traitement déterminées²⁰³. Pour ne pas encourir le grief d'atteinte illicite à ce droit, celui qui traite des données personnelles contre la volonté expresse de l'intéressé doit être à même d'invoquer un motif justificatif selon l'article 13 LPD. Cette disposition réserve en effet, dans les mêmes termes que l'article 28 alinéa 2 CC, les cas où l'atteinte est « justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi ». Dès lors, l'illicéité de l'atteinte au « droit à l'autodétermination » de ses données personnelles s'appréciera de la même manière qu'en droit général de la personnalité, solution au demeurant tout à fait logique puisqu'en droit privé, la LPD fait partie du système de la protection de la personnalité, qu'elle ne fait que concrétiser et préciser dans le domaine particulier.

Reste cependant à déterminer la portée de ce droit à « l'autodétermination » dans le domaine des médias. Il est clair que si ceux-ci peuvent, dans un cas donné, se prévaloir d'un intérêt prépondérant à la publication d'une information qui porte atteinte à l'honneur ou à la vie privée d'une personne, ce même intérêt devrait également l'emporter sur le droit de l'intéressé à « l'autodétermination » sur cette information-là: puisque la balance des intérêts est opérée de la même manière, elle aboutira nécessairement au même résultat. Mais on peut imaginer d'autres cas. Si par exemple quelqu'un s'oppose expressément à ce que son nom figure dans la liste que tient la rédaction d'un magazine sur les deux cents personnes les plus riches de Suisse, et si – ce qui est tout à fait probable – il peut faire valoir que son intérêt l'emporte sur celui du magazine en question à « traiter » cette donnée, le « maître du fichier » devrait supprimer son nom de cette liste, en application de la LPD (on se trouve en effet dans la phase qui précède la publication). Si, malgré l'opposition expresse de l'intéressé, le magazine en cause publie cette liste avec son nom, pourrait-on considérer sans incohérence que cette publication, dans l'hypothèse où elle ne porterait pas atteinte à sa sphère privée (car tirée de sources publiques²⁰⁴, par exemple), serait licite (parce que l'on se trouverait en présence de données publiées par un média et donc soustraites à l'application de la LPD)? De même, on peut envisager le cas d'informations tirées d'interviews de la personne concernée, qui ne mettent en cause ni l'honneur ni la sphère privée de celle-ci, à la

202 GLAUS, p. 41.

203 HÜNIG, in: MAURER/VOGT, n. 14 *ad* art. 12.

204 Ainsi, selon l'ATF 124 I 176, les cantons peuvent valablement légiférer pour rendre publiques certaines données relatives au revenu et à la fortune de chaque contribuable.

«communication»²⁰⁵ desquelles elle s'opposerait ensuite ; si le média qui conserve de telles interviews passe outre et en publie des extraits, peut-on faire abstraction du fait qu'à défaut d'un intérêt prépondérant à la communication, celle-ci est illicite selon la LPD ?

Compte tenu de la volonté du législateur – à notre avis clairement démontrable mais mal exprimée – de ne pas soumettre à la LPD les données publiées par les médias périodiques²⁰⁶, nous pensons que cette volonté doit être respectée, et qu'il n'y a pas lieu d'examiner, pour de telles données, si elles ont été traitées en violation de la LPD au stade précédant la publication : seuls les articles 28 et suivants CC s'appliquent aux données publiées par les médias, et non la LPD.

Par conséquent, nous sommes d'avis que le «droit à l'autodétermination» sur ses données personnelles ne peut concerner les informations publiées par les médias, en bonne logique, même s'il est assez artificiel de distinguer ici la publication d'avec la phase qui la précède, comme le montrent les exemples que nous avons pris. Toutefois, on peut aussi justifier cette conclusion par le fait que la LPD a pour fonction première de ne régir que les atteintes à la personnalité résultant du traitement occulte de données personnelles ; même si ses définitions sont si larges qu'elles peuvent viser aussi des données publiées, et même si elle ne concerne pas seulement les «fichiers», l'approche suivie par la loi montre que c'est essentiellement la constitution et l'utilisation de fichiers qui sont au centre de ses préoccupations ; ce sont d'ailleurs les dangers apparus avec les traitements informatiques qui ont poussé le législateur à agir ; il ne s'agissait donc pas d'instaurer de nouvelles limitations à l'activité des médias – du moins pas à leurs publications.

C. Résumé

Bien que le texte légal soit formulé de manière équivoque, les travaux préparatoires montrent que la LPD n'est applicable aux médias que dans la phase qui précède la publication ; une fois les données publiées, seuls les articles 28 et suivants CC (ou le cas échéant la LCD²⁰⁷) s'appliquent.

S'agissant ainsi de données publiées, l'article 28 CC déterminera si leur publication a causé une atteinte illicite ; la LPD demeure cependant applicable par exemple à la rectification du fichier contenant les mêmes

205 Il est rappelé que la «communication» – définie à l'art. 3 *litt.* f LPD d'une manière si large qu'elle comprend la publication – est une opération de «traitement» de données au sens de la LPD.

206 Cet avis n'est pas partagé par chacun, *cf.* ci-dessus note 186.

207 Sur l'application de la LCD aux médias, voir le chapitre suivant.

données, si elles sont inexactes. La rectification de la même donnée par hypothèse inexacte suivra ainsi un régime différent suivant qu'elle est opérée en application de la LPD ou de l'article 28 CC : tandis que l'art. 28 CC ne sanctionnera une inexactitude que si elle est propre à faire apparaître l'intéressé « sous un faux jour », la LPD permet d'obtenir la rectification de n'importe quelle inexactitude. Pour les raisons que nous avons indiquées, cette solution reste cohérente.

Enfin, la publication de données traitées en violation de la LPD n'est pas automatiquement illicite selon l'article 28 CC. Par exemple, si la personne s'est opposée au traitement de ses données et si le média publie néanmoins les données litigieuses, le point de savoir si cette publication est illicite demeure exclusivement régi par l'article 28 CC (mais les droits d'accès et de rectification selon la LPD restent intacts).

V. La loi contre la concurrence déloyale

A. L'application aux médias

1. *En général*

Comme entreprises soumises aux règles commerciales en lutte avec leurs concurrents, les médias peuvent évidemment se voir appliquer la LCD. Ce point ne fait pas de doute, et ne concerne d'ailleurs pas notre sujet.

En outre, la partie publicitaire se verra appliquer la LCD. La responsabilité pèse évidemment en premier lieu sur l'annonceur mais aussi sur le média en tant que participant à l'atteinte²⁰⁸. S'il est vrai que le média, comme simple support de la publication, ne peut généralement pas vérifier le contenu de l'annonce au regard des règles de la LCD, et que son devoir de diligence est par conséquent limité, cela n'a d'importance que pour l'appréciation de la faute (et donc pour une hypothétique action en dommages-intérêts). Même si le média n'a pas violé son devoir de diligence à cet égard, il peut se justifier de lui reconnaître la qualité pour défendre à une action tendant à une rectification pour que soient atteints les mêmes lecteurs.

Reste la question de l'application de la LCD à la partie rédactionnelle et aux activités journalistiques en général. A cet égard, la nouvelle LCD (du 19 décembre 1986) a amené un changement fondamental dans son champ d'application par rapport à l'ancienne législation. Celle-ci exigeait en effet

208 BARRELET, p. 454; NOBEL, RSJ 88 (1992), 248.

que les parties fussent dans une relation de concurrence²⁰⁹; et selon la jurisprudence, deux entreprises se trouvaient dans un tel rapport de concurrence si leurs clientèles étaient en partie les mêmes, ce qui excluait que la loi puisse être appliquée aux médias, sous réserve de l'hypothèse où le média aurait été un participant au sens de l'article 50 CO ou de celle où le journaliste aurait eu l'intention de s'immiscer dans un rapport de concurrence pour favoriser un concurrent ou en défavoriser un autre. La situation aurait donc été comparable à celle qui prévaut en Allemagne où, pour l'application de la clause générale de l'UWG et d'une série d'autres dispositions, un acte à des fins de concurrence est nécessaire. La doctrine et la jurisprudence allemandes ont ainsi admis que la loi contre la concurrence déloyale puisse être appliquée à un tiers non concurrent, lorsque celui-ci a objectivement un comportement propre à favoriser la fourniture ou l'acquisition de biens et de services d'une personne au détriment d'un concurrent²¹⁰. S'agissant de la partie rédactionnelle d'un média, la jurisprudence allemande a admis qu'elle pouvait contenir des déclarations faites dans un but de concurrence en faveur d'un tiers, mais cela ne se présume pas²¹¹.

La nouvelle LCD a fait disparaître l'exigence de rapport de concurrence entre parties. Elle a désormais un but beaucoup plus général que l'ancienne loi, puisqu'elle vise à protéger la concurrence, dans sa fonction, et englobe donc aussi bien les intérêts des concurrents que ceux des consommateurs et du public en général²¹². Même si elle est dirigée en premier lieu contre les comportements ou pratiques à caractère commercial, il suffit d'une simple influence sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients pour que la loi s'applique. L'exigence d'une simple influence est délibérée et tend à élargir le cercle des personnes visées, en incluant en particulier les agissements de tiers, non concurrents, mais qui peuvent également influencer déloyalement la concurrence (organisations de consommateurs publiant des tests comparatifs, par exemple, mais aussi tout autre tiers : « la notion de comportement qui doit s'entendre dans le sens de simple influence sur les relations de concurrence permettra d'inclure également les

209 ATF 98 II 57 = JT 1972 I 628, 632 et les arrêts cités.

210 BAUMBACH/HEFERMEHL, *Einleitung*, n. 214, 215, 232 et 233 avec les références citées.

211 BAUMBACH/HEFERMEHL, *Einleitung*, n. 239; BAUER, p. 100. L'intention d'intervenir dans la concurrence fera généralement défaut pour les journalistes : GRUR 1986, 812 (Bundesgerichtshof) et 898 (Bundesgerichtshof), ainsi que 1983, 379 (Bundesgerichtshof). Si toutefois l'auteur a l'intention de favoriser un concurrent, peu importe qu'il poursuive en même temps d'autres intérêts : GRUR 1983 précité. Toutefois, les para. 823 et 824 BGB protègent les entreprises contre des allégations de fait (mais non des jugements de valeur) portant atteinte à leur considération économique (*cf.* ABRECHT, p. 107 ss).

212 Message, FF 1983 II 1091.

agissements de tiers, importants pour la concurrence, mais qui ne rentrent pas directement dans le jeu de la concurrence, soit du côté des concurrents, soit de celui des clients »²¹³).

L'abandon de l'exigence d'un rapport de concurrence était sans doute justifié: considérer que seul celui qui visait une clientèle identique (en partie au moins) au lésé pouvait commettre un acte de concurrence déloyale était assurément trop restrictif. Toutefois, la doctrine allemande qui plaidait pour la suppression d'une telle exigence n'entendait pas abandonner également le critère posé par l'UWG pour son champ d'application, à savoir le critère de « l'acte à des fins de concurrence » (*Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs*)²¹⁴. Autrement dit, le droit allemand pouvait fort bien renoncer à l'exigence d'un rapport de concurrence sans élargir de manière incontrôlée l'application de l'UWG, puisque celle-ci suppose toujours un acte à des fins de concurrence. Mais en droit suisse, la nouvelle LCD ne connaît pas de pareille limitation, ce qui lui donne un champ d'application particulièrement étendu.

Il y a bien certains domaines qui échappent toujours à la LCD: ainsi, la « concurrence » politique ou religieuse, la recherche scientifique en tant qu'elle se déroule dans un cadre académique, par exemple, ne sont pas soumises à cette loi²¹⁵. Toutefois, les recherches scientifiques et leur publication relèveront de la LCD « dès qu'objectivement elles viseront à influencer le comportement des intervenants sur le marché, notamment celui des acheteurs »²¹⁶. De même, les propos tenus dans une campagne de votations par une association qui offre certaines prestations commerciales seront soumis à la LCD lorsqu'ils sont dirigés contre une association qui offre plus ou moins les mêmes prestations et qu'ils incitent ses membres à la quitter²¹⁷.

2. *La jurisprudence*

Quant aux médias, la jurisprudence a logiquement suivi la voie tracée par le Message à l'appui de la révision: ils sont désormais soumis à la LCD dès que leurs publications risquent d'influencer la concurrence, ce qui sera le cas non seulement pour les analyses ou autres tests comparatifs, mais

213 Message, FF 1983 II 1093. L'art. 9 LCD, qui emploie dans le texte français l'expression « d'acte de concurrence » ne peut être compris comme limitant la légitimation active à celui qui serait en concurrence: FF 1983 II 1109.

214 HEFERMEHL, in: FS KUMMER, p. 345 ss, spéc. p. 361.

215 ATF 120 II 76 = JT 1994 I 365 (c. 3 b); RSPI 1991, 247 (Zurich, Obergericht).

216 ATF 120 précité.

217 Arrêt zurichois précité (RSPI 1991, 247).

également pour les reportages²¹⁸. Le TF a cependant tenté de définir certaines limites. Ainsi, dans l'arrêt concernant les fours à micro-ondes, il a précisé :

«Cependant, nonobstant la renonciation à l'exigence d'une relation de concurrence, seuls seront prohibés les comportements qui constituent un acte de concurrence, c'est-à-dire qui aboutissent objectivement à un impact (virtuel) sur les relations de concurrence, et non ceux qui interviennent dans un tout autre contexte. Le comportement du défendeur doit donc être pertinent pour le marché, dirigé vers ce marché ou dirigé vers la concurrence («*marktrelevant, marktgeneigt oder wettbewerbsrelevant*»). Sont donc pertinentes uniquement les actions qui sont destinées ou objectivement de nature à accroître le succès des entreprises lucratives dans leur lutte pour les parts de marché, ou à le diminuer (...). C'est la possibilité abstraite d'influer le marché qui compte. L'intention subjective de se lancer dans une activité économique est indifférente. Peu importe que l'on recherche à exercer une influence dans un but idéal plutôt que lucratif»²¹⁹.

Mais comme le montrent les dernières phrases que l'on vient de citer, l'exigence d'un « acte de concurrence » ne limite pas le champ d'application de la loi aux médias puisque c'est « la possibilité abstraite d'influencer le marché » qui sera décisive, sans égard aux intentions ou buts poursuivis. Le TF a cependant admis ultérieurement que les libertés fondamentales (en l'occurrence la liberté d'expression) devaient être prises en compte dans l'interprétation de l'article 3 lettre a LCD (il s'agissait de la distribution d'un tract); selon l'arrêt, la liberté d'expression intervient en particulier lorsque les déclarations concernent un sujet d'intérêt général, tel que la santé publique, et que leurs auteurs veulent exprimer un avis différent, notamment de celui des autorités, sans poursuivre des objectifs économiques personnels²²⁰. D'après cette jurisprudence, cela pourra justifier qu'un tract – nécessairement lapidaire – fasse état des soupçons que l'on peut raisonnablement nourrir quant aux dangers liés à la consommation d'un produit (mais on se montrera plus exigeant pour un rapport scientifique sur la même question)²²¹ ou que l'on use d'un langage imagé²²², mais non que l'on

218 ATF 117 IV 193 = JT 1992 I 378; ATF 120 II 76 = JT 1994 I 365; ATF 120 IV 32 = JT 1994 I 363 et 1996 IV 126; RSPI 1991, 247 (Zurich, Obergericht); RSPI 1992, 109 (Zurich, Bezirksgericht); ATF 123 IV 211 = JT 1998 I 340; RSPI 1992, 115 (Zurich, Bezirksanwaltschaft); ATF 123 III 363 = JT 1998 I 336; ATF 124 III 72 = JT 1998 I 329; RSJ 90 (1994), 184 (Zurich, Bezirksgericht); Medialex 1995, 46 (TF).

219 Trad. de l'ATF 120 II 76 = JT 1994 I 366, 367.

220 ATF 123 IV 211 = JT 1998 I 329. Voir aussi Medialex 1995, 46 (TF).

221 ATF 123 précité.

222 Medialex 1995, 46 (TF).

attribue nommément aux produits d'une certaine marque un risque qui caractérise tous les produits du même type²²³.

3. *La doctrine*

Si certains auteurs ont approuvé cette jurisprudence²²⁴, d'autres se sont montrés en revanche beaucoup plus critiques.

NOBEL juge sévèrement l'application de la LCD aux médias, qu'il s'agisse de la partie rédactionnelle ou publicitaire, et considère que cette loi, pour ne pas consacrer une responsabilité causale des médias, ne devrait être applicable aux journalistes que s'ils ont eu la conscience et la volonté d'interférer dans le jeu de la concurrence²²⁵. Toutefois, il est difficile de concilier ce critère avec le texte légal (qui se satisfait d'une simple influence sur la concurrence) et la systématique du droit de la concurrence déloyale (qui permet de prévenir ou de supprimer un trouble illicite indépendamment de toute faute de l'auteur de l'acte)²²⁶.

D'autres, conscients que le texte actuel de la loi fait obstacle à toute solution qui écarterait son application de principe aux médias, suggèrent de tenir compte de leur situation particulière dans chaque cas concret. Ainsi, ZÄCH propose que la faute éventuelle soit appréciée moins sévèrement pour un journaliste que pour un acteur de la concurrence; cela ne ferait pas obstacle à ce que les actions tendant à la rectification d'une inexactitude soient accueillies indépendamment de toute faute, mais atténuerait le risque de dommages-intérêts, qui porteraient en eux le danger de porter atteinte aux médias qui seraient dans une situation financière «précaire»²²⁷; par exemple, si et dans la mesure où l'intérêt du public commande une information rapide sur un certain sujet, le devoir de diligence du journaliste – sous la pression du temps – serait réduit; mais plus le potentiel de dommage serait élevé, plus la diligence serait accrue²²⁸.

Plusieurs auteurs admettent aussi que la presse ne doit pas être privilégiée dans la mesure où il s'agit de rectifier des informations inexacts²²⁹; pour cerner le devoir de diligence, les principes dégagés par le TF au sujet des obligations consacrées par la concession de la SSR seraient applicables²³⁰, et

223 ATF 123 précité et ATF 124 III 72.

224 WALTER, RSPI 1992, 169 ss; dans une certaine mesure aussi TAUFER, p. 85 ss.

225 NOBEL, RSJ 88 (1992), 245 ss.

226 BAUR, p. 120 ss, p. 131.

227 ZÄCH, RDS 111 (1992) I, 173 ss. DESSEMONTET (Medialex 1998, 86) fait cependant observer à juste titre que nombre de médias ne sont pas dans une telle situation.

228 ZÄCH, RDS 111 (1992) I, 183.

229 Notamment TAUFER, p. 90 ss; ZELLER, RSDA 1993, 25.

230 ATF 114 Ib 204 (f). Voir aussi ATF 118 IV 153 = JT 1994 IV 109.

précisés dans chaque cas concret par une balance des intérêts²³¹. La maîtrise du langage que l'on est en droit d'attendre d'un journaliste permettrait en outre d'informer loyalement le public, en faisant ressortir les doutes et les interrogations qui demeurent, en plaçant dans la bouche de tiers certaines déclarations, etc.²³².

Les conséquences pénales de l'application de la LCD aux journalistes ont également suscité des critiques et des réserves. RIKLIN pose ainsi la question de savoir si des sanctions pénales sont nécessaires ici ; de telles sanctions ne devraient frapper que de graves violations de l'ordre social²³³. En outre, la formulation des actes de concurrence déloyale serait plutôt celle d'une loi civile et manquerait de la précision requise le cas échéant par le principe de la légalité des délits et des peines²³⁴. Les tribunaux devraient donc faire preuve d'une grande retenue dans l'application des sanctions pénales prévues par la LCD et soumettre les journalistes à des exigences moins élevées que les concurrents²³⁵.

Enfin, plusieurs auteurs soulignent la nécessité d'interpréter la LCD d'une manière conforme à la Constitution (et à la CEDH). Lorsque des déclarations poursuivent un but idéal, émanent d'un tiers qui ne prend point part lui-même à la concurrence, et ne sont pas dirigées contre certaines entreprises, marques ou produits déterminés, la loi contre la concurrence déloyale devrait être interprétée conformément à ces textes²³⁶. Ne participant pas eux-mêmes à la concurrence, les journalistes ne devraient donc pas être assimilés à des acteurs de la concurrence et soumis à des règles qui ont été édictées pour ces derniers ; à tout le moins, ces règles ne devraient pas leur être appliquées de la même manière²³⁷.

B. Cas d'application au travail journalistique

1. Délimitation

On laissera ici de côté l'examen des normes qui peuvent s'appliquer aux médias comme concurrents (création d'un risque de confusion, exploitation

231 TAUFER, p. 98 ss.

232 ZELLER, RSDA 1993, 25 ; TAUFER, p. 100/1. Voir cependant les critiques de SAXER, PJA 1994, 1150 n. 120 et de MEILI, *Medialex* 1998, 79.

233 RIKLIN, PJA 1993, 621.

234 RIKLIN, PJA 1993, 622/3. Il demeure cependant incontesté que la violation de l'art. 2 LCD ne peut être sanctionnée pénalement.

235 RIKLIN, PJA 1993, 625.

236 En particulier SAXER, PJA 1993, 604 ss et 1994, 1136 ss, et MEILI, *Medialex* 1998, 80 ss. Voir aussi NUTZI, RSJB 1994, 634 ss, et BAUR, p. 139.

