

Message
concernant la révision du code civil suisse
(Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO)

du 5 mai 1982

Madame et Monsieur les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi fédérale concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- 1969 M 9740 Protection des droits inhérents à la personne
(N 3. 10. 68, Broger; E 20. 3. 69)
- 1982 M 80.544 Informateurs et journalistes
(E 12. 6. 81, Binder; N 4. 3. 82): le point 3, qui concerne le droit de réponse, est réglé par le présent projet. Les points 1 et 2 demeurent en suspens.

Nous vous prions d'agréer, Madame et Monsieur les Présidents, Mesdames et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

5 mai 1982

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Honegger
Le chancelier de la Confédération, Buser

Vue d'ensemble

La présente révision tend à renforcer, dans les limites du droit privé, la protection de la personnalité en général, et plus particulièrement face aux atteintes portées par les médias.

Les règles générales sur la protection de la personnalité qui ont été jusqu'ici appliquées sur la base des articles 28 du code civil (CC) et 49 du code des obligations (CO) ne sont pas fondamentalement remises en cause. Tout au plus le projet complète-t-il la rédaction en tenant compte de la jurisprudence de manière à mieux les expliciter et les rendre plus accessibles à chacun.

En revanche, le projet améliore le fonctionnement des moyens de droit mis à la disposition des particuliers par l'introduction de nouvelles règles de procédure. Ainsi, le demandeur doit pouvoir ouvrir action non seulement au domicile du défendeur mais aussi à son propre domicile. De plus, les mesures provisionnelles doivent être réglées de façon uniforme, du moins pour l'essentiel, sur tout le territoire de la Confédération; en effet, une protection efficace n'est souvent possible que si la personne concernée peut obtenir une mesure provisionnelle par une procédure rapide précédant le procès au fond.

Le projet institue un droit de réponse à l'égard des médias à caractère périodique, notamment la presse, la radio et la télévision. Ce droit de réponse est conçu pour fonctionner en principe indépendamment de toute intervention judiciaire: Il est donné à toute personne qui est touchée dans sa personnalité par la présentation que donnent les médias de faits qui la concernent directement, sans qu'il soit nécessaire que la déclaration incriminée ait toujours un caractère illicite.

Le projet complète enfin la protection de la personnalité par une modification de l'article 49 CO. La nouvelle disposition ne reprend pas l'action en dommages-intérêts, d'une part parce que celle-ci est déjà consacrée de manière générale par l'article 41 CO et d'autre part, parce que la condition de l'illicéité est donnée chaque fois qu'une personne porte atteinte à la personnalité d'autrui sans pouvoir se prévaloir d'un motif justificatif. Quant à l'action en réparation du tort moral, elle est reprise par le projet qui maintient l'exigence de la gravité particulière du préjudice subi, mais renonce en revanche à l'exigence d'une gravité particulière de la faute pour éviter que la personnalité soit moins bien protégée que le patrimoine.

Message

1 Partie générale

11 La situation initiale

La protection de la personnalité est actuellement assurée en droit privé par *l'article 28 du code civil (CC)*, dont le principe est repris et complété par plusieurs dispositions, en particulier par *l'article 49 du code des obligations (CO)*. Ces règles, qui constituaient lorsqu'elles ont été adoptées une innovation remarquable et sans égale dans les pays voisins, ont pour l'essentiel fait leurs preuves et garanti jusqu'ici une bonne protection.

Le développement de certaines techniques modernes a cependant eu pour conséquences *d'accroître et d'aggraver* les atteintes à la personnalité. On songe principalement au rôle que jouent aujourd'hui les médias ainsi que toutes les techniques permettant de rassembler et de traiter des informations. Il est apparu à cet égard que les voies de droit à disposition ne suffisaient plus à garantir dans tous les cas une protection efficace.

Le législateur fédéral s'est préoccupé à temps de cette inquiétante évolution. Le 20 décembre 1968, il a introduit dans le code pénal (CP) de nouvelles dispositions pour renforcer la protection des domaines secrets et privés (art. 179 et 179octies CP¹⁾ *). Peu auparavant, le 22 juin 1967, le conseiller aux Etats R. Broger, à l'époque conseiller national, avait déposé une motion visant la protection du domaine personnel secret en droit civil; il ajoutait notamment ceci:

En raison des exagérations d'une exploitation toujours plus éhontée du goût des sensations fortes, il importe également de renforcer sans tarder les dispositions du droit civil et, partant, de la procédure civile. Sinon, les dispositions de l'article 28 du code civil qui protègent les droits inhérents à la personne courent toujours davantage le risque de rester lettre morte.

Le Conseil fédéral est par conséquent invité à préparer la révision de l'article 28 du code civil, outre la révision du droit pénal au sens du postulat Müller-Lucerne, qui constitue une mesure d'urgence. (trad.)²⁾

Développant sa motion devant le Conseil national, M. Broger précisait les buts de son intervention dans les termes suivants:

Cette motion tend à obtenir une amélioration de la protection de la personnalité en droit civil, afin de l'adapter aux conditions actuelles. C'est pourquoi il faut commencer par réviser surtout l'article 28 du code civil, éventuellement aussi les dispositions du code des obligations qui règlent le droit à la réparation du tort moral. Parmi les autres moyens de protection possibles, je mentionnerai le droit de réponse dans la presse, voire à la radio et à la télévision. Une amélioration des droits de la personnalité n'est cependant guère utile si la situation contraire au droit est supprimée trop tard, à cause de la longueur du procès. C'est pourquoi il faut aussi compter, parmi les moyens de protection les plus importants, les prescriptions de procédure au niveau fédéral Le lésé doit pouvoir se défendre et obtenir réparation sans retard. Il ne devrait pas être obligé d'attendre et

*) La note ¹⁾ comme les autres notes figurent à la fin du message.

d'en souffrir pendant des années. Je pense par exemple à la possibilité d'introduire, sur le plan fédéral, l'institution des mesures provisionnelles. (trad.)³⁾

Le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à accepter cette motion et les deux Chambres l'ont approuvée: le Conseil national, le 3 octobre 1968⁴⁾ et le Conseil des Etats, le 20 mars 1969⁵⁾.

Auparavant déjà, la doctrine avait prêté une attention accrue à l'amélioration de la protection de la personnalité⁶⁾. La Société suisse des Juristes y avait consacré une partie de son Assemblée générale de 1960: Se fondant sur les rapports des professeurs J. M. Gossen⁷⁾ et P. Jäggi⁸⁾, elle avait adopté une résolution demandant que soit renforcée cette protection, notamment à l'aide de prescriptions du droit de police et du droit de procédure⁹⁾.

12 La procédure de révision

12.1 La commission Lüchinger

En exécution de la motion Broger, le Conseil fédéral a institué une *commission d'experts* qu'il a chargée d'examiner les questions soulevées et d'élaborer un projet, au cas où elle arriverait à la conclusion qu'une révision de la législation actuelle s'imposait. Cette commission comprenait les membres suivants: MM. A. Lüchinger, juge fédéral, à Lausanne (président); J. Bourquin, professeur, Union romande de journaux, à Lausanne; R. Broger, conseiller aux Etats, à Appenzell; H. Hinderling, professeur à l'Université de Bâle; P. Jäggi, professeur à l'Université de Fribourg; P. Lalive, professeur à l'Université de Genève; F. Riklin, avocat, à Soleure; J. Seelhofer, avocat, secrétaire de l'Association de la presse suisse, à Berne. Quelques modifications sont intervenues par la suite: M. H. Hinderling a été remplacé par M. E. Bucher, à l'époque professeur à l'Université de Saint-Gall, actuellement à l'Université de Berne. Après la démission de M. Seelhofer, l'Association de la presse suisse a été représentée par M. R. Langel, rédacteur en chef de la Tribune de Lausanne, à Lausanne, et par M. H. Wili, rédacteur, à Berne.

La commission a commencé ses travaux le 15 septembre 1970. Elle a tenu au total quinze séances plénières.

Dans son rapport final¹⁰⁾, la commission Lüchinger proposait d'abord d'exprimer de manière plus complète et plus concrète les principes généraux de la protection de la personnalité. Il s'agissait notamment de mieux mettre en évidence dans la loi l'éventail des biens personnels juridiquement protégés et les conditions auxquelles une atteinte n'est pas illicite. Cette protection devait être ensuite renforcée par des règles uniformes de procédure touchant le for et les mesures provisionnelles. Elle devait être aussi garantie à l'égard des médias par l'introduction du droit de réponse et du principe de la responsabilité objective. Il s'agissait enfin de renforcer la protection de l'individu à l'encontre des banques de données et autres installations analogues, en reconnaissant à chacun le droit d'être renseigné sur l'existence et le contenu des banques contenant des données personnelles, le droit d'obtenir la destruction ou la rectification des données inexactes, et le droit à une réparation du préjudice

sans faute de l'entreprise. La commission préconisait l'insertion de ces règles nouvelles dans le droit commun, renonçant du même coup, provisoirement du moins, à leur introduction dans des lois spéciales.

122 La procédure de consultation

Le 25 juin 1975, l'avant-projet de la commission Lüchinger a été adressé pour consultation aux gouvernements cantonaux, aux partis politiques, aux institutions et organisations intéressées, ainsi qu'au Tribunal fédéral et aux Facultés de droit. Au total, *soixante et une réponses* ont été reçues, parmi lesquelles celles de presque tous les cantons.

Toutes les réponses, à une exception près, reconnaissent que cette révision est nécessaire, ou du moins souhaitable. Quelques-unes considèrent toutefois que certaines des questions réglées par l'avant-projet ne devraient pas figurer dans les codes, mais dans des lois spéciales. La plus grande partie des réponses approuvent *la tendance générale* du texte proposé, tout en formulant parfois d'importantes réserves sur la justification ou la formulation de l'une ou l'autre de ses dispositions. Les critiques les plus importantes ont trait aux dispositions qui imposent un droit de réponse à la presse, complètent la protection contre les banques de données, et consacrent le principe de la responsabilité objective pour les médias et les banques de données. Sur chacune de ces règles, on trouve en effet des réponses souvent contradictoires; les plus sévères émanant avant tout des milieux directement concernés. Il convient toutefois de relever que tous les cantons qui se sont prononcés sur le droit de réponse ont favorablement accueilli le projet, si l'on excepte les cantons de Berne et de Vaud; ce dernier connaît déjà l'institution d'un droit de réponse, conçu différemment il est vrai. En revanche, les milieux des médias l'ont généralement rejeté, du moins dans la forme proposée.

123 Le groupe d'experts Tercier

C'est précisément pour tenir compte de l'importance de certaines critiques faites à l'avant-projet que le Département fédéral de justice et police a chargé un *groupe d'experts* de reprendre le texte et d'examiner une nouvelle fois l'ensemble des problèmes posés. Ce groupe était formé de MM. P. Tercier, professeur à l'Université de Fribourg (président); A. Lüchinger, juge fédéral, à Lausanne; P. Forstmoser, professeur à l'Université de Zurich; O. Hersche, à l'époque directeur des programmes de la DRS, à Bâle; G. Locarnini, rédacteur en chef du *Corriere del Ticino*, à Lugano; G. Petitpierre, professeur à l'Université de Genève; P. Studer, l'un des rédacteurs en chef du *Tages-Anzeiger*, à Zurich; H. Hausheer, à l'époque vice-directeur de l'Office fédéral de la justice et professeur à l'Université de Berne. M. Hersche a été par la suite remplacé par M. J.P. Rüttimann, rédacteur responsable de l'émission «*Rundschau*» de la télévision DRS, Zurich.

Le groupe a commencé ses travaux le 22 septembre 1978. Il a tenu au total dix-sept séances. Tout au long des travaux, plusieurs experts suisses et étrangers, en particulier des spécialistes des médias, ont été entendus sur différentes questions soulevées par le projet.

Le groupe a entretenu des contacts suivis avec *d'autres commissions fédérales* travaillant actuellement à des projets en rapport avec la protection de la personnalité. Il s'est agi notamment de coordonner ses travaux avec ceux de la commission pour une conception globale des médias (commission Kopp) et ceux des commissions traitant de la législation sur les banques de données (commissions Pedrazzini).

Le rapport final du groupe d'experts, rapport qui a servi de base au présent message, est dû à la plume du professeur Tercier.

13 Les grandes lignes du projet

131 Remarques préliminaires

Le *principe* de la révision du droit de la personnalité n'est pas contesté: En acceptant la motion Broger, les Chambres ont donné mandat au Conseil fédéral de la préparer et la procédure de consultation a démontré dans l'ensemble le bien-fondé de cette décision.

L'évolution prise par notre société et le développement de certaines techniques modernes en particulier dans les secteurs de la communication et de l'information ont en effet accru les risques d'atteintes à la personnalité. Il importe en conséquence de renforcer encore la protection que permettent les moyens offerts par le droit privé, tout en tenant compte de l'importance que revêtent dans notre société des médias libres et responsables.

Toutefois, dans la procédure de consultation, il a été parfois prétendu que certaines des dispositions proposées n'avaient *pas leur place dans le code civil*, dont elles alourdiraient inutilement le texte; il conviendrait plutôt de les introduire dans des lois spéciales sur la procédure civile et sur la presse. Il est exact que le code civil n'est pas le seul lieu où sont ancrés les principes définissant la protection de la personnalité; il existe au contraire un très grand nombre de normes spéciales poursuivant le même but dans des domaines limités ou contre des atteintes déterminées¹¹⁾. Il apparaît cependant qu'en dépit des motifs invoqués la solution choisie par le projet est justifiée, pour deux motifs au moins. D'une part, l'efficacité du système de protection exige que les normes générales qui l'assurent soient regroupées en une même loi, de manière à en faciliter l'application; on ne peut attendre du citoyen qui entend faire respecter ses droits qu'il soit en mesure de saisir un système au travers de lois nombreuses et complexes; or le code civil est le lieu approprié pour rassembler des règles ayant un caractère aussi général. D'autre part, le renforcement de la protection est réclamé depuis de très nombreuses années; l'efficacité du système exige qu'il soit mis en place sans tarder. La révision du code civil peut être entreprise rapidement, car elle constitue une simple application du principe de la protection de la personnalité et n'implique par la création d'un droit spécial des médias. C'est aussi l'avis de la commission d'experts pour la conception globale des médias, qui demande un renforcement de la protection de la personnalité dans le code civil^{11a)}. Les projets de lois en préparation sur les médias exigent, pour leur part, une mise au point qui prendra un certain temps.

La révision proposée ne remet pas fondamentalement en cause les principes généraux de la protection de la personnalité. Tout au plus est-il possible d'en compléter la rédaction de manière à mieux les exprimer et à en alléger quelque peu l'application. C'est pourquoi le projet reprend la règle de l'article 28 CC, mais en la précisant, notamment en ce qui concerne les actions que peut intenter la victime d'une atteinte illicite. Ces précisions ne font pour la plupart qu'explicitier des solutions que la jurisprudence a déjà consacrées en appliquant le droit actuel.

Le projet s'en tient ainsi à *quelques règles générales*, renonçant à entrer dans trop de détails: d'abord, parce qu'à le faire, on risquerait de diluer les principes fondamentaux; ensuite, parce que, conformément à une technique législative qui a largement fait ses preuves en ce domaine notamment, il importe de laisser au juge une latitude suffisante pour adapter l'application des textes à l'évolution de notre société.

Sur un point néanmoins, le projet apporte une modification importante: *L'action en réparation du tort moral* constitue l'un des principaux moyens permettant à celui qui a été victime d'une atteinte illicite à ses intérêts personnels d'obtenir une certaine compensation du préjudice qu'il a subi. Or, actuellement l'article 49, 1^{er} alinéa, CO subordonne cette action notamment à une faute particulièrement grave de l'auteur. Le projet renonce à cette condition supplémentaire, souvent critiquée en doctrine, et soumet la réparation du tort moral aux mêmes conditions que la réparation du dommage. Il n'y a pas de raison que la personnalité soit moins bien protégée que le patrimoine (voir ch. 27).

133 Les règles de procédure

Si l'on veut améliorer l'efficacité de la protection de la personnalité par le renforcement des mesures permettant de l'assurer, il importe d'abord de prévoir quelques règles uniformes de procédure. En cela, le projet reprend les propositions qu'avait faites la commission Lüchinger, tout en y apportant un certain nombre de corrections et de simplifications. Sans doute en vertu de l'article 64, 3^e alinéa, de la constitution (cst), la procédure est en principe du ressort des cantons. Le législateur fédéral est cependant en droit d'intervenir en la matière *dans la mesure où le requiert impérieusement le fonctionnement d'une institution de droit privé*¹²⁾. Or, cette exigence est remplie pour la protection de la personnalité: Les atteintes peuvent avoir rapidement de très graves effets, dont les conséquences ne peuvent être le plus souvent adéquatement réparées. Il importe par conséquent que celui qui est victime d'une atteinte puisse obtenir dès que possible et à des fins préventives une intervention judiciaire et cela dans tous les cantons puisque les conséquences d'une atteinte à la personnalité peuvent se produire en plusieurs endroits. Cet objectif justifie l'introduction de deux types de règles:

133.1 Les règles sur le for

Le code civil actuel ne fixe pas le for des actions en protection de la personnalité. Même si l'article 59 cst. n'est pas directement applicable, la jurisprudence et la doctrine s'appuient néanmoins sur cette disposition pour considérer que les actions en protection de la personnalité doivent être en principe intentées au domicile du défendeur.

L'absence d'une disposition expresse a toutefois provoqué récemment une certaine insécurité propre à affaiblir l'impact des règles fédérales sur la protection de la personnalité. Il s'est trouvé par exemple des situations, notamment lorsque l'atteinte était le fait de plusieurs personnes, où le choix du for comportait pour le demandeur comme pour le défendeur un facteur de risque incalculable qu'on ne peut tolérer si l'on entend renforcer la protection de la personnalité¹³⁾. A une époque où les techniques permettent de diffuser et de reproduire rapidement des atteintes à la personnalité, il ne paraît plus conforme aux exigences du droit de reconnaître comme seul for le domicile du défendeur. Le fait que les atteintes peuvent avoir, dans le secteur des médias notamment, des effets au-delà des frontières du canton postule une adaptation du droit à cette situation¹⁴⁾.

C'est pour lever toute difficulté que le projet adopte une *règle de for simple et uniforme*, rattachée à des critères objectifs faciles à déterminer. Les actions en protection de la personnalité pourront être ouvertes devant le juge du domicile du demandeur ou devant celui du domicile du défendeur. Il est vrai que cette règle s'appliquera essentiellement aux actions spécifiques en protection de la personnalité. Toutefois, pour des motifs d'économie de procédure et d'opportunité, le demandeur pourra aussi intenter les actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise du gain à son domicile lorsque celles-ci seront liées à une atteinte à la personnalité. Une telle solution tient compte, autant que possible, des intérêts des deux parties.