237 SAXER, PJA 1994, 1144.

déloyale des prestations d'autrui, règles relatives à la publicité en général, notamment) pour se concentrer sur les cas d'application relatifs au reportage (dénigrement, tromperie, comparaisons illicites et divulgation de secrets d'affaires).

2. *Dénigrement*

Selon l'article 3 lettre a LCD, agit de façon déloyale celui qui «dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes». Celui qui s'en prend à l'un de ses concurrents pour critiquer ses produits ou ses services, ou son entreprise, ne peut ainsi le faire que par des déclarations qui sont exactes et non trompeuses, et encore faut-il que la critique soit pertinente (c'est-à-dire qu'elle porte sur des éléments objectivement importants pour apprécier les produits ou services, ou les prestations de l'entreprise) et qu'elle ne soit pas excessive ou, en un mot, disproportionnée²³⁸. «On qualifiera par conséquent avec certitude d'inutilement blessantes les affirmations qui ont pour principal objet de léser un concurrent (...). Les déclarations blessantes dans leur forme ne sont pas non plus justifiables dans une optique fonctionnelle. En effet, si celui qui veut critiquer un concurrent sur la base de faits exacts doit pouvoir énoncer les faits qu'il lui reproche et dispose en principe pour cela de tous les moyens qu'offre le langage, la critique doit rester, tant dans sa forme que dans son contenu, dans le cadre de ce qui est utile à la transparence du marché. On qualifiera donc avec certitude d'inutilement blessantes quant à la forme les affirmations disproportionnées dans leur caractère dépréciatif, notamment les propos hargneux ou visant à ridiculiser un concurrent et les qualificatifs agressifs, injustifiables, qui rompent l'équilibre de la concurrence et violent la réserve qu'il sied de montrer, surtout à l'égard d'un rival».²³⁹

Dans les rapports entre concurrents du moins, la jurisprudence et la doctrine n'insistent guère sur la notion de dénigrement mais mettent bien plutôt l'accent sur la vérification de l'exactitude et de l'objectivité des propos tenus, et sur l'examen de leur pertinence et de leur mesure²⁴⁰. Il est vrai qu'en matière pénale la jurisprudence a exigé que le dénigrement ait une certaine gravité, une simple inexactitude étant insuffisante pour réaliser l'infraction²⁴¹. Mais, en cette matière, le principe de la légalité des délits et

238 Cf. DAVID, p. 43: «Unzulässig ist daher die unerlaubte Form, der unerlaubte Inhalt und der unerlaubte Zweck einer Kritik». Voir aussi PEDRAZZINI, p. 76, ainsi que l'ATF publié à la RSPI 1995, 438.

239 ABRECHT, p. 190/1.

240 PEDRAZZINI, p. 74 ss; STREULI-YOUSSEF, p. 119 ss. Voir cependant DAVID, p. 43.

241 ATF 122 IV 33 (c.2 b) = JT 1998 IV 27.

des peines favorise une interprétation qui érige le dénigrement (en sus des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes) en élément constitutif de l'infraction. En matière civile en revanche, ce sera essentiellement le fait de répandre des allégations inexactes²⁴², fallacieuses²⁴³ ou inutilement blessantes sur un concurrent qui fera le dénigrement. Ainsi, est déloyal le fait de dire de telle entreprise concurrente qu'elle «emploie des repris de justice», même si cela est vrai, lorsque ce point n'a aucune pertinence en l'espèce (le propos est donc «inutilement blessant» au sens de l'article 3 lettre a LCD)²⁴⁴.

La bonne foi, ou au contraire l'intention de dénigrer, ne joue en revanche aucun rôle en droit civil (sauf pour l'action en dommages-intérêts, qui exige une faute)²⁴⁵. Tout au plus peut-on réserver le cas d'inexactitudes sans portée véritable²⁴⁶.

Si la LCD était strictement appliquée aux activités journalistiques comme elle l'est pour les propos tenus par les concurrents, on aboutirait clairement à une situation qui restreindrait excessivement la liberté d'expression des médias. C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à tempérer l'interprétation de la LCD lorsqu'il s'est agi de l'appliquer aux médias dans leurs activités de reportage. Par exemple, le Tribunal fédéral a considéré que n'était pas «inutilement blessante» l'affirmation d'un journaliste selon laquelle une entreprise était techniquement à la traîne, «claudiquant» derrière ses concurrents («*hinkt technisch hinterher*»)²⁴⁷, alors que l'on devrait sans doute en juger différemment si une telle déclaration venait à figurer sur les affiches publicitaires placardées par un concurrent. De même, une information simplifiée sur une enquête relative aux petits crédits, mettant en cause une banque de façon inexacte, a été jugée licite s'agissant d'un article de journal, dès lors que la banque concernée n'était finalement pas présentée sous un faux jour²⁴⁸; on se permettra de douter que les mêmes inexactitudes aient été admissibles dans la campagne publicitaire d'une banque concurrente. Dire d'un grand distributeur qu'il a réduit l'assortiment de certaines de ses succursales «de façon dictatoriale» devrait être jugé inutilement blessant, voire fallacieux, et donc déloyal, si ce propos est

242 RSPI 1969, 76 (Zurich, Obergericht).

243 RSPI 1986, 328 (Winterthur, Einzelrichter).

244 Voir aussi RSJ 54 (1958), 259: «Soi-disant institut d'enseignement»; ATF 74 IV 115 (f): le concurrent «n'avait pas le sou». Comparer au surplus ATF 112 II 268 = JT 1987 I 241 avec RSPI 1991, 269 (Zurich, Handelsgericht).

245 Voir notamment Medialex 1995, 46 (TF). *Contra*: BARRELET, p. 458, et NOBEL, RSJ 88 (1992), 245 ss, mais ils ne prennent visiblement en considération que le cas des médias.

246 ATF 122 IV 33 = JT 1998 IV 27; ATF 123 III 363 = JT 1998 I 337; SCHALTEGGER, p. 36.

247 ATF 117 IV 193 = JT 1992 I 378 et 1993 IV 191.

248 ATF 123 III 363 = JT 1998 I 337.

tenu par une autre chaîne qui cherche à attirer les magasins en question dans son propre réseau de vente ; de la part d'un journaliste, on considérera en revanche qu'il s'agit là d'un langage imagé que le lecteur ne prendra pas au pied de la lettre, et que cette expression est par conséquent admissible dans ce contexte²⁴⁹. A propos d'un financier, les expressions « mauvais numéro de jongleur », « manœuvres habilement imaginées », et « sentier glissant » seront traitées comme des jugements de valeur admissibles dans un média si elles sont défendables²⁵⁰ ; on se convaincra sans peine que ces mêmes expressions, répandues par un concurrent, ne seront pas jugées de la même manière²⁵¹.

La liberté d'expression et les autres libertés de communication justifieront aussi que l'humour, la caricature ou la satire ne se voient pas automatiquement qualifiés de « dénigrement » lorsqu'ils sont dirigés contre un produit ou une entreprise. De même, la critique d'art, par exemple, doit se voir reconnaître une liberté de langage beaucoup plus large que celle que l'on réservera aux communications publicitaires des concurrents.

Même si la jurisprudence montre aussi que peuvent être redevables de la LCD les médias qui publient des assertions clairement fausses²⁵², ou qui suggèrent fallacieusement que les produits d'une certaine marque possèdent des dangers que les marchandises des concurrents ne présenteraient pas (cas où l'on monte en épingle une marque déterminée en omettant de préciser que le problème affecte tous les produits du même type)²⁵³, on voit que l'on connaît aujourd'hui une application de la LCD « à deux vitesses », dans laquelle les critères valables pour la lutte entre concurrents sont nettement plus sévères que ceux qui permettront de juger les activités journalistiques. S'il ne fait aucun doute que cette différence de traitement est justifiée, elle doit néanmoins susciter l'interrogation de savoir si c'est bien par la même loi (la LCD) qu'il fallait aborder le problème.

3. *Déclarations trompeuses*

L'article 3 lettre b LCD range aussi parmi les actes déloyaux le fait de donner « des indications inexactes ou fallacieuses sur soi-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ». Est

249 Medialex 1995, 46 (TF).

250 RSPI 1992, 115 (Zurich, Bezirksanwaltschaft).

251 BARRELET, p. 460.

252 ATF 117 IV 193 = JT 1992 I 378 (affirmation selon laquelle tous les nouveaux modèles étaient techniquement dépassés sitôt arrivés sur le marché) ; ATF 120 II 76 = JT 1994 I 365 ; RSPI 1992, 111 (Zurich, Bezirksgericht).

253 ATF 124 III 72 = JT 1998 I 329.

également visé celui qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents. Celui qui loue son produit ou ses prestations doit donc le faire de manière objective et véridique, et de même celui qui fait de la publicité pour autrui. Une indication sera fallacieuse même lorsque les affirmations inexactes ne sont que suggérées entre les lignes, ou qu'elles sont rectifiées ou précisées ailleurs d'une manière qui n'est pas facilement reconnaissable²⁵⁴.

Si les superlatifs habituels, ainsi que les messages publicitaires que le public perçoit clairement comme étant imagés, sont admissibles²⁵⁵, la marge de tolérance est relativement ténue : lorsque les déclarations peuvent être comprises comme exprimant non seulement un jugement de valeur personnel mais également un contenu objectivement vérifiable, l'article 3 lettre b LCD peut s'appliquer²⁵⁶.

Là aussi, on ne peut transposer purement et simplement aux médias les règles valables entre concurrents. Par exemple, les éloges dithyrambiques d'un critique de cinéma à propos d'un film, même s'ils aboutissent à déplacer les foules vers ce film plutôt qu'un autre, ou les louanges adressées au management d'une certaine entreprise, même si elles conduisent les investisseurs à préférer les titres de cette entreprise à ceux d'une autre, ne peuvent être appréhendés à l'aune des mêmes critères que ceux qui valent pour la lutte économique. Venant d'un journaliste, de telles louanges seront traitées comme des jugements de valeur, qui seront licites à moins d'être indéfendables. Dans l'application de l'article 3 lettre b, comme de l'article 3 lettre a LCD, la liberté d'expression et les autres libertés fondamentales en matière de communication s'opposent à ce que les normes de comportement pour les concurrents soient strictement appliquées à la partie rédactionnelle des médias.

Il en résulte par conséquent que la notion de déclarations trompeuses, comme celle de dénigrement, fera l'objet de définitions différentes suivant que l'on a affaire aux propos d'un concurrent ou à ceux d'un journaliste²⁵⁷. Encore une fois, il ne s'agit pas de s'étonner d'une telle différence de traitement, mais bien plutôt du fait que l'on applique le même texte de loi à des situations aussi différentes.

254 DAVID, p. 49.

255 STREULI-YOUSSEF, p. 84; DAVID, p. 49; RSPI 1990, 385 (St-Gall, Handelsgericht).

256 STREULI-YOUSSEF, p. 84; RSPI 1996, 510 (Zurich, Obergericht).

257 Tout à fait significatif à cet égard : RSJ 90 (1994), 178 (Zurich, Bezirksgericht).

4. Comparaisons illicites

Selon l'article 3 lettre e LCD, agit de façon déloyale celui qui « compare de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents ».

Il résulte de cette disposition que les comparaisons de produits ou de services d'une entreprise sont en principe licites, tout en étant soumises à des limitations qui s'avèrent en fin de compte très strictes. Ainsi, la comparaison sera illicite si elle porte sur des produits ou services qui ne sont pas strictement comparables (la comparaison sera inévitablement fallacieuse, dans un tel cas)²⁵⁸. En outre, omettre des faits essentiels ou comparer uniquement des faits sans pertinence peut avoir le même effet trompeur²⁵⁹. Ainsi, par exemple, un classement officieux des résultats obtenus par les diverses marques de skis lors d'une coupe du monde, fondé sur le total des points obtenus par les coureurs utilisant les différentes marques concernées, est fallacieux dès lors que chaque marque mentionnée n'est pas représentée par le même nombre de coureurs²⁶⁰. De même, la comparaison d'appareils homologués avec d'autres, qui ne le sont pas, viole l'article 3 lettre e LCD²⁶¹. Enfin, la comparaison ne doit pas être « inutilement blessante »; selon le Message²⁶², « on qualifiera avec certitude d'inutilement blessantes toutes les comparaisons qui ne sont pas formulées objectivement, qui sont sans motif ou qui visent principalement à léser le concurrent ou encore qui contiennent des affirmations disproportionnées dans leur caractère dépréciatif ». Pour le reste, la notion est la même qu'à l'article 3 lettre a LCD²⁶³. La comparaison ne doit pas non plus être « parasitaire »²⁶⁴, mais cette notion ne nous retiendra pas ici (elle ne concerne que les relations entre concurrents).

L'article 3 lettre e LCD mentionne expressément les comparaisons auxquelles des tiers procèdent, et les soumet aux mêmes exigences. Le législateur a expressément voulu inclure les tests comparatifs publiés par des institutions de tests et des organisations de consommateurs, même s'ils

258 ATF 104 II 133 = JT 1978 I 279: « Il est surtout indispensable de ne comparer que (...) ce qui est réellement comparable. Cela vaut notamment pour les comparaisons de prix qui ne peuvent être admissibles qu'à condition que soient comparées les mêmes quantités et qualités, compte tenu également des facteurs de calcul, afin d'exclure toute tromperie. »

259 Message, FF 1983 II 1097.

260 ATF 104 II 124 = JT 1978 I 279.

261 RSPI 1996, 160 (Uster, Bezirksgericht).

262 FF 1983 II 1097/8.

263 Cf. ci-dessus section 2.

264 Sur cette notion, voir ATF 102 II 292 = JT 1977 I 516.

ne poursuivent aucune intention publicitaire²⁶⁵. Là aussi toutefois, il est nécessaire de distinguer l'appréciation des résultats de tests et les autres jugements de valeur contenus dans les tests comparatifs, d'une part, d'avec l'admissibilité des jugements de valeur contenus dans la publicité comparative²⁶⁶. En effet, les jugements de valeur portés par un concurrent sur un autre, dans sa publicité, seront le plus souvent, sinon systématiquement, considérés comme fallacieux ou inutilement blessants (ou parasitaires)²⁶⁷ : ils reposeront fréquemment sur des généralisations fallacieuses ou sur la mise en évidence partielle de certains aspects²⁶⁸. En revanche, les jugements de valeur comparatifs exprimés par les médias (ou d'autres tiers tels que les instituts de tests ou les organisations de consommateurs) resteront admissibles pour autant qu'ils soient défendables.

Toutefois, le traitement particulier réservé aux médias ne concerne ici que les jugements de valeur (notamment l'appréciation du résultat de tests comparatifs), mais non l'assertion de données de fait, le choix des éléments de la comparaison et les résultats de tests : pour ces données, éléments et résultats, la liberté d'expression (ou les autres libertés en matière de communication) ne justifie pas l'inexactitude ou la tromperie. On réservera cependant les inexactitudes mineures, qui ne sont pas objectivement propres à influencer sur les relations entre concurrents²⁶⁹, à moins qu'elles n'influencent les résultats du test.

Ainsi, sous cette réserve, les analyses et tests comparatifs publiés par des médias n'échappent pas aux rigueurs de l'objectivité et de la véracité, ce qui est d'ailleurs conforme aux intentions du législateur²⁷⁰. De telles analyses et tests doivent donc se conformer aux exigences de neutralité, de représentativité (dans la sélection des critères et dans celle des produits²⁷¹) et d'exactitude (sous réserve de la part d'appréciation que comportent par leur nature même les résultats de tests et leur pondération²⁷² ; mais on ne peut

265 Message, FF 1983 II 1098.

266 ABRECHT, p. 197.

267 Voir par exemple ATF 58 II 449.

268 Voir cependant ATF 55 II 178.

269 SCHALTEGGER, p. 36; ABRECHT, p. 185, qui y assimile toutes les indications auxquelles le consommateur attribue trop peu d'importance pour les prendre en considération dans sa décision d'achat, y compris les données techniques que le lecteur moyen n'est pas à même de comprendre (et donc de prendre en considération dans sa décision d'achat).

270 Cf. ci-dessus texte à note 213.

271 Ce qui ne signifie pas que des tests portant seulement sur quelques produits seraient illicites, mais la sélection doit être représentative du marché concerné : ABRECHT, p. 211/2, qui précise que la sélection ne sera plus représentative si elle est arbitraire.

272 ABRECHT, p. 200/1 et 228/9.

présenter un produit comme étant défectueux alors que tel n'a été le cas que pour l'échantillon testé et non pour les autres produits sur le marché²⁷³).

5. *Divulgateion de secrets d'affaires*

Agit également de façon déloyale celui qui divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière (article 6 LCD). De jurisprudence constante, la notion de secrets d'affaires recouvre d'une façon générale toute connaissance qui n'est pas accessible à quiconque, et que son détenteur entend maintenir confidentielle, en ayant un intérêt légitime au maintien de cette confidentialité²⁷⁴. L'intérêt légitime existera sitôt qu'il s'agit de connaissances qui peuvent influencer sur le résultat commercial²⁷⁵. Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'informations directement utilisables²⁷⁶; ainsi, des préparatifs de fusion ou d'absorption de sociétés, ou les difficultés financières que traverse une entreprise, peuvent constituer des secrets d'affaires (pour autant, bien sûr, qu'il s'agisse d'informations confidentielles)²⁷⁷. Mais il pourra aussi s'agir, toujours sous réserve de leur caractère confidentiel, d'une politique de prix, d'offres, de conditions de livraison, de rabais, de stratégies publicitaires, d'une statistique sur des chiffres d'affaires, de crédits, de commentaires sur un bilan, de constructions, d'une politique fiscale, de salaires d'employés, de sources d'achat et de ravitaillement, de l'organisation de l'entreprise, etc.²⁷⁸. Mais des informations banales ou évidentes ne seront pas protégées, faute d'intérêt légitime à conserver leur éventuel caractère confidentiel²⁷⁹.

Quant aux informations relatives à des faits illicites, leur statut est controversé²⁸⁰: peut-on avoir un intérêt légitime, protégé par la loi (et même la loi pénale), à conserver le secret (commercial) sur de tels faits? Il ne paraît cependant pas possible de donner une réponse générale: la notion d'intérêt «légitime» ne se laisse pas mesurer abstraitement; l'intérêt légitime à conserver un secret s'oppose à l'intérêt à sa publication et sa

273 ABRECHT, p. 216.

274 ATF 103 IV 283 (f); ATF 88 II 319 (f).

275 ATF 103 précité.

276 WENIGER, p. 152.

277 WENIGER, *ibid.*

278 WENIGER, p. 163 et les arrêts cités.

279 TAUFER, p. 145 et les arrêts cités.

280 WENIGER, p. 153 et les auteurs cités.

définition dépend ainsi d'une balance entre ces deux intérêts²⁸¹ (l'intérêt au secret sera légitime s'il n'existe pas d'intérêt à la publication et inversement).

L'article 6 LCD ne s'appliquera toutefois qu'à la divulgation de secrets qui ont été « surpris » ou dont on a eu « indûment connaissance d'une autre manière ». Sera « surpris » ou « indûment » appris le secret qui a été percé à la suite d'un vol de documents, d'écoutes téléphoniques, de prises de vues au téléobjectif, d'un espionnage informatique, etc. Une connaissance qui est apprise de manière régulière, par exemple au cours de l'exécution normale d'un contrat de travail ou de mandat, ne peut être « surprise » ou « indûment » apprise au sens de l'article 6 LCD ; mais l'employé ou le mandataire aura généralement l'obligation de conserver le secret²⁸².

La divulgation de secrets d'affaires peut être déloyale lorsqu'elle est le fait d'un tiers non soumis à une obligation de confidentialité. La LCD n'exige d'ailleurs plus de rapport de concurrence entre le lésé et l'auteur de l'acte. Par conséquent, la violation de l'article 6 LCD peut être le fait d'un média²⁸³. Cette disposition sera donc applicable au journaliste qui a « surpris » ou « indûment » appris d'une autre manière un secret d'affaires qu'il divulgue ensuite. Tel sera le cas non seulement lorsqu'il a lui-même dérobé des documents ou « surpris » une information confidentielle, mais aussi lorsqu'il sait qu'il a eu « indûment » connaissance du secret à la suite d'un acte d'espionnage d'autrui, ou de la trahison d'une personne tenue à une obligation de confidentialité²⁸⁴.

Qu'en est-il de celui qui reçoit de bonne foi un secret usurpé ou qui lui est révélé en violation d'une obligation de confidentialité ? La littérature juridique est partagée²⁸⁵. Le texte légal ne donne pas de réponse claire. On ne pourra évidemment pas punir, faute d'intention délictueuse, celui qui divulgue une information dont il ignore qu'il s'agit d'un secret appris indûment. Mais l'intérêt à préserver le caractère confidentiel d'une information peut justifier que son détenteur légitime puisse tenter une

281 Même avis, WENIGER, p. 154 (et p. 238, avec les auteurs cités, pour le cas spécifique de l'obligation de confidentialité de l'employé, obligé de taire les agissements illicites de son employeur à moins d'un intérêt prépondérant qui justifie la dénonciation à l'autorité voire une communication aux médias ; l'employé ne peut se prévaloir d'un tel intérêt prépondérant s'il était possible de mettre un terme aux agissements en procédant de manière interne à l'entreprise).