Depuis toujours, non seulement dans le code civil (art. 144, 253 et 279) mais dans d'autres lois, le législateur fédéral a attribué une importance considérable aux dispositions sur le for qu'il considère comme un instrument d'uniformisation et de simplification de l'application du droit. Tel est notamment le cas des lois sur la circulation routière (LCR) (art. 84 s.), la concurrence déloyale (LCD) (art. 5), les cartels (LCart) (art. 7), le droit d'auteur (LDA) (art. 49), la protection des obtentions végétales (LPOV) (art. 41) et les brevets d'invention (LBI) (art. 75).

Encore faut-il s'assurer que la règle de for proposée, qui permet au demandeur d'agir à son domicile, est compatible avec l'article 59 cst. En vertu de cette disposition, le débiteur solvable ne peut être poursuivi pour des réclamations personnelles que devant le juge de son domicile. Selon la jurisprudence toutefois, l'article 59 cst. ne vise en principe que les actions obligatoires¹⁵⁾.

Les actions que prévoit le code en cas d'atteinte aux droits de la personnalité, savoir les actions en constatation, en prévention et en cessation de l'atteinte ne tombent donc pas d'emblée sous le coup de l'article 59 cst. Ensuite, le choix d'une réglementation uniforme du for pour ces actions postule aussi que les actions complémentaires en paiement d'une somme

d'argent déduites du code des obligations puissent être soumises au même juge, car elles sont souvent exercées conjointement aux actions prévues à l'article 28 (art. 28a du projet). L'article 59 est. ne s'oppose donc pas à la solution proposée.

133.2 Les règles sur les mesures provisionnelles

Si l'on veut garantir à celui qui est l'objet d'une atteinte illicite une protection sérieuse, il importe qu'il puisse immédiatement obtenir du juge qu'il interdise l'atteinte ou la fasse cesser. Cela implique qu'il puisse bénéficier d'une protection juridique à l'issue d'une procédure simple et rapide. La pratique montre d'ailleurs l'importance considérable des mesures provisionnelles en la matière; elles constituent même souvent le seul moyen d'écarter un danger. Il faut par exemple pouvoir agir rapidement dans les cas suivants: distribution imminente de tracts blessants ou malveillants, diffusion prochaine d'une émission de radio ou de télévision portant atteinte à la personnalité. Dans son état actuel, notre droit ne répond pas suffisamment aux exigences d'une protection juridique efficace et rapide. De plus, étant donné que les atteintes à la personnalité peuvent se manifester simultanément en des lieux fort éloignés les uns des autres, par delà les frontières cantonales, il convient d'adopter une *réglementation uniforme*.

Certes, les procédures civiles cantonales connaissent la possibilité de demander une telle protection et elles prévoient des moyens adéquats pour l'obtenir (mesures provisionnelles, mesures d'urgence, etc). Toutefois ces lois cantonales définissent, et abstraction faite des problèmes de terminologie, de façons très diverses les conditions d'application et le contenu matériel de ces dispositions¹⁶). Cette situation risque de donner une image déformée de la protection et de créer une insécurité juridique.

Seule une procédure qui tient compte de la situation nouvelle créée par cette évolution de la technique, et des dangers qu'elle fait courir à la personnalité, peut garantir une protection juridique suffisante, but de la présente révision. Pour cette raison, le projet prévoit d'introduire dans le code civil quelques dispositions spéciales, qui assureront un minimum d'uniformité en s'appliquant à tout le territoire de la Confédération. Il s'agit essentiellement d'unifier les conditions d'application des mesures provisionnelles, d'établir quelques règles communes sur le déroulement de la procédure, et d'assurer l'exécution des mesures.

Le principe des mesures provisionnelles a été admis *dans d'autres domaines* du droit fédéral où le besoin de protection n'est pas aussi évident que dans celui des droits de la personnalité¹⁷). Le projet ne constitue donc pas sous cet angle une innovation.

Afin de ne pas créer inutilement de disparités trop grandes entre les diverses solutions du droit fédéral, le projet reprend dans ses grandes lignes la réglementation de la *loi fédérale de procédure civile*. Il n'y est apporté de modifications que dans la mesure où le requièrent la spécificité de la protection à assurer et les besoins particuliers de la presse (voir ch. 134.1). On a toutefois ici

aussi renoncé à introduire des dispositions détaillées tant que la protection juridique visée ne paraissait pas compromise. Il appartient donc toujours aux cantons d'établir pour le reste les règles qui assurent l'application des garanties minimum proposées.

134 Les règles applicables aux médias

L'évolution sociale et technique qui s'est produite ces dernières années dans tout le secteur de l'information et des communications a fini par toucher le contenu même de ce qui est produit et publié. Cela a pour conséquence que les entreprises de médias et les journalistes présentent parfois en toute hâte des faits et des opinions sous une forme et dans une langue très directes; le risque d'une atteinte à la personnalité est ainsi accru. Cette nouvelle situation jointe à l'insécurité juridique que crée en ce domaine l'application des lois postule donc impérieusement une nouvelle définition des rapports entre la protection de la personnalité et le droit des médias¹⁸⁾.

Si l'on considère le danger que représente une atteinte à la personnalité, on doit ici tenir compte des circonstances suivantes: d'une part, la technique utilisée permet de multiplier les atteintes en portant la déclaration à la connaissance d'un nombre indéterminé de personnes; d'autre part, les effets d'une atteinte sont d'autant plus graves que l'on accorde communément à une déclaration faite par la presse, la radio ou la télévision une crédibilité accrue. De ce fait, on attend des médias qu'ils agissent avec un degré de diligence et un sens des responsabilités que, même avec la meilleure volonté, il leur est difficile de garantir dans la fièvre de la vie moderne et dans la course que se livrent les entreprises pour avoir la primeur de l'information.

Il faut éviter toutefois que l'introduction de règles destinées à protéger la personne contre des atteintes commises par certains aboutisse à juguler toute la presse et, à la limite, à la mettre en danger. Un système trop rigoureux permettrait en effet à celui qui entend et sait en abuser d'obtenir *une forme de censure judiciaire*, bloquant pratiquement le fonctionnement normal des médias. Il n'est pas question de mettre en cause la liberté des médias et le rôle central qu'elle joue. Le projet en tient compte et propose de ce fait une solution nuancée.

Il contient à cet égard deux sortes de dispositions spéciales: l'une limite le champ d'application des mesures provisionnelles, l'autre prévoit un droit de réponse.

134.1 La limitation des mesures provisionnelles

De manière générale, il est justifié que celui qui rend vraisemblable qu'il est ou sera l'objet d'une atteinte puisse demander au juge de prendre des mesures provisionnelles, au besoin sans entendre l'autre partie (voir ch. 133.2). Toutefois, cette procédure pourrait devenir une forme de censure judiciaire si toute personne sur laquelle un média entend rapporter pouvait unilatéralement

bloquer la diffusion d'une déclaration. C'est pourquoi le projet introduit pour certains médias une limitation supplémentaire: le juge ne peut à leur égard interdire ou faire cesser une atteinte à titre provisionnel que si certaines conditions restrictives sont réunies (voir ch. 252.3).

134.2 Le droit de réponse

134.21 Principe

Le droit fédéral ne contient actuellement aucune disposition spéciale pour la protection de la personnalité à l'endroit des médias. Celui qui est touché dans ses intérêts personnels par la diffusion d'une déclaration ou d'une image dans les médias ne peut obliger l'entreprise à publier une réponse que si le juge l'ordonne. Il faut par conséquent en particulier *démontrer que l'atteinte est illicite*. Le juge peut aussi ordonner la publication d'une rectification dans le cadre de mesures provisionnelles. Cette solution présente cependant deux inconvénients majeurs.

Le premier est qu'une rectification ne peut être en principe publiée *qu'après une longue période*, au terme du procès qui opposera la victime à l'organe de presse. Cela vaut en particulier lorsque la personne visée par une communication erronée ne peut clairement et immédiatement en prouver l'inexactitude, mais doit passer par une procédure fastidieuse et incertaine. Une rectification ne pourra ainsi être portée à la connaissance du public que plusieurs mois après la diffusion de l'allégation incriminée; au lieu de corriger immédiatement l'impression créée par elle, elle risque encore d'en ranimer le souvenir et d'en aggraver les effets. La solution qui consiste à recourir aux mesures provisionnelles n'est pas satisfaisante non plus, puisqu'elle oblige le juge à se prononcer de manière très sommaire sur le principe de l'illicéité. Les effets de la décision ne peuvent pas être corrigés si celle-ci se révèle infondée¹⁹⁾.

Le second inconvénient est qu'une personne peut être touchée dans sa personnalité non seulement par des déclarations contraires à la vérité, au sens propre des termes, mais aussi par une *présentation unilatérale des faits*. Dans ces hypothèses, l'intéressé doit aussi pouvoir se défendre immédiatement. La protection à l'égard des médias ne doit donc pas seulement être limitée aux cas dans lesquels les allégations faites sont illicites.

C'est pour parer à ces inconvénients que le projet consacre un droit de réponse (*Gegendarstellungsrecht*)²⁰⁾ aménagé de manière simple dans ses conditions d'application et son exécution. La réponse devrait pouvoir être diffusée rapidement, sans intervention judiciaire. Pour être efficace, ce droit doit être reconnu, indépendamment du problème de l'illicéité, dès qu'une personne est directement touchée dans ses intérêts personnels. Cette solution, déjà proposée par la commission Lüchinger, a été largement approuvée dans la procédure de consultation, en dépit des critiques que lui ont adressées les milieux des médias. Elle tient en outre compte du point 3 de la motion Binder qui a été acceptée le 12 juin 1981 par le Conseil des Etats²¹⁾ et le 4 mars 1982 par le Conseil national.

Le droit de réponse ainsi conçu constitue le meilleur moyen permettant d'assurer la protection de la personnalité à l'égard des médias. Rétablissant une certaine égalité des armes, il donne à la personne concernée le droit de faire valoir devant le même public et par le même canal sa propre version des faits; une information est opposée à une autre information.

Il est vrai que l'obligation faite aux médias de diffuser la réponse les contraint à donner des informations qu'ils n'ont eux-mêmes pas rédigées et à en supporter les frais. Ces charges peuvent toutefois leur être imposées parce que le projet contient ce droit de réponse dans des limites étroites quant au fond et à la forme. De plus, par certains aspects, le droit de réponse assure à la collectivité une information aussi complète que possible, puisqu'il permet aux destinataires des médias de prendre également connaissance de la version de l'intéressé et de choisir la version qui leur paraît la plus crédible. L'objectivité de l'information en est ainsi accrue.

Si le droit de réponse n'était garanti jusqu'ici en Suisse par aucune disposition expresse de droit fédéral, cette institution n'est cependant pas totalement inconnue dans notre pays. *Diverses lois cantonales* sur la presse connaissent sous des formes diverses un droit de réponse ou un droit de rectification qui y correspond largement. C'est le cas des cantons des Grisons, de Schaffhouse, du Tessin et de Vaud²²⁾. Seul le droit de réponse réglé en détail dans la loi vaudoise du 14 décembre 1937 sur la presse joue aujourd'hui encore un certain rôle dans ce canton²³⁾.

Il faut enfin relever que *plusieurs organes de presse* ont de leur plein gré commencé à publier des réponses, sous une forme quelque peu différente. Le quotidien zurichois *Tages-Anzeiger* a ainsi spontanément décidé de garantir au lecteur qui se sent touché personnellement un droit de réponse gratuit²⁴⁾. En outre, la Société suisse de radiodiffusion et de télévision (SSR) a publié le 26 février 1981 des «Directives concernant le droit de réponse à la radio et à la télévision»²⁵⁾.

Dans leurs grandes lignes, ces textes s'inspirent en bonne partie précisément des solutions consacrées par le projet. Quoique limitées, les expériences faites jusqu'à présent sont satisfaisantes. La rédaction du *Tages-Anzeiger* et le service juridique de la SSR s'accordent à les résumer comme il suit:

- Le droit de réponse s'est introduit rapidement et sans difficulté majeure. La multiplication des cas que craignaient certains collaborateurs ne s'est pas produite, le nombre des requêtes présentées restant limité.
- La faculté de répondre a contribué à détendre les relations entre les entreprises de médias et les personnes concernées. Grâce à une réglementation simple et claire, il a aussi toujours été possible d'assurer un dialogue entre les intéressés.
- La prévision, selon laquelle le droit de réponse pourrait réduire le nombre des procès en protection de la personnalité, paraît se confirmer, en tout cas pour le *Tages-Anzeiger*. La personne qui s'estime touchée voit souvent dans le droit de réponse une bonne occasion de pouvoir elle aussi se faire entendre.

- Il paraît rétrospectivement justifié d'avoir dispensé la personne concernée de la preuve de l'illicéité.

Bien que les expériences faites par ces deux entreprises soient encore relativement nouvelles, elles mettent en évidence que la solution proposée tient équitablement compte des réserves souvent formulées et ne devrait pas conduire à une limitation substantielle de la liberté des médias.

134.22 Le droit de réponse en droit comparé *)

Le principe du droit de réponse est connu de la plupart des pays occidentaux. La majorité de nos pays voisins reconnaissent, pour le moins dans le domaine de la presse, un authentique droit de réponse sous des dénominations diverses (Entgegnungsrecht, Antwortrecht, diritto di risposta, right of reply). Il faut en outre relever que plusieurs pays connaissent un droit de rectification (Berichtigungsrecht, diritto di rettifica, right of correction). En revanche, on ne trouve que rarement un droit de réponse spécifique aménagé dans la loi pour d'autres entreprises que celles de la presse écrite. Toutefois, de nombreuses lois ou directives administratives à usage interne prévoient, dans l'intérêt des particuliers, la possibilité de faire rectifier des présentations de faits erronés ou trompeurs données sur les ondes²⁶⁾.

Le droit de réponse peut être en principe aménagé selon deux formes: la première a été choisie notamment par la France; la seconde, par la République fédérale allemande.

La réglementation française, qui remonte à 1822, ne fait pas de distinction entre l'affirmation d'un fait et l'expression d'une opinion, accordant un droit de réponse pour les deux cas. Elle prévoit des sanctions pénales à l'encontre de celui qui refuse de publier la réponse²⁷⁾.

La solution adoptée par la République fédérale allemande n'admet la réponse qu'à l'égard d'une affirmation de faits. L'expression d'une opinion ne peut donner lieu à une réponse. Cette législation, qui tire son origine de la loi badoise sur la presse de 1831, sanctionne en principe le refus de publier la réponse par des mesures de droit civil²⁸⁾.

134.23 Tendances internationales

Sur le plan international aussi, des efforts ont été entrepris en vue de consacrer et d'harmoniser un droit de réponse. Ainsi, en 1962, est entrée en vigueur la Convention de l'ONU du 31 mars 1953 relative au droit international de rectification³⁰⁾, que quatorze Etats ont signée jusqu'à ce jour³¹⁾. A cela s'ajoutent les travaux du Comité des ministres du Conseil de l'Europe en vue d'élaborer des principes minima relatifs à une législation sur le droit de réponse à la presse, à la radio et à la télévision; une résolution en ce sens a été adressée aux Etats membres, le 2 juillet 1974³²⁾. Il convient de relever que le droit de réponse proposé par le présent projet est, dans ses grandes lignes, conforme aux principes et aux règles minimales contenus dans cette résolution.

*) Voir tableau synoptique aux pages suivantes.

Tableau synoptique de différentes réglementations d'Europe occidentale en matière de droit de réponse²⁹⁾

	République fédérale allemande «Gegendarstellungsrecht»	France «droit de réponse»	France «droit de rectification»	Italie «diritto di risposta»	Luxembourg «droit de réponse»	Autriche (état le 1 ^{er} janvier 1982) «Entgegenungsrecht»	Portugal «rectificação ou aclaração»	Portugal «direito de resposta» et «direito de esclarecimento»	Espagne «derecho de réplica»	Espagne «derecho de rectificación»
Conditions:										
preuve de l'inexactitude ou atteinte à l'honneur ..	○	○	○	●	○	○	●	●	●	○
Ayants droit:										
personnes physiques ou morales	●	●	○	●	●	●	○	●	●	○
offices publics	●	●	●	○	●	●	●	○	○	●
Responsables:										
rédauteur responsable	●	○	○	●	○	●	○	○	○	○
rédauteur en chef	○	●	●	○	○	●	○	○	●	●
éditeur	●	○	○	●	●	●	●	●	○	○
Gratuité:										
en principe	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
pour un contenu limité	●	●	●	●	●	○	●	●	●	○
Forme de la réponse:										
écrite	●	○	○	○	○	●	●	●	●	○
avec signature	●	○	○	○	○	○	●	●	●	○
Droit de réplique refusé	○	○	○	○	○	○	●	●	●	●
Délais en mois	3	12	-	-	-	2	-	1	1	-

● = positivement prévu par la loi

○ = négativement ou non résolu par la loi

	République fédérale allemande « <i>Gedensarstellungsrecht</i> »	France « <i>droit de réponse</i> »	France « <i>droit de rectification</i> »	Italie « <i>diritto di risposta</i> »	Luxembourg « <i>droit de réponse</i> »	Autriche (état le 1 ^{er} janvier 1982) « <i>Entgegungsrecht</i> »	Portugal « <i>rectificação ou aclaración</i> »	Portugal « <i>direito de resposta</i> » et « <i>direito de esclarecimento</i> »	Espagne « <i>derecho de réplica</i> »	Espagne « <i>derecho de rectificación</i> »
Limites en cas de:										
critiques d'art ou scientifiques	○	●	○	○	○	○	○	○	●	○
atteintes au droit ou aux mœurs	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
reproductions sans commentaire de documents officiels	●	●	○	○	○	○	○	○	○	○
réponse en une autre langue	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
jugements de valeur et opinions	●	○	●	○	○	●	●	○	○	●
Exécution:										
par des voies civiles	●	○	○	○	○	○	●	●	○	○
par des voies pénales	○	●	●	●	●	●	●	●	●	●
sous menace d'amendes	○	●	●	●	●	●	●	○	●	●
sous menace de peines privatives de liberté ou d'interdictions professionnelles	○	○	○	●	○	○	○	○	●	●
soumise à un tribunal spécial	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○
soumise à une procédure rapide	●	○	○	○	○	●	●	●	○	○
Transmission aux héritiers	○	●	○	○	○	○	○	●	●	○
Application:										
à la radio et à la télévision	●	○	○	○	○	●	○	○	●	●
aux films	●	○	○	○	○	●	○	○	○	○
Libre publication par la radio et la télévision	○	○	○	○	○	○	○	○	○	○

- = positivement prévu par la loi
○ = négativement ou non résolu par la loi

134.3 Renonciation à d'autres dispositions spéciales applicables aux médias

L'avant-projet de la commission Lüchinger contenait deux autres règles spéciales applicables aux médias: l'une prévoyait de définir dans quelles conditions une publication est illicite; l'autre d'introduire une responsabilité sans faute. Le projet du Conseil fédéral renonce à l'une comme à l'autre.

On a objecté avec raison qu'une disposition qui proposerait une définition plus étroite de *l'état de fait illicite* dans le domaine des médias³³⁾ risquait de pétrifier une solution jurisprudentielle que l'évolution des faits et des idées pourrait rapidement dépasser³⁴⁾. Il est préférable, conformément à l'esprit général du code en la matière, de laisser plus de latitude au juge pour qu'il puisse, au vu de toutes les circonstances, pondérer les intérêts en jeu.

Cette disposition paraît d'autant moins nécessaire que le projet renonce à soumettre les entreprises de médias à une *responsabilité objective aggravée*, comme le proposait la commission Lüchinger³⁵⁾. Il est vrai qu'il existerait pour le faire de sérieuses raisons³⁶⁾: L'entreprise de média porte en elle-même un risque particulier qui tient notamment au fait que l'information qui atteint la personnalité touche, dans un laps de temps très court, un large cercle de personnes; il est de plus toujours difficile de retrouver l'auteur de l'atteinte et d'apporter la preuve de la faute qu'il a commise, compte tenu de la complexité de l'organisation. Néanmoins, le Conseil fédéral est d'avis que ce n'est ni le lieu ni le moment d'imposer aux médias – et aux seuls médias – cette responsabilité aggravée. La question posée touche en réalité un très grand nombre de techniques modernes présentant des caractéristiques comparables (p. ex. la production de masse de biens de toutes sortes). C'est pourquoi il est préférable d'attendre la révision du droit de la responsabilité qui se prépare, pour donner à tous ces problèmes une solution identique.

14 La protection des informations personnelles

Depuis la fin de la dernière guerre mondiale, l'exploitation systématique des informations personnelles a connu un *développement exceptionnel*. L'extension des relations commerciales, la découverte de nouvelles méthodes de vente et de gestion d'entreprise, l'essor du petit crédit, ainsi que l'augmentation constante des tâches de l'Etat, exigent en effet le rassemblement et le traitement, dans des cartothèques, d'une quantité toujours plus grande de renseignements ayant trait aux individus. L'avènement de l'électronique accélère encore ce développement.

Même si elle est nécessaire au progrès économique et social, cette évolution constitue une *menace pour l'individu*. Celui-ci perd peu à peu la maîtrise des informations qui le concernent, lorsque des fiches concernant sa personne ou son activité sont stockées à son insu et communiquées à des tiers sans son consentement. C'est pourquoi il convient de prendre à temps les mesures nécessaires pour protéger efficacement la vie privée des personnes, face à ce danger nouveau que constituent notamment les banques de données.

Conscient de cette nécessité, le conseiller national A. Bussey a déposé le 17 mars 1971 une *motion* par laquelle il demandait que soit élaborée une loi fédérale destinée à assurer la protection du citoyen et de sa sphère privée contre l'utilisation abusive de l'ordinateur³⁷⁾. Dans sa réponse, le Conseil fédéral s'est dit prêt à former une commission d'études et à lui soumettre les questions posées; il a obtenu de M. Bussey qu'il transforme sa motion en un postulat que le Conseil national a accepté le 11 décembre 1972. Cette première intervention parlementaire a été suivie de beaucoup d'autres, présentées sous des formes diverses, en particulier deux *initiatives* du conseiller national A. Gerwig³⁸⁾.

L'urgence du problème avait incité le Département fédéral de justice et police, en accord avec le Conseil fédéral, à donner à la commission d'experts chargée de la révision du droit de la personnalité (commission Lüchinger) le mandat d'examiner la question sous l'angle limité de la protection de la personnalité afin de proposer quelques règles minimales. La commission s'est acquittée de ce mandat en proposant deux dispositions: La première (art. 28k CC de l'avant-projet de 1975) rappelait le principe de la protection et introduisait un droit d'accès limité à l'endroit de ceux qui rassemblent des informations à l'intention des tiers; la seconde (art. 49^{bis}, 3^e al., CO de l'avant-projet de 1975) consacrait pour ces mêmes entreprises une responsabilité objective aggravée analogue à celle qui était imposée aux entreprises de presse³⁹⁾.

La *procédure de consultation* a permis de démontrer qu'à quelques exceptions près, personne ne conteste la nécessité et l'urgence d'une réglementation en la matière. La plupart des réponses relèvent également que la solution proposée reste insuffisante dans une optique générale et qu'elle ne peut en conséquence avoir sous cette forme qu'une portée provisoire.

L'évolution survenue entre-temps dans le domaine des banques de données a confirmé la nécessité d'édicter des dispositions complémentaires permettant d'assurer une protection efficace; elle montre qu'il est nécessaire pour cela de créer une *législation spéciale* du genre de celle qu'ont adoptée de nombreux Etats dont les structures économiques et sociales sont comparables aux nôtres⁴⁰⁾. C'est pour cette raison que le Département fédéral de justice et police a successivement mis en œuvre, en 1978 et 1979, deux commissions d'experts qu'il a spécialement chargées d'étudier les problèmes relatifs aux banques de données dans les secteurs public et privé, ainsi que de préparer une législation en la matière. Ces deux commissions sont présidées par le professeur M. Pedrazzini. Leurs travaux sont déjà avancés, au point que le Conseil fédéral a pu se fonder sur eux pour émettre le 16 mars 1981 ses «Directives applicables au traitement des données personnelles dans l'administration fédérale»⁴¹⁾.

L'importance et la difficulté des problèmes à résoudre appellent en effet une *solution globale*, utilisant conjointement tous les moyens que permettent d'engager les droits administratif, pénal et civil. La réalisation d'un objectif aussi ambitieux exige toutefois encore un certain temps, d'autant plus qu'on devra s'attendre à certaines résistances, en particulier de la part des milieux économiques.

Il a toutefois paru nécessaire, lors du nouvel examen de l'avant-projet de la commission Lüchinger et des résultats de la consultation, d'étudier une fois encore s'il n'était pas possible de déduire d'ores et déjà de la protection générale de la personnalité en droit privé *quelques principes généraux* applicables aux banques de données; c'est sur ces quelques principes que devait être ensuite développée une législation spéciale, qui ne les remettrait plus fondamentalement en cause. Cette manière de procéder paraissait d'autant plus indiquée que le Conseil fédéral avait déjà à diverses occasions déclaré qu'une protection efficace ne pourrait être en définitive garantie qu'en intégrant toutes les dispositions de droit pénal, de droit administratif et de droit civil poursuivant la protection de la personnalité⁴²⁾.

Le résultat des efforts entrepris dans ce sens par le groupe d'experts que présidait le professeur Tercier devait trouver son expression dans *trois dispositions nouvelles*: La première rappelait le principe général de l'application des règles sur la protection de la personnalité et explicitait certaines des mesures qui pouvaient être prises sur cette base; la deuxième imposait à certains exploitants de fichiers le devoir d'informer les personnes concernées de l'existence du fichier; la troisième consacrait, sous des formes quelque peu différenciées, le droit pour toute personne d'être renseignée sur le contenu des informations qui la concernent. Afin de renforcer ces deux dernières règles, le système était complété par une disposition pénale.

Il apparut toutefois, en cherchant à réaliser ce postulat pourtant simple et clair, qu'on n'échappait pas à la nécessité d'entrer plus avant dans le choix des positions.

Précisément lorsque l'on veut imposer un devoir d'information et un droit d'accès, il est indispensable, pour des motifs qui tiennent à la sécurité du droit et à la praticabilité du système, que chacun puisse clairement déduire des règles adoptées les cas qui échappent aux dispositions spéciales. En d'autres termes, il n'est pas possible de prévoir des règles fondant certaines mesures de défense, droit d'information et droit d'accès, sans se prononcer simultanément et de manière fondamentale sur la licéité de certaines activités liées au rassemblement des données.

L'adoption anticipée de quelques règles que la législation spéciale aurait dû ensuite développer devait constituer non le fondement sur lequel pouvait être édifiée cette législation, mais une réglementation partielle et provisoire que celle-ci devait dans les meilleurs délais remplacer. De l'avis du Conseil fédéral, quelle que soit l'urgence d'une intervention législative en la matière, on ne saurait procéder de la sorte en raison des charges qu'un tel système imposerait à la société, et plus particulièrement à l'économie.

2 Partie spéciale: Commentaire du projet

21 Remarques préliminaires

Sous la note marginale «Protection de la personnalité», le code civil contient actuellement quatre dispositions: les articles 27 et 28 en traitent de manière générale («En général»), le premier, sous le titre «Inaliénabilité» et le second,

sous le titre «Recours au juge»; les articles 29 et 30 traitent de la protection de la personnalité «Relativement au nom». La révision proposée ne concerne *que l'article 28* qui est la disposition fondamentale en la matière.

Les règles relatives au *nom* ne sont comme telles pas mises en cause. L'*article 30*, qui a déjà subi une modification lors de la révision du droit de la filiation⁴³⁾, ne concerne la protection de la personnalité que dans un sens particulier, puisqu'il traite du changement de nom. Quant à l'*article 29*, s'il concerne bien la «Protection du nom», il n'appelle aucune modification de fond. Tout au plus aurait-on pu se demander s'il n'eût pas été expédient d'adapter la rédaction du 2^e alinéa au nouveau texte des articles 28 ss, en particulier à l'énumération des actions proposées à l'*article 28a*. Cette remarque vaudrait en fait aussi pour de très nombreuses dispositions du droit privé; puisque la réglementation proposée n'apporte pas de modifications de fond, il ne paraît nécessaire de procéder actuellement à ces corrections.

Bien qu'il concerne également un élément de la protection de la personnalité au sens large, l'*article 27 CC* n'a pas été englobé non plus dans la révision. La disposition vise à empêcher qu'un individu ne s'engage de façon excessive dans la conclusion de contrats et ne limite ainsi par trop sa liberté. La règle se rapporte donc à des états de faits très différents de ceux qu'a en vue la révision. La formulation de la règle paraît d'ailleurs satisfaisante. Tout au plus est-il proposé de modifier la note marginale de l'*article 27*, de manière à mieux exprimer le contenu de la disposition. Il serait préférable en effet de parler de la protection de la personnalité «*Contre des engagements excessifs*» («*vor übermäßiger Bindung*»), afin de bien montrer la différence qui existe entre cette disposition et l'*article 28*.

22 Le principe de la protection (art. 28)

221 En général

Dans *sa teneur actuelle*, l'*article 28 CC* exprime de manière indirecte et incomplète le principe de la protection de l'individu contre toute atteinte illicite aux intérêts personnels: le 1^{er} alinéa se borne à reconnaître à «celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels» le droit de «demander au juge de la faire cesser», alors que le 2^e alinéa réserve les actions en dommages-intérêts et en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale, en les limitant «aux cas prévus par la loi».

Afin de mieux expliciter la règle dans la loi, il est proposé de dissocier d'une part le principe de la protection et d'autre part l'énumération des droits que peut en déduire la victime d'une atteinte. Cette formulation s'impose aussi par le fait que les diverses actions sont décrites de manière plus détaillée. Il en découle que la matière est répartie en *deux dispositions*: l'*article 28*, qui exprime le «principe», ne fait que reconnaître à la victime le droit d'agir, alors que l'*article 28a* énumère précisément les «actions» mises à sa disposition⁴⁴⁾.

Quant au principe, il est lui-même exprimé par *deux règles complémentaires*: la première énonce que celui qui est atteint dans sa personnalité peut en principe agir en justice et exercer les actions énumérées par l'*article 28a*; la seconde

règle énumère les conditions auxquelles, par exception à la première, une atteinte à la personnalité n'est pas illicite parce que l'auteur peut invoquer en sa faveur un motif justificatif. Cette présentation correspond aux solutions qui sont déjà appliquées actuellement dans d'autres lois⁴⁵⁾. Elle présente l'avantage d'exprimer la priorité qui revient au droit de la personnalité: celui qui prétend avoir le droit d'y porter atteinte doit apporter la preuve du motif qu'il invoque⁴⁶⁾. Il n'empêche que les deux aspects sont complémentaires et expriment ensemble un seul et même principe.

222 L'atteinte à la personnalité (1^{er} al.)

L'article 28, 1^{er} alinéa, répond aux *quatre questions* suivantes:

- 1° Qui peut invoquer la protection de la personnalité?
- 2° Contre qui peut-elle être invoquée?
- 3° A quelles conditions peut-elle l'être?
- 4° Quels sont les droits que peut en déduire la victime?

222.1 Le titulaire du droit

La protection de la personnalité peut être invoquée par *toute personne* («celui qui»). Il peut donc s'agir d'une personne physique ou d'une personne morale. Cette protection appartient d'abord à la *personne physique* (art. 11 CC), de sa naissance à sa mort. Après sa mort, ses proches peuvent encore agir en leur propre nom pour atteinte aux sentiments de piété familiale; il n'a pas paru nécessaire d'exprimer ce principe, que la jurisprudence déduit aujourd'hui déjà de l'article 28 CC⁴⁷⁾.

En vertu de l'article 53 CC, «*les personnes morales* peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme...». Il a toujours été admis que c'était le cas pour les droits de la personnalité. Il en découle que les personnes morales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, peuvent très généralement invoquer en leur faveur la protection assurée par l'article 28 CC⁴⁸⁾. Il n'en va différemment que pour les qualités qui appartiennent en propre à la personne humaine, notamment l'intégrité corporelle et la vie⁴⁹⁾. Une fondation, une association ou une société commerciale peut donc agir en tant que telle, si elle est atteinte de manière illicite; elle a également le droit d'agir si ses membres sont atteints dans leur personnalité et qu'elle a précisément pour but la défense de leurs intérêts⁵⁰⁾.

Bien qu'elles ne soient pas à proprement parler des personnes morales, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite doivent pouvoir invoquer cette protection, puisque la loi leur reconnaît l'exercice des droits civils dans les rapports externes (voir art. 562 et 602 CO)⁵¹⁾.

C'est en revanche à dessein que le projet renonce à reconnaître la qualité pour agir à *des entités qui n'ont pas la jouissance des droits civils*. C'est le cas par exemple d'une société simple, d'un conseil d'administration, d'un gouvernement, d'une assemblée, d'un groupe ethnique ou social non organisé. Il est

possible que, dans certaines hypothèses, il convienne, pour des raisons pratiques, de reconnaître à ces entités le droit d'agir comme telles. Ces cas ne paraissent toutefois pas suffisants pour justifier que l'on remette en cause sur ce point les principes généraux de la personnalité civile. Au reste, il est presque toujours possible, suivant la nature des personnes visées et des atteintes commises, que l'action soit intentée par la personne morale dont le groupe fait partie ou par les membres qui le composent.

222.2 L'auteur de l'atteinte

L'article 28 définit également la qualité pour défendre à l'action en protection de la personnalité, en autorisant la victime d'une atteinte à agir «*contre toute personne qui y participe*». Il peut à nouveau s'agir ou d'une personne physique ou d'une personne morale.

La formule doit être prise dans son sens le plus large: *toute personne* dont la collaboration cause, permet ou favorise une atteinte à autrui a qualité pour défendre aux actions en protection de la personnalité, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait commis de faute. La seule collaboration porte en effet (objectivement) atteinte, même si son auteur ne s'en rend pas compte ou ne peut même pas le savoir. Il importe en effet que la victime puisse agir contre quiconque, sans exclure certains groupes ou subordonner pour eux l'action à des conditions plus restrictives. Il est toutefois rappelé que le cercle des personnes qui ont qualité pour défendre en prévention, en cessation ou en constatation de l'atteinte, n'est pas nécessairement identique à celui des personnes qui peuvent être appelées à répondre du préjudice causé; c'est pour celles-ci qu'il faut en effet un fondement spécial résidant en principe dans une faute (art. 41 CO).

Il est donc en soi possible que la victime choisisse, pour des motifs divers, d'agir contre une personne qui ne joue dans l'atteinte *qu'un rôle secondaire*. Cette solution pourrait être fâcheuse pour le défendeur; en fait, il ne faut toutefois pas exagérer l'importance de ce risque car le demandeur a en principe tout intérêt à rechercher la ou les personnes qui, par le rôle qu'elles tiennent, sont les mieux placées pour faire effectivement cesser l'atteinte et réparer le préjudice causé. Ainsi devrait-on voir s'instaurer, contrairement à ce qui se passe dans la responsabilité dite du fait des produits, une certaine canalisation spontanée de la protection juridique. La victime peut donc par exemple aussi agir contre l'employeur de la personne qui porte directement l'atteinte, dans la mesure où, par son abstention, il y collabore⁵²⁾.

Le projet renonce également à prévoir un régime particulier pour le domaine *des médias*, régime comparable, par exemple, à celui que consacrent l'article 4 LCD en cas de concurrence déloyale ou l'article 27 CP en cas de responsabilité pénale. On ne voit pas en effet pour quelle raison il y aurait lieu de reconnaître des privilèges particuliers en ce domaine⁵³⁾. La victime doit pouvoir agir contre toute personne qui lui porte atteinte et il lui appartient à elle seule de choisir celle contre laquelle elle entend procéder. Il est probable que, pour des raisons pratiques, elle s'en prendra immédiatement à la personne qui, par la position qu'elle occupe, est la mieux à même de faire cesser l'atteinte et par la suite d'endosser la responsabilité pour le préjudice qui a été causé.

Il est vrai que l'éditeur ou le rédacteur pourraient souhaiter de leur côté pouvoir intervenir au procès, même s'il est intenté contre une personne qui a contribué non à la réalisation mais à la diffusion de la publication en cause. Ainsi, en ce qui concerne le problème de l'illicéité du contenu de la publication, l'éditeur ou le rédacteur peuvent vouloir défendre leurs intérêts et tenter d'influencer un jugement qui pourrait en pratique avoir une certaine portée préjudicielle.

Outre le fait que le risque de voir s'engager un procès de presse duquel seraient exclus, à leurs dépens, l'éditeur ou le rédacteur est relativement faible, il peut être encore réduit de diverses manières: d'abord, et dans la mesure où le prévoit la procédure cantonale, il est possible de faire intervenir au procès celles des personnes qui y ont principalement intérêt, que ce soit par dénonciation du litige ou par intervention⁵⁴; ensuite, il reste possible aux éditeurs de s'assurer par la voie contractuelle que, si une personne participant à la diffusion est recherchée dans un procès en protection de la personnalité, elle a l'obligation d'en informer immédiatement l'éditeur pour que celui-ci puisse sauvegarder ses intérêts en ce qui concerne le contenu de la publication contestée.