282 Sanctionnée pénalement par l'art. 162 CP : WENIGER, p. 256.

283 WENIGER, p. 211 ; PEDRAZZINI, p. 183 ; GUYET, p. 228 ; RSPI 1992, 113 (Zurich, Bezirksanwaltschaft).

284 Cf. RSPI 1989, 139 (Zurich, Kassationsgericht) ; WENIGER, p. 209.

285 Sont notamment en faveur de l'application de l'art. 6 LCD au tiers de bonne foi : SCHALTEGGER, p. 56 ; TAUFER, p. 145. Plus nuancé : WENIGER, p. 212. Contre l'application de cette disposition au tiers de bonne foi : PEDRAZZINI, p. 183.

action en prévention ou en cessation du trouble qu'il subit ; et lorsque le tiers de bonne foi vient à être informé de ce que les connaissances litigieuses constituent des secrets qui ont été usurpés ou qui lui ont été révélés en violation d'une obligation de confidentialité, ce tiers ne devrait plus pouvoir se prévaloir de sa bonne foi pour faire échec à la protection du secret²⁸⁶. Compte tenu du caractère équivoque du texte légal, de tels cas (de secrets reçus de bonne foi) devraient à notre avis échapper à l'article 6 LCD (et donc à toute incrimination pénale) mais tomber sous le coup de la clause générale de l'article 2 LCD (dont la violation n'est sanctionnée que sur le plan civil).

Quoi qu'il en soit de cette dernière controverse, il n'en demeure pas moins qu'un média peut se voir appliquer la LCD en cas de violation de secrets d'affaires. A ce propos également, on doit se demander si l'on peut appliquer ici aux journalistes les mêmes règles qu'aux acteurs de la concurrence. S'il est vrai qu'un secret doit être protégé indépendamment de la qualité de la personne qui y porterait atteinte, l'intérêt public à une divulgation devrait être apprécié différemment suivant les cas, ce qui se traduira notamment dans l'éventuelle sanction pénale. Mais l'intérêt public à la révélation d'un fait qualifié de secret d'affaires peut-il aller jusqu'à justifier la divulgation et à la rendre licite? Autrement dit, la LCD permet-elle de prendre en considération un intérêt prépondérant et d'en faire un motif justificatif qui ferait obstacle à l'illicéité de l'acte, de la même manière qu'à l'article 28 CC? Lorsque l'application de la LCD est envisagée sous l'angle de la lutte économique (entre concurrents), l'idée que des motifs justificatifs puissent faire obstacle à l'illicéité d'une violation de la loi sera généralement écartée: on aura peine à prêter à un concurrent des intentions affranchies de toute arrière-pensée égoïste²⁸⁷. Pourtant, un auteur au moins reconnaît que les motifs justificatifs énumérés à l'article 28 CC, et notamment celui de l'intérêt public ou privé prépondérant, peuvent s'appliquer à la LCD, tout en admettant que rares devraient être les hypothèses où ils pourraient justifier une atteinte aux règles de la concurrence loyale, même lorsque cette atteinte est commise par un média²⁸⁸.

A notre avis, la réserve des intérêts prépondérants est nécessaire si l'on veut appliquer la LCD aux tiers non concurrents et notamment aux médias. D'une part, la liberté d'expression et les autres libertés fondamentales en matière de communication ont pour conséquence que l'Etat ne peut en particulier infliger des sanctions pénales à la révélation de faits ou

286 WENIGER, p. 212/3. *Contra*: PEDRAZZINI, p. 183.

287 Cf. p.ex. ATF 79 II 409 = JT 1954 I 492.

288 PEDRAZZINI, p. 212.

d'opinions justifiée par un intérêt prépondérant. D'autre part, il serait incohérent qu'une atteinte à l'honneur ou à la vie privée d'une personne puisse être justifiée par un tel intérêt, mais non l'atteinte à un secret d'affaires ; rien ne dicte une sacralisation des secrets économiques alors que la publication de secrets privés, voire intimes, n'est pas illicite lorsqu'un intérêt privé ou public prépondérant l'emporte sur la protection de la personne concernée. Par conséquent, nous pensons qu'une balance des intérêts en présence peut faire obstacle à l'illicéité de la publication de secrets d'affaires par un média.

La nécessité, ou à tout le moins l'opportunité, d'admettre qu'un intérêt prépondérant puisse justifier l'atteinte à un secret d'affaires par un média montre une fois encore que l'on ne peut appliquer aux activités journalistiques les mêmes critères qu'aux concurrents, ce qui nous amène derechef à remettre en cause l'adéquation de la LCD pour délimiter les frontières à l'intérieur desquelles les médias peuvent librement publier des informations relatives à des entreprises.

C. Inadéquation de la LCD

Nous avons vu que les notions de dénigrement et de tromperie ne sont pas interprétées de la même façon pour les concurrents que pour les médias dans leurs activités journalistiques. Encore une fois, il ne s'agit pas de s'opposer à une telle différence de traitement, justifiée par l'effet (horizontal indirect) des libertés fondamentales en matière de communication. Il convient bien plutôt de remarquer que l'on en arrive ainsi à interpréter des notions identiques de façon différente suivant les personnes qui ont violé la norme en question. On s'achemine donc vers deux notions de dénigrement, par exemple, l'une pour les concurrents, l'autre pour les médias. La nécessaire liberté que l'on doit reconnaître à ces derniers fera aussi que l'on s'accommodera plus facilement d'inexactitudes contenues dans un article de journal d'autant plus, comme on l'a vu²⁸⁹, que l'imprécision est presque inhérente à l'activité journalistique²⁹⁰. Par conséquent, il est à craindre que l'application des mêmes notions aux uns comme aux autres conduira à des interférences qui se traduiront le cas échéant par des généralisations de principes que la jurisprudence aura posés tantôt pour des concurrents, tantôt pour des journalistes ; la jurisprudence risque d'être condamnée à fluctuer entre ces deux pôles, et l'application de la LCD n'y gagnera pas en clarté.

289 Cf. ci-dessus chap. III B 3.

290 A cet égard, l'arrêt zurichois publié à la RSJ 90 (1994), 178 est tout à fait frappant, puisque des erreurs y sont justifiées au motif que les gros clients de la banque incriminée pouvaient facilement clarifier la situation (p. 184).

On peut même imaginer que la protection des concurrents dans la lutte économique vienne à s'affaiblir par l'application générale (à la notion de dénigrement ou à celle de tromperie) de principes dégagés à propos d'activités journalistiques : il ne fait pas de doute que certaines déclarations (« cette entreprise, sur le plan technique, traîne en boitant derrière ses concurrents ») ne peuvent être appréciées de la même manière suivant qu'elles sont tenues par un média ou qu'elles émanent d'un concurrent ; par conséquent, il existe bel et bien des risques que le dénigrement commis par un concurrent puisse bénéficier des principes (plus cléments) que la jurisprudence aura définis dans des cas d'espèce concernant des activités journalistiques, dès lors que cette jurisprudence sera toujours rendue en application de la même notion (le dénigrement, dans l'exemple choisi). L'existence de ce risque montre à notre avis qu'il n'est pas sain d'appliquer les mêmes notions d'une même loi à des activités qui doivent être jugées à l'aune de critères différents.

En outre, ces exemples montrent que l'on ne peut arbitrer par les mêmes principes des conflits qui opposent, dans le cas des activités journalistiques, des valeurs différentes de celles qui sont concernées par la lutte économique. Le concurrent ne peut invoquer la nécessité d'informer le public pour justifier les erreurs que contient sa communication. Il ne peut non plus revendiquer la même liberté de langage que celui qui s'exprime au bénéfice d'un droit fondamental qui protège aussi les « idées qui blessent, choquent ou dérangent »²⁹¹. Par conséquent, l'application de la LCD aux médias est appelée à connaître certaines restrictions découlant de la CEDH. Ainsi, la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour ont considéré que la décision rendue dans l'affaire des fours à micro-ondes²⁹² n'était pas conforme à l'article 10 CEDH²⁹³. Toutefois, cette approche ne condamne pas nécessairement la jurisprudence helvétique qui applique la LCD aux médias, car il faut se souvenir qu'il était en cause le caractère proportionné ou non de l'interdiction judiciaire de déclarer que la nourriture préparée dans des fours à micro-ondes serait dangereuse pour la santé. C'est donc cette mesure d'interdiction qui a été jugée disproportionnée, malgré les exagérations de langage de l'article. Selon la Commission, ces exagérations ne faisaient que renforcer l'impression que l'article exprimait une opinion personnelle et non une vérité scientifique. Elle a donc décidé que les propos incriminés étaient protégés par la liberté d'expression, dès lors que le

291 Idées protégées par l'art. 10 CEDH selon les termes mêmes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *cf.* notamment l'arrêt *Lingens* (8 juillet 1986, Série A n°103-B, § 41).

292 ATF 120 II 76 = JT 1994 I 365.

293 Décision de la Commission du 9 avril 1997, dont un résumé est publié dans *Medialex* 1997, 158, et arrêt de la Cour dans *SIC!* 1998, 491.

recourant n'agissait pas comme acteur de la concurrence et qu'il n'avait pas attaqué une marque ou un produit spécifique; la Commission a ainsi considéré que l'interdiction litigieuse était disproportionnée, compte tenu de «l'importance spéciale» de la liberté d'expression pour le libre débat sur des questions d'importance générale pour la société, telles que la santé publique²⁹⁴. Mais lors des débats devant la Cour, le représentant de la Commission a mis en évidence que l'application de la LCD à des non-concurrents qui ne poursuivent pas des intentions de concurrence était génératrice de dangers pour la liberté d'expression; selon lui, une société pluraliste réagit mieux à des propos contestables par une contre-argumentation que par des interdictions judiciaires²⁹⁵. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, a également jugé l'interdiction litigieuse comme étant disproportionnée, en soulignant toutefois que les exagérations n'étaient pas le fait de l'auteur de l'article, mais bien plutôt du rédacteur du journal, et que «la mesure en cause (avait) ainsi pour effet de censurer partiellement les travaux (du requérant) et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée». Et la Cour ajoute: «peu importe que l'opinion dont il s'agit est minoritaire et qu'elle peut sembler dénuée de fondement: dans un domaine où la certitude est improbable, il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises»²⁹⁶. Par conséquent, même des idées qui peuvent paraître dénuées de fondement sont au bénéfice de la liberté d'expression, malgré l'impact qu'elles peuvent avoir sur une branche de l'économie, du moins lorsqu'elles se rapportent à un sujet d'un intérêt général, notamment à la santé publique. Selon la Cour, la marge d'appréciation des Etats membres en matière de concurrence déloyale doit être relativisée lorsqu'est en jeu non le discours strictement «commercial» d'un individu, mais sa participation à un débat touchant l'intérêt général.

Ainsi, l'application de la LCD aux médias doit inévitablement être tempérée par une interprétation conforme à la Constitution et à la CEDH. Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence récente, a déjà fait sienne cette démarche²⁹⁷. Et il résulte, comme on l'a déjà souligné, que des critères différents seront appliqués pour définir la notion de dénigrement suivant que les propos émanent d'un concurrent ou d'un tiers dont l'activité ne s'inscrit pas dans la lutte économique. En matière de déclarations

294 Paragraphes 49 à 53 de la décision.

295 NZZ des 28/9 mars 1998, 16.

296 SIC! 1998, 491.

297 ATF 123 IV 211 = JT 1998 I 340; Medialex 1995, 46 (TF).

trompeuses, la jurisprudence a aussi posé comme condition, pour qu'un article de journal puisse être illicite en application de la LCD, qu'il fasse apparaître l'entreprise intéressée « sous un faux jour »²⁹⁸. Or ce critère-ci est directement tiré de la jurisprudence rendue en matière de protection de l'honneur, en application de l'article 28 CC. Enfin, on a vu que si les médias peuvent se rendre coupables de violations de secrets d'affaires protégés par la LCD, on est amené à leur reconnaître la faculté d'invoquer le motif justificatif d'un intérêt public prépondérant; autrement dit, on doit leur appliquer le système de l'article 28 CC pour tenir compte de leur situation particulière et de la finalité d'intérêt public que poursuit leur information. Sur le vu des particularités que la jurisprudence est obligée d'introduire à l'application de la LCD aux médias, on doit donc se demander s'il est bien justifié de leur appliquer cette loi, alors que son application entraîne aussitôt des tempéraments. En outre, on voit que les tempéraments introduits (reconnaissance d'une certaine liberté d'expression, exigence que l'entreprise intéressée soit présentée « sous un faux jour », faculté d'invoquer le motif justificatif de l'intérêt public prépondérant) sont caractéristiques du système de la protection générale de la personnalité. Dans ces conditions, que peut-il rester à l'application de la LCD? Il apparaît bien plutôt que la jurisprudence est pratiquement contrainte de suivre la même approche lorsqu'il s'agit d'activités journalistiques, en ce sens que même en application de la LCD, la jurisprudence reprend la systématique générale de l'article 28 CC. Devant ce constat, la seule conclusion qui s'impose à notre avis est que les activités journalistiques ne devraient pas relever de la LCD, mais du droit commun (articles 28 CC et 41 CO).

D. Application du droit commun?

L'application de l'article 28 CC ne laisserait pas les entreprises à la merci des propos malveillants des journalistes. Il faut tout d'abord rappeler que cette disposition protège aussi bien les personnes physiques que les personnes morales, y compris les entreprises à but lucratif (sous réserve des attributs inséparables de la personne humaine). En outre, la protection de l'honneur vise non seulement la considération morale mais aussi la considération sociale, qui comprend les aptitudes professionnelles, la solvabilité, etc.²⁹⁹; pour les entreprises, la protection de l'article 28 CC comprend celle de « l'honneur économique »³⁰⁰. A la protection de l'honneur s'ajoute encore celle de la sphère privée, expressément reconnue aux

298 ATF 123 III 363 = JT 1998 I 337.

299 Cf. ci-dessus note 47.

300 ATF 95 II 489 = JT 1971 I 226.

personnes morales par la jurisprudence³⁰¹. Enfin, reste encore le droit à la liberté économique, qui découle aussi de l'article 28 CC³⁰², et dont la portée reste à circonscrire.

Par conséquent, même si l'application de la LCD aux non-concurrents a occulté les possibilités d'application de l'article 28 CC en matière économique, il n'en demeure pas moins que la protection générale de la personnalité fournit une base suffisante pour assurer aux entreprises, sur le plan civil, les moyens de se défendre contre les atteintes commises par les médias à leur considération, ou à leurs secrets (et même plus largement à leur sphère privée). A la lecture de l'arrêt « Medityrannis », qui soutiendrait que la protection de l'honneur des entreprises ne serait pas assez étendue ?³⁰³ Il paraît même au contraire que s'agissant d'une caricature qui devait inciter à la réflexion sur les vacances dans des pays où sévit la dictature, la liberté d'expression devrait autoriser de telles caricatures, puisque les lois du genre font précisément que la caricature doit être exagérée, outrancière et pas forcément subtile. En outre, compte tenu des normes de la LPD (pour la phase précédant la publication) et de la jurisprudence reconnaissant l'existence d'une sphère privée aux personnes morales³⁰⁴, on ne voit pas en quoi l'application de la LCD fournirait aux entreprises une meilleure protection contre les indiscretions des médias, sur le plan civil du moins. Enfin, lorsque le développement économique d'une entreprise – et notamment l'offre de ses produits ou services – est atteint par la publication d'informations trompeuses, rien n'empêche d'y voir une lésion de son droit à la liberté économique. Si, selon la jurisprudence³⁰⁵, ce droit permet de s'opposer au boycott dont une entreprise est victime, pourquoi ne pourrait-il pas fonder une protection contre le fait de répandre des affirmations trompeuses sur les produits ou services d'une entreprise, au point que celle-ci serait entravée dans son activité économique ?

On nous fera sans doute l'objection que l'article 28 CC ne peut protéger des intérêts purement pécuniaires. Mais cette idée, dictée par le poids des traditions³⁰⁶, paraît procéder à la fois d'une certaine candeur (qui peut soutenir aujourd'hui que le droit à l'image, par exemple dans ses applications commerciales notamment aux droits du modèle photogra-

301 ATF 97 II 97 = JT 1972 I 242.

302 Cf. ci-dessus note 67.

303 ATF 95 II 489 précité.

304 Sans parler des art. 4 et 6 LCD et 162 CP, qui protègent les secrets d'affaires contre les employés ou mandataires indéliçats, ou contre les concurrents.

305 ATF 86 II 376 = JT 1961 I 164.

306 Voir les critiques pleinement justifiées que BUCHER (p. 137) adresse à la thèse selon laquelle les droits de la personnalité ne pourraient protéger des intérêts pécuniaires.

phié³⁰⁷, serait toujours de nature idéale ?) et de la méconnaissance de la portée du droit à la liberté économique, rattaché à l'article 28 CC également, même s'il est en règle générale concrétisé par le droit des cartels et le droit de la concurrence déloyale : on ne conçoit pas qu'un droit à la liberté « économique » soit de nature non patrimoniale...

Il est cependant vrai que le droit de la personnalité tend à assurer l'épanouissement de la personne et qu'à ce titre, il ne peut servir de fondement ni pour instituer de nouveaux droits de propriété intellectuelle³⁰⁸ ni pour protéger le fonctionnement de la concurrence. Mais même le dénigrement d'un produit peut atteindre son fabricant dans sa personnalité, du moins lorsque ce dernier est blessé dans sa considération professionnelle³⁰⁹ ; à cet égard, dire par exemple des produits d'une entreprise qu'ils sont techniquement déjà dépassés lorsqu'ils sont mis sur le marché remet en cause les aptitudes professionnelles de ce fabricant et non simplement les caractéristiques de tel ou tel produit ; et si une telle affirmation est fautive, ou trompeuse, elle sera constitutive d'une violation de l'article 28 CC³¹⁰. Le dénigrement d'un seul produit peut également avoir le même effet lorsqu'il porte sur une qualité essentielle (qui ferait prétendument défaut) dont l'absence ferait naître la suspicion à l'égard des capacités de son fabricant. Même le revendeur de ce produit peut également être atteint dans sa personnalité par un tel dénigrement, lorsque sa considération professionnelle est attachée à ce produit, par exemple parce que sa publicité y a associé sa raison de commerce³¹¹. Le dénigrement peut aussi résulter le cas échéant (c'est-à-dire selon sa gravité) du fait de stigmatiser le produit d'une marque déterminée en raison de certains problèmes, en omettant de souligner que ceux-ci affectent tous les produits du même genre³¹². Rappelons encore que l'article 28 CC protège également le « crédit » de l'entreprise (sa réputation, sa solvabilité, son attitude correcte dans les affaires, etc.)³¹³. Par conséquent, si l'on répand à tort des rumeurs alarmistes sur la santé financière d'une entreprise, ou si l'on déclenche une vague de suspicion à son encontre par la publication d'informations erronées, la protection conférée par cette

307 Voir RSPI 1983, 87 ; ZR 80 (1981), n° 42 ; ZR 79 (1980), n° 98 ; RSJ 71 (1975), 27 ; RSJ 68 (1972), 310 (Zurich, Obergericht).

308 ATF 110 II 417 = JT 1985 I 203.

309 De cet avis également, FRANCK, p. 60/1.

310 Etat de fait repris de l'ATF 117 IV 193 = JT 1992 I 378. A comparer avec l'ATF 95 II 489 = JT 1971 I 226.

311 FRANCK, p. 61, qui précise encore que le revendeur pourrait agir sur la base de l'art. 41 CO en l'absence d'une atteinte à sa considération à la condition d'établir que l'auteur du dénigrement devait s'attendre à ce que ses propos occasionnent un dommage important au revendeur.

312 Etat de fait repris de l'ATF 124 III 72 = JT 1998 I 329.

313 Cf. ci-dessus texte à notes 79 ss.

disposition pourra intervenir. Et rien n'empêche que des dommages-intérêts puissent compenser les préjudices patrimoniaux ainsi subis, y compris une éventuelle perte de gain³¹⁴. Quant aux autres moyens de droit civil, ils sont les mêmes, que l'on applique la LCD ou l'article 28 CC (sous réserve du droit de réponse, non mentionné par la LCD³¹⁵).

En revanche, lorsqu'une inexactitude ne sera pas de nature à faire apparaître l'entreprise « sous un faux jour », elle échappera à l'article 28 CC³¹⁶. Il se peut cependant qu'une telle inexactitude porte préjudice à l'entreprise : par exemple, on indique à tort que tel produit ne possède pas telle caractéristique, ce qui le rend moins attractif aux yeux des consommateurs ; ou encore ses conditions de vente sont mal rapportées, et font apparaître à tort que ce produit ne serait pas avantageux. On voit ainsi que l'analyse, le test ou la comparaison de produits (ou de services) échappera en règle générale à l'application de l'article 28 CC, sous réserve du dénigrement (au sens que l'on vient de définir) ou de cas particulièrement graves qui porteraient atteinte au développement économique de l'entreprise, dont le droit à la liberté économique serait ainsi lésé. Mais le domaine des analyses, tests et comparaisons de produits ou services d'entreprises nommément désignées (ou clairement identifiables par leurs marques ou par un autre moyen) ne se situe normalement plus dans l'activité journalistique qui débat de sujets d'intérêt général. S'il est vrai que l'information des consommateurs est d'intérêt public, l'analyse, le test ou la mise en évidence de caractéristiques particulières de certains produits ou services par rapport à ceux des offreurs concurrents vise une autre perspective : dans ces cas, la finalité de l'information est d'influencer la décision d'achat (en faveur de certains produits ou services et donc au détriment de ceux des autres offreurs qui sont en concurrence). Pour user d'un raccourci, l'analyse, le test ou la comparaison de produits ou services entre eux interviennent dans la concurrence à laquelle se livrent les acteurs du marché. En mettant en évidence les avantages ou les inconvénients de tel produit par rapport à tel autre (même de manière neutre et objective), ce type d'information favorise ou défavorise un concurrent par rapport à autre, même si tel n'est pas son but. Il existe donc ici une justification à l'application de la LCD : même si cette information ne poursuit pas un but publicitaire, elle en a les mêmes caractéristiques en tant qu'elle compare des marques déterminées ou analyse les avantages ou les inconvénients d'un

314 Sous l'angle de l'art. 28 CC, l'action en dommages-intérêts peut viser n'importe quel dommage, et notamment une perte de gain : TERCIER, p. 50 et 246.