Si la protection peut être invoquée contre toute personne, elle ne peut l'être que sur la base du *droit privé*. Il est exclu par conséquent qu'une personne invoque l'article 28 à l'encontre de l'Etat ou d'une collectivité publique agissant dans le cadre de ses attributions. Sans doute le 2^e alinéa de la disposition énumère-t-il l'intérêt public au nombre des faits justificatifs; mais il s'agit seulement de donner à des sujets de droit privé qui peuvent se prévaloir d'un intérêt public le droit de justifier les prétendues atteintes qu'ils portent.

222.3 Les conditions de la protection

La protection est ouverte à celui qui subit une *atteinte illicite à sa personnalité*. La formule contient deux affirmations: la première est que toute personne est protégée dans sa personnalité; la seconde, que toute atteinte à sa personnalité est en principe illicite.

Le projet renonce à l'expression «intérêts personnels» (*persönliche Verhältnisse*), parce qu'elle n'est pas suffisamment imagée. Il est proposé de la remplacer par le terme général de la «*personnalité*» (*Persönlichkeit*), consacrée aujourd'hui déjà dans l'expression «droit de la personnalité» et dans le langage courant.

La notion doit être prise dans un sens large, englobant *tous les biens qui appartiennent à une personne du fait de son existence*, qu'il s'agisse de valeurs physiques, psychiques, morales ou sociales⁵⁵. Les contours de la personnalité ne peuvent ni ne doivent être tracés de manière trop rigide. Il appartient au juge, au fur et à mesure de l'évolution des conceptions sociales et des dangers naissant, d'en compléter le contenu, comme cela a été le cas jusqu'à présent.

On peut toutefois se demander si cette reconnaissance générale d'un droit de la personnalité n'appelle pas une *concrétisation* des biens protégés. En dépit des avantages que pourrait procurer cette formule, le Conseil fédéral renonce à faire figurer une telle énumération dans son projet. D'abord, parce que celle-ci

n'aurait qu'une signification limitée si elle se bornait à rappeler les droits traditionnellement admis (la vie, l'intégrité physique, psychique et morale, la vie privée, l'honneur, la liberté). Ensuite, parce que toute tentative pour compléter la liste⁵⁶⁾ en reconnaissant de «nouveaux droits» appellerait de nombreuses précisions qui alourdiraient le texte de la loi (cf. art. 1^{er} LCD) et pourraient à la limite en freiner l'évolution. C'est pourquoi il est préférable de s'en tenir à une formule abstraite et générale, afin de laisser à la jurisprudence toute latitude.

222.4 Le contenu de la protection

Dans le contexte de l'article 28, la protection de la personnalité consiste en ceci que la victime peut *s'adresser au juge* pour qu'il impose à l'auteur de l'atteinte un comportement respectueux des droits d'autrui.

La formulation de la disposition est très proche de l'ancienne version; la seule différence réside dans le fait que le nouvel article ne se borne pas à traiter de l'action en cessation du trouble, mais qu'il annonce les différentes actions qui seront énumérées dans la disposition suivante.

Il est rappelé que l'article 28 CC n'est *qu'une des dispositions* permettant de protéger la personnalité. Il existe dans notre ordre juridique un très grand nombre de règles dont le but principal est précisément de garantir, sous des aspects particuliers et dans des contextes différents, certains droits de la personnalité. C'est notamment le cas des lois sur la concurrence déloyale, sur les cartels et sur la protection de la propriété immatérielle.

De même est-il rappelé que la victime d'une atteinte illicite peut parfois invoquer son droit *sans recourir au juge*. C'est le cas lorsque sont remplies les conditions de la légitime défense ou de l'état de nécessité (cf. art. 52 CO, 701 CC). Ces hypothèses sont précisément réglées par d'autres dispositions et ne doivent pas être spécialement rappelées dans ce contexte.

Le projet renonce également à consacrer un droit général au «*libre développement de la personnalité*» comme le proposait la commission Lüscher⁵⁷⁾. Une telle formule a paru à la fois trop vague et trop dangereuse, dans la mesure où elle outrepasserait les limites du droit privé. Une règle générale, comme celle de l'article 28 CC, ne peut servir qu'à protéger une personne contre les atteintes que les tiers peuvent lui porter. Ces atteintes peuvent aussi provenir d'abstention et, dans cette mesure, la règle sert aussi au libre développement de la personne. Il paraît en revanche exclu, sur une base aussi vague, de reconnaître en plus à tout individu le droit d'exiger des autres qu'ils collaborent par des prestations positives au développement de sa personnalité.

223 L'illicéité de l'atteinte (2^e al.)

Le 2^e alinéa de l'article 28 poursuit un *double but*: il commence par affirmer le principe selon lequel toute atteinte à la personnalité est en principe illicite; il énumère ensuite les motifs justificatifs que peut invoquer l'auteur d'une atteinte.

La formule ne fait que reprendre, en les exprimant de manière plus claire, *les principes qui ont déjà cours actuellement*⁵⁸⁾. Du point de vue de la méthode, il est d'abord mis en évidence que toute atteinte à la personnalité, considérée comme un droit absolu opposable à quiconque, est en principe illicite. Il est clair qu'en présence d'atteintes aux droits immatériels de la personnalité (p. ex. le droit à la sphère intime, à l'honneur, à la liberté), il est malaisé de tracer de façon abstraite les limites de la protection face aux intérêts (publics et privés) qui leur sont opposés. Cette délimitation doit se faire de cas en cas par une pondération des intérêts en présence et en tenant compte de toutes les circonstances concrètes. On mettra ainsi en balance les intérêts qu'a la personne lésée au respect de sa personnalité et l'intérêt qu'a l'auteur de l'atteinte à pouvoir librement agir. Si l'intérêt auquel prétend celui-ci est prépondérant, l'illicéité de l'acte – admise dans un premier temps – est en quelque sorte «levée». Les motifs justificatifs ne peuvent toutefois, eux non plus, être définis dans la loi d'une manière exhaustive. Le projet se borne à cet égard à une énumération générale, renvoyant aux dispositions qui traitent, de manière spéciale, de ces différents motifs.

Les *trois motifs justificatifs* énumérés par la disposition ont un caractère très général et se recoupent partiellement. L'illicéité est levée lorsque la victime y a donné son consentement, pour autant cependant que celui-ci fût valable (art. 27 CC). De manière générale, celui qui, sans pouvoir se prévaloir d'une disposition légale, peut invoquer en sa faveur un intérêt privé ou public supérieur à celui de la victime, est en droit d'agir; il appartient en dernière analyse au juge de trancher cette question, en pesant les intérêts en présence. Enfin, il est des cas dans lesquels la loi donne expressément à une personne le droit d'agir, par exemple en cas de légitime défense ou d'état de nécessité (art. 52 CO).

Le projet renonce en outre à exprimer spécialement le principe de l'illicéité *pour les atteintes par la voie des médias*. La formule proposée par la commission Lüchinger⁵⁹⁾ qui correspondait à celle du Tribunal fédéral⁶⁰⁾ a été abandonnée pour divers motifs: comme nous l'avons déjà démontré, elle est dangereuse, dans la mesure où elle cristallise une jurisprudence qui peut encore varier et soulève en elle-même divers problèmes d'interprétation; ensuite cette définition donne la fausse impression de créer pour la presse un droit spécial, alors qu'elle ne fait que concrétiser un principe général; enfin et surtout, une telle disposition spéciale est rendue inutile du fait que le projet renonce à instaurer pour les médias une responsabilité objective particulière.

23 Les actions spécifiques (art. 28a)

23.1 En général

Dans sa *teneur actuelle*, l'article 28 consacre l'action en cessation du trouble (1^{er} al.) et mentionne les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral (2^e al.), en renvoyant aux cas particuliers prévus par la loi. La jurisprudence a en outre dégagé du 1^{er} alinéa une action en prévention du trouble et une action en constatation de droit⁶¹⁾.

Ce système n'est pas fondamentalement modifié dans le projet, mais il est *clarifié et complété*. Le 1^{er} alinéa énumère les actions typiques en protection de la personnalité; le 2^e alinéa précise certaines modalités des conclusions que peut prendre le demandeur; le 3^e alinéa réserve les actions qui peuvent être intentées pour tenter de supprimer les conséquences qu'une atteinte à la personnalité peut avoir sur le patrimoine et le bien-être de la victime.

232 Les actions en protection de la personnalité (1^{er} al.)

Les actions en protection de la personnalité sont données à toute personne qui est «atteinte dans sa personnalité». Le terme «atteinte» (Verletzung) doit ici être pris dans son sens large, car il vise aussi bien celui qui est effectivement atteint que celui qui n'est que menacé: la menace d'une violation de la personnalité est en fait déjà une forme d'atteinte au sens large, comme l'existence d'un trouble consécutif à une violation qui a pris fin continue de léser la personne.

Le projet reprend, en les précisant, les *trois actions* qui ont été jusqu'ici reconnues, savoir les actions en prévention, en cessation et en constatation du caractère illicite de l'atteinte. Chacune de ces actions concerne un moment différent de l'atteinte: la prévention, avant qu'elle ne se produise; la cessation, alors que l'atteinte dure encore; la constatation du caractère illicite, lorsque, l'atteinte proprement dite ayant pris fin, il subsiste un trouble que la victime entend lever.

Ces trois actions ont souvent un caractère complémentaire et il sera difficile de délimiter le champ d'application exact de chacune d'elles. La question n'a d'ailleurs guère d'importance pratique, puisque les trois actions sont pour le reste soumises à la même condition, savoir que le demandeur établisse une atteinte illicite à sa personnalité.

L'*action en prévention de l'atteinte* (Unterlassungsanspruch)⁶²⁾ est donnée chaque fois qu'une personne est menacée d'une atteinte. La victime peut demander au juge qu'il ordonne à l'auteur, avec l'aide des autorités publiques, notamment sous la menace de sanctions pénales (art. 292 CP), de s'abstenir de faire cette atteinte. L'action n'est ouverte que si le demandeur y a un intérêt; il faut par conséquent qu'il démontre l'imminence d'une menace sérieuse.

L'*action en cessation de l'atteinte* (Beseitigungsanspruch)⁶³⁾ est donnée lorsqu'une personne est l'objet d'une atteinte actuelle, qui dure encore. La victime peut demander au juge qu'il ordonne à l'auteur, si cela est nécessaire sous la menace de sanctions pénales (art. 262 CP), qu'il mette fin à l'atteinte. Il peut ensuite demander l'intervention de la force publique pour obtenir l'exécution de la décision. L'action suppose par conséquent que l'atteinte constitue un état qui dure encore et auquel il est possible de mettre un terme (p. ex. retrait d'un livre, saisie d'une photo, destruction d'une fiche).

L'*action en constatation du caractère illicite* (Feststellungsanspruch) est donnée lorsque l'atteinte proprement dite ne peut plus être supprimée, mais qu'il importe à la victime de mettre fin au trouble qui subsiste. C'est le cas par

exemple d'une publication qui a déjà été diffusée. Selon la jurisprudence⁶⁴, cela suppose que la victime démontre l'existence d'un trouble consécutif à l'atteinte. Dans cette mesure, elle présente une évidente parenté avec l'action en cessation du trouble dont elle constitue en quelque sorte le prolongement. Celle-ci n'est donnée selon le projet que si l'atteinte génératrice du trouble dure encore, alors que celle-là suppose que l'atteinte ait pris fin, et qu'il subsiste un trouble que la constatation judiciaire du caractère illicite de l'atteinte initiale permet de faire cesser, au besoin à l'aide d'une publication ou d'une autre forme de communication (2^e al.).

Il ne s'agit cependant que d'une modalité de l'action générale en constatation de droit, qu'elle n'entend nullement supplanter. Il reste donc notamment possible à toute personne de demander au juge qu'il constate si l'acte qu'elle se propose de faire constitue une atteinte illicite aux intérêts personnels. Cette action reste soumise aux règles ordinaires en ce qui concerne la procédure et le for.

233 Quelques modalités des actions (2^e al.)

Selon le 2^e alinéa de l'article 28a, la victime peut demander au juge de faire *connaître à des tiers* l'illicéité de l'atteinte, et, par ce biais, de corriger l'impression dommageable laissée dans le public. Le cercle des destinataires de la communication peut varier, suivant les cas. On peut atteindre ainsi certaines personnes déterminées (lettre ou circulaire), un groupe de personnes déterminé (affichage ou lecture lors d'une assemblée) ou encore le public en général (diffusion par les médias). Ces moyens de droit supplémentaires sont déjà appliqués dans le droit actuel, principalement en relation avec l'action en cessation de l'atteinte⁶⁵; rien n'empêche cependant le demandeur de recourir à ce moyen pour prévenir une atteinte ou mettre fin au trouble qui subsiste par une action en constatation de droit, au sens entendu plus haut. Cette solution est aujourd'hui déjà consacrée par plusieurs dispositions en relation avec certains aspects particuliers de la protection de la personnalité⁶⁶.

Pour que le juge accepte d'ordonner une mesure de ce genre, il faut que le demandeur l'en ait *requis*. Il faut en outre que celui-ci démontre que la mesure est effectivement propre à supprimer l'atteinte dont il se plaint et qu'elle n'a pas un caractère purement vexatoire pour l'auteur.

Le demandeur peut choisir *la solution qu'il juge préférable*. Il peut demander que la publication soit ordonnée directement par le juge, qui en fera supporter les frais au défendeur, ou qu'elle soit autorisée par lui, le demandeur se chargeant alors de faire communiquer le texte aux frais du défendeur. A noter que, dans un cas comme dans l'autre, la publication d'un jugement ne peut être ordonnée qu'à l'égard d'un éditeur qui a été condamné par le juge. Faute de base légale, il n'est pas possible d'obliger un organe de presse, non partie au procès, à publier un texte, s'il s'y refuse⁶⁷.

Le contenu de cette communication sera également fixé en considération de toutes les circonstances, de manière à atteindre le but recherché qui est de supprimer l'atteinte ou le trouble qu'elle a créé. Il pourra d'abord s'agir de

tout ou partie du jugement condamnant le défendeur. Il pourra ensuite s'agir d'une déclaration permettant de rectifier celle qui a été faite; cette déclaration peut émaner, suivant les cas, de l'auteur de l'atteinte, de la victime ou même éventuellement d'un tiers.

234 La réserve des autres actions (3^e al.)

L'article 28a, 2^e alinéa, dans sa teneur actuelle, mentionne, dans le contexte de la protection de la personnalité, les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, mais en les limitant aux «*cas prévus par la loi*». La limitation n'a plus guère de sens, compte tenu du fait que la loi consacre de manière très générale et la réparation du dommage (art. 41 CO) et la réparation du tort moral (art. 49 CO)⁶⁸.

Ces actions, si elles complètent bien le système de la protection de la personnalité, n'en ressortissent pas moins avant tout au *droit de la responsabilité civile*. C'est pourquoi il est préférable de se borner à les réserver. Il faut en déduire que les dispositions qui suivent sur le for et les mesures provisionnelles ne s'appliquent qu'aux actions en protection de la personnalité, à l'exclusion de celles qui sont réservées par l'article 28a, 3^e alinéa, si la victime les fait valoir indépendamment d'une action spécifique en protection de la personnalité. Lorsque, dans la loi, il est question d'actions «en protection de la personnalité», il ne peut donc s'agir que des actions en prévention, en cessation et en constatation de droit, mentionnées à l'article 28a, 1^{er} alinéa.

Il est possible que l'auteur d'une atteinte illicite réalise un gain qui dépasse le dommage que peut avoir subi la victime. Pour ces hypothèses, la jurisprudence admet aujourd'hui déjà que la victime peut réclamer *la remise du gain*, conformément aux règles sur la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO)⁶⁹. La commission Lüchinger avait proposé de consacrer ce droit en créant une nouvelle action en «remise du gain»⁷⁰. Il paraît préférable de renoncer en l'état à introduire une disposition de ce genre: d'abord, parce qu'elle a un caractère général qui n'en limite pas l'application à la violation des droits de la personnalité, mais s'étend à tout gain réalisé en violation des droits immatériels d'autrui; ensuite, parce qu'il est difficile d'intégrer cette action dans les règles actuelles de la responsabilité civile et qu'on ne pourrait résoudre ce problème qu'en modifiant ces règles de manière plus étendue; enfin et surtout, parce que les principes qui président cette action sont encore contestés, surtout en ce qui concerne l'exigence d'une faute⁷¹. C'est la raison pour laquelle il est préférable de se borner à réserver cette possibilité, en rappelant l'existence des règles sur la gestion d'affaires.

24 Le for (art. 28b)

241 Le principe (1^{er} al.)

Comme cela a déjà été développé dans la partie générale du message (voir ch. 133.1), celui qui veut agir en vertu de l'article 28 CC est tenu d'intenter action au domicile du défendeur. Cette solution est insatisfaisante à maints égards. Le projet prévoit donc des règles spéciales de for.

Ces règles n'ont toutefois de portée *qu'à l'intérieur du territoire*. Le projet renonce à introduire une règle spéciale pour l'hypothèse où ni le demandeur ni le défendeur n'ont de domicile en Suisse; il s'agit d'une question ressortissant au droit international de procédure, lui-même en révision⁷²⁾.

Dans plusieurs lois fédérales⁷³⁾ qui poursuivent un but analogue à celui des actions en protection de la personnalité, il est prévu que le demandeur a le droit d'agir, non seulement au domicile du défendeur, mais également devant le juge du *lieu de commission de l'acte*. Il faut entendre par là le lieu où l'atteinte a été commise ainsi que celui où le résultat s'est produit, dans la mesure où il ne s'agit pas du même endroit. Si cette solution ne soulève pas en principe de difficulté, elle est gênante lorsque l'atteinte a été portée par les médias; elle revient alors à reconnaître à la victime le droit d'agir pratiquement à n'importe quel endroit en Suisse, puisque le résultat peut s'être théoriquement produit partout où il a été possible de recevoir le journal ou l'émission. Il en résulte une certaine insécurité et on ne peut exclure le risque de voir la victime choisir le for de manière arbitraire, au gré de considérations étrangères à la cause («Forumshopping»).