315 Sur la question d'un droit de réponse à l'encontre de la critique de produits ou services, *cf.* ci-après texte à notes 367 ss.

316 Voir notamment ATF 123 III 363 = JT 1998 I 336.

produit ou d'un service d'une certaine marque ou d'une entreprise déterminée pour influencer la décision d'achat du consommateur.

La frontière entre « activités journalistiques » et analyse, test ou comparaison de produits ou services ne serait certes pas toujours aisée à tracer. Mais nous pensons avoir démontré que les activités journalistiques ne se laissent pas appréhender par les critères rigoureux de la LCD, qui sont destinés en principe aux acteurs de la concurrence, et que l'application de cette loi à ces activités nécessite inéluctablement que l'on s'écarte ensuite de ses critères pour les adapter aux particularités de l'information journalistique. Pour user d'une image, dans le cas du journalisme, si l'on chasse l'application de l'article 28 CC, elle revient au galop... C'est pourquoi nous considérons que l'application de la LCD aux journalistes est inadéquate, et que cette loi doit être réservée aux activités qui interviennent dans la concurrence (ce qui sera le cas notamment pour les analyses, tests ou comparaisons de produits ou services d'entreprises nommément désignées ou clairement identifiables par leurs marques ou par d'autres moyens).

Reste que si la LCD n'était plus applicable aux activités journalistiques, la protection pénale se restreindrait à celle contre la diffamation, la calomnie et l'injure (articles 173 et suivants CP). Or ces dispositions ne protègent pas l'honneur économique, en ce sens qu'elles n'englobent pas les qualités professionnelles ou artistiques³¹⁷. Mais la « lacune » qui résulterait de l'inapplicabilité de la LCD aux activités journalistiques ne serait certainement pas à déplorer : d'une part, il est plus que douteux que le législateur ait bien vu les incidences que la modification de la LCD aurait sur le plan pénal, par son application aux journalistes³¹⁸ ; d'autre part, même si les infractions à la LCD ne sont punissables que si elles ont été commises intentionnellement (s'agissant d'un journaliste, il faut donc prouver qu'il connaissait – ou qu'il a envisagé et accepté – la fausseté de ces allégations³¹⁹), la facilité avec laquelle la plainte pénale peut être déposée pour viser personnellement le journaliste (par opposition à l'entreprise de presse) peut être ressentie comme une menace réelle même pour les cas où l'auteur est convaincu de la justesse de ses propos. C'est donc plus la crainte d'être pris à partie dans une procédure pénale (et non pas tellement la peur de la condamnation) qui générera une autocensure. Plus généralement, l'idée même que des procédures pénales puissent être dirigées contre des journalistes qui auraient critiqué une entreprise à tort ne paraît guère conciliable avec l'idée que nous nous faisons du débat démocratique³²⁰.

317 ATF 119 IV 47 = JT 1995 IV 121, notamment.

318 Cf. BARRELET, p. 454.

319 Cf. SCHUBARTH, RPS 1995, 152/3.

320 Voir pour le surplus les autres remarques critiques de RIKLIN, PJA 1993, 620 ss.

E. Résumé

De lege lata, la LCD est applicable aux médias, et même à la partie rédactionnelle. Les dispositions sur le dénigrement, la publicité trompeuse, les comparaisons illicites, et la protection des secrets d'affaires, en particulier, leur sont donc applicables. Le principe même de l'application de la LCD aux médias n'a pas été remis en cause par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme; mais par un effet horizontal indirect, tant les libertés constitutionnelles reconnues aux médias que la CEDH instituent certaines limites. Ainsi, il y a lieu de tenir compte de ces textes lors de l'application de la LCD aux médias, ce qui aboutit à une interprétation différente de la LCD (par exemple de la notion de dénigrement) suivant qu'elle est appliquée à un concurrent ou à un média. En outre, même à l'encontre de la LCD, les médias doivent pouvoir invoquer le motif justificatif tiré d'un intérêt prépondérant. On voit ainsi que l'application de la LCD aux médias se calque sur le système de l'article 28 CC, ce qui amène inévitablement à considérer que la LCD n'était pas le régime légal approprié pour juger des atteintes commises par voie de presse à l'encontre des entreprises, et que l'application du droit commun aurait été préférable.

A notre sens, l'application de la LCD aux médias et le poids des traditions ont occulté les possibilités de dessiner les contours et la portée d'un droit à la liberté économique découlant de l'article 28 CC, qui pourrait procurer sur le plan civil une protection largement semblable à celle instituée par l'application de la LCD aux médias, sous réserve du cas des analyses, des tests et des comparaisons de produits ou de services, pour lesquels l'application de la LCD se justifie dès lors qu'en ces hypothèses-ci, le média influence directement la décision d'achat et intervient véritablement dans la concurrence. Mais sous cette réserve, nous pensons que l'article 28 CC contient les fondements d'un droit à la liberté économique qui devrait s'avérer suffisant, et qui aurait pu rendre inutile l'application de la LCD aux médias.

VI. Les moyens de droit

A. Les actions

L'article 28a CC institue un arsenal d'actions que l'on rappellera brièvement ci-après.

1. *Actions en prévention et en cessation de l'atteinte*

Le lésé peut requérir le juge d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente (article 28a alinéa 1 chiffre 1 CC). L'action peut aussi viser une atteinte qui s'est déjà produite mais qui menace d'être commise à nouveau³²¹.

Il peut également demander la cessation de l'atteinte, si elle dure encore (article 28a alinéa 1 chiffre 2 CC).

Ces actions ne sont pas soumises à l'exigence d'une faute.

L'injonction demandée doit viser un comportement déterminé ; le lésé ne peut prendre des conclusions générales mais doit préciser quel comportement doit être interdit et quelles mesures sont demandées³²². Les mesures décidées par le juge doivent cependant être proportionnées (être adéquates, ne pas imposer au défendeur des sacrifices financiers manifestement excessifs, ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la prévention ou à la cessation de l'atteinte³²³). L'exigence de proportionnalité est particulièrement marquée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³²⁴.

2. *Action en constatation de droit*

L'article 28a alinéa 1 chiffre 3 CC donne encore au lésé la possibilité d'ouvrir action pour faire constater le caractère illicite de l'atteinte, si le trouble qu'elle a créé subsiste. L'exigence que le trouble persiste est interprétée différemment en doctrine et en jurisprudence : selon la deuxième Cour civile, il faut un trouble actuel, et non potentiel, existant au moment du jugement³²⁵, tandis que la première Cour civile considère que les possibilités modernes d'archivage ont pour effet de prolonger le trouble bien au-delà de

321 Les conditions de l'action doivent être remplies au moment de la décision : ATF 95 II 501 = JT 1971 I 226 ; cependant, le juge peut (et à notre avis doit) tenir compte du fait que les conditions étaient remplies à l'ouverture d'action dans sa décision sur les dépens lorsqu'elles disparaissent par la suite, *cf.* TERCIER, p. 126.

322 TERCIER, p. 131 et les arrêts cités.

323 TERCIER, *ibid.*

324 Voir notamment les arrêts Hertel (SIC! 1998, 491) et Muller (24 mai 1988, A n° 133, § 32/42/43). Une saisie de presse peut cependant viser l'ensemble d'une édition : affaire Handyside (7 décembre 1976, A n°24, § 53) ; mais les mesures de saisie ou les injonctions appellent de la part de la Cour l'examen « le plus scrupuleux », spécialement dans le cas de la presse (*cf.* notamment les affaires Observer et Guardian du 26 novembre 1991, A n° 216).

325 ATF 120 II 373 = JT 1996 I 102 ; ATF 123 III 385 ; l'intérêt à l'action peut donc disparaître en cours d'instance (cela fait partie des « risques du procès », selon l'arrêt précité...) mais le juge devrait au moins condamner le défendeur aux dépens si l'action était justifiée lors de son ouverture, à notre avis. Cette jurisprudence est critiquée notamment par GEISER, *Medialex* 1996, 210 s., et par MINELLI, *UFITA* 133 (1997), 111 ss.

la parution d'un article³²⁶. La deuxième Cour civile a cependant admis que l'on puisse présumer la persistance du trouble lorsque l'atteinte est grave³²⁷.

3. *Action en publication du jugement ou d'un rectificatif*

Le lésé peut demander qu'une rectification³²⁸ ou que le jugement³²⁹ soit communiqué à des tiers ou publié (article 28a alinéa 2 CC). Ces mesures sont également soumises à l'exigence qu'elles soient proportionnées (mais elles peuvent être ordonnées indépendamment de toute faute du défendeur). La publication se fait aux frais du défendeur, que le juge l'ordonne ou qu'il autorise le demandeur à l'opérer³³⁰; elle peut revêtir la forme d'une publication dans un ou plusieurs organes périodiques³³¹, mais il peut aussi s'agir d'autres procédés tels que l'insertion d'une feuille dans les exemplaires d'un livre, la lecture d'un texte (à la radio ou à la télévision), l'affichage, l'expédition de lettre ou de circulaires ou la transmission par un réseau électronique³³².

4. *Action en dommages-intérêts*

Aux conditions de l'article 41 CO, le lésé peut réclamer des dommages-intérêts. Toutefois, les conséquences d'une atteinte à l'honneur ou à la vie privée sont difficiles à apprécier à l'aune des notions usuelles de dommage et de causalité³³³: ainsi une baisse du chiffre d'affaires, même significative, n'est généralement pas considérée comme suffisante pour convaincre le juge de l'existence et de la quotité du dommage subi par une entreprise à la suite d'une atteinte; de même, des affaires manquées ou d'autres refus de contracter ne seront pas nécessairement imputables au comportement de

326 ATF 123 III 361 = JT 1998 I 336 (un arrêt du 8 juillet 1997, concernant un article paru en mars 1992...).

327 ATF 123 III 388. La gravité s'apprécie selon la réaction du « lecteur moyen » : ATF 122 III 449 = JT 1998 I 131.

328 Dont le contenu et la présentation seront déterminés par le juge, celui-ci ne pouvant se contenter de condamner le défendeur à rectifier ses propos : ATF 100 II 181 = JT 1976 I 228.

329 Il devrait s'agir d'un extrait des considérants et du dispositif, en règle générale : BARRELET, p. 394.

330 BARRELET, *ibid.*; TERCIER, p. 139.

331 Selon la jurisprudence (ATF 106 II 102 = JT 1981 I 518), lorsque le média n'est point partie au procès, il serait libre de refuser la publication; cf. cependant RSPI 1987, 118/9 (Zurich, Obergericht), qui admet que le média serait soumis à une obligation de contracter (sur la base de l'art. 6 aLCD il est vrai).

332 TERCIER, p. 138.

333 Cf. notamment LARESE, *Medialex* 1997, 141.

l'auteur d'une atteinte à l'honneur ou à la considération ; quant au dommage causé par une atteinte à la vie privée, il n'est généralement pris en compte que sous l'angle de la réparation du tort moral³³⁴.

Vouloir attribuer aux dommages-intérêts une fonction dissuasive ou punitive n'est certainement pas conforme à notre ordre juridique³³⁵. Les tentatives qui seraient faites dans ce sens sont donc condamnées à échouer. En revanche, les tribunaux devraient pouvoir réussir à s'affranchir des conceptions trop comptables du dommage, notamment en matière de protection de la personnalité mais aussi dans les domaines de la propriété intellectuelle et de la concurrence déloyale. Et s'il est vrai que la baisse du chiffre d'affaires ou l'existence de refus de contracter ne peuvent être que des indices du dommage, on pourrait aussi songer au coût des mesures que devrait prendre le lésé pour tenter de réhabiliter son image, ternie par une atteinte à l'honneur ou à sa considération (coût d'une agence de relations publiques, de campagnes d'annonces ou autres). Ceci montre à notre avis que de telles atteintes causent toujours un dommage qui n'est pas purement moral, et que les tribunaux pourraient évaluer ainsi *ex aequo et bono* le dommage causé par une atteinte à la considération professionnelle.

Lorsqu'une atteinte à la vie privée a été faite délibérément dans le but d'augmenter le tirage, le Bundesgerichtshof a admis que le gain ainsi obtenu puisse être pris en considération pour déterminer le dommage³³⁶. En droit suisse, en revanche, ce gain ne paraît pouvoir être pris en considération que dans le cadre de l'action en délivrance des profits illégitimes (article 28a alinéa 3 CC et 423 alinéa 1 CO) ; toutefois, certaines atteintes à la vie privée pourraient être chiffrées au montant de la rémunération que le lésé aurait demandée pour donner son consentement à la publication de l'information en question³³⁷(ce mode de calcul des dommages-intérêts est admis en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle³³⁸), et cette rémunération pourrait être calculée en proportion de ce gain. Cette approche ne paraît cependant pouvoir être suivie que là où le versement d'une rémunération aurait été envisageable, et conforme aux bonnes mœurs.

Sinon, la conception dominante de la notion de dommage en droit suisse (qui se fonde sur la différence de patrimoine du lésé, avec ou sans l'atteinte,

334 Cf. LARESE, *Medialex* 1997, 143.

335 Le TF l'a encore rappelé dans l'ATF 122 III 463 = JT 1997 I 250 (pas de doublement de la redevance due pour violation d'un droit d'auteur). Voir aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, affaire Tolstoy Miloslavsky (13 juillet 1995, A n° 316-B, § 49/50 = *Medialex* 1995, 112) : une condamnation à des dommages-intérêts disproportionnés constitue une violation de l'art. 10 de la CEDH.

336 JZ 1995, 360.

337 MINELLI, ZUM 1996, 76/7.

338 Voir notamment ATF 122 III 463 = JT 1997 I 250.

le «patrimoine» n'étant formé que des biens susceptibles d'être estimés en argent³³⁹) fait obstacle à la reconnaissance d'un dommage «immatériel» qui ne serait ni un dommage patrimonial ni un tort moral³⁴⁰.

5. *Action en réparation du tort moral*

Une indemnité à titre de réparation morale ne peut être allouée que si la gravité de l'atteinte le justifie, et seulement si la victime n'a pas obtenu satisfaction autrement³⁴¹, selon l'article 49 CO. Il faut donc que l'atteinte soit «grave»; la jurisprudence exige du lésé qu'il fasse la preuve des circonstances dont résulte objectivement une telle atteinte, mais aussi qu'il prouve les éléments permettant de conclure à l'existence d'un grave tort moral subi concrètement par le lésé, subjectivement³⁴². En revanche, le Tribunal fédéral n'exige pas une faute de l'auteur de l'atteinte³⁴³. De jurisprudence constante³⁴⁴, les personnes morales peuvent également agir en réparation d'un tort moral³⁴⁵.

Le but de l'indemnité est de compenser l'injustice ressentie³⁴⁶. Il est toutefois permis de se demander si ce but est atteint par l'octroi des montants alloués par la jurisprudence, pour dire le moins³⁴⁷. On a bien plutôt la conviction que les indemnités sont très faibles, et qu'elles constituent plus une négation du tort moral qu'une réparation de celui-ci. La jurisprudence ne paraît jamais avoir pris la pleine mesure du tort moral, probablement par crainte d'introduire un élément punitif ou faute d'éléments sur lesquels asseoir un calcul.

S'agissant des atteintes à l'honneur professionnel, nous avons déjà évoqué l'idée d'une comparaison avec les frais qui seraient nécessaires pour

339 ATF 115 II 481 = JT 1990 I 216, 608 et les références indiquées.

340 LARESE, *Medialex* 1997, 143.

341 P. ex. par la publication d'un rectificatif ou d'une rétractation (ZR 94 (1995), n° 23, 87, Zurich, Bezirksgericht), pour autant qu'une telle publication fasse disparaître le tort moral.

342 ATF 120 II 99 = JT 1996 I 119 qui précise que le juge ne peut se fonder sur l'expérience générale de la vie que si les déductions ainsi opérées reposent sur des expériences similaires, au point que l'on peut former un jugement à caractère normatif valable généralement et abstraitement.

343 ATF 117 II 50 (f) et ATF 120 II 99 = JT 1996 I 119 (mais on peut se demander si le silence de l'art. 49 CO à ce sujet ne doit pas être interprété comme un renvoi aux conditions générales de la responsabilité: aucune faute ne serait nécessaire lorsque l'auteur encourt une responsabilité causale, mais la faute resterait exigée sinon; de cet avis notamment, REY, n° 478). La preuve du lien de causalité entre l'atteinte et le tort moral doit également être entreprise.

344 TERCIER, p. 269 et les arrêts cités.

345 L'allocation à un tiers (association caritative, p. ex.) est possible: ATF 95 II 481 = JT 1971 I 226.

346 ATF 123 III 15 = SJ 1997, 402.

347 Voir notamment les chiffres avancés par LARESE, *Medialex* 1997, 142, et les critiques de cet auteur.

redresser le tort causé à l'image de la victime, comme élément d'appréciation d'un dommage patrimonial. Pour les atteintes à l'honneur ou à la considération qui ne seraient pas à l'origine d'un dommage patrimonial, la réparation du tort moral pourrait aussi s'inspirer de la même approche, et l'on obtiendrait ainsi une estimation plus réaliste du préjudice moral.

Quant aux atteintes à la vie privée, nous avons aussi suggéré qu'elles puissent dans certains cas donner naissance à un dommage patrimonial mesuré à l'aune de la rémunération que la victime aurait exigée pour consentir à l'atteinte. Et lorsque les circonstances feraient obstacle à la reconnaissance d'un tel dommage patrimonial, pourquoi ne pas évaluer le *pretium doloris* de la même manière, quitte à ce que cette évaluation soit faite de manière grossière ? On tiendrait alors un moyen de déterminer le tort moral d'une façon qui serait sans doute plus proche du préjudice réellement subi. On nous fera peut-être l'objection que l'on assisterait alors à une sorte de « mercantilisation » du tort moral qui serait le résultat d'une conception par trop matérialiste d'un préjudice pourtant de nature immatérielle, et que l'on procéderait ainsi d'une confusion entre tort moral et dommage patrimonial. Il ne faut cependant pas perdre de vue que l'indemnité pour tort moral constitue une réparation pécuniaire, et qu'il faut bien traduire en termes monétaires le préjudice immatériel. La référence proposée, ou la comparaison avec les dommages patrimoniaux, reste donc utile sinon nécessaire pour procéder à cette opération. Nous demeurons donc convaincu que la référence à la rémunération qu'il aurait théoriquement fallu offrir à la victime pour obtenir son consentement constitue un moyen pour définir l'ampleur du tort subi, ou à tout le moins de l'approcher.

6. Action en délivrance du gain

L'article 28a alinéa 3 CC réserve l'action en remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires³⁴⁸. Celui qui s'est immiscé dans la sphère personnelle d'autrui est ainsi tenu de restituer les profits qu'il en a tirés. On peut donc songer à l'application de cette règle lorsque l'image d'une personne a été utilisée sans droit à des fins commerciales par un tiers, et contraindre celui-ci à reverser les profits réalisés au lésé.

348 A noter que selon une opinion, l'action en délivrance du gain serait régie par l'art. 423 CO seulement lorsque l'auteur de l'atteinte est de mauvaise foi ; lorsqu'il est de bonne foi, il faudrait appliquer les dispositions sur l'enrichissement illégitime (distinction reprise de façon incidente par le TF dans ATF 119 II 43 (f)). L'application des art. 62 ss CO soulève toutefois de nombreuses controverses, qu'il ne nous appartient pas de discuter ici.

S'agissant des publications des médias, l'action en délivrance du gain paraît en revanche se heurter à des difficultés pratiques. Tout d'abord, quel peut être le « gain » obtenu par le média grâce à une publication portant atteinte à la personnalité ? Il est certes imaginable que la publication d'une photographie à sensation dans un journal puisse générer des ventes particulièrement élevées pour le numéro en question, de manière que l'on puisse conclure de façon quasi certaine à l'existence d'un gain procuré par l'atteinte qui soit chiffrable, mais dans la plupart des cas, le gain sera bien difficile à évaluer ; on peut certes réserver l'application de l'article 42 alinéa 2 CO³⁴⁹, mais on ne voit guère quels indices le lésé pourrait apporter pour donner au juge les éléments lui permettant de se convaincre de l'existence et de la quotité du gain en question, d'autant que la relation de causalité entre l'atteinte et ce gain risque d'être impossible à démontrer³⁵⁰.

A ces difficultés pratiques s'ajoutent encore les risques liés à une éventuelle application des art. 62 et suivants CO, préconisée par une partie de la doctrine lorsque l'auteur de l'atteinte est de bonne foi³⁵¹ : l'enrichissement illégitime suppose normalement une relation de connexité entre l'enrichissement du défendeur et un appauvrissement du demandeur³⁵² ; dans notre domaine, le seul « appauvrissement » du lésé qui puisse être en connexité avec le gain du défendeur tiendrait dans la rémunération que celui-ci aurait pu obtenir s'il avait été en mesure de négocier son consentement, mais l'économie de cette rémunération par l'auteur de l'atteinte est-elle encore un « gain » ?³⁵³ Par ailleurs, l'application éventuelle des art. 62 et suivants CO renvoie à celle de l'article 64 (possibilité d'invoquer la disparition de l'enrichissement, voire le dommage dit de « restitution »).

Ainsi, les controverses qui entourent cette action contribueront encore à orienter le plaideur vers d'autres voies de droit, jugées moins incertaines.

349 Comme le font certains auteurs : TERCIER, p. 282 ; BARRELET, p. 399.

350 Voir cependant BARRELET, p. 399 : « Pour les publications faisant de la publication d'articles illicites un élément de leur conception rédactionnelle, un article seul ne fera pas augmenter le tirage. Il participera néanmoins, avec tous les autres articles de ce type, à une augmentation des gains de l'éditeur. Une remise du gain devrait également être accordée dans ce cas-là, calculé en fonction du tirage supplémentaire que cette conception rédactionnelle vaut à la publication ». Quant à la relation de causalité, il faudrait reconnaître au juge un large pouvoir d'appréciation (BARRELET, *ibid.* ; de cet avis également, TERCIER, p. 282).

351 Voir notamment CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes, thèse Genève 1991, p. 21 ss.

352 ATF 117 II 410 = JT 1992 I 207 ; ATF 99 II 146 = JT 1974 I 130. Cette exigence est cependant discutée, ou atténuée en doctrine par les auteurs qui proposent d'appliquer les art. 62 ss CO.

353 TERCIER, p. 281, paraît considérer que le gain ne peut consister que dans un profit effectivement réalisé.

L'action en remise du gain demeurera donc d'application exceptionnelle.

B. Le droit de réponse

1. Rappel des principes

Le droit de réponse institué par les articles 28g et suivants CC a pour but de permettre à une personne touchée dans sa personnalité par une publication d'un média périodique de faire publier sa version des faits. Le droit de réponse est envisagé comme une procédure simple, non polémique, par laquelle l'intéressé fait connaître sa version des faits, l'idéal étant que ce droit puisse être exercé sans intervention judiciaire³⁵⁴.

Le droit de réponse ne peut être exercé qu'à l'encontre d'un média à caractère périodique. L'article 28g alinéa 1 CC donne pour exemple la presse, la radio et la télévision. Peu importe le type de journal dont il s'agit³⁵⁵. Un « média périodique » au sens de cette disposition peut emprunter le canal des « autoroutes de l'information »: l'essentiel est que l'on se trouve en présence d'un moyen d'information d'une certaine périodicité, sans qu'il faille se montrer trop exigeant à ce sujet³⁵⁶. Ainsi, le site web sur lequel paraissent des informations à un rythme même irrégulier constitue un média périodique au sens de l'article 28g CC, quelle que soit sa finalité première (diffusion d'informations ou autre)³⁵⁷. Pour les forums de discussion, la littérature juridique est partagée³⁵⁸. Quant aux bases de données, la doctrine considère que s'agissant de services à la demande, un droit de réponse ne permettrait pas d'atteindre le même public que celui qui a eu connaissance

354 FF 1982 II 675.

355 Sur le cas d'un « journal dans le journal », voir ATF 113 II 213 = JT 1988 I 142. Cf. aussi ATF 113 II 369 = JT 1988 I 226.

356 La doctrine se contente le plus souvent d'un rythme de parution annuel: BARRELET, p. 417; BUCHER, p. 178.

357 SCHWEIZER, PJA 1994, 1093; BARRELET, p. 418; DESSEMONTET, *Medialex* 1997, 83; ROSENTHAL, p. 76; BÄNNINGER, p. 159-160. Reste cependant à savoir qui est l'entreprise de média à laquelle la réponse doit être adressée et qui a la qualité pour défendre à une action en exécution dans ce cas; il est évident que ce ne saurait être le fournisseur d'accès, et qu'au contraire, l'exploitant du site a cette qualité, mais qu'en est-il du fournisseur d'hébergement? Le système de l'art. 28g CC n'est pas celui de la protection générale de la personnalité, où tout participant à l'atteinte a la qualité pour défendre; pour le droit de réponse, la jurisprudence a ainsi précisé qu'a cette qualité le responsable de la diffusion, soit l'entreprise qui décide en dernier ressort qu'une information sera diffusée (ATF 113 II 213 = JT 1988 I 142); celui qui héberge sur son serveur le site d'autrui ne répond pas à cette définition.

358 Les assimilent aux médias périodiques: STÄHELI, p. 610; ROSENTHAL, p. 76. En doute: BARRELET, p. 418.

de l'information litigieuse, et que les bases de données ne sont donc pas des médias périodiques³⁵⁹ ; à notre sens toutefois, le simple fait que l'on accède « sur demande » n'est pas décisif, pas plus que la qualification de « base de données » ; d'autre part, il ne faut pas confondre l'efficacité du droit de réponse avec la notion de média périodique.

Le droit de réponse ne serait donné qu'à l'encontre d'une présentation de faits qui concernent la personne touchée dans sa personnalité. Le « fait » est défini comme quelque chose qui est susceptible d'être objectivement établi³⁶⁰. On y oppose les opinions et les jugements de valeur, malgré l'extrême difficulté que l'on peut rencontrer dans l'application de cette distinction³⁶¹ ; il est vrai qu'il est difficile d'opposer sa version des faits à un pur jugement de valeur, mais rien n'empêche de répondre aux faits à la base de ce jugement³⁶².

Les faits présentés doivent concerner une personne identifiée ou reconnaissable³⁶³ (et non un groupement indéfini)³⁶⁴. Celle-ci doit en outre être « touchée » dans sa personnalité³⁶⁵. Selon la jurisprudence, une simple inexactitude n'ouvrirait pas la voie du droit de réponse : il faudrait que les faits soient différents de la version de l'intéressé et qu'ils donnent de lui une image peu favorable³⁶⁶.

Un acteur de la concurrence touché dans ses intérêts économiques peut-il exercer un droit de réponse ? La LCD ne renvoie pas aux articles 28g et suivants CC, contrairement au projet présenté par le Conseil fédéral ; mais

359 RODONDI, p. 129 ss (qui observe à juste titre que les PTT ne sont pas une « entreprise de média » du simple fait qu'ils mettent à la disposition des usagers l'infrastructure du Videotext, p. ex.) ; TERCIER, RDS 106 (1987) I, 196.

360 FF 1982 II 697 ; ATF non publié cité par SCHWEIZER, PJA 1994, 1092. Le « fait » peut avoir été exprimé au moyen du langage (écrit ou parlé), d'une photographie, d'un film, d'un dessin, dans la partie rédactionnelle ou publicitaire, sous forme d'affirmation ou de suggestion. Cf. BARRELET, p. 419 et ATF 112 II 465 = JT 1988 I 137.

361 Pour de nombreux exemples, voir RODONDI, p. 141 ss et BÄNNINGER, p. 107 ss.

362 Voir dans ce sens la jurisprudence cantonale rapportée par BÄNNINGER, p. 114. BUCHER, p. 183/4 considère que s'il existe un lien étroit entre des faits et un jugement de valeur, la réponse pourrait contester les faits et l'appréciation portée.

363 ATF in: SIC! 1997, 473.

364 BUCHER, p. 181 ; BARRELET, p. 421 ; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 237, qui précisent que le droit de réponse peut ainsi appartenir aux membres d'un conseil d'administration.

365 Il n'est pas nécessaire en revanche qu'elle soit « atteinte » dans sa personnalité ; l'illicéité n'est pas non plus une condition du droit de réponse (ATF 119 II 107 = JT 1995 I 162).

366 Sans toutefois qu'il faille exiger que la présentation des faits fasse apparaître l'intéressé « sous un faux jour » au sens de la jurisprudence rendue en matière de droit à l'honneur : ATF 114 II 388 = JT 1989 I 226 ; SIC! 1997, 473 (TF). Cette jurisprudence exigeant des faits à connotation négative est critiquée, cf. BUCHER, p. 180/1. Voir aussi DESCHENAUX/STEINAUER, p. 238, qui rappellent à juste titre qu'une personne peut être touchée dans sa personnalité par des faits louangeurs mais faux et qui appellent ainsi une rectification.

les Chambres ont biffé ce renvoi parce qu'il leur apparaissait constituer une évidence³⁶⁷. Si un concurrent est touché dans sa personnalité par une présentation de faits par un média périodique, il bénéficie bien sûr d'un droit de réponse³⁶⁸. Mais faute de renvoi à une application des articles 28g et suivants CC par analogie en matière de concurrence déloyale, des faits inexacts concernant un produit ou un service ne seraient pas sujets à réponse³⁶⁹.

L'article 28g alinéa 2 CC exclut le droit de réponse en cas de reproduction fidèle des débats publics d'une autorité auxquels la personne touchée a participé. L'interdiction de l'abus de droit pourra aussi instituer d'autres limites à l'exercice du droit de réponse³⁷⁰.

Afin d'exercer son droit de réponse, l'intéressé doit pouvoir prendre connaissance de la présentation incriminée³⁷¹. L'entreprise de média ne peut pas de son côté empêcher l'exercice du droit (article 28l alinéa 1 CC).

La réponse doit être concise et se limiter «à l'objet de la présentation contestée» (article 28h alinéa 1 CC). En principe, il s'agira d'un écrit³⁷². De l'exigence que la réponse se limite à l'objet de la présentation contestée découlerait le principe «fait contre fait»; autrement dit, la réponse ne peut faire état de faits qui n'ont pas de rapport avec la présentation contestée³⁷³.

367 Bull. stén. CN 1985, 851 et CE 1986, 424.

368 *Contra*: BÄNNINGER, p. 71/2 (au motif, à notre avis simpliste, que la critique d'un produit ferait apparaître l'entreprise ou ses dirigeants sous un «faux jour» par effet «réflexe» seulement; voir d'ailleurs une décision cantonale en sens contraire rapportée par cet auteur en p. 72/3).

369 SCHALTEGGER, p. 128, est d'avis qu'un concurrent touché dans ses intérêts économiques seulement devrait pouvoir utiliser la voie du droit de réponse, *de lege ferenda*.

370 La personne a amplement eu l'occasion de faire valoir son point de vue, p. ex. lors d'une interview, ou le périodique a publié un rectificatif (*cf.* ATF 120 II 275 = JT 1995 I 322, à comparer avec ATF 119 II 97 = JT 1995 I 167). Voir aussi BARRELET, p. 422/3.

371 Se faire remettre une copie de l'émission de radio ou de télévision ou à tout le moins pouvoir en prendre connaissance dans les locaux de l'entreprise: BARRELET, p. 423/4.

372 Cas échéant envoyé par e-mail, notamment s'il s'agit de contacter ainsi l'exploitant d'un site web. Une réponse anonyme serait possible, selon BARRELET (p. 424) et RIKLIN (p. 240), dans des cas exceptionnels, p. ex. de la part d'un condamné qui aurait été mentionné de manière anonyme dans un compte-rendu, mais de façon reconnaissable pour son entourage, et qui voudrait opposer sa propre version des faits. La doctrine admet dans sa majorité que l'on puisse aussi répondre par une photographie, un enregistrement sonore ou même un film (TERCIER, RDS 106 (1987) I, 201; BUCHER, p.186; RODONDI, p. 223; RIKLIN, p. 242; KARL M. HOTZ, p. 73; DESCHENAUX/STEINAUER, p. 241/2. *Contra*: BARRELET, p. 424) mais encore faudra-t-il qu'un tel moyen remplisse l'exigence d'une réponse limitée «à l'objet de la présentation contestée». Voir aussi la décision du TF dans *Medialex* 1998, 156 (admission de principe d'une réponse par l'image, sous réserve des autres conditions et notamment du point de savoir si l'image est apte à constituer une «réponse» en l'espèce).

373 ATF 114 II 293 = JT 1989 I 229; voir aussi ATF 119 II 108 = JT 1995 I 162. Cela implique également que le droit de réponse ne peut être utilisé pour évoquer la manière dont le journaliste s'est procuré l'information litigieuse: *Medialex* 1998, 156 (TF).

Toutefois, cela n'exclut pas la possibilité d'avancer des faits nouveaux s'ils se rapportent aux faits contestés³⁷⁴; et si une inexactitude résulte d'une omission, celle-ci peut être réparée par l'indication des faits qui permettent la rectification³⁷⁵. La réponse devrait cependant ne pas contenir des jugements de valeur³⁷⁶, mais se borner à l'énoncé des faits en rapport avec la présentation contestée.

La réponse ne doit pas être manifestement inexacte³⁷⁷ ni être illicite ou contraire aux mœurs (article 28h alinéa 2 CC).

Elle doit être adressée dans les délais légaux (article 28i alinéa 1 CC) à l'entreprise responsable de la publication³⁷⁸. L'entreprise doit faire savoir sans délai à l'auteur de la réponse quand elle la diffusera ou pourquoi elle la refuse (article 28i alinéa 2 CC)³⁷⁹; sous réserve de la correction d'inadvertances manifestes, elle ne peut la corriger sans le consentement de l'auteur³⁸⁰; on discute le point de savoir si l'entreprise doit coopérer avec l'auteur lorsque la réponse se heurte à un motif relatif de refus³⁸¹.

La réponse doit être diffusée de manière à atteindre le plus tôt possible le public qui a eu connaissance de la présentation contestée (article 28k alinéa 1 CC)³⁸². Elle doit être désignée comme telle (article 28k alinéa 2 CC); elle peut être précédée d'un titre rappelant l'objet de la contestation, de façon neutre³⁸³, mais non d'un appendice rédactionnel, quel qu'il soit³⁸⁴, sous réserve des exceptions prévues par l'article 28k alinéa 2 CC (l'entreprise de média peut donner ses sources³⁸⁵ ou indiquer si elle maintient sa présenta-

374 DESCHENAUX/STEINAUER, p. 242 et la jurisprudence cantonale citée. Mais il ne serait pas possible de répondre à des affirmations qui ne figureraient que sous une forme atténuée dans l'article incriminé: *Medialex* 1996, 225 (TF).

375 ATF non publié cité par BÄNNINGER, p. 186.

376 ATF 114 II 293 = JT 1989 I 229; voir aussi ATF 123 III 151 = JT 1997 I 677.

377 Voir ATF 115 II 118 = JT 1989 I 554 et ATF 117 II 120 = JT 1994 I 66.

378 Cf. ATF 113 II 213 = JT 1988 I 142 et ATF 113 II 369 = JT 1988 I 226.

379 Un silence après deux ou trois jours maximum équivaut à un refus: BARRELET, p. 428 et 430. SCHWEIZER, PJA 1994, 1101, propose que la loi fixe un délai pour traiter la réponse.

380 BARRELET, p. 430; TERCIER, p. 205/6.

381 SCHWEIZER, PJA 1994, 1096, considère que l'entreprise a un tel devoir, car elle est à la fois instance de décision et partie. *Contra*: BARRELET, p. 430.

382 Donc pas en dessous d'un dessin humoristique (ATF 115 II 5 = JT 1989 I 233) ni dans le courrier des lecteurs (ATF 119 II 99 = JT 1995 I 167). Sur l'emplacement et l'aspect typographique de la réponse à une présentation tapageuse, voir ATF 123 III 145 = JT 1997 I 677. Si l'article a été annoncé en première page par un titre qui lui aussi touchait à la personnalité de l'intéressé, celui-ci peut exiger que sa réponse paraisse avec un renvoi suffisamment visible en première page (BARRELET, p. 430/1). Pour la radio et la télévision, la réponse doit être diffusée à une heure d'écoute équivalente et au cours d'une émission du même type (BARRELET, p. 431).

383 BARRELET, p. 431.

384 Voir ATF 119 II 109 = JT 1995 I 162.

385 Sans les reproduire ni les commenter: BARRELET, p. 432.

tion)³⁸⁶; l'interdiction d'ajouter un appendice rédactionnel vaut non seulement pour l'emplacement qui fait suite mais pour tout le numéro du journal ou du périodique³⁸⁷; mais rien ne ferait obstacle à ce que le média revienne sur le sujet dans le numéro suivant³⁸⁸, éventuellement dans le même numéro (à un emplacement différent de celui de la réponse) lorsque l'actualité l'exige³⁸⁹.

Lorsque l'entreprise de média empêche l'exercice du droit de réponse, ou refuse la réponse (le cas échéant en ne répondant pas « sans délai », article 28i alinéa 2 CC, à l'auteur), ou encore n'exécute pas correctement le droit de réponse, l'intéressé dispose d'une action en exécution (article 28l CC) sur laquelle le juge doit statuer « immédiatement sur la base des preuves disponibles » (c'est-à-dire rapidement par une procédure sommaire mais contradictoire)³⁹⁰. L'action en exécution n'est pas soumise à un délai particulier, mais la jurisprudence a introduit la présomption que l'intéressé n'a plus d'intérêt digne de protection à faire valoir judiciairement le droit de réponse après l'écoulement d'un délai de vingt jours à compter du moment où l'entreprise de média a refusé la réponse ou, en cas de silence de celle-ci, dès l'instant où son mutisme devait raisonnablement être compris comme un refus³⁹¹.

2. *Quelques observations critiques*

En conclusion, bien que conçu à l'origine comme une procédure simple et non polémique pouvant se dérouler en principe sans intervention judiciaire, le droit de réponse paraît s'être pris dans les mailles des arguties d'une jurisprudence beaucoup trop légaliste, au point qu'un droit de réponse, soumis à tant d'écueils, ne peut pas être exercé sans le recours à un avocat spécialisé. De par les multiples restrictions posées à son exercice, le droit de réponse n'est pas en mesure de remplir les objectifs initialement fixés, à notre avis.

386 Selon la jurisprudence, l'entreprise de média pourrait citer la disposition légale qui institue le droit de réponse et conclure en indiquant que la question de savoir laquelle des deux versions est correcte demeure ouverte: ATF 112 II 193 = JT 1987 I 291. Voir les critiques de TERCIER, RDS 106 (1987) I, 203 à ce sujet.

387 BARRELET, p. 432.

388 SJ 1986, 224 (Genève, Cour de justice); BARRELET, p. 432.

389 BUCHER, p. 191; l'exigence de l'actualité ne peut cependant faire l'objet d'une interprétation extensive: DESCHENAUX/STEINAUER, p. 245; BARRELET, p. 432.

390 Sur cette action, voir notamment ATF 122 III 212 = JT 1997 I 635; ATF 119 II 108 = JT 1995 I 162; ATF 117 II 1 = JT 1994 I 162 (sur la possibilité pour le juge de modifier le texte de la réponse) et ATF 117 II 121 = JT 1994 I 66.

391 ATF 116 II 1 = JT 1992 I 646.

S'il est vrai que l'on ne peut à proprement parler «répondre» à un jugement de valeur, pourquoi restreindre juridiquement le droit de réponse aux seules présentations de fait, et s'aventurer dans des distinctions de juristes sur la différence entre une assertion de fait et un jugement de valeur? Quel intérêt y a-t-il à instaurer pareille restriction pour juger de l'admissibilité d'un droit de réponse³⁹²? Par ailleurs, pourquoi exiger que les faits présentés donnent de l'intéressé une image «peu favorable», alors que la loi ne pose point pareille exigence³⁹³? En outre, pourquoi ne pas permettre aussi le droit de réponse à l'encontre de faits inexacts concernant un produit?

Le principe «fait contre fait» constitue également une limitation inutile au droit de réponse. Pourquoi une réponse ne pourrait-elle pas contenir quelques développements qui, sans être le pendant des assertions contestées, seraient en connexité avec celles-ci? Pourquoi donc celui qui est touché dans sa personnalité devrait-il s'abstenir de tout jugement de valeur, alors que les médias sont en droit de porter de tels jugements sur l'intéressé?

En outre, la réponse ne peut parvenir à son but (faire réfléchir le lecteur sur une autre version des faits) si l'entreprise de médias peut immédiatement faire suivre la réponse de l'indication que la rédaction maintient son point de vue (c'est donner au lecteur le message implicite que l'auteur de la réponse est un menteur).

Le droit de réponse pourrait être amené à jouer un rôle important dans les nouveaux médias tels que ceux qui utilisent le canal d'Internet. Par conséquent, il se justifie ici aussi de ne pas en limiter le champ d'application; il pourrait même être judicieux de ne pas restreindre la qualité pour défendre au seul exploitant d'un site web, et de permettre l'exécution forcée du droit de réponse contre d'autres acteurs tels que l'hébergeur³⁹⁴ du site si l'exploitant est inconnu (ou s'il refuse d'insérer la réponse sur son site).