Pour éviter cette difficulté, le Conseil fédéral estime préférable de renoncer au for du lieu de commission de l'acte pour reconnaître de manière générale *le for du domicile du demandeur*. Le requérant peut ainsi agir, non seulement au domicile du défendeur, mais à son propre domicile; c'est là un avantage notable, notamment parce que le demandeur peut rechercher à ce for tous les auteurs de l'atteinte sans égard à leur domicile.

Il ne pourrait y avoir de difficultés que dans les hypothèses où le demandeur voudrait faire exécuter par l'autorité publique une mesure à un endroit qui n'est ni le domicile du demandeur ni celui du défendeur. Ces cas paraissent toutefois plus théoriques que pratiques.

La solution présente en outre l'avantage *de la clarté et de la simplicité*, le for étant déterminé à partir de notions connues, qui ne laissent guère de place à l'insécurité. Un «for volant» est ainsi exclu.

242 Le for des actions jointes (2^e al.)

Comme la règle de for ne s'applique qu'aux actions en protection de la personnalité, le for des actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise de gain reste soumis aux *règles ordinaires*, qu'elles découlent du principe général de l'article 59 est., ou de dispositions spéciales (p. ex. art. 84 LCR).

Le projet ménage toutefois *une exception*, pour des motifs évidents d'économie. Il arrive parfois que la victime d'une atteinte agisse en protection de la personnalité, par exemple en vue de la faire cesser, et qu'elle entende prendre simultanément des conclusions tendant à la réparation du préjudice causé par cette même atteinte. Il est normal dans ce cas que le juge amené à statuer sur l'action en cessation du trouble puisse également se prononcer sur les actions en réparation du préjudice ou en remise du gain puisqu'il connaît tous les éléments de l'affaire. C'est pourquoi il a été nécessaire de prévoir que, si le

demandeur choisit d'agir à son propre domicile, il peut aussi y prendre des conclusions en réparation du préjudice ou en remise du gain provenant de l'atteinte. Comme on l'a déjà relevé, la règle proposée est conforme aux principes actuels de la constitution (voir ch. 133.1). Cette précision est inutile en revanche lorsque le demandeur agit au domicile du défendeur puisqu'on applique à ces cas les règles ordinaires.

Cette solution n'existe cependant qu'autant que les différentes actions sont intentées *simultanément*. Si l'on renonçait à cette condition, on consacrerait en fait un for nouveau pour toutes les actions en réparation du préjudice découlant d'une atteinte à la personnalité, ce qui irait bien au-delà de l'objectif visé. Le for spécial ne se justifie que pour les actions en réparation du préjudice ou en remise du gain qui sont liées à une action en protection de la personnalité. C'est le cas aussi longtemps que, selon la procédure cantonale, le demandeur peut prendre des conclusions nouvelles. S'il agit par la suite, le demandeur ne peut le faire qu'au domicile du défendeur, conformément aux principes ordinaires (art. 59 cst.).

25 Les mesures provisionnelles (art. 28c à 28f)

251 En général

Les articles 28c à 28f du projet proposent, comme nous l'avons dit dans la partie générale de ce message (voir ch. 133.2), une *réglementation fédérale*, pour l'essentiel calquée sur les dispositions correspondantes de la loi fédérale de procédure civile fédérale (LPC) (art. 79 ss). Le projet ne s'écarte des solutions prescrites par cette loi que dans la mesure où cela paraît justifié par les particularités du droit de la personnalité.

Le projet se limite volontairement à l'*essentiel*. Il ne faut pas s'immiscer plus que de mesure dans le droit de procédure cantonal et laisser à celui-ci le soin de prévoir une réglementation détaillée. De même paraît-il superflu de rappeler dans le code civil la compétence complémentaire des cantons, ainsi que cela a été fait dans quelques lois spéciales⁷⁴.

Pour ces raisons, le projet ne consacre *que quatre articles* à ce problème: le premier (art. 28c) énonce les conditions et les mesures, le deuxième (art. 28d) règle la procédure, le troisième (art. 28e) concerne l'exécution des décisions et le quatrième (art. 28f) a trait à la réparation du préjudice causé par la mesure.

252 Les conditions (art. 28c)

Sous la note marginale de «Conditions», l'article 28c traite en fait de *trois problèmes* différents: il commence par énoncer les conditions générales mises à l'octroi de mesures provisionnelles; il énumère ensuite certaines des mesures que peut ordonner le juge; il réserve enfin une solution spéciale à l'admission de certaines mesures provisionnelles requises à l'endroit des médias à caractère périodique.

252.1 Les conditions générales (1^{er} al.)

Comme c'est toujours le cas en la matière, celui qui entend obtenir une mesure provisionnelle doit *rendre vraisemblable* qu'il est ou sera l'objet d'une atteinte illicite à sa personnalité⁷⁵⁾. Il n'est donc pas nécessaire d'apporter la preuve qu'il y a eu atteinte et qu'elle est illicite; le juge peut et doit se contenter d'une simple vraisemblance.

La mesure n'est prononcée que si *deux conditions* sont remplies: 1^o Il faut que le juge considère qu'il est vraisemblable que les conditions de la protection de la personnalité, telles qu'elles sont énoncées par l'article 28, sont réunies. 2^o Il faut que, en l'absence d'une telle mesure, celui qui est l'objet de l'atteinte subisse un préjudice difficilement réparable⁷⁶⁾.

A noter que le juge peut subordonner la décision sur mesures provisionnelles à la constitution par le requérant *d'une garantie*, prévue par l'article 28d, 3^e alinéa (voir ch. 253.2).

252.2 Les principales mesures (2^e al.)

Le 2^e alinéa de l'article 28c énumère *deux des mesures* que le juge est autorisé à prendre. Rien ne l'empêcherait d'en prendre d'autres sur la base du seul droit fédéral, pour autant qu'elles poursuivent directement la protection de la personnalité du requérant. La première de ces mesures, qui vise la conservation de preuves, ne soulève pas de difficulté particulière, car on la retrouve dans la plupart des règles de procédure.

La seconde tend à l'exécution provisoire du jugement. Pour garantir une protection efficace de la personnalité, il faut que le juge puisse aussi prononcer *l'exécution provisoire* d'une décision de prévention ou de cessation de l'atteinte⁷⁷⁾. Or, l'atteinte à la personnalité, compte tenu de la nature du bien atteint, entraîne le plus souvent des préjudices graves dont il est presque toujours certain qu'ils ne pourront plus être réparés intégralement. C'est dire que l'institution de mesures provisionnelles peut jouer dans ce domaine un rôle d'une importance tout à fait fondamentale.

252.3 La réglementation particulière aux médias (3^e al.)

Si l'on appliquait strictement le dernier principe énoncé aux atteintes portées par les médias, le juge civil pourrait indirectement exercer *une forme de censure*. Il suffirait à celui qui craint les effets d'une déclaration dont il sait qu'elle sera diffusée de requérir du juge l'interdiction de la diffusion, en rendant vraisemblable l'atteinte à sa personnalité. Si le juge de son côté tend à reconnaître systématiquement une certaine priorité aux droits de la personnalité⁷⁸⁾, il fera aisément droit à la requête. Semblable procédure porte atteinte à la liberté des médias et fait peser sur les médias une menace grave et constante. Ce risque est accru si l'on tient compte du fait que l'institution peut être utilisée abusivement, par exemple à seule fin de retarder de quelques jours une information présentant une actualité particulière. Or, il est difficile au juge des

mesures provisionnelles d'apprécier si la requête est ou non abusive; dans le doute, il pourrait être tenté de se prononcer pour une interdiction.

C'est pour ces raisons que le projet introduit une disposition spéciale en *faveur des médias à caractère périodique*. Il subordonne à des conditions qualifiées l'adoption d'une décision ordonnant à titre provisionnel la prévention ou la cessation d'une atteinte. Sans doute appartiendrait-il au juge, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, de pondérer les intérêts en présence. Pour lever toute hésitation, la loi indique clairement que le juge, en rendant sa décision, doit tenir compte en particulier du rôle important reconnu dans notre état de droit à la liberté des médias. S'agissant cependant d'une règle exceptionnelle, il importe de la réserver aux médias pour lesquels elle présente une justification particulière. C'est le cas selon le projet pour les médias à caractère périodique, c'est-à-dire ceux dont les diffusions sont régulières⁷⁹). Ce régime se justifie pour eux par deux motifs principaux: d'abord parce que c'est à leur endroit que le risque d'intervention est le plus grand et le plus grave; ensuite parce que l'effet de ce régime spécial, qui privilégie les médias au détriment de la personne concernée, est en partie compensé par l'obligation qu'ont ces mêmes médias de publier gratuitement la réponse que présente cette personne (art. 28g).

Conformément à son but, cette réglementation couvre *toutes les activités spécifiquement liées aux médias*, de la recherche des informations à leur diffusion⁸⁰). De même peut-elle être invoquée par toute personne dont l'activité est elle aussi liée aux médias.

Le 3^e alinéa énonce *trois conditions* pour qu'une mesure provisoire puisse être ordonnée à l'encontre des médias à caractère périodique:

- 1^o Il faut que l'atteinte soit de nature à causer non seulement un préjudice difficilement réparable, mais encore un préjudice particulièrement grave. Cet élément de gravité peut résulter notamment de l'ampleur de la diffusion.
- 2^o Il faut que la justification de l'atteinte ne semble manifestement pas donnée. C'est le cas d'abord si la déclaration n'est pas justifiée en fait, notamment parce qu'elle est à l'évidence inexacte; c'est le cas ensuite si la déclaration n'est pas justifiée en droit, notamment parce qu'il n'existe manifestement aucun intérêt public à la diffusion.
- 3^o Il faut que la mesure ne paraisse pas disproportionnée. Les conséquences que peut avoir pour l'intimé la mesure, sur le plan financier ou sur le plan journalistique, ne paraissent pas excessives par rapport aux conséquences que pourrait avoir pour le requérant la lésion alléguée.

Il est encore rappelé que cette particularité ne concerne que la procédure de mesures provisionnelles. Les règles ordinaires sont normalement applicables aux médias *dans le procès au fond* que peut tenter la victime indépendamment ou à la suite d'une mesure provisionnelle.

253 La procédure (art. 28d)

Comme le texte ne contient aucune règle spéciale de *for*, on applique le principe défini par l'article 28b: le juge compétent est donc, au choix du

demandeur, celui de son domicile ou celui du domicile du défendeur. Pour le reste, il faut se reporter aux dispositions du droit cantonal qui précise quel est le juge compétent.

De même, conformément au système général, la *procédure* est d'abord régie par les cantons. Le projet se borne à énoncer deux principes généraux relatifs, le premier, au droit d'être entendu, et le second, au droit d'exiger des sûretés du requérant.

253.1 Le droit d'être entendu (1^{er} et 2^e al.)

Le principe énoncé par l'alinéa premier de l'article 28d ne soulève aucune difficulté particulière: Il fait obligation au juge d'*entendre l'autre partie* avant de prononcer une mesure provisionnelle⁸¹⁾.

Comme il n'est pas toujours possible d'entendre la partie intimée avant de prononcer une mesure provisionnelle, il faut également reconnaître au juge le droit de prononcer des *mesures d'urgence*, par quoi l'on entendra les mesures prises sans que l'autre partie ait été entendue. Ce droit porte à son tour une grave atteinte à un principe fondamental de procédure. Il y a lieu par conséquent de clairement exprimer qu'il doit rester exceptionnel. C'est pourquoi il doit être (absolument) impossible au juge d'entendre l'autre partie avant de rendre une décision; conformément aux règles générales, il importe cependant que l'autre partie soit ensuite le plus rapidement entendue pour vérifier si la mesure est justifiée.

Pour éviter que le requérant ne soit tenté de ne déposer sa requête qu'au moment où il est certain qu'il sera impossible au juge d'entendre l'autre partie, le projet apporte une *réserve* au principe énoncé: Le juge doit refuser d'ordonner la mesure sans avoir entendu l'autre partie si le requérant a manifestement tardé à agir. Il s'agit en fait d'une concrétisation de l'interdiction générale de l'abus de droit statuée à l'article 2, 2^e alinéa CC, avec cette précision que la sanction du retard consiste en la perte du droit au fond. C'est pourquoi le juge ne doit user de ce droit que s'il est convaincu que la requête est abusive.

253.2 La prestation de sûretés (3^e al.)

Les mesures provisionnelles peuvent causer au défendeur un préjudice si elles sont infondées. C'est pourquoi le juge peut astreindre le requérant à fournir des sûretés. Ce principe est très généralement admis en procédure⁸²⁾ et il n'appelle pas de commentaires particuliers. Le sort de ces sûretés en cas de rejet de l'action est réglé à l'article 28f, 3^e alinéa (voir ch. 255.3).

254 L'exécution (art. 28e)

L'article 28e traite de *deux questions* liées à l'exécution de la décision du juge: le 1^{er} alinéa se rapporte à l'exécution de la décision par les autorités cantonales, et le 2^e alinéa, à la validation de la mesure par une action consécutive.

254.1 L'exécutabilité (1^{er} al.)

Si l'on veut garantir l'exécution des mesures provisionnelles, il est nécessaire d'*uniformiser les conditions* de cette exécution. Il n'y a pas de difficulté particulière lorsque les mesures provisionnelles sont exécutées par les autorités du canton dans lequel elles ont été ordonnées. Il en va différemment dans les autres cas. En effet, il n'est pas évident que le principe énoncé à l'article 61 cst. s'applique également aux décisions de mesures provisionnelles, surtout tant qu'elles ne sont pas définitives⁸³⁾.

C'est pour lever cette hésitation que l'alinéa 1 de l'article 28e prévoit que les décisions en mesures provisionnelles seront exécutées *dans tous les cantons* comme le sont des jugements. Les autorités publiques d'un canton ont en conséquence l'obligation de prêter leur concours à l'exécution d'une mesure ordonnée par le juge d'un autre canton selon la procédure suivie pour l'exécution du jugement.

254.2 La validation de la mesure (2^e al.)

Par définition, les mesures ordonnées par le juge n'ont qu'un caractère provisoire. Elles ont été rendues au terme d'une procédure simplifiée, quand ce n'est pas sur simple présentation de la requête (mesures d'urgence). Il est par conséquent nécessaire que le requérant fasse valider ces mesures par un *procès au fond*.

Il n'y a pas de difficultés lorsque l'action a déjà été introduite. Si ce n'est pas le cas, il faut obliger le requérant à agir au fond pour faire valider sa requête. Tout en laissant au juge le soin de fixer le délai dans lequel l'action doit être introduite, le projet propose de le fixer au maximum à *trente jours*. Si, à l'expiration de ce délai, le requérant n'a pas intenté action au sens du droit fédéral, la mesure est caduque et l'intimé a notamment le droit de faire l'acte qui lui avait été interdit.

Il est vrai que dans certains cas le requérant n'a *aucun intérêt* à agir au fond parce que la mesure provisionnelle lui a permis d'atteindre le résultat qu'il escomptait; ainsi lorsqu'il entendait simplement qu'il soit sursis à une publication compromettante ou à un acte qui ne pouvait avoir lieu qu'à une manifestation déterminée. Dans ce cas, le requérant n'utilisera pas le délai de trente jours et la mesure deviendra automatiquement caduque. C'est précisément dans ces hypothèses qu'il serait expédient d'obliger le requérant à fournir une sûreté selon l'article 28d, 3^e alinéa, de manière à ce que le bien-fondé des mesures puisse être tout de même examiné dans une procédure ultérieure, liée à la libération des sûretés selon l'article 28f, 3^e alinéa. Avec ou sans sûretés, la personne lésée par la mesure provisionnelle ne pourra en faire examiner le bien-fondé que dans une action en réparation du préjudice fondée sur l'article 28f.

Ainsi qu'il a été dit, le projet ne reprend *pas toutes les règles applicables* aux mesures provisionnelles. Selon les principes ordinaires, le juge peut, de son propre chef ou sur requête des parties, revenir sur sa décision lorsque les

circonstances se sont modifiées ou les révoquer lorsqu'elles se révèlent après coup injustifiées.

255 La réparation du préjudice (art. 28f)

Il est possible que les mesures causent à l'intimé un préjudice économique ou moral. L'article 28f traite de ces cas: le 1^{er} alinéa énonce les conditions de la réparation; le 2^e alinéa fixe la compétence judiciaire; quant au 3^e alinéa, il traite de la relation qui existe avec les sûretés que peut avoir fournies le requérant.

255.1 Les conditions de la réparation (1^{er} al.)

Si l'on appliquait à la réparation de ce préjudice les règles ordinaires du droit des obligations, l'intimé n'aurait droit à une indemnité que s'il parvenait à prouver que le requérant a agi de mauvaise foi ou du moins avec légèreté (art. 41 CO). Cette solution présente l'inconvénient majeur de faire supporter à l'intimé le préjudice que les mesures, même infondées, ont causé, lorsque le requérant n'a pas commis de faute. C'est pourquoi plusieurs lois fédérales, de même que certaines lois cantonales, ont retenu la solution inverse et font supporter *au requérant* la réparation du préjudice causé par des mesures infondées, même s'il n'a pas commis de faute⁸⁴⁾.

C'est également cette solution que consacre en principe le projet. Celui qui requiert et obtient des mesures provisionnelles en vue d'une prétention qui se révèle par la suite infondée est tenu de réparer le préjudice ainsi causé à l'autre partie. C'est le cas lorsque l'action au fond intentée auparavant ou dans le délai fixé par le juge (art. 28e, 2^e al.) est définitivement rejetée. Si le requérant néglige ou refuse d'agir au fond, il appartient au juge saisi de l'action en réparation du préjudice d'examiner préalablement si la mesure était fondée.

Si elle était cependant appliquée strictement, la disposition pourrait constituer un obstacle supplémentaire au fonctionnement des règles sur la protection de la personnalité. Celui qui est l'objet d'une atteinte pourrait dans ces conditions hésiter à demander des mesures provisionnelles en raison du risque qu'il peut courir, au cas où sa prétention se révélerait par la suite infondée et deviendrait l'objet d'une action en dommages-intérêts. C'est pour tenir compte de ce risque que la disposition, à l'instar de la solution retenue par le législateur zurichois⁸⁵⁾, permet au juge *de réduire ou de refuser* toute indemnité, lorsque le requérant n'a pas commis de faute ou n'a commis qu'une faute légère. Sans doute une telle formule laisse-t-elle une large place au pouvoir d'appréciation du juge, mais il est apparu que c'était la seule permettant de tenir équitablement compte des intérêts en présence.

Pour le reste, la réparation de ce préjudice est soumise aux *règles ordinaires* des articles 42 ss CO. Il en va ainsi notamment pour les dispositions sur la preuve du dommage (art. 42), la fixation de l'indemnité (art. 43 et 44) et la prescription (art. 60).

255.2 La compétence judiciaire (2^e al.)

L'action en réparation du préjudice doit être portée, conformément aux principes ordinaires, devant le *juge du domicile du défendeur* (art. 59 cst.). Toutefois, pour des raisons pratiques évidentes, il est apparu que le demandeur à l'action en réparation du préjudice causé par les mesures provisionnelles devait également pouvoir agir au lieu où ces mesures avaient été ordonnées. Cette règle n'a de portée pratique que dans les hypothèses où les mesures ont été ordonnées par le juge du domicile du demandeur. Celui-ci doit aussi pouvoir agir à *son propre domicile*.

La compétence à raison de la matière reste fixée par les cantons. Le juge compétent pour connaître de l'action en réparation du préjudice ne sera donc pas nécessairement celui qui a ordonné les mesures provisionnelles.

255.3 La libération des sûretés (3^e al.)

Les sûretés que le requérant a été contraint de fournir en vertu de l'article 28d, 3^e alinéa, sont destinées à garantir la réparation du préjudice que peut avoir subi l'intimé, au cas où les mesures se révèlent infondées. Les sûretés seront naturellement *libérées* si l'action intentée est admise, ce qu'il paraît inutile de préciser dans la loi.

Il en va différemment lorsque l'action est rejetée ou que la mesure, faute d'action, devient caduque (art. 28e, 2^e al.). C'est pourquoi il est nécessaire de prévoir que les sûretés ne seront libérées que s'il est établi que le défendeur ne réclamera pas la réparation de son préjudice. Si celui-ci refuse de se prononcer, le demandeur peut inviter le juge des mesures provisionnelles à fixer à l'autre partie un délai pour intenter action en réparation du préjudice. Si ce délai est expiré sans que l'action ait été ouverte, les sûretés sont automatiquement libérées. Cette solution correspond à celle qui est très généralement consacrée⁸⁶⁾.

26 Le droit de réponse (art. 28g à 28l)

261 En général

D'un point de vue dogmatique, le droit de réponse proposé ne constitue pas simplement une variante de l'action en cessation de l'atteinte. Au sens traditionnel, cette action suppose en effet dans tous les cas une atteinte illicite à un droit de la personnalité. La question de l'illicéité doit donc toujours être éclaircie, ce qui prend souvent beaucoup de temps, même dans une procédure sommaire. En revanche, grâce à l'institution du droit de réponse, on obtient que la version opposée à celle qui a été diffusée puisse être publiée immédiatement, en principe sans intervention judiciaire.

Comme il est difficile cependant, notamment en raison de la diversité des médias et des langues dans notre pays, d'adopter des solutions rigides, le projet laisse une certaine place au pouvoir d'appréciation. On peut cependant s'atten-

dre à ce que, après une période d'introduction, le système fonctionne sans difficulté particulière.

Le projet consacre *cinq dispositions* à l'institution⁸⁷⁾ : la première (art. 28g) énonce le principe et les conditions générales mises à la reconnaissance du droit; la deuxième (art. 28h) règle la forme et le contenu de la réponse; la troisième (art. 28i) décrit la procédure à suivre pour la reconnaissance du droit; la quatrième (art. 28k) décrit les modalités de la diffusion; la dernière (art. 28l) présente les voies que doit suivre l'auteur de la réponse qui n'a pas obtenu satisfaction pour obtenir une intervention judiciaire.

262 Le principe (art. 28g)

L'article 28g énonce le principe et répond aux *deux questions* suivantes :

- 1° Quel est le champ d'application de la règle?
- 2° A quelles conditions une déclaration faite par les médias ouvre-t-elle le droit de réponse?

262.1 Le champ d'application de la règle

Pour que le droit de réponse ait un sens, il faut qu'il soit possible d'atteindre *par les mêmes voies* les personnes qui ont eu connaissance de l'allégation incriminée. Cela n'est possible qu'avec les médias à caractère périodique⁸⁸⁾.

C'est pourquoi le droit de réponse n'est pas ouvert par exemple contre la projection d'un film de fiction ou un documentaire dans une salle publique, la publication d'un livre isolé ou la distribution d'une circulaire. La périodicité ne doit cependant concerner que le moyen de diffusion utilisé, mais non l'article ou l'émission dans laquelle se trouvait l'allégation critiquée.

A dessein, le projet renonce à parler seulement «de presse, de radio et de télévision», et il adopte le terme plus général de «médias» (cf. déjà art. 28c, 3^e al.): d'une part, parce qu'il n'est pas exclu que le droit de réponse ne puisse être appliqué à d'autres médias qui ne correspondent pas nécessairement à la définition ordinairement donnée à la presse, à la radio et à la télévision; d'autre part, parce qu'on ignore encore l'évolution que prendront les médias, évolution qui pourrait amener des formes nouvelles en dehors de la presse, de la radio et de la télévision.

262.2 Les conditions du droit de réponse (1^{er} al.)

Le projet ne consacre pas un droit de réponse général. Il ne suffit donc pas qu'une personne soit nommée pour qu'elle ait le droit de répondre. Il faut qu'elle ait été *directement touchée dans sa personnalité* («in seiner Persönlichkeit unmittelbar betroffen») ⁸⁹⁾. Cette restriction s'explique déjà par l'appartenance du droit de réponse au droit de la personnalité. Le droit de réponse ne permet pas d'intervenir contre toute communication fautive ou déplaisante. Il ne peut être exercé par une personne que si la relation qui est donnée de faits la

concernant ne correspond pas à sa propre version et de plus se rapporte à sa personnalité telle qu'elle est protégée par le droit. Ce sera en particulier le cas lorsque cette relation laisse d'elle dans le public une image peu favorable.

Cela dit, il n'est pas nécessaire que la déclaration incriminée soit illicite. Il suffit qu'elle touche la personnalité, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la présentation des faits remplit en plus effectivement la condition d'illicéité. Sans doute, dans de nombreux cas, la présentation sera aussi illicite, par exemple parce qu'elle est manifestement inexacte ou malveillante. Cependant, la présentation unilatérale de certains faits peut donner au public une image fausse, sans que cette présentation soit nécessairement illicite⁹⁰⁾.

Le droit de réponse n'existe qu'en ce qui concerne la présentation «*de faits*» (Tatsachen). Il est exclu par conséquent de répondre à un commentaire ou à un jugement de valeur; celui qui est ainsi touché dans son honneur ne peut qu'agir par le biais de la rectification (art. 28a, 2^e al.), qui suppose prouvée l'illicéité de l'atteinte selon l'article 28. Sans doute la distinction entre «*fait*» et «*opinion*» peut poser dans certains cas des difficultés de délimitation. Ces difficultés ne sont cependant pas insurmontables, si l'on adopte le critère selon lequel les faits désignent tout ce qui peut ou pourrait être prouvé. Au reste, la distinction est déjà courante en droit pénal et n'a pas soulevé jusqu'ici de difficultés majeures⁹¹⁾.

Le droit de réponse existe chaque fois qu'il y a eu «*présentation*» (Darstellung) de faits. Il ne s'agit donc pas seulement de déclaration au sens propre, mais de toute allusion qui peut, dans l'esprit du lecteur, de l'auditeur ou du spectateur, se rapporter à la personne concernée. Ce peut être le cas également d'une photo, d'un film, d'un dessin, pour autant toujours qu'ils se rapportent à des faits.

Peu importe en revanche le contexte ou les conditions dans lesquelles cette relation a été faite. En d'autres termes, le droit de réponse n'est pas donné seulement à l'encontre des déclarations qui ont été faites dans la partie rédactionnelle d'un journal ou d'un programme radiophonique. Il est bien plus donné *pour toute présentation* faite par le moyen du journal, de la radio ou de la télévision, même si elle est le fait d'un tiers ou si elle figure dans la partie publicitaire⁹²⁾.

262.3 Exclusion du droit de réponse (2^e al.)

Reprenant une règle souvent énoncée, le projet introduit néanmoins une limitation importante: il exclut le droit de réponse lorsque le média s'est borné à reproduire fidèlement *les débats publics d'une autorité* (art. 28g, 2^e al.)⁹³⁾. La règle a le même fondement que l'article 27, 5^e alinéa CP. Il faut éviter en effet que le média soit obligé, lorsqu'il reproduit fidèlement des propos tenus au Parlement ou au prétoire, de répondre pour des propos tenus dans un contexte officiel dont il est en droit de rendre compte, comme de permettre à ceux qui y participaient de poursuivre les débats en utilisant le droit de réponse.

Cette exclusion ne vaut cependant qu'autant que la personne touchée dans sa personnalité a effectivement *participé aux débats* de cette autorité. Il en irait

différemment par conséquent pour celui qui, sans participer personnellement au débat, fait l'objet de déclarations reproduites dans la presse.

263 Forme et contenu (art. 28h)

263.1 Les conditions relatives à la forme et au contenu de la réponse (1^{er} al.)

Afin d'empêcher une utilisation abusive du droit de réponse, il est exigé d'abord que la réponse soit présentée par écrit et qu'elle soit *brève*. Le projet renonce à fixer des règles strictes sur la longueur de la réponse, car la solution dépend largement des circonstances concrètes⁹⁴). Il faut toutefois reconnaître à l'auteur de la réponse le droit de rappeler brièvement l'objet de la déclaration incriminée et d'exposer clairement sa version des faits.

La réponse doit ensuite «*se limiter à l'objet de la présentation contestée*»⁹⁵). Le droit de réponse ne doit pas être conçu comme le droit général accordé à toute personne d'exprimer gratuitement son opinion par le canal des médias. Destiné à protéger la personnalité, il ne doit concerner que les faits dont la présentation est contestée; l'auteur doit pouvoir présenter au public sa propre version des faits, en opposition ou en complément à celle qui a déjà été donnée.

263.2 Les limitation relatives au contenu de la réponse (2^e al.)

Même si les conditions de l'article 28g sont remplies, le droit de réponse peut être refusé dans les conditions énumérées par le 2^e alinéa de l'article 28h. Cette disposition énonce une *limite générale*, déduite des principes généraux du droit: La réponse peut être refusée lorsque l'auteur porte atteinte au droit ou aux mœurs⁹⁶).

C'est notamment le cas lorsque la réponse est *manifestement inexacte*. Il ne faut pas en effet que l'institution soit utilisée à fin contraire et qu'au lieu d'informer correctement le public, elle revienne à permettre à toute personne de diffuser des informations inexactes. L'exception doit être cependant interprétée de manière restrictive, ce que veut exprimer l'adverbe «manifestement».

Bien que le texte ne le dise pas expressément, la réponse peut toujours être refusée si elle est *manifestement abusive*. Il s'agit d'une application de l'interdiction générale de l'abus de droit figurant à l'article 2, 2^e alinéa, CC. Il faut, pour que l'organe de presse puisse l'invoquer, que celui qui veut répondre n'y ait aucun intérêt et qu'il cherche manifestement par ce biais à poursuivre d'autres fins. Ce pourrait être le cas par exemple de celui qui agit dans un but purement publicitaire ou de celui qui entend poursuivre dans la presse un débat mené dans un autre contexte.

Le droit de réponse ne peut être non plus utilisé lorsque le contenu de la réponse serait *contraire au droit ou aux mœurs*. C'est le cas notamment lorsque le contenu de la réponse constitue une infraction pénale ou porte atteinte aux droits de la personnalité d'autrui. Le refus de la réponse est d'autant plus justifié que l'entreprise de presse est responsable à l'égard des tiers de toutes les déclarations qu'elle diffuse, même d'une lettre de lecteur⁹⁷).

La disposition décrit les *deux étapes* de la procédure d'exercice du droit de réponse. Il faut d'abord que la personne concernée demande à l'entreprise de diffuser sa réponse; il faut ensuite que celle-ci se prononce à ce sujet.

264.1 La demande de diffusion (1^{er} al.)

De manière à lever toute incertitude à ce sujet, il faut que celui qui veut répondre en fasse *la demande* à l'entreprise. Il doit pour cela rédiger sa réponse par écrit et en faire parvenir le texte à l'entreprise. Une simple réclamation imprécise ou une communication par téléphone ne suffisent donc pas.

La demande doit être adressée à *l'entreprise qui porte la responsabilité de la diffusion*. En matière de presse, il est toujours possible de déterminer l'entreprise responsable. L'article 322 CP exige en effet que tout imprimé indique le nom de l'éditeur, le nom de l'imprimeur et le lieu d'impression. La situation n'est en principe pas différente en ce qui concerne les médias électroniques. Il est vrai que l'article 322 CP ne s'applique pas à la radio et à la télévision. La position de monopole de fait de la SSR permet toutefois une identification aisée. Si cette situation devait se modifier dans un proche avenir, il conviendrait d'introduire dans la concession des dispositions analogues à l'article 322 CP.

Pour que la réponse ait encore un sens, il faut qu'elle soit diffusée peu de temps après la présentation incriminée. C'est pourquoi le projet fixe un *double délai*⁹⁸⁾: le premier, de vingt jours à compter de celui où la personne concernée a eu connaissance de la déclaration incriminée, correspond au temps pour réagir à la présentation incriminée, prendre une décision à ce sujet et préparer le texte de la réponse; le second délai, de trois mois à compter du jour de la diffusion, correspond au temps durant lequel il paraît encore possible que la réponse poursuive le but que lui assigne le législateur. Il s'agit dans les deux cas de délais de péremption qui, comme tels, ne peuvent être ni interrompus, ni prolongés.

Passés ces délais, la personne concernée ne peut plus exiger la diffusion de sa réponse. Elle peut en revanche toujours tenter d'obtenir une condamnation de l'entreprise selon les règles générales (art. 28 et 28a), condamnation éventuellement assortie d'une obligation de publier le jugement ou une rectification (art. 28a, 2^e al.), si les conditions en sont remplies.

264.2 La décision de l'entreprise (2^e al.)

A réception de la demande, l'entreprise doit à son tour *se déterminer*. Si elle décide de diffuser la réponse, elle doit informer immédiatement l'auteur du moment de la diffusion afin que celui-ci puisse prendre connaissance des conditions dans lesquelles elle a été faite. Si l'entreprise rejette la demande, il faut également qu'elle communique cette décision à l'intéressé en en précisant

les motifs. Celui-ci pourra, s'il l'estime nécessaire, s'adresser immédiatement au juge afin d'obtenir la reconnaissance de son droit (cf. art. 28l).

La décision doit être prise *le plus rapidement possible* («sans délai»). Le projet renonce à fixer à cet égard un délai, considérant que les circonstances du cas peuvent varier suivant le type de publication ou de diffusion. Le délai peut être d'un jour ou même de quelques heures pour un quotidien ou une émission journalière et il peut être d'une ou de quelques semaines pour un hebdomadaire ou une revue paraissant mensuellement ou trimestriellement.

Si l'entreprise *ne réagit pas* dans le délai qui paraîtrait adapté, il faut considérer qu'elle refuse de diffuser la réponse. L'auteur de celle-ci peut en conséquence saisir le juge (cf. art. 28l, et ch. 265).

On peut imaginer que, dans certains cas, l'entreprise, si elle accepte en principe de publier une réponse, conteste certains aspects du texte préparé ou propose même un contre-projet. Il appartiendra alors aux deux parties de trouver *une formule acceptable pour l'une et l'autre*. Si l'auteur de la réponse considère que les réserves de l'entreprise correspondent à un refus, il peut toujours saisir le juge (art. 28l).

En soi, il est souhaitable qu'avant de prendre sa décision, le responsable de l'entreprise entende l'auteur de la déclaration incriminée et les autres personnes directement intéressées à sa diffusion. Il ne s'agit là cependant que d'une question interne à l'entreprise, qui pourrait être rendue obligatoire soit par voie contractuelle, soit par l'introduction d'une disposition spéciale dans le droit du contrat de travail. Ce n'est de toute façon pas ici le lieu où introduire une règle de ce genre.

265 La diffusion (art. 28k)

Le but de l'article 28k est de préciser de manière simple quelles sont les conditions dans lesquelles doit avoir lieu la diffusion de la réponse. Il s'agit en particulier de savoir:

- 1° Quand et sous quelle forme la diffusion doit être faite,
- 2° Dans quelle mesure l'entreprise peut immédiatement répliquer, et
- 3° Qui en supporte les frais.

265.1 Les modalités de la diffusion (1^{er} al.)

Le texte de la réponse doit être communiqué au public *de manière adéquate*, selon la nature de l'entreprise visée: S'il s'agit d'une entreprise de presse, la réponse sera publiée. S'il s'agit de la radio ou de la télévision, elle sera lue par un journaliste ou un présentateur; il n'est pas question de reconnaître à la personne le droit de lire elle-même sa déclaration.

Le projet renonce délibérément à édicter des règles spéciales et complètes pour fixer *les conditions* dans lesquelles doit avoir lieu la diffusion. L'essentiel, pour que le but soit atteint, est que la réponse soit diffusée de manière à atteindre autant que possible le même cercle de personnes qui a eu connaissance de la

présentation incriminée. S'il s'agit d'une entreprise de presse, la réponse doit être publiée dans des conditions aussi favorables que celles dont peut avoir bénéficié la présentation incriminée, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'elle devra toujours figurer à la même place dans les mêmes caractères⁹⁹. Ces remarques valent par analogie pour l'exercice du droit de réponse à la radio ou à la télévision¹⁰⁰.

Le projet renonce également à fixer un délai. Il se borne à préciser que la réponse doit être rendue publique «*le plus tôt possible*». Comme il importe que la réponse s'adresse au même public, elle ne doit pas nécessairement être publiée dans le prochain numéro du journal ou diffusée lors de la prochaine émission.

265.2 Le droit limité de répliquer (2^e al.)

Afin d'empêcher qu'une réponse ne soit diffusée de façon à passer inaperçue, le projet prévoit qu'elle doit être *désignée comme telle*. Si elle le juge utile, l'entreprise peut y ajouter un titre de nature à rappeler l'objet de la présentation contestée, pour autant que, ce faisant, elle ne dénature pas le sens de la réponse.

Les médias ont *le droit de répliquer*, mais seulement dans une mesure limitée. Ils peuvent d'abord prendre position sur la version des faits présentée dans la réponse et indiquer, mais sans commentaire, s'ils en admettent (totalement ou partiellement) le contenu ou si au contraire ils maintiennent la présentation qu'ils ont personnellement donnée. Ils peuvent ensuite indiquer les sources sur lesquelles ils peuvent s'être fondés, qu'il s'agisse d'un document, de la déclaration d'une personne qu'ils désignent ou plus simplement de l'origine de l'information.