Si l'on veut que le droit de réponse soit une procédure simple, efficace et à l'abri des querelles judiciaires, il est donc nécessaire de le simplifier, de l'élargir, et de laisser le moins de prise possible à la contestation par le média. On ne voit pas quelles objections légitimes les médias pourraient faire à l'encontre des divers points que nous venons de critiquer: la liberté de la presse³⁹⁵ ne peut justifier que l'on mette en cause une personne et qu'on lui refuse le droit de s'exprimer. En outre, par la rapidité avec laquelle il

392 Le droit français ne connaît point pareille distinction: TERCIER, p. 171; RODONDI, p. 138.

393 On rappelle que la loi exige seulement que l'intéressé soit «touché» dans sa personnalité.

394 Ou loueur d'espace-disque; voir la problématique discutée en note 357.

395 Des hésitations avaient autrefois été formulées à ce sujet: FF 1918 IV 87.

peut être exercé, le droit de réponse paraît être l'instrument idéal pour que la personne concernée puisse faire entendre son point de vue : les actions au fond (rectification, publication du jugement, en particulier) prennent infiniment trop de temps ; quant aux mesures provisionnelles, qui ont l'avantage de la rapidité, elles peuvent sembler trop incisives par rapport à la liberté des médias ; par son caractère non polémique, le droit de réponse a aussi cet avantage de laisser au lecteur le soin de se forger son opinion. Le droit de réponse ne devrait pas être perçu par les médias comme une ingérence dans leur liberté : il n'est qu'un instrument du débat dont les médias sont les défenseurs.

C. Le droit d'accès aux données détenues par un média

1. *Le droit d'accès*

D'une manière générale, la LPD institue un droit d'accès aux fichiers contenant des données personnelles (article 8 LPD). Toute personne peut ainsi demander au « maître du fichier » si des données la concernant sont traitées. Dans l'affirmative, celui-ci devra communiquer toutes les données qui ont été recueillies sur l'intéressé, sous réserve des exceptions prévues par une loi et des intérêts prépondérants de tiers, voire du maître du fichier (à la condition, dans ce cas, qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers, article 9 alinéa 3 LPD).

Les fichiers utilisés exclusivement pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique³⁹⁶ font quant à eux l'objet d'un privilège. En effet, le maître d'un tel fichier peut refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements demandés, dans la mesure où :

- a) les données personnelles fournissent des indications sur les sources d'information
- b) un droit de regard sur des projets de publications en résulterait
- c) la libre formation de l'opinion publique serait compromise (article 10 alinéa 1).

En outre, les journalistes peuvent refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, lorsqu'un fichier leur sert exclusivement d'instrument de travail personnel (article 10 alinéa 2).

396 La notion de média à caractère périodique est la même qu'à l'art. 28c al. 3 CC: JUNGO, in : MAURER/VOGT, n. 15 *ad* art. 10.

Rappelons que la notion de fichier est extrêmement large, qu'elle ne concerne pas seulement les fichiers d'ordinateur mais aussi « tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher des données par personne concernée » (article 3 lettre g LPD). Il suffit donc d'un ensemble de données, quel qu'en soit la forme ou le support, qui permette la recherche par personne³⁹⁷. Faut-il que le fichier se rapporte à plus d'une personne ? La question est débattue : une opinion, appuyée par le Message, voudrait que cette notion implique des données relatives à plus d'une personne³⁹⁸, tandis qu'une autre considère à notre avis à juste titre que le « fichier » peut fort bien viser une seule personne³⁹⁹. Compte tenu du but poursuivi par la loi, qui est de donner en principe accès à l'intéressé aux données personnelles qui le concernent, on ne voit guère la raison d'exiger que le fichier contienne des informations sur au moins deux personnes. Ce qui compte, de ce point de vue, c'est que le fichier ait une valeur informative quantitativement ou qualitativement importante. « À cet égard, le critère du nombre de personnes concernées peut être déterminant, mais ne l'est pas forcément. Si le traitement ne concerne qu'une ou deux personnes, il faut se demander si le fichage a lieu dans une certaine continuité, autrement dit s'il procède d'une activité professionnelle ou d'un comportement présentant une intensité comparable »⁴⁰⁰. Par conséquent, même un calepin contenant une série d'informations sur une seule personne peut être un « fichier » au sens de la LPD⁴⁰¹.

Le privilège institué par l'article 10 alinéa 1 LPD ne vise toutefois que les fichiers utilisés « exclusivement pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique ». On y inclura en principe les fichiers des agences de presse, dans la mesure où ils servent à des journalistes travaillant pour un autre média périodique⁴⁰². Mais à partir du moment où le fichier n'est plus exclusivement affecté à des publications dans un média périodique, le privilège de l'article 10 alinéa 1 LPD ne peut plus être invoqué : par exemple, le fichier d'une rédaction qui, après avoir

397 Il peut donc s'agir d'un ensemble de textes stockés électroniquement, car l'ordinateur permet la recherche par mots-clés, donc par noms de personne : BELSER, in : MAURER/VOGT, n. 28 *ad* art. 3.

398 BELSER, in : MAURER/VOGT, n. 28 *ad* art. 10 ; FF 1988 II 455.

399 MONNIER, p. 168/9.

400 MONNIER, *ibid.*

401 MONNIER, p. 229 ss.

402 MONNIER, *ibid.* ; BARRELET, in : Aspects, p. 146. JUNGO, in : MAURER/VOGT, n. 15 *ad* art. 10, considère que le privilège devrait être caduc quelques jours après la publication, pour de telles agences et services similaires, dès lors que l'exploitation des données serait ensuite faite à des fins commerciales.

été utilisé pour un article, est employé pour préparer la publication d'un livre ne peut plus être mis au bénéfice de cette disposition⁴⁰³.

Le privilège ne vaut cependant que dans la mesure où le maître du fichier peut invoquer l'une ou l'autre des conditions posées aux lettres a à c de l'article 10 alinéa 1 LPD.

La lettre a vise ainsi le cas où le refus de l'accès est justifié par la protection des sources. Toutefois, la formulation de l'article 10 alinéa 1 lettre a va plus loin: elle restreint le droit d'accès dans la mesure où les données personnelles fournissent des indications sur les sources d'information; il n'y a donc pas lieu de procéder ici à une pesée des intérêts. Cependant, la restriction ne s'applique que «dans la mesure où» les données fournissent de telles indications. Par conséquent, seules les données qui permettent d'identifier les sources sont visées, et les autres données doivent être communiquées⁴⁰⁴, à moins que le maître du fichier ne puisse invoquer l'article 10 alinéa 1 lettre b ou c ou l'article 10 alinéa 2.

La lettre b restreint l'accès dans la mesure où il en résulterait un droit de regard sur des projets de publications. Le souci du législateur a été d'éviter ici que le droit d'accès ne puisse servir à une forme de censure préalable. Là aussi, dans la mesure où cette crainte n'a pas lieu d'être, les données doivent être communiquées. Ainsi, la personne a le droit de savoir si des informations la concernant sont traitées, et devrait pouvoir avoir accès aux informations mentionnées à l'article 8 alinéa 2 lettre b⁴⁰⁵. Lorsque les données sont collectées indépendamment d'un projet concret ou que le projet a été réalisé ou abandonné, l'article 10 alinéa 1 lettre b ne s'applique pas⁴⁰⁶.

Quant à la lettre c, elle vise plus généralement la protection de «la libre formation de l'opinion publique», formule vague s'il en est. On peut se demander si cette disposition implique une pesée des intérêts (droit à l'accès contre libre formation de l'opinion publique) ou si elle concerne les cas où l'octroi de l'accès risquerait, effectivement et concrètement, de mettre en péril le processus de l'information du public⁴⁰⁷. Avec MONNIER⁴⁰⁸, nous pensons que la lettre c doit être interprétée dans le sens qu'elle vise des cas d'entraves qualifiées au travail journalistique, et qu'elle n'implique pas une pesée des intérêts, comme d'ailleurs les autres lettres de l'article 10 al. 1

403 MONNIER, *ibid.* L'application de l'art. 9 al. 1 et 3, ou de l'art. 10 al. 2 demeure le cas échéant réservée.

404 MONNIER p. 234.

405 MONNIER *ibid.*

406 MONNIER, p. 235; BARRELET, in: Aspects, p. 146/7.

407 MONNIER, p. 238.

408 MONNIER, *ibid.*

LPD. Par exemple, des demandes continues d'accès viendraient entraver l'activité du média ou du journaliste⁴⁰⁹. On peut aussi songer au cas où l'accès entraînerait un travail disproportionné qui perturberait notablement l'activité d'un service⁴¹⁰. Demeure cependant réservée l'application du principe de la proportionnalité (les données qui peuvent être communiquées sans entraver le processus d'information doivent l'être sauf si les lettres a ou b sont applicables).

L'article 10 alinéa 2 LPD ajoute encore une restriction du droit d'accès aux fichiers qui servent exclusivement d'instrument de travail personnel à un journaliste. Seuls les fichiers exclusivement personnels bénéficient de ce statut, et encore faut-il qu'ils soient exclusivement utilisés pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique (cette exigence est implicite et se déduit aussi des travaux préparatoires)⁴¹¹. Un fichier ne perd pas son caractère « exclusivement personnel » s'il est partagé par deux journalistes enquêtant sur le même sujet, mais la question est controversée⁴¹². En revanche, le fichier exploité en commun par plusieurs journalistes, même s'ils partagent le même bureau, ne peut plus être considéré comme « exclusivement personnel »⁴¹³.

Si le fichier du journaliste répond à la définition de l'article 10 alinéa 2 LPD, il est *entièrement* soustrait à l'accès⁴¹⁴. Il n'y a donc pas de place pour appliquer ici le principe de la proportionnalité. Cela se déduit du texte de l'art. 10 alinéa 2 qui, contrairement à l'alinéa 1, n'emploie pas les termes « dans la mesure où »; cela découle aussi de la nature exclusivement personnelle de ces fichiers qui, s'ils n'étaient pas utilisés pour des publications dans un média, seraient déjà exclus du champ d'application de la loi au titre de l'article 2 alinéa 2 lettre a de la loi.

2. *L'action en exécution du droit d'accès*

Une action en exécution d'un droit d'accès indépendamment d'une atteinte illicite à la personnalité ne peut être basée sur les articles 28 et suivants CC : l'application de ces dispositions supposerait une atteinte illicite à la personnalité, et le refus de communiquer des renseignements ne peut en

409 JUNGO, in: MAURER/VOGT, n. 22 *ad art.* 10.

410 BARRELET, in: Aspects, p. 147.

411 BARRELET, in: Aspects, p. 148; MONNIER, p. 258.

412 De cet avis: BARRELET, in: Aspects, p. 148; MONNIER, p. 259. D'avis contraire: PAGE, p. 141.

413 Dans le même sens, MONNIER, *ibid.* Avis contraire: BARRELET, *ibid.*

414 MONNIER et BARRELET, *ibid.*

règle générale porter atteinte à la personnalité, sous réserve d'exceptions qui ne concernent pas notre sujet⁴¹⁵.

Une telle action découle en revanche des articles 8 et 15 LPD ; l'article 15 alinéa 4 prévoit même que « les actions en exécution du droit d'accès peuvent être ouvertes au for du domicile du demandeur ou à celui du défendeur », et que « le juge statue selon une procédure simple et rapide ». Cette action supposera l'existence d'un « fichier » et ne pourra aboutir que dans les limites posées par les articles 8 à 10 LPD, et notamment des restrictions au droit d'accès dans le domaine des médias. Elle ne peut être dirigée que contre le « maître du fichier »⁴¹⁶. C'est à ce dernier qu'il incombe de se prévaloir des restrictions à l'accès et de prouver les faits à l'appui de ses allégations ; la preuve des faits permettant d'invoquer par exemple les motifs de refus fondés sur l'article 10 alinéa 1 LPD se révélera généralement difficile ; compte tenu également du caractère sommaire de la procédure prévue, il est admis que le juge doive se satisfaire du caractère vraisemblable de l'allégation⁴¹⁷. L'exécution forcée du jugement condamnant le maître du fichier à l'accès doit respecter les exigences de l'article 8 alinéa 5 LPD et de l'article 1^{er} OLPD⁴¹⁸.

3. *L'action tendant à l'accès à des données comme mesure défensive de la personnalité*

L'action en exécution du droit d'accès fondée sur les articles 8 et 15 LPD ne dépend pas de l'existence d'une atteinte illicite (l'article 8 LPD ne pose pas cette exigence). Exceptionnellement, on peut concevoir l'existence d'une action tendant à l'accès à des données personnelles en tant que mesure défensive de la personnalité, fondée sur les articles 28 et suivants CC (et non plus les articles 8 et 15 LPD). Dès lors que cette action obéirait aux principes généraux de la protection de la personnalité, il devrait s'agir d'une mesure par hypothèse justifiée pour répondre à une atteinte illicite, mais dont la mise en œuvre ne serait pas soumise aux restrictions des articles 9 et 10 LPD (qui concernent l'accès fondé sur l'article 8 LPD, indépendamment de la réalisation d'une atteinte illicite).

Or la jurisprudence avait déjà admis l'existence d'une telle action fondée sur le texte originnaire de l'article 28 CC, indépendamment de la LPD : dans

415 MONNIER, p. 264 ss, et les références citées. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le refus d'octroyer à une personne un accès aux données qui la concernent peut constituer une violation de l'art. 8 CEDH : arrêt Gaskin, – 7 juillet 1989, A n° 160, § 49) ; arrêt Leander, (26 mars 1987, A n° 116, § 48).

416 PIOTET, p. 162.

417 BARRELET, in: Aspects, p. 147 ; JUNGO, in: MAURER/VOGT, n. 31 ad art. 10.

418 PIOTET, p. 162.

un arrêt, le Tribunal fédéral a ordonné à la fois la désignation des destinataires des données personnelles attentatoires et la remise de ces données à l'intéressé⁴¹⁹. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'éviter que naisse ou ne s'aggrave un dommage illicite résultant d'une information attentatoire, l'accès à des données personnelles peut être obtenu par une action liée à la cessation ou à la prévention d'un trouble illicite⁴²⁰. Fondée sur le droit général de la personnalité, cette mesure n'est donc pas soumise aux restrictions des articles 9 et 10 LPD, qui ne concernent que l'accès fondé sur l'article 8 LPD⁴²¹. D'ailleurs, les restrictions générales et abstraites des articles 9 et 10 LPD ne se justifient que comme limitation à un droit d'accès lui aussi général et abstrait (et indépendant de l'existence d'une atteinte illicite, article 8 LPD); lorsqu'il s'agit de prévenir ou de faire cesser une atteinte par hypothèse illicite, rien ne doit entraver le rétablissement d'une situation conforme au droit, pour autant que la mesure (en l'occurrence l'accès aux données) soit justifiée, c'est-à-dire propre à atteindre le but visé et non disproportionnée⁴²². Cette exigence pourra se traduire par la nécessité de protéger les intérêts des tiers ou éventuellement ceux du défendeur lui-même, et donc d'exclure la communication de certaines données⁴²³.

Aux conditions que nous avons énoncées, et avec les réserves qui ont été faites, rien n'empêche que cette action soit dirigée contre un média à caractère périodique. Elle pourra non seulement tendre à la remise ou à la destruction de données attentatoires détenues par le média (documents, photos, etc.) mais aussi à la communication des destinataires de ces données, le cas échéant (pour éviter qu'ils ne divulguent à leur tour les données en question et qu'ils participent à ce titre à l'atteinte, ou pour leur adresser une rectification)⁴²⁴. Mais cette action permettrait-elle l'accès à l'identité des sources du journaliste (par exemple lorsque l'informateur est lui-même un participant à l'acte illicite)? Si cette mesure est par hypothèse proportionnée, la réponse doit être affirmative⁴²⁵. Toutefois, cette mesure ne saurait être adéquate lorsqu'elle n'évite pas l'aggravation de l'atteinte illicite; ainsi, lorsque des informations inexactes ont été publiées par un journal largement diffusé, la divulgation de la source pour la contraindre au silence n'a guère de sens dès lors que la suppression de l'atteinte illicite sera

419 ATF 97 II 97 = JT 1972 I 242 (c. 5).

420 PIOTET, p. 152; MONNIER, p. 271/2. Voir aussi BUCHER, p. 158/9.

421 PIOTET, p. 152/3 et 162; MONNIER, p. 273/4.

422 MONNIER, *ibid.*

423 MONNIER, p. 274 ss.

424 MONNIER, p. 278.

425 MONNIER, p. 282/3.

plus efficacement obtenue par une rectification à grande échelle⁴²⁶. Mais lorsqu'il est nécessaire de stopper l'atteinte «à la source», précisément, pour éviter son aggravation, par exemple lorsque la source détient des documents intimes ou confidentiels, il pourra se justifier d'obtenir son identité pour la forcer à restituer ces documents voire pour la contraindre à divulguer les coordonnées des destinataires auxquels elle aurait fourni des copies⁴²⁷.

Le principe de la «protection des sources» y fait-il obstacle? Ce principe n'est actuellement pas directement ancré dans la loi, mais s'y exprime à plusieurs reprises (notamment aux articles 16 LPA, 10 LPD et 27 bis CP). En outre, le juge, même civil, doit tenir compte de la CEDH dans le cadre de l'interprétation des lois⁴²⁸; or, la Cour européenne des droits de l'homme⁴²⁹ a reconnu que «la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse» et qu'une ordonnance de divulgation «ne saurait se concilier avec l'article 10 de la Convention que si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public». Ces derniers mots ne doivent cependant pas être pris à la lettre: des intérêts privés prépondérants peuvent aussi justifier la divulgation des sources, comme le montre la démarche suivie par la Cour dans son arrêt. Celui-ci applique en effet une balance des intérêts en présence, tout en accordant à la protection des sources une importance «capitale». Mais il ne consacre nullement une protection absolue du secret rédactionnel⁴³⁰. Par conséquent, dans le cadre de l'action en prévention ou en suppression d'un trouble illicite, l'identité des

426 MONNIER, *ibid.*, qui rappelle que l'on peut le cas échéant condamner le défendeur à faire publier la rectification par un média tiers qui permettrait d'atteindre le public visé.

427 MONNIER, *ibid.*, qui prend l'exemple d'un média qui profiterait d'un espionnage industriel ou de l'observation de la vie privée d'une personne.

428 ATF 122 I 360 = JT 1998 I 203, p. ex.

429 Arrêt Goodwin, Medialex 1996, 99.

430 L'affaire concernait une société à laquelle on avait dérobé un projet de plan de développement confidentiel faisant état de difficultés financières. Prévenue de ce qu'un journaliste allait écrire un article reprenant certaines de ces informations confidentielles, la société obtint du juge une injonction interdisant de publier toute information tirée de ce plan, et cette injonction fut notifiée à tous les journaux et revues concernés. La société obtint également une ordonnance exigeant du journaliste la divulgation de l'identité de son informateur. C'est cette ordonnance que la Cour a jugée disproportionnée, car elle «visait un but pour une large part identique à celui déjà obtenu par l'injonction, à savoir empêcher la diffusion de renseignements confidentiels figurant dans le plan». Et si la société «avait aussi un motif légitime de chercher à démasquer un salarié ou un collaborateur déloyal», ses intérêts (à éliminer, par une procédure contre la source, tout risque de fuites supplémentaires) n'ont pas été jugés suffisants «pour l'emporter sur l'intérêt public capital que constitue la protection de la source du journaliste». On voit ainsi que la Cour prend en considération les intérêts privés de la victime mais juge finalement disproportionnée l'ordonnance de divulgation puisque le dommage auquel la société était exposée avait été prévenu par une injonction adressée à tous les journaux et revues concernés.

sources et le matériel rédactionnel peuvent faire l'objet d'une action, sous réserve de la proportionnalité de la mesure – la protection des sources se voyant cependant attribuer une importance capitale dans la pesée des intérêts en présence.

Quant à l'article 27 bis CP, il assure l'impunité au journaliste qui refuse de témoigner sur le contenu et les sources de ses informations (sous réserve des exceptions prévues à l'alinéa 2) mais il ne fait pas obstacle à des mesures de coercition dirigées contre un média qui serait défendeur, en tant que participant à une atteinte illicite : en ce cas, le média défendeur n'est pas témoin mais auteur d'un acte illicite, par hypothèse⁴³¹.

4. *Exercice du droit d'accès par voie provisionnelle ?*

Le droit d'accès consacré par l'article 8 LPD, dans les limites des articles 9 et 10, peut-il être exercé par voie provisionnelle ? Autrement dit, peut-on demander l'accès à ses données personnelles contenues dans un fichier, par une requête de mesures provisoires ? La question est débattue en doctrine⁴³², mais rien ne devrait s'y opposer, sinon les moyens tirés des articles 9 et 10 LPD. L'article 8 LPD garantissant l'accès indépendamment de tout acte illicite, les conditions de l'article 28c CC (et notamment de l'alinéa 3), ne s'appliquent pas ici.

L'accès comme mesure défensive de la personnalité peut-il être exercé provisionnellement ? S'agissant ici d'une mesure provisoire qui serait destinée à prévenir ou à faire cesser un acte illicite, c'est l'article 28c CC qui constitue le siège de la matière. Par conséquent, les articles 9 et 10 LPD ne trouvent pas application à une telle mesure⁴³³, qui pourrait consister dans l'ordre d'identifier la source d'un espionnage ou d'une atteinte à la vie privée ou dans la remise à l'intéressé de documents intimes ou confidentiels détenus par le média⁴³⁴. Dans la mesure où cet accès ne porterait ni sur la publication ni sur sa préparation (mais viserait à éviter la propagation d'informations confidentielles par des tiers), l'article 28c alinéa 3 CC ne serait pas même applicable⁴³⁵. Mais aux principes limitant l'action au fond (proportionnalité et protection des sources⁴³⁶) viendra encore s'ajouter l'exigence de proportionnalité de la mesure provisionnelle elle-même.