Pour éviter que certaines entreprises, en répliquant à la réponse, ne réduisent par trop les effets du droit de réponse, le projet interdit en revanche d'accompagner celle-ci *d'un commentaire ou d'une véritable réplique* («Redaktionschwanz»). Si on l'admettait, on courrait le risque de voir certaines entreprises décourager, par le fond ou la forme des répliques, ceux qui entendraient lui demander la diffusion d'une réponse. L'égalité des armes, pour avoir un sens, implique que l'entreprise diffuse la réponse sans commentaire immédiat¹⁰¹. Sans doute s'agit-il là d'une certaine limitation pour les médias. Celle-ci se justifie toutefois par le besoin de protection de la personne. Elle est au reste relative, puisque le journaliste garde le droit d'une part de prendre position et de citer ses sources et d'autre part de revenir sur la question, s'il le juge utile, dans une édition ou une émission ultérieure.

265.3 La gratuité de la réponse (3^e al.)

Les fondements du droit de réponse interdisent que l'on fasse supporter à l'auteur les frais de la diffusion. C'est pourquoi le projet précise que la diffusion est gratuite. Il s'agit bien d'une obligation financière imposée à la presse, mais elle se justifie en contrepartie des avantages dont celle-ci jouit par rapport aux particuliers.

Lorsque l'entreprise refuse de diffuser la réponse ou qu'elle s'exécute dans des conditions qui ne correspondent pas aux exigences légales, l'auteur doit pouvoir s'adresser au juge et lui demander d'ordonner la diffusion de la réponse¹⁰²).

Le *juge compétent* (2^e al.) est le même que celui qui connaît des actions en protection de la personnalité (art. 28b).

Le projet renonce à prévoir *un délai* pour la requête, compte tenu du fait qu'il appartient au requérant de faire diligence pour que sa réponse puisse être diffusée le plus rapidement possible. Celui qui tarde manifestement à réagir exprime qu'il renonce à exercer son droit. Il ne lui reste alors que la possibilité de demander au juge de faire diffuser une rectification, dans le cadre d'une action en cessation de trouble ou en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a, 2^e al.), ce qui implique alors la preuve de l'illicéité.

Toujours dans le même but, il importe que le juge puisse statuer le plus rapidement possible. C'est pourquoi le projet, reprenant les formules adoptées dans certains textes récents (cf. p. ex. art. 280, 1^{er} al., CC et 343 CO), oblige les cantons à soumettre les litiges à une *procédure simple et rapide* (3^e al.).

S'il admet que les conditions d'exercice du droit de réponse étaient remplies, le juge condamne *l'entreprise* à diffuser la réponse, sous menace des sanctions pénales de l'article 292 CP. Comme il s'agit d'une action visant à corriger immédiatement la présentation erronée des faits qui n'exige pas que soient administrées des preuves sur le problème de l'illicéité, le juge qui statue sur l'exercice du droit de réponse ne doit pas fixer un délai pour l'action principale. L'ayant droit reste néanmoins autorisé à intenter dans une procédure ordinaire une action en constatation ou en suppression de l'atteinte.

Au cas où une entreprise de presse s'opposerait *systématiquement* à l'exercice du droit de réponse, les ayants droit ne pourraient agir qu'en réparation du préjudice supplémentaire qui leur aurait été ainsi causé. Si la mesure devait néanmoins se révéler insuffisante, il y aurait lieu de compléter le droit civil par des dispositions de droit administratif, voire de droit pénal.

27 La réparation du tort moral (art. 49 CO)

271 En général

Dans sa *teneur actuelle*, l'article 49 CO énumère les deux actions complémentaires que peut intenter celui qui est victime d'une «Atteinte aux intérêts personnels» (note marginale). Il s'agit d'une part de l'action en dommages-intérêts et d'autre part de l'action en réparation du tort moral, qui est subordonnée à la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.

Le projet renonce à reprendre dans ce contexte l'action en *dommages-intérêts*. Celle-ci est en effet consacrée, de manière générale, par l'article 41 CO. La réparation du dommage y est subordonnée notamment à l'exigence de l'illicéité de l'atteinte. Or, celle-ci est donnée chaque fois qu'une personne porte atteinte

à la personnalité d'autrui sans pouvoir se prévaloir d'un motif justificatif. Il est en conséquence inutile de rappeler cette action dans le contexte de l'article 49 CO. Cette disposition doit être réservée à la réparation du tort moral.

Le principe de la réparation du tort moral n'est *pas contesté*, en dépit des réserves que l'institution a toujours soulevées¹⁰³⁾. On ne peut en effet rester indifférent aux souffrances morales subies par la victime, même s'il n'existe aucun moyen adéquat permettant à proprement parler de les réparer. La loi doit prévoir une solution pour des atteintes particulièrement graves et se satisfaire d'une réparation, aussi imparfaite soit-elle.

Le projet reprend pour l'essentiel la *solution actuelle*, mais il en modifie partiellement la formulation et supprime l'une des restrictions encore mises à son exercice.

272 Les conditions de la réparation (1^{er} al.)

La première condition mise à l'octroi d'une réparation morale est que la victime ait subi *un tort moral*. Il s'agit des souffrances physiques, psychiques et morales que la victime subit à la suite d'une atteinte illicite à sa personnalité¹⁰⁴⁾.

En droit actuel, la réparation n'est admise que si elle est justifiée par la *gravité particulière du préjudice subi* (cf. également art. 29, 2^e al., CC). Le projet reprend cette condition qui exprime le caractère particulier de l'institution. Il n'y a lieu d'allouer à la victime une somme d'argent à titre de réparation morale que si les souffrances qu'elle a subies dépassent par leur intensité celles qu'une personne doit être en mesure de supporter seule, sans recourir au juge, selon les conceptions actuellement en vigueur.

Le caractère exceptionnel de l'institution postule aussi que l'on tienne compte des *autres satisfactions* que la victime peut déjà avoir obtenues de l'auteur. Le principe en est déjà acquis aujourd'hui¹⁰⁵⁾. Il peut inciter l'auteur de l'atteinte, en particulier les entreprises de médias à chercher de leur côté à réparer le préjudice subi par la victime (p. ex. par la publication d'une rectification), avant que la victime ne s'adresse au juge.

La réparation du tort moral est aujourd'hui subordonnée à la condition que l'auteur ait commis *une faute particulièrement grave*. Cette restriction avait été introduite dans la loi à la demande des milieux de la presse, qui craignaient que l'institution ne soit utilisée pour les juguler. Cette restriction a été cependant souvent critiquée en doctrine¹⁰⁶⁾ et le projet y renonce. D'abord, parce que l'article 49 CO serait la seule disposition instituant une réparation du tort moral qui pose une condition aussi restrictive; ensuite et surtout parce qu'on ne voit pas pour quelle raison la personnalité comme telle devrait être moins bien protégée en Suisse que ne le sont les intérêts patrimoniaux. La réparation du préjudice est au reste suffisamment limitée si l'on tient compte des conditions du tort moral dont il vient d'être question. La présente révision règle partiellement aussi le postulat Dillier du 19 septembre 1973 (P 11 534) relatif à la réparation en cas d'inconscience¹⁰⁷⁾.

Pour «réparer» le tort moral, la principale solution consiste à condamner le

défendeur *au paiement d'une somme d'argent*. Il va de soi qu'une telle condamnation ne permet nullement de «réparer». Elle permet tout au plus à la victime d'obtenir, par l'allocation de ce montant, quelque chose de nature à compenser les souffrances qu'elle a subies. Il appartient au juge d'en fixer le montant en faisant usage de son pouvoir d'appréciation. On peut relever que la jurisprudence suisse s'est dans ce domaine montrée particulièrement restrictive¹⁰⁸.

Pour le reste, la réparation du tort moral est intégrée *au système général de la responsabilité civile*. C'est pourquoi les autres principes énoncés aux articles 42ss CO lui sont également applicables. C'est le cas notamment pour les règles sur la preuve du préjudice (art. 42), sur le rôle de la faute concomitante (art. 44), sur la solidarité et le concours d'actions (art. 50 s.), sur la responsabilité de l'employeur (art. 55), sur la prescription (art. 60) et sur la responsabilité des fonctionnaires (art. 61).

273 Les modalités de la réparation (2^e al.)

Le projet reprend sans le modifier le texte actuel de l'article 49, 2^e alinéa, CO. Selon cette disposition, le juge peut, sur demande ou de son propre chef, substituer ou ajouter à l'allocation de l'indemnité un autre mode de réparation. Cette disposition n'a toutefois qu'une portée pratique limitée.

28 Droit transitoire

La présente révision n'exige pas que soient adoptées de nouvelles dispositions transitoires. Les *prescriptions générales du titre final* (tit. fin.) du code civil de 1907, prescriptions prévues à l'origine pour régler les relations entre le code civil et les anciens droits cantonaux, s'appliquent aussi en pratique aux révisions partielles intervenues depuis lors¹⁰⁹, et sont en l'occurrence suffisantes.

L'article 1^{er}, titre final, pose le principe général de la non-rétroactivité: les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle continuent à être régis par l'ancien droit; en revanche, les faits survenus après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sont soumis au droit nouveau. Ce principe souffre deux exceptions: d'une part, selon l'article 2, 1^{er} alinéa, titre final, les règles de la loi nouvelle établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès l'entrée en vigueur de cette loi, à tous les faits pour lesquels la loi nouvelle n'a pas prévu d'exceptions; d'autre part, l'article 3, titre final prévoit que les cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties sont soumis à la loi nouvelle après son entrée en vigueur, même si ces faits remontent à une époque antérieure. Or les droits relatifs à la protection de la personnalité appartiennent à cette dernière catégorie¹¹⁰. L'article 3 ne concerne toutefois ni les faits générateurs de droit, ni les effets passés des rapports juridiques établis sous l'ancien droit, mais uniquement leurs effets futurs, leur contenu futur¹¹¹.

Des règles qui précèdent, on peut tirer, pour le présent projet, les conclusions suivantes:

- Les articles 28 et 28a codifient et précisent différents *principes généraux* développés par la jurisprudence. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une véritable modification du droit. Il ne peut dès lors se poser de problèmes de droit intertemporel.
- Les nouvelles prescriptions applicables au for des actions en protection de la personnalité (art. 28b) et à celui de l'action en réparation du préjudice consécutif à des mesures provisionnelles injustifiées (art. 28f, 2^e al.) sont applicables à tous les procès qui commencent sous le nouveau droit, même si l'état de fait sur lequel ils reposent remonte à une date antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le défendeur ne peut prétendre avoir un droit acquis à faire régler le litige selon les dispositions de l'ancien droit sur la compétence territoriale¹¹³⁾.
- Quant aux *mesures provisionnelles*, les dispositions proposées ne visent pas l'exécution du droit matériel par l'institution de nouvelles règles procédurales; elles tendent à renforcer les mesures que connaissent déjà les droits cantonaux en unifiant les conditions d'application et en facilitant leur exécution sur tout le territoire de la Confédération. Cela justifie l'application des articles 28c à 28f dès leur entrée en vigueur aux procédures en cours.
- Le *droit de réponse*, tel qu'il est conçu par le projet, est lié à la diffusion d'un fait par les médias. Est dès lors déterminant le droit qui est en vigueur au moment de cette diffusion. Par conséquent, les articles 28g à 28l ne s'appliqueront qu'à la présentation de faits diffusés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.
- Les dispositions générales du titre final du code civil sont aussi applicables au code des obligations, qui constitue le livre cinquième du code civil. Une *action en réparation du tort moral*, selon les conditions allégées du nouvel article 49 CO, n'est donnée que si l'atteinte à un droit de la personnalité s'est produite sous le nouveau droit, puisqu'il s'agit ici aussi d'un acte dont les effets peuvent être localisés dans le temps au moment où il a été commis¹¹³⁾. Il faut en outre tenir compte du principe selon lequel toute personne doit pouvoir prévoir, sur les plans civil et pénal, les conséquences de ses actes. Il serait dès lors injustifié de la soumettre à une responsabilité plus rigoureuse que celle qui était prévue selon la *lex temporis delicti commissi*¹¹⁴⁾.

3 Effets sur l'état du personnel, conséquences financières et Grandes lignes de la politique gouvernementale

31 Effets sur l'état du personnel

Si les effets sur l'état du personnel de la Confédération sont nuls, il se pourrait que, dans les cantons, notamment par l'institution des mesures provisionnelles au niveau fédéral, les tribunaux doivent faire face à un surcroît de travail, qu'il est certes aujourd'hui difficile d'estimer mais qui devrait toutefois rester modeste. Quant au droit de réponse, il est conçu pour fonctionner en principe sans intervention judiciaire, ce qui devrait permettre de décharger les tribunaux de certaines actions en protection de la personnalité à l'égard des médias. Le recours au juge devrait rester l'exception. Les expériences faites jusqu'à présent

dans les cantons, les entreprises de médias et les pays qui connaissent le droit de réponse le confirment.

32 Conséquences financières

La présente révision n'aura aucune conséquence financière directe pour la Confédération et les cantons. N'ayant pas d'incidences budgétaires, elle n'est pas citée dans le plan financier.

33 Grandes lignes de la politique gouvernementale

Le projet a été annoncé comme prioritaire dans les Grandes lignes de la politique gouvernementale durant la législature 1979-1983 du 16 janvier 1980¹¹⁵⁾.

4 Constitutionnalité

41 Compétence de la Confédération

Le projet se fonde sur l'article 64, 2^e alinéa, *cst.*, qui donne à la Confédération le droit de légiférer en matière de droit civil. Il est vrai que le projet contient certaines règles de procédure et d'organisation judiciaire (art. 28*b*, 28*f*, 2^e al. et 28*l*, sur le for; art. 28*c* à 28*f* sur les mesures provisionnelles), qu'en soi il appartiendrait aux cantons d'édicter. L'unification de ces règles qu'introduit ici le droit fédéral est toutefois indispensable si l'on veut efficacement renforcer la protection de la personnalité¹¹⁶⁾. En effet, dans un domaine où il est essentiel d'intervenir promptement, il est important que la victime d'une atteinte puisse immédiatement, dans le cadre des mesures provisionnelles, obtenir d'un juge, en un for aisé à déterminer, qu'il interdise l'atteinte ou la fasse cesser. Comme cela a déjà été souligné dans la partie générale du présent message (voir ch. 133.1), l'article 59 *cst.* ne s'oppose pas à ce que, en matière de protection de la personnalité, le demandeur ait le choix entre le for de son domicile et celui du domicile du défendeur.

L'article 28*e*, selon lequel les mesures ordonnées sont exécutées dans tous les cantons comme des jugements, s'inscrit dans la ligne de l'article 61 *cst.* et ne prévoit en fait rien de fondamentalement nouveau pour les cantons. Cette disposition est de toute façon couverte, comme cela vient d'être démontré ci-dessus, par l'article 64, 2^e alinéa, *cst.*

42 Rapport avec les droits fondamentaux garantis par la constitution

Comme les droits fondamentaux, les droits de la personnalité prévus par le code civil ont pour but de protéger les valeurs essentielles de la personnalité de chaque être humain. Selon la conception traditionnelle, on distingue les droits fondamentaux, qui traitent des rapports entre l'Etat et les particuliers, et les droits de la personnalité, qui régissent uniquement les relations entre personnes

privées¹¹⁷⁾. Pour une partie importante de la doctrine toutefois, la protection de la personnalité en droit civil peut être comprise comme une concrétisation du *droit fondamental à la liberté personnelle*¹¹⁸⁾. L'amélioration de la protection de la personnalité a ainsi pour conséquence de renforcer des objectifs déjà contenus dans la constitution. Le présent projet concrétise ainsi le droit au respect de la vie privée reconnu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁹⁾.

Quant au *droit de réponse*, il s'agit avant tout d'examiner ses relations avec la liberté de la presse. Celle-ci implique en effet le droit pour une entreprise de ne pas publier un article alors que l'institution du droit de réponse l'oblige précisément à le faire. Il appartient au législateur de délimiter la portée, le champ d'application et les effets de cette liberté en relation avec d'autres valeurs fondamentales. Un des buts du présent projet est de renforcer fondamentalement la protection de la personne à l'encontre de relations qui peuvent donner d'elle une image incomplète ou ambiguë. Cet objectif justifie la restriction apportée, qui est au reste contenue dans de strictes limites. Accessoirement, l'exercice du droit de réponse contribue, par la relation complémentaire qui est faite, à une meilleure formation de l'opinion¹²⁰⁾. Dans cette mesure, le droit de réponse est compatible avec les principes constitutionnels.

Une certaine restriction de la liberté de la presse pourrait être déduite de l'article 28k, 2^e alinéa, puisque l'entreprise de média se voit refuser le *droit de répliquer* immédiatement à la réponse. Cette limitation est néanmoins nécessaire si l'on veut garantir l'efficacité du droit de réponse (voir ch. 265.2): en effet, si le journaliste a la possibilité de répliquer immédiatement à la personne qui a fait usage de son droit, «l'égalité des armes» n'est plus respectée, car la réplique peut être présentée de façon à priver la réponse de toute valeur. L'entreprise de média est cependant en droit de préciser si elle maintient ou retire sa version des faits ou de donner ses sources; il lui sera en outre possible de revenir sur le problème soulevé dans une édition ou émission ultérieure. Cette conception du droit de réponse paraît donc compatible avec la liberté de la presse. A plus forte raison, la solution est-elle applicable à la radio et à la télévision qui sont soumises à concession¹²¹⁾.

Enfin, l'article 28d prévoit expressément le *droit d'être entendu* dans la procédure tendant aux mesures provisionnelles. En cas d'urgence toutefois, le juge pourra ordonner des mesures sans entendre la partie adverse. Cette manière de procéder ne fait que codifier la jurisprudence relative à l'article 4 cst.