431 MONNIER, p. 285/6.

432 PIOTET, p. 158 et MONNIER, p. 268 ss, y sont favorables, tandis que BARRELET, p. 407 et RIKLIN, p. 220/1 y sont opposés.

433 Pour les mêmes raisons que nous avons vues à propos de l'action au fond, *cf.* ci-dessus texte à note 421.

434 MONNIER, p. 284/5.

435 MONNIER, *ibid.*

436 *Cf.* ci-dessus texte à notes 428 ss.

D. Les mesures provisionnelles

1. Le régime général

Les articles 28c et suivants CC instituent une procédure de mesures provisionnelles. Les alinéas 1 et 2 de l'article 28c CC consacrent le principe général: celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, actuelle ou imminente, et susceptible de lui causer un dommage difficilement réparable, peut demander au juge des mesures notamment pour faire interdire ou cesser l'atteinte à titre provisionnel ou pour assurer la conservation des preuves. La simple vraisemblance d'une telle atteinte et d'un dommage difficilement réparable suffit: compte tenu du temps nécessaire pour obtenir des mesures provisionnelles⁴³⁷, il ne saurait être question de se montrer strict dans l'exigence de l'imminence⁴³⁸, à moins de vouloir renvoyer systématiquement le requérant à demander des mesures d'extrême urgence (sans audition préalable de la partie adverse, article 28d alinéa 2 CC); quant à la condition d'un dommage difficilement réparable, elle devrait généralement ne pas poser de problème, tant il est vrai que les atteintes à la personnalité – spécialement les atteintes à l'honneur ou à la vie privée – sont difficiles à réparer, que ce soit par l'allocation de dommages-intérêts (vu les difficultés, voire l'impossibilité de chiffrer le dommage) ou par la publication d'une rectification (toujours beaucoup trop tardive)⁴³⁹. Le juge des mesures provisionnelles reste cependant soumis au principe de la proportionnalité: non seulement les mesures ordonnées doivent être adéquates (propres à atteindre le but visé) mais aussi ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la protection des droits du requérant⁴⁴⁰; en outre, ce principe impose un rapport raisonnable entre le résultat recherché (la cessation de l'atteinte) et le moyen employé⁴⁴¹, ce qui implique aussi de prendre en compte la gravité de l'atteinte par rapport aux effets de la mesure. La Cour européenne des droits de l'homme se montre particulièrement sensible à l'exigence de proportionnalité: « *l'information est un bien*

437 Si des mesures d'extrême urgence ne sont pas demandées, des délais de plus d'un mois ne sont pas rares: voir p. ex. le temps écoulé entre les mesures préprovisionnelles et l'ordonnance rejetant les mesures provisoires dans l'ATF 118 II 373 (f).

438 *Contra*: BARRELET, p. 408.

439 Autre avis: BARRELET, p. 409.

440 L'interdiction de diffuser une information pourra souvent être remplacée par l'ordre de supprimer l'élément d'identification de la victime (suppression de l'indication de son nom, p. ex.) ou par l'injonction de supprimer un passage litigieux; on peut aussi imaginer que le juge ordonne la mention du caractère litigieux de l'information contestée.

441 DESCHENAU/STEINAUER, p. 203.

périssable et en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt »⁴⁴².

Les mesures provisionnelles ne sont pas subsidiaires au droit de réponse, à notre avis du moins⁴⁴³ ; elles n'ont d'ailleurs pas la même fonction⁴⁴⁴. Mais lorsque le principe de la proportionnalité exigerait que le requérant se satisfasse de la simple mention du caractère litigieux de l'information contestée, l'octroi d'un droit de réponse suffira à faire apparaître ce caractère et rendra les mesures provisionnelles inutiles.

Malgré une opinion contraire⁴⁴⁵, rien ne devrait empêcher a priori d'ordonner par voie provisionnelle la publication d'une réponse du lésé *en même temps* que la diffusion de l'information litigieuse (sous la forme de minutes d'antenne dans l'émission en question ou d'une colonne à côté de l'article incriminé)⁴⁴⁶ : l'énumération de l'article 28c alinéa 2 CC n'est pas close, d'une part, et l'opinion selon laquelle le législateur aurait réglé exhaustivement ce genre de mesures avec l'instauration du droit de réponse n'est pas convaincante, d'autre part. Pour autant que les conditions d'octroi des mesures provisionnelles soient remplies, il se peut le cas échéant que la publication simultanée des deux versions soit le moyen adéquat (et le moins incisif) pour éviter un dommage difficilement réparable, et il serait surprenant que le média qui aurait par hypothèse méconnu le point de vue du lésé et qui lui causerait une atteinte illicite puisse renvoyer la victime à faire connaître son point de vue dans une édition subséquente. Si les médias doivent pouvoir être autorisés à faire valoir que l'information est « *un bien périssable* »⁴⁴⁷ justifiant une publication qui ne soit pas retardée par des injonctions judiciaires, il faut aussi que le lésé puisse également obtenir des mesures lui permettant de faire savoir sa version des faits sans attendre, lorsque l'atteinte le justifie et que la mesure n'est pas disproportionnée : le point de vue du lésé est aussi « *un bien périssable* » ; il est aussi une information dont la publication, lorsqu'elle est retardée même pour une brève période, peut perdre toute sa valeur...

442 Affaires Observer et Guardian (26 novembre 1991, A n° 216), et Sunday Times (26 novembre 1991, A n° 217). Une saisie peut néanmoins être valablement opérée même à titre préventif : affaire Otto Preminger-Institut (20 septembre 1994, A n° 295-A).

443 Voir cependant ATF 118 II 373(f) : une rectification par voie de mesures provisionnelles, pour autant qu'elle soit possible, ne serait recevable que si les conditions du droit de réponse ne sont pas remplies. Voir aussi TERCIER, p. 175.

444 Il n'y a donc pas lieu de se tourner en premier lieu vers le droit de réponse, comme le voudrait BARRELET (p. 412).

445 BARRELET, p. 406 ; RSPI 1993, 192 (Genève, procureur général).

446 Dans ce sens, TERCIER, Medialex 1995, 33 et BREITSCHMID, PJA 1995, 874.

447 Comme l'a dit la Cour européenne des droits de l'homme : voir note 442 ci-dessus.

La publication d'un rectificatif, mesure pouvant être demandée au fond, peut-elle être exercée à titre provisionnel ? Si elle paraît disproportionnée parce qu'un droit de réponse suffirait, il faudra de toute manière y renoncer. Mais on doit aussi se demander si une telle publication peut constituer une mesure « provisoire » : *rectifier* suggère bien plutôt l'idée de quelque chose de définitif. Toutefois, le fait même que l'information puisse être « rectifiée » implique que l'on puisse la « rectifier » à nouveau si nécessaire : l'information n'est pas irréversible. En fin de compte, rien ne devrait exclure une telle mesure, pour autant qu'elle soit conforme au principe de la proportionnalité dans l'espèce considérée⁴⁴⁸.

L'accès provisionnel aux données détenues par un média a déjà été traité⁴⁴⁹. Rappelons que les conditions d'exercice de ce droit varient suivant qu'il est fondé sur la LPD ou sur les articles 28 et suivants CC, et que l'article 10 LPD n'est opposable à notre avis qu'au droit d'accès basé sur la LPD (droit qui est général et indépendant de toute atteinte illicite à la personnalité, contrairement aux moyens découlant des articles 28 et suivants CC). Les mesures prévues à l'article 28c CC, quant à elles, visent à prévenir ou à faire cesser une atteinte illicite, tenue pour vraisemblable et susceptible de causer un dommage difficilement réparable ; elles doivent donc opérer dans un cadre différent du droit d'accès général consacré par la LPD. Et si le spectre de la censure préalable est manifeste lors de l'exercice d'un droit d'accès aussi général que celui de la LPD, la question se pose en des termes différents sous l'angle de la prévention ou de l'interdiction d'une atteinte illicite, pour laquelle il n'existe par définition pas de motif justificatif. Les médias demeurent soumis à la « censure judiciaire » dans la mesure où ils violent les droits de la personnalité de manière illicite, et cela vaut aussi au stade des mesures provisionnelles. A ce stade toutefois, il convient d'éviter que sur la base de la simple vraisemblance de la version du requérant, le juge n'ordonne des mesures ayant pour effet de retarder la publication d'informations jusqu'au moment où elles perdent leur intérêt. Pour parer à ce danger, le législateur a adopté l'article 28c alinéa 3 CC.

448 Dans le même sens : BARRELET, p. 407/8. Le TF a déjà jugé qu'une telle mesure provisoire n'est pas arbitraire : ATF 118 II 372 (f).

449 Cf. ci-dessus section C 4.

2. *Le régime particulier en faveur des médias*

L'article 28c alinéa 3 CC pose des conditions particulières à l'octroi d'injonctions à l'encontre des médias à caractère périodique⁴⁵⁰ : de telles mesures ne peuvent être ordonnées que si (i) l'atteinte est propre à causer un préjudice particulièrement grave, (ii) sa justification ne semble manifestement pas donnée, et (iii) la mesure ne paraît pas disproportionnée. D'emblée, relevons que la troisième condition n'est point particulière à l'article 28c alinéa 3 CC : l'exigence de proportionnalité doit également être respectée pour toute mesure provisoire ; sa mention à l'alinéa 3 de l'article 28c CC n'est donc qu'un rappel. Les deux autres conditions, quant à elles, paraissent bien être l'expression d'un régime de faveur pour les médias à caractère périodique. Toutefois, il faut bien être conscient que le principe de la proportionnalité exige déjà une atteinte d'une certaine gravité, pour qu'il puisse se justifier de rendre une injonction (surtout si elle implique de ne pas diffuser une émission ou, d'une manière plus générale, si elle emporte une restriction sérieuse à la liberté du média). L'exigence d'une atteinte « particulièrement grave » ne peut donc avoir à notre sens d'autre portée que celle de rendre le juge particulièrement attentif à l'application du principe de la proportionnalité, d'une part, et au rôle des médias dans la libre formation de l'opinion, d'autre part ; en revanche, si le vocabulaire permet la distinction entre l'atteinte « sérieuse », « grave », ou « particulièrement grave », des différences aussi subtiles sont condamnées à se diluer dans le pouvoir d'appréciation du juge confronté à un cas d'espèce.

Reste l'exigence que la justification de l'atteinte ne paraisse « manifestement pas donnée ». Si le juge est en proie au doute, il devra refuser de rendre une injonction. Mais s'il est convaincu que l'atteinte est illicite et que la mesure requise est proportionnée, on voit mal comment on pourrait lui demander de fermer les yeux, en quelque sorte. Quant à l'intérêt public prépondérant que le média peut faire valoir, il ne faut pas perdre de vue qu'il a été pris en considération dans la pesée des intérêts, et qu'il ne signifie pas que les médias auraient le droit d'échapper aux mesures qui tendent à prévenir ou à faire cesser une atteinte illicite, lorsque ces mesures sont proportionnées.

Nous pensons donc que le régime de faveur accordé aux médias à caractère périodique ne constitue en réalité guère autre chose qu'une application des principes généraux, mais tenant compte de la position particulière des médias, notamment dans la mise en œuvre du principe de la

450 Cette disposition ne viserait cependant que la publication et sa préparation : TERCIER, p. 154. Pour ce qui est de la phase suivant la publication, cette disposition ne devrait normalement pas être applicable, puisqu'il n'y plus de risque de censure préalable, mais il ne serait pas arbitraire de l'appliquer : ATF 118 II 369 (f).

proportionnalité, et demandant au juge de s'abstenir en cas de doute. Ceux qui attendaient davantage de l'article 28c alinéa 3 CC n'ont donc pas manqué d'être déçus de certaines décisions judiciaires, allant jusqu'à parler de « dérapage »⁴⁵¹ ; diverses explications ont été avancées⁴⁵², et l'on a même proposé de modifier l'article 28c alinéa 3 pour mettre expressément au demandeur le fardeau de la preuve (ce qui est de toute façon le cas, sauf pour les faits négatifs et les autres cas où les règles de la bonne foi obligent le défendeur à collaborer à l'administration de la preuve ; et une modification de l'article 28 lettre c alinéa 3 qui aurait eu pour effet de paralyser un correctif pourtant dicté par les règles de la bonne foi n'aurait certainement pas été heureuse⁴⁵³) ; on a aussi proposé d'introduire une voie de recours au Tribunal fédéral (pour permettre une certaine harmonisation de la pratique)⁴⁵⁴.

Lorsque le juge est parfaitement convaincu du caractère illicite d'une atteinte, ainsi que de la proportionnalité de la mesure demandée, et qu'il a pris en considération la liberté qui doit être reconnue aux médias, nous ne voyons pas comment l'on pourrait lui prescrire de laisser une telle atteinte se produire. Le risque de la censure préalable ne peut servir de justification à une atteinte illicite.

D'ailleurs, lorsque l'illicéité d'une atteinte est établie et que la mesure requise respecte à la fois le principe de la proportionnalité et la nécessaire liberté que l'on doit reconnaître aux médias, vouloir faire bénéficier un média d'un privilège plus large ne peut se justifier simplement du fait qu'il est un « média à caractère périodique » : le simple fait de publier régulièrement des informations ne peut servir de fondement à des passe-droits.

En particulier, la notion de « média à caractère périodique » – déjà vue à propos du droit de réponse – ne peut servir de référence à l'heure où, grâce à Internet, tout le monde peut devenir diffuseur « périodique » d'informations : il existe aujourd'hui des sites web qui remplissent toutes les conditions⁴⁵⁵ pour être des médias « périodiques » mais dont la déontologie n'est pas la même que celle suivie par la presse, la radio ou la télévision (certains se font même une spécialité de colporter des rumeurs notamment

451 BARRELET, p. 406. Voir aussi PONCET, *Medialex* 1995, 114.

452 Voir notamment TERCIER, *Medialex* 1995, 31 ss.

453 Elle a d'ailleurs été rejetée par le Parlement : BARRELET, p. 406.

454 Proposition adoptée par le Conseil national en 1995 mais rejetée par le Conseil des Etats : BARRELET, *ibid.*

455 Publication destinée au public, périodicité (par la mise à jour plus ou moins régulière du contenu), voire (dans la mesure où cette condition découlerait du texte légal, ce qui ne paraît pas être le cas) professionnalisation de l'activité (rémunérée par la publicité figurant sur le site).

sur la vie privée des hommes politiques⁴⁵⁶). La notion de « média à caractère périodique » pouvait être un moyen de désigner la presse, la radio et la télévision et les « nouveaux médias » à une époque où l'on ne pouvait guère prévoir les développements autorisés par Internet aujourd'hui et les autoroutes de l'information demain ; désormais, la maîtrise de l'information périodique n'est plus l'apanage de canaux de diffusion réservés à un nombre limité d'acteurs conscients de leur mission et observant une certaine éthique. Le critère de la périodicité n'est donc plus approprié pour justifier en soi un régime de faveur. Si l'on voulait maintenir des privilèges pour certains acteurs de l'information périodique, il faudrait bien plutôt exiger, en sus de la périodicité, le respect des règles déontologiques de la branche (qui devraient avoir été adoptées par des organisations représentatives et reconnues) ; sinon, de tels privilèges pourraient être revendiqués par tout un chacun.

La seule justification à un régime de faveur pour les médias périodiques réside dans le fait qu'une mesure provisoire aboutit en réalité à bloquer la situation jusqu'à un moment où la diffusion de l'information litigieuse n'a plus d'intérêt : c'est particulièrement visible dans le cas (qui devrait être la règle) où les mesures provisoires durent jusqu'à droit connu sur le fond. Si la mesure provisoire coïncide avec la décision au fond, il n'y a pas de quoi s'émouvoir. En revanche, si la décision au fond modifie la mesure provisoire, celle-ci ayant par hypothèse été ordonnée à tort, l'information aura été bloquée et aura perdu son intérêt dans l'intervalle. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la mesure provisoire va consacrer une situation définitive, en pratique : même si la mesure est finalement rapportée, elle le sera à un moment où l'information aura généralement perdu son intérêt, si bien que le média renoncera à sa publication. On voit ainsi que ce sont les mesures provisionnelles qui décideront de ce qui pourra être publié.

C'est donc bien plutôt pour cette raison que les médias périodiques peuvent revendiquer un privilège en matière de mesures provisionnelles, du moins lorsque de telles mesures consistent dans une restriction à la publication d'une information⁴⁵⁷. C'est pourquoi le juge doit non seulement accorder une attention toute particulière au principe de la proportionnalité, mais aussi refuser la mesure demandée en cas de doute ; une mesure provisoire qui restreint la liberté de publier une information, du moins lorsque celle-ci est susceptible de perdre son intérêt par l'écoulement du

456 L'exemple le plus fameux est celui du site de Matt Drudge (www.drudgereport.com) qui a révélé le premier l'affaire du « monicagate », mais qui a été bien au-delà dans certaines « précisions » sur les habitudes sexuelles de tel ou tel conseiller (avec indication du nom de sa maîtresse, p. ex.).

457 Du même avis : MONNIER, p. 128/9.

temps, ne doit donc être ordonnée que s'il existe une quasi-certitude que la décision au fond ne sera pas différente.

Nous pensons donc qu'en matière de mesures provisionnelles, les médias périodiques ne devraient bénéficier d'un régime de faveur que si la mesure demandée restreint la liberté de publier une information, mais non lorsqu'elle tend à un autre but, par exemple la diffusion simultanée d'une réponse ou d'un autre texte.

VII. Conclusions

Quelle que soit l'importance de l'information dans notre société, son caractère relatif et manipulable fait obstacle à ce qu'on lui reconnaisse pour elle-même un statut privilégié. L'information n'est pas une fin en soi.

Vouloir définir la mission des médias se heurte à deux obstacles majeurs : d'une part, les médias doivent demeurer libres dans la définition de leur mission – et c'est une liberté qui leur est reconnue par l'ordre constitutionnel – et d'autre part un tel essai de définition impliquerait que l'on puisse délimiter le besoin d'informer et donc celui d'être informé – une tâche impossible, ou à tout le moins que l'on ne pourrait laisser à l'Etat.

La protection des intérêts privés et la liberté des médias génèrent un conflit de valeurs, telles que la libre formation de l'opinion dans le débat démocratique, ou le libre épanouissement de la personnalité de l'individu. Les tensions, voire les contradictions qui existent entre ces valeurs ne peuvent être résolues ni par une définition de l'information, ni par une délimitation du besoin d'être informé. Il n'est pas possible de donner à l'une la prééminence sur l'autre. Dans une telle situation, la loi ne peut fournir de solutions tranchées, et le recours à une pesée des intérêts en présence paraît inévitable.

Malgré les quelques observations critiques formulées au cours de ce rapport, le droit matériel ne paraît pas contenir de déséquilibre notable : tout au plus devrait-on accorder davantage d'importance à la question de savoir si l'information pouvait être communiquée sans identifier la personne concernée⁴⁵⁸ ; quant à l'application de la loi contre la concurrence déloyale aux médias, aussi critiquable qu'elle puisse paraître⁴⁵⁹, elle ne constitue pas une « muselière » au journalisme économique, du moins s'il est admis que l'application de cette loi doit tenir compte de la liberté reconnue aux médias par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme.

458 Voir chap. III B 2.

459 Voir nos remarques critiques chap. V C.

En revanche, les moyens de droit à disposition du lésé ne sont souvent que des «tigres de papier» : les actions en cessation du trouble, en particulier, sont généralement dénuées d'intérêt compte tenu du temps qui s'écoulera jusqu'au jugement ; quant aux actions réparatrices, à quelques exceptions près, elles ne permettent pas la réparation du dommage causé par une atteinte à l'honneur ou à la vie privée. Les mesures provisionnelles et le droit d'accès aux données personnelles consacré par la LPD ne tempèrent pas ces critiques : à juste titre, ils ne doivent pas être l'instrument d'une censure préalable ; par conséquent, les conditions auxquelles ces moyens sont soumis limitent leur portée ; à cela s'ajoute encore le fait que leur mise en œuvre supposerait pratiquement que le lésé puisse avoir préalablement connaissance du contenu de la publication litigieuse, ce qui ne sera normalement pas le cas. Même la rectification provisionnelle – à laquelle rien ne forme obstacle à notre avis sinon la proportionnalité de la mesure – restera une opération exceptionnelle, l'exercice d'un droit de réponse étant le plus souvent suffisant.

L'efficacité de la protection des intérêts personnels se heurte à un certain nombre de difficultés, qui sont le plus souvent d'ordre pratique et non juridique. Tout d'abord, la prévention et la cessation du trouble supposent une action rapide, pour éviter la réalisation de l'atteinte ou son aggravation, mais par la force des choses, le lésé se trouvera généralement confronté au fait accompli ; et une fois l'information litigieuse publiée, les mesures de cessation du trouble (à l'exception de la rectification) seront pratiquement inefficaces. Par ailleurs, le caractère périssable de l'information requiert aussi que sa publication ne soit pas bloquée sur la base d'une décision provisoire jusqu'à droit connu sur un jugement au fond ; on voit ainsi que les mesures provisionnelles tenant dans une injonction de ne pas publier (ou dans une saisie) sont inappropriées à cet égard, puisqu'elles aboutiront *de facto* à une interdiction définitive de publier ; quant à la rectification provisionnelle, elle possède aussi l'inconvénient d'être fondée sur une décision rendue sur la base d'un état de fait sujet à caution (le juge statuant selon le critère de la simple vraisemblance) et de renvoyer la question au fond au jugement définitif (donc aux calendes grecques). Dans ces conditions, on pourrait souhaiter l'introduction d'une procédure rapide, sommaire, similaire à celle instituée pour le droit de réponse⁴⁶⁰ : un jugement, même rendu en procédure sommaire, devrait être préférable à une décision provisoire (mais en réalité définitive) rendue sur la base du critère de la simple vraisemblance des faits allégués. Toutefois, il est douteux qu'une telle procédure réponde suffisamment à l'impératif de rapidité, vu la nécessité d'organiser une audience, et compte tenu de l'agenda des

460 Proposition faite par TERCIER, *Medialex* 1995, 35.

tribunaux (et la situation ne serait guère différente si l'on instituait une instance spécialisée).

Une procédure judiciaire contre un média génère le risque d'élargir la plaie, par la médiatisation qui peut être donnée au procès, en particulier. L'attaque d'un média peut provoquer des réactions corporatistes (sous couvert de la liberté de la presse) qui pourront anéantir les efforts du lésé en vue de réhabiliter son image (par exemple, s'il est fait défense à un journal de publier le nom de la personne concernée, il arrivera que d'autres journaux s'empresseront de révéler son identité). A cela s'ajoute le fait qu'une procédure aura son coût, et que son résultat est souvent incertain dans un système qui recourt à la balance des intérêts en présence, et qui manque ainsi de prévisibilité. De plus, bien souvent, la tâche du lésé paraît énorme, lorsqu'il est mis en cause dans de nombreux médias : la réputation, voire la vie privée d'un homme peut être ternie en quelques jours, si l'information paraît suffisamment « croustillante » au point d'être reprise dans la plupart des journaux (chacun y rajoutant des éléments de son cru, alimentant ainsi le tapage médiatique, et diluant la responsabilité de la propagation de l'information). Et là où les médias traditionnels s'abstiendront, l'information par le canal d'Internet prendra le relais, au point de rendre vaine toute efficacité de l'intervention judiciaire. Même si Internet n'échappe pas à l'application du droit, l'identification des responsables prendra souvent trop de temps, et l'information aura été relayée dans l'intervalle par les exploitants d'autres sites, voire par des forums de discussion, si bien que le lésé renoncera à poursuivre la tâche consistant à vouloir supprimer l'atteinte dont il est victime, tâche qui sera devenue inutile et disproportionnée dans la mesure où l'information aura déjà été divulguée.

Les tentatives de vouloir bloquer la propagation d'une information seront donc vaines le plus souvent. On doit donc se tourner plutôt vers les moyens permettant au lésé de réorienter le débat, lorsqu'est en cause une atteinte à son honneur, et vers les actions réparatrices, lorsqu'une réponse n'entre pas en ligne de compte. Par son immédiateté, le droit de réponse paraît le mieux approprié pour que la personne concernée puisse faire entendre son point de vue. Le caractère périssable de l'information et la nécessité de pouvoir réagir sans délai plaident en faveur d'un droit de réponse le plus large, qui ne soit pas soumis à de strictes conditions comme c'est hélas le cas dans le droit actuel : il faut que le droit de réponse constitue un instrument dont l'usage soit à la portée de chacun, et qu'il donne le moins de prise possible à un refus de la part du média.

Lorsqu'une réponse ne peut être utile au lésé, il ne lui restera le plus souvent que les actions réparatrices. Or, en ce domaine, la jurisprudence s'est montrée beaucoup trop avare ; elle ne paraît toujours pas avoir pris la

pleine mesure du tort moral, et n'a jamais cherché à calculer ce qu'une atteinte à l'image ou à la vie privée représente en termes pécuniaires⁴⁶¹. L'action en délivrance du gain pourrait bien avoir une utilité dissuasive contre les photographes de la presse à sensation, mais paraît ailleurs se heurter le plus souvent aux écueils liés à la définition du gain et à la relation de causalité. Les dommages-intérêts risquent ainsi de rester le seul moyen réparateur dans la plupart des cas, mais encore faut-il qu'ils débouchent sur une véritable indemnisation du lésé, et qu'ils ne demeurent pas de simples montants au budget des organismes de presse à sensation.

461 Voir notre proposition, chap. VI A 4 et 5.

Bibliographie

- ABRECHT, BERNARD, La licéité des tests comparatifs, thèse Lausanne 1994.
- AUVRET, PATRICK, Le journalisme d'investigation selon la Convention européenne des droits de l'homme, Legipresse 140 (1997), 33.
- BÄNNINGER, BÉATRICE, Die Gegendarstellung in der Praxis, thèse Zurich 1998.
- BARRELET, DENIS, Droit de la communication, Berne 1998.
- Droit de la presse: le carcan se resserre, in: Presse romande – Du miracle à la réalité, ouvrage pour le 75^e anniversaire de l'URJ, Genève 1996.
- Les médias dans les législations suisse et communautaire sur la protection des données, in: TERCIER/VOLKEN/MICHEL (édit.), Aspects du droit européen, Hommage offert à la Société Suisse des Juristes à l'occasion de son assemblée générale 1993 par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, Fribourg 1993.
- BARTON, DIRK M., Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz, AfP 1995, 452.
- BAUER, JOACHIM, Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, thèse Heidelberg 1991.
- BAUMBACH, ADOLF/HEFERMEHL, WOLFGANG, Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 20^e éd., Munich 1998.
- BAUR, RICHARD, UWG und Wirtschaftsberichterstattung – Vorschläge zur Reduktion des Haftungsrisikos, thèse Zurich 1995.
- BERBERAT, DIDIER, Protection des sources: l'esprit de revanche, Medialex 1997, 114.
- BIGOT, CHRISTOPHE, Les exigences de l'information et la protection de la vie privée, Legipresse 126 (1995), 83.
- BREITSCHMID, PETER, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit aus Sicht eines Gerichtsjuristen. Vorsorgliche Massnahmen (Art. 28c ff ZGB) als «Maulkorb» für Medienschaffende?, PJA 1995, 868.
- BORN, CHRISTOPH, Persönlichkeitsschutz: Kausalhaftpflicht der Medien durch die Hintertür?, Medialex 1997, 236.
- BUCHER, ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 3^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995.
- BURNAND, YVES, Banques de données électroniques et droit de l'information: accès à l'information, droit d'auteur, protection du domaine personnel des particuliers et de l'état: étude de droit suisse, thèse Lausanne 1974.
- CHAPPUIS, CHRISTINE C., La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaire sans mandat en droit privé suisse, thèse Genève 1991, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991.
- CHERPILLOD, IVAN, Anwendung des UWG auf Journalisten, Plädoyer 1992, 36.
- CLARK, THOMAS, Privatsphäre und Pressefreiheit in England, Medien und Recht 1996, 176.
- DAVID, LUCAS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3^e éd., Berne 1997.
- DEBIEUX, CLAUDE, Les développements récents du droit de réponse, in: La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit: contributions en l'honneur de P. TERCIER pour ses cinquante ans, Fribourg 1993.
- DERIEUX, EMMANUEL, Secret des sources: La solution française, Medialex 1996, 185.
- Présomption d'innocence et secret de l'enquête: les Français s'interrogent, Medialex 1995, 16.
- DESCHENAUX, HENRI/STEINAUER, PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 3^e éd., Berne 1995.
- DESSEMONTET, FRANÇOIS, Le journalisme économique: liberté d'expression, liberté d'investigation, Medialex 1998, 83.
- Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, Medialex 1997, 77.
- Le droit à sa propre image: droit de la personnalité ou droit de la publicité, in: Mélanges en l'honneur de J.-M. GROSSEN, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992.
- La protection des noms commerciaux, in: Festschrift für K. H. NEUMAYER zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1985.
- La presse et les sociétés commerciales, in: Die Verantwortlichkeit im Recht, vol. I, Zurich 1981.

- DILLENZ, WALTER, Identitätsschutz und Unschuldsvermutung im österreichischen Medienrecht, *Medialex* 1997, 194.
- DRUEY, JEAN-NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zurich 1995.
Privat-/Geheimsphäre – was liegt drin?, in: Festschrift für F. VISCHER, Zurich 1983.
- EHMANN, HORST, Informationsschutz und Informationsverkehr im Zivilrecht, *ACP* 1998, 230.
- ERDEM, H. ERCÜMENT, La protection de la personnalité économique et la concurrence déloyale: étude de droit turc, in: *La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit: contributions en l'honneur de P. TERCIER pour ses cinquante ans*, Fribourg 1993.
- FORKEL, HANS, Ehrenschaft gegen Presseangriffe: Bemerkungen aus deutscher Sicht zum Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen Tages-Anzeiger Zürich gegen Dr. H. W. Kopp, *RSJ* 92 (1996), 98.
- FRANK, RICHARD, Persönlichkeitsschutz heute, Zurich 1983.
- FUHR, ERNST W./RUDOLF, WALTER/WASSERBURG, KLAUS, Recht des Neuen Medien, Heidelberg 1989.
- GEISER, THOMAS, Persönlichkeitsschutz: Pressezensur oder Schutz vor Medienmacht?, *RSJ* 92 (1996), 73.
Zivilrechtliche Fragen des Kommunikationsrechts, *Medialex* 1996, 203.
Gibt es ein «Recht auf Wahrheit» im privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz?, *PJA* 1992, 445.
Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1990.
- GIGER, HANS, Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz, *RDS* 89 (1970) I, 33.
- GIUDICELLI, RENATO, La personalità della persona giuridica, in: *La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit: contributions en l'honneur de P. TERCIER pour ses cinquante ans*, Fribourg 1993.
- GLAUS, BRUNO, Das Recht am eigenen Wort: informationelle Selbstbestimmung als Schranke der Medienfreiheit – mit allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Mediengespräch, Berne 1997.
- GOUNALAKIS, GEORGIOS/GLOWALLA, RAINER, Reformbestrebungen zum Persönlichkeitsschutz in England, *AFP* 1997, 771.
- GROSSEN, JACQUES-MICHEL, Das Recht der Einzelpersonen, in: *Schweizerisches Privatrecht*, vol. II, Bâle 1967.
La protection de la personnalité en droit privé, quelques problèmes actuels, *RDS* 79 (1960) II, 1a.
- GUNTERN, ODILO, Anspruch auf Einsicht in Entwürfe für Medien-Publikationen?, *Medialex* 1997, 55.
- GUYET, JACQUES, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 4 lit. c und 6 UWG), in: *SIWR* V/1, 2^e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main 1994.
- HEFERMEHL, WOLFGANG, Das Prokrustesbett «Wettbewerbsverhältnis», in: *Recht und Wirtschaft heute: Festgabe zum 65. Geburtstag von M. KUMMER*, Berne 1980.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM P./GEISER, THOMAS (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, ZGB I, Art. 1-359 ZGB, Bâle 1996 (*précédé du nom de l'auteur dans les citations*).
- HOTZ, KARL M., Zur Bedeutung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für die Massenmedien, *RSJ* 86 (1990), 26.
Kommentar zum Recht auf Gegendarstellung (ZGB 28g-1): eine Arbeitshilfe für den Praktiker, Berne 1987.
- HOTZ, KASPAR E., Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, thèse Zurich 1967.
- HÜBNER, HEINZ/GLOTZ, PETER/POHL, OTTMAR/HENNENBERG, CLAUS H./TERCIER, PIERRE/KÖTZ, HEIN/SCHACK, HAIMO, Das Persönlichkeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Informationsauftrag und Menschenwürde, Munich 1989.
- JÄGGI, PETER, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, *RDS* 79 (1960) II, 133a.
- KÄGI-DIENER, REGULA, Persönlichkeitsschutz im Verhältnis von Medien und Justiz, *PJA* 1994, 1102.

- KAISER, URS, Die zivilrechtliche Haftung für Rat, Auskunft, Empfehlung und Gutachten, thèse Berne 1937.
- KEHL, ROBERT, Die Rechte der Toten, Zurich 1991.
- KNELLWOLF, ESTHER, Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen, thèse Zurich 1991.
- KÜHLING, JÜRGEN, Grundrechtskontrolle durch den EuGH: Kommunikationsfreiheit und Pluralismus-sicherung im Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1997, 296.
- KÜNZI, MARTIN, Medienethik und Recht: Berührungspunkte und Konflikte, Medialex 1996, 73.
- LANDWEHR, WILFRIED, Das Recht am eigenen Bild, Winterthur 1955.
- LARESE, WOLFGANG, Die Genugtuung: ein verkanntes Instrument des Persönlichkeitsschutzes?, Medialex 1997, 139.
- LEGLER, THOMAS, Vie privée, image volée: la protection de la personnalité contre les prises de vues, thèse Berne 1997.
- LÜTHY, ELLEN, Zivilrechtliche Probleme der identifizierenden Berichterstattung am Beispiel der Presse, thèse Zurich 1981.
- LÜCHINGER, ADOLF, Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien, RSJ 70 (1974), 321.
- MAHR, FRANZ E., Der Verwendungsanspruch beim «Recht am eigenen Bild», Medien und Recht 1995, 127.
- MASMEJAN, DENIS, Des secrets trop protégés, Medialex 1996, 5.
- MAURER, URS/VOGT, NEDIM P. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Bâle, Francfort-sur-le-Main 1995 (*précédé du nom de l'auteur dans les citations*).
- MEILI, ANDREAS, Wirtschaftsjournalismus im Konflikt zwischen freier Meinungsäußerung und Lauterkeitsrecht, Medialex 1998, 75.
Wirtschaftsjournalismus im Rechtsvergleich. Aktuelle Probleme des Wirtschaftsjournalismus im Lichte des Rechts der Schweiz, des USA, von Grossbritannien, Deutschland und der Europäischen Union, Baden-Baden 1996.
- MINELLI, LUDWIG A., Das Ende des Persönlichkeitsschutzes?: von den Folgen einer Gesetzesrevision und ihrer Auslegung, UFITA 133 (1997), 111.
Zur Ausgleicheung widerrechtliche Medieneingriffe in die Privatsphäre, ZUM 1996, 73.
- MONNIER, GILLES, Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, thèse Lausanne 1999.
- MÜLLER, JÖRG P./ZELLER, FRANZ, Bildmaterial als Gegenstand journalistischer Zeugnisverweigerung, Medialex 1995, 19.
- NÄGELI, CATERINA, Persönlichkeitsschutz von Opfern (z. B. Unfall-, Katastrofen-, Verbrechenopfern), PJA 1994, 1121.
- NOBEL, PETER, Zu den Schranken des UWG für die Presse, RSJ 88 (1992), 245.
Gedanken zum Persönlichkeitsschutz juristischer Personen, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von M. M. PEDRAZZINI, Berne 1990.
Leitfaden zum Presserecht, 2^e éd., Zurich 1982.
- NÜTZI, PATRICK, UWG ohne Grenzen?, RSJB 1994, 625.
- PAGE, GÉRALD, Le droit d'accès aux données personnelles, in: La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne 1994.
- PEDRAZZINI, MARIO M., Privatrechtliche Schranken der Medienfreiheit – ein Überblick, in: Recht, Staat und Politik am Ende des Zweiten Jahrtausend: Festschrift zum 60. Geburtstag von Bundesrat A. KOLLER/W. R. SCHLUEP (Hrsg.), Berne, Stuttgart, (etc.) 1993.
Unlauterer Wettbewerb UWG, Berne 1992.
- PEDRAZZINI, MARIO M./OBERHOLZER, NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4^e éd., Berne 1993.
- PIOTET, DENIS, Les actions civiles, un premier bilan, in: La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne 1994.
- PETER, JAMES T., Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, thèse Zurich 1994.
- PONCET, CHARLES, Mesures provisionnelles: un pas dans le bon sens, Medialex 1995, 114.
- PRINZ, MATTHIAS, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzung durch die Medien, NJW 1995, 817.

- PUTTFARCKEN, CARSTEN, Zulässigkeit der Veröffentlichung des Barschel-Fotos, ZUM 1988, 133.
- RAUSCH, HERIBERT, Das Persönlichkeitsrecht und der Schutz des Einzelnen vor verletzenden Pressebildern, Berne 1969.
- REY, HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2^e éd., Zurich 1998.
- RICKER, REINHART, Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des Einzelnen, NJW 1990, 2097.
- RIKLIN, FRANZ, Schweizerisches Presserecht, Berne 1996.
- Strafrechtliche Aspekte der Anwendung des neuen UWG auf Medienschaffende, PJA 1993, 620.
- Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild, in: Festschrift für L. SCHÜRMAN, Fribourg 1987.
- Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, thèse Fribourg 1968.
- RODONDI, OLIVIER, Le droit de réponse dans les médias, thèse Lausanne 1991.
- ROSENTHAL, DAVID, Projekt Internet: was Unternehmen über Internet und Recht wissen müssen, Zurich 1997.
- ROSTAN, BLAISE, La protection des sources, pierre angulaire de l'information, Medialex 1996, 83.
- SAXER, URS W., Note relative à l'ATF 124 II 72, Medialex 1998, 100.
- Wirtschaftsfreiheit vs. Medienfreiheit: wie weit soll der Schutz der Wirtschaft gegenüber den Medien gehen?, PJA 1994, 1136.
- Die Anwendung des UWG auf ideelle Grundrechtsbetätigungen: eine Problemskizze, PJA 1993, 604.
- SCHALTEGGER, PAUL, Die Haftung der Presse aus unlauterem Wettbewerb, thèse Zurich 1992.
- SCHOLZ, RUPERT, Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz: Gesetzgeberische oder verfassungsgerichtliche Verantwortung?, AfP 1996, 323.
- SCHUBARTH, MARTIN, Grundlagen des Medienstrafrechtes im Lichte der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, RPS 1995, 141.
- SCHUCAN, JÜRIG, Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, thèse Zurich 1977.
- SCHUMACHER, RAINER, Die Presseäußerung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse: insbesondere ihre Widerrechtlichkeit, Fribourg 1960.
- SCHÜRMAN, LEO/NOBEL, PETER, Medienrecht, 2^e éd., Berne 1993.
- SCHWEIZER, RAINER J., Freie Medienordnung und Individualsphärenschutz: Erfahrungen mit dem Gegendarstellungsrecht, PJA 1994, 1091.
- Privatsphärenschutz von Personen des öffentlichen Lebens, PJA 1994, 1114.
- SCHWERDTNER, PETER, Empfiehlt es sich, die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtsschutz des Einzelnen zu verbessern?, JZ 1990, 769.
- SENN, MISCHA C., Satire und Persönlichkeitsschutz: zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung, Berne 1998.
- Aspekte der rechtlichen Beurteilung satirischer Äusserungen, SIC! 1998, 365.
- SÖHRING, JÖRG, Die Entwicklung des Presse- und Äusserungsrechts 1994-1996, NJW 1997, 360.
- SPECKER, KARL, Die Persönlichkeitsrechte: mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht, thèse Aarau 1910.
- STAEHELI, THOMAS, Kollisionsrecht auf dem Informationshighway, in: Information Highway, édit. Reto Hilty, Berne, Munich 1996, 597.
- STAPPER, FLORIAN, Presse und Unschuldsvermutung, AfP 1996, 349.
- STEFFEN, ERICH, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung, NJW 1997, 10.
- STREULI-YOUSSEF, MAGDA, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in: SIWR V/1, 2^e éd., Bâle, Francfort-sur-le-Main 1994.
- TAUFER, MARTIN, Einbezug von Dritten im UWG, thèse Zurich 1997.
- TERCIER, PIERRE, Le droit de la personnalité – chronique de jurisprudence 1996, Medialex 1997, 110.
- Les mesures provisionnelles en droit des médias (à propos de l'initiative Poncet), Medialex 1995, 28.

- Erste Erfahrungen mit dem neuen Persönlichkeitsrecht, RDS 106 (1987) I, 187.
Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984.
- TRACHSLER, WALTER, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, thèse Zurich 1975.
- TRÜMPY-WARIDEL, FRANÇOISE, Le droit de la personnalité des personnes morales et en particulier des sociétés commerciales, thèse Lausanne 1986.
- WALTER, HANS P., Das Wettbewerbsverhältnis im neuen UWG, RSPI 1992, 169.
- WENIGER, OLIVIER, La protection des secrets économiques et du savoir-faire (know-how), thèse Lausanne 1994.
- WERRO, FRANZ, Le droit de faire constater l'illicéité d'une atteinte – Le conflit des deux cours civiles du TF sur l'application des art. 28a CC et 9 LCD, Medialex 1998, 44.
- WOLFFERS, LORENZ, Internet und Datenschutz, Medialex 1996, 7.
- ZÄCH, ROGER, Das UWG und die Medien – Plädoyer für besondere Anforderungen an die journalistische Sorgfalt, RDS 111 (1992) I, 173.
- ZELLER, ERNST, Zwischen Vorverurteilung und Justizkritik: verfassungsrechtliche Aspekte von Medienberichten über hängige Gerichtsverfahren, thèse Berne 1997.
Rechtsprechung («Bernina» – Entscheid; BGE 117 IV 193), RSDA 1993, 19.