- ¹⁾ RO 1969 327 ss; cf. également le message du Conseil fédéral du 21 février 1968, FF 1968 I 609 ss.
- ²⁾ BO N 1968 616.
- ³⁾ BO N 1968 618.
- ⁴⁾ BO N 1968 620.
- ⁵⁾ BO E 1969 89.
- ⁶⁾ Cf. notamment D. Barrelet, *Droit suisse des Mass media*, Berne 1980; G. Brosset, *Protection de la personnalité*, FJS 1166, Genève 1978; H. Deschenaux/P. H. Steinauer, *Personnes physiques et tutelle*, Berne 1980, p. 129 ss; R. Frank, *Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtsordnung der Schweiz*, AcP 172/1972 p. 56 ss; H. Giger, *Massenmedien, Informationsbetrug und Persönlichkeitsschutz als privatrechtliches Problem*, RDS 89/1970 I, p. 33 ss.; J. M. Grossen, *Les personnes physiques*, in: *Traité de droit privé suisse II/2*, Fribourg 1974, p. 74 ss; H. Hausheer, *Verstärkter Persönlichkeitsschutz: der Kampf ums Recht an verschiedenen Fronten*, in: *Mélanges Deschenaux*, Fribourg 1977, p. 82 ss; K. E. Hotz, *Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB*, thèse Zurich 1967; A. Luchinger, *Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit und die Massenmedien*, RSJ 70/1974, p. 321 ss; R. Von Meiss, *Die persönliche Geheimsphäre und deren Schutz im prozessualen Verfahren*, thèse Zurich 1975; H. Merz, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Ehrverletzung und verwandte Beeinträchtigungen durch die Druckerpresse*, RSJ 67/1971, p. 65 ss, 85 ss; Th. Merz, *Die Unterlassungsklage nach Art. 28 ZGB*, thèse Zurich 1973; H. R. Riemer, *Persönlichkeitsschutz und Presse*, in: *Die Verantwortlichkeit im Recht*, t. I, Zurich 1981, p. 219 ss; F. Riklin, *Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischen Privatrecht*, thèse Fribourg 1968; R. Schumacher, *Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere ihre Widerrechtlichkeit*, thèse Fribourg 1960; P. Schwarz, *Zum Schutz der Ehre nach Gesetz und Praxis*, BJM 1973, p. 177 ss; H. R. Steiger, *Genugtuungsansprüche gegen Massenmedien*, thèse Zurich 1975; P. Tercier, *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil*, thèse Fribourg 1971; P. Tuor/B. Schnyder, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 9^e éd., Zurich 1975 (réimp. 1979), p. 77 ss; R. Vuille, *Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander*, thèse Zurich 1980.
- ⁷⁾ La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels), RDS 79/1960 II, p. 1a ss.
- ⁸⁾ Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, RDS 79/1960 II, p. 133a ss.
- ⁹⁾ La résolution, préparée par le professeur K. Oftinger, avait la teneur suivante:

Le Congrès de 1960 de la Société suisse des Juristes, après avoir pris connaissance des rapports de MM. les Professeurs Jäggi et Grossen ainsi que de Me Marcel Regamey, appuie fermement la tendance qu'expriment ces exposés d'une protection renforcée de la personnalité humaine par les moyens de droit civil. L'assemblée est, de plus, pleinement consciente de ce que la mise en danger de la personnalité par le développement de la technique et de la civilisation de masse confère à la protection de la sphère personnelle par les droits fondamentaux de la constitution une importance fortement accrue et de ce que, en outre, la sauvegarde de la personnalité doit être rendue plus efficace à l'aide de prescriptions du droit de police et du droit de procédure. (RDS 79/1960 II, p. 660a et 688a).

- ¹⁰⁾ Cf. Rapport final de la commission d'experts pour l'examen de la protection de la personnalité en droit civil (décembre 1974) et l'avant-projet de loi fédérale

modifiant le code civil suisse et le code des obligations (protection de la personnalité). Le texte (allemand) de cet avant-projet a été publié dans la RSJ 71/1975, p. 251 s.

- 11) A s'en tenir au seul droit privé, c'est le cas p. ex. des règles sur le nom (art. 29 s, CC), sur le droit de la famille, sur certains contrats (bail, travail, etc.); cf. U. Oberholzer, *Schutz der Persönlichkeit im Mietrecht*, thèse Zurich 1976, sur la concurrence déloyale (cf. art. 2 ss LCD) ou le droit des cartels (cf. art. 3 ss LCart.).
- 11a) Cf. Rapport de la commission d'experts pour la conception globale des médias, Berne 1982, p. 509 ss.
- 12) Sur ces questions, cf. notamment M. Guldener, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979, p. 60 ss; K. Eichenberger, *Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht*, RDS 88/1969 II, p. 467 ss; J. Voyame, *Droit privé fédéral et procédure civile cantonale*, RDS 80/1961 II, p. 74 ss; R. Didisheim, *La notion de droit civil fédéral*, thèse Lausanne 1973, p. 219 et 264.
- 13) Cf. M. Guldener (n. 12), p. 104 ss.
- 14) Un journal édité à Zurich paraît par ex. simultanément à Genève, Berne, et en d'autres lieux encore. Les effets de l'atteinte peuvent donc se produire en divers endroits. Le même phénomène s'amplifie lorsqu'il s'agit de médias électroniques. En raison de ce nombre indéterminable de possibilités d'atteintes à la personnalité (moyens de diffusion), il ne se justifie plus, pour la personne concernée, de ne pouvoir ouvrir action qu'au seul lieu d'édition.
- 15) Cf. U. Hess, *Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV in der heutigen Rechtswirklichkeit*, thèse Zurich 1979, p. 44 ss et les références.
- 16) Les lois cantonales définissent de façons très diverses les conditions d'application des mesures provisionnelles:
- a. Certaines lois s'en remettent au juge qui, de cas en cas, décidera de quelles conditions dépendra l'institution de mesures provisionnelles.
 - b. Plusieurs lois disposent que des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées lorsque, à défaut de telles mesures, il en résulterait un dommage difficilement réparable.
 - c. D'autres lois énumèrent les cas particuliers dans lesquels des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées. Elles peuvent être requises:
 - aa. Pour la conservation de l'état de fait;
 - bb. Pour la protection de droits à des prestations personnelles lorsque ceux-ci sont menacés;
 - cc. Pour la protection de la possession.
 - d. Ces lois prévoient généralement une procédure de preuve à futur dans le but de protéger des moyens de preuve menacés. Cf. M. Guldener (n. 12), p. 578 s.
- 17) Cf. p. ex. en matière de divorce (art. 145 CC); d'obligation d'entretien des parents (art. 281 ss CC); de tutelle (art. 386 et 448 CC); de sociétés (art. 565, 574, 586, 625, 643, 775, 831 CO); de droit de change et du chèque (art. 1072, 1080, 1098, 1143 CO); de concurrence déloyale (art. 9 ss LCD); de droit des cartels (art. 10 LCart.); du droit de la propriété immatérielle (art. 77 ss LBI, 43 ss LPOV).
- 18) C'est à dessein que le projet renonce à parler de la «*presse*», car ce terme est en général pris dans une acception étroite, limitée à la seule presse écrite (cf. notamment M. Rehbinder, *Schweizerisches Presserecht*, Berne 1975, p. 13 ss; D. Barrelet (n. 6), p. 5. Or la protection doit être assurée dans les mêmes conditions contre tous les moyens permettant de transmettre des informations, quelle que soit la technique adoptée. Pour en rendre compte, le projet emploie (même au singulier) le néologisme «*médias*» qui, s'il n'a pas encore reçu en français de consécration officielle, est toujours plus fréquemment utilisé. Il est admis, au moins dans l'expression «*mass media*», par plusieurs dictionnaires récents (Robert, Bordas).

¹⁹⁾ Sur le problème de la rectification par la procédure en mesures provisionnelles, voir notamment O. Vogel, *Problem des vorsorglichen Rechtsschutzes*, RSJ 76/1980, p. 89 ss; M. Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Berne 1978, p. 267 ss.

²⁰⁾ La terminologie utilisée en français soulève quelques difficultés. Il est d'usage, en allemand, de réserver l'expression «Antwortsrecht» (= droit de réponse) à l'institution permettant, selon la formule du droit français, à toute personne nommée ou autrement désignée d'exiger la diffusion de sa déclaration, alors que l'expression «Gegendarstellungsrecht» (= littéralement, droit d'opposer sa propre version) vise le moyen que peut utiliser celui qui est touché dans sa personnalité. Par commodité et parce que l'expression est consacrée dans le langage courant, le projet retient l'expression «droit de réponse», bien qu'il se distance quelque peu de la signification que le droit français donne à cette expression. La réponse constitue bien aussi une autre déclaration faite pour contrebalancer une première déclaration. Au reste, les termes utilisés importent moins que le contenu qui leur est donné.

²¹⁾ BO E 1981 p. 287.

²²⁾ Cf. Schaffhouse: § 2 «Pressegesetz» du 15 déc. 1837; Grisons: § 12 «Gesetz wider den Missbrauch der Pressefreiheit» du 13 juillet 1839; Vaud: art. 14 ss de la Loi sur la presse du 14 déc. 1937/19 nov. 1940/8 sept. 1954 et 16 nov. 1959.

²³⁾ Le principe est énoncé par l'art. 14 qui a la teneur suivante:

Le rédacteur ou le rédacteur en chef de toute publication périodique dans laquelle une personne a été nommée ou désignée d'une manière inexacte, offensante ou malveillante, doit, à la requête de cette personne, insérer gratuitement sa réponse dans l'un des deux plus prochains numéros dès la réception de cette requête et, le cas échéant, dans l'édition correspondant à celle où l'article a paru.

²⁴⁾ Cf. Tages-Anzeiger du 16 sept. 1980 qui énonce dix principes dont le premier a la teneur suivante:

Wer durch eine Tatsachenbehauptung im redaktionellen Teil des TA persönlich betroffen ist, kann eine Gegendarstellung einsenden. Damit stellt er der ersten eine zweite (eigene) Tatsachenbehauptung entgegen.

²⁵⁾ Cf. SSR 81.28 du 26 fév. 1981 «Commentaire des directives en matière de réponse du 26 février 1981 accompagné de remarques quant à leur application»:

Dans l'intention de rendre service au public, en lui facilitant l'exercice des droits de la personnalité, le directeur général a édicté le 26 février 1981 les directives suivantes:

1. La SSR offre la possibilité de répondre, sans aucun frais, à celui qui, n'ayant pas eu l'occasion de prendre position dans l'émission même, subit une atteinte directe à sa personnalité par l'allégation d'un fait à la radio ou à la télévision.

Cette possibilité de répondre ne peut être invoquée pour les comptes rendus de séances ou de déclarations publiques d'une autorité.

2. ... 9.

²⁶⁾ W. Seitz/G. Schmidt/A. Schoener, *Der Gegendarstellungsanspruch in Presse, Film, Funk und Fernsehen*, Munich 1980, p. 214.

²⁷⁾ W. Seitz/G. Schmidt/A. Schoener (n. 26), p. 214; M. Löffler/R. Ricker, *Handbuch des Presserechts*, Munich 1978, p. 108 ss et les références.

²⁸⁾ M. Löffler/R. Ricker (n. 27), p. 127 ss.

²⁹⁾ Source: M. Löffler/H. Golsong/G. Frank, *Das Gegendarstellungsrecht in Europa*, Munich 1974, p. 251 ss. Ces pages donnent un aperçu détaillé des différentes législations. Pour chaque pays, cf.: Autriche, p. 70 ss, 279; Italie p. 54 ss, 277;

France p. 41 ss, 269; Luxembourg p. 58 ss, 279; Espagne p. 87 ss, 292 ss; Portugal p. 76 ss; 281 ss; en ce qui concerne plus particulièrement la République fédérale allemande: cf. W. Seitz/G. Schmidt/A. Schoener (n. 26). Quant à l'Autriche: cf. *Ein neues Medienrecht*, publié par le Ministère de la justice, Vienne 1981.

30) Yearbook of the UN 1952, p. 463 ss; W. Seitz/G. Schmidt/A. Schoener (n. 26), p. 220.

31) Cette convention est entrée en vigueur le 24 août 1962 après avoir été ratifiée par six Etats (Chypre, Egypte, Salvador, Ethiopie, France et Guatemala). Fin 1981, cinq autres Etats l'avaient également ratifiée (Cuba, Jamaïque, Sierra-Leone, Yougoslavie et Uruguay).

32) «Résolution (74) 26 sur le droit de réponse (situation de l'individu à l'égard de la presse)». Texte original dans «Recueil des Résolutions du comité des ministres du Conseil de l'Europe», 1974, p. 82-84. En outre, voir M. Löffler/H. Golsong/G. Frank (n. 29), p. 311 ss.

33) Cf. art. 28a, ch. 3 dans la version de l'avant-projet:

1. Une atteinte n'est pas illicite:

1. ...

2. ...

3. 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;

4. ...

34) Cf. notamment W. Larese, *Persönlichkeitsschutz und Massenmedien*, NZZ vom 30 juin/1^{er} juillet 1979, p. 37.

35) Cf. art. 49^{bis}, 1^{er} al. CO dans la version de l'avant-projet:

L'entreprise qui a pour but la diffusion de déclarations ou d'images par voie de presse, de radio, de télévision ou par des moyens analogues répond, même si aucune faute n'a été commise, du dommage matériel et moral qu'elle a causé.

36) H. Hausheer (n. 6), p. 91 ss.

37) BO N 1972 p. 2128 ss.

38) Initiatives parlementaires Gerwig, protection de la personnalité et banques de données, du 22 mars 1977, N 77.223 et 77.227.

39) Cf. RSJ 71/1975, p. 251 ss.

40) Lors d'une réunion informelle, qui s'est tenue le 10 septembre 1981 à Montreux, à l'invitation de Monsieur K. Furgler, à l'époque Président de la Confédération, les ministres européens de la justice ont étudié un rapport intitulé «La protection de la personnalité à l'âge de l'ordinateur» (cf. documentation du Conseil de l'Europe, 81).

41) FF 1981 I 1314 ss.

42) Voir à ce sujet le Rapport sur les grandes lignes de la politique gouvernementale durant la législature 1979-1983, FF 1980 I p. 633 s.; Rapport de gestion du Conseil fédéral 1979, p. 109; Interpellation Gloor du 8 décembre 1977, N 77.497, réponse du Conseil fédéral, BO N 1978 p. 220 et 221.

43) Cf. loi fédérale modifiant le code civil suisse (filiation), RS 210; FF 1974 II 1.

44) La commission d'experts Lüchinger avait aussi prévue une telle division. Cette systématique n'a pas été contestée lors de la procédure de consultation. A ce sujet voir RSJ 71/1975 (n. 10), p. 251 s.

- 45) Cette présentation est déjà consacrée en droit suisse par la loi sur les cartels, qui énonce d'abord le principe de l'illicéité des entraves à la concurrence (art. 4), puis réserve les exceptions qui justifient ces atteintes (art. 5). La solution est pour le reste unanimement appliquée en droit actuel; cf. notamment H. Deschenaux/P. Tercier, *La responsabilité civile*, Berne 1975, p. 72 ss; T. Guhl/H. Merz/M. Kummer, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 7^e éd., Zurich 1980, p. 164 ss.
- 46) K. Otfinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, t. I, 4^e éd., Zurich 1975, p. 133 ss.
- 47) Cf. récemment ATF 104 II 234, JdT 1979 I 514; également J.M. Grossen (Personnes physiques) (n. 6), p. 74 ss; F. Riklin (n. 6), p. 303; R. Schumacher (n. 6), p. 236 s; P. Jäggi (n. 8), p. 168a n. 52; P. Tercier (n. 6), p. 147 ss.
- 48) P. Jäggi (n. 8), p. 217a s; R. Schumacher (n. 6), p. 229 s; F. Riklin (n. 6), p. 12 s; également ATF 97 II 97, JdT 1972 I 242; 95 II 481, JdT 1971 I 221.
- 49) Il existe une controverse sur le point de savoir si une personne morale peut également demander la réparation du tort moral qu'elle a subi. La jurisprudence l'admet (cf. ATF 95 II 481 s; JdT 1971 I 221), mais cette solution est critiquée par une partie de la doctrine (cf. notamment F. Riklin (n. 6), p. 298, P. Tercier (n. 6), p. 153 s). La question n'a pas une importance pratique considérable et peut être résolue par la jurisprudence, sans intervention législative. Cf. également F. Dessemondet, *La presse et les sociétés commerciales*, in: *Die Verantwortlichkeit im Recht*, Zurich 1981, t. I, p. 183 ss, p. 205 ss.
- 50) Cf. ATF 86 II 18, JdT 1960 I 583; également P. Jäggi (n. 8), p. 158a ss et ATF 103 II 294 pour la LCart. Il est à relever que ce droit n'existe pas en revanche pour les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral.
- 51) Cf. W. Von Steiger, *Die Personengesellschaften*, in: *Schweizerisches Privatrecht VIII/1*, Bâle et Stuttgart 1976, p. 529 s. et les références.
- 52) C'est pourquoi il ne paraît pas nécessaire d'introduire dans la loi une disposition comparable à l'art. 3 LCD.
- 53) Cf. surtout: R. Schumacher (n. 6), p. 239 ss; plus restrictif: F. Riklin (n. 6), p. 248, 417 et 429 et dans l'article intitulé: *Bemerkungen zur Passivlegitimation bei Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse*, in: *Die Verantwortlichkeit im Recht*, Zurich 1981, t. I, p. 247 ss, p. 252 ss; pour cet auteur, il conviendrait de limiter la qualité pour défendre aux personnes qui peuvent avoir une influence sur le contenu de l'atteinte; on ne voit pas cependant pourquoi la victime devrait être désarmée à l'égard de ceux qui, sans pouvoir influencer le contenu, contribuent à sa diffusion.
- 54) Sur ces questions, cf. notamment M. Guldener (n. 12), p. 305 ss; M. Kummer (n. 19), p. 158 ss; W. Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, 2^e éd., Genève 1981, p. 217 ss.
- 55) Cf. notamment H. Deschenaux/P.H. Steinauer (n. 6), p. 130; J.M. Grossen (Personnes physiques) (n. 6), p. 75 ss et les références. Il est vrai que la définition a un caractère artificiel, en ce qu'elle semble réduire la personnalité en un nombre de «biens» qui seraient «détachables», comme le sont les biens patrimoniaux. Il ne faut cependant pas y voir autre chose qu'une formule destinée à expliciter les contours généraux de la «personnalité», qui comme telle justifie la protection. Sur ces questions, cf. surtout M. Regamey, *La protection de la personnalité en droit civil*, essai de critique et de synthèse, thèse Lausanne 1929.
- 56) Le groupe d'experts Tercier avait élaboré une variante à l'article 28 qui énumérait les principaux biens juridiquement protégés:

La personnalité comprend notamment la vie, l'intégrité physique et morale, la vie privée, la considération personnelle et professionnelle, la liberté physique, morale et économique.

- 57) L'article 28, 1^{er} alinéa de l'avant-projet de 1974, envoyé en procédure de consultation en 1975, était rédigé ainsi:

Toute personne a droit, dans les limites de la loi, au libre développement de sa personnalité et à la protection de ses intérêts personnels contre toute atteinte illicite.

Cf. également les remarques de J.N. Druey, *Persönlichkeit als Postulat oder als Objekt des Rechtsschutzes*, RDS 95/1976 I, p. 377 ss.

- 58) Cf. notamment P. Jäggi (n. 8), p. 208a ss; J.M. Grossen (Personnes physiques) (n. 6), p. 79 ss; J.M. Grossen (Rapport) (n. 7), p. 19a ss; H. Deschenaux/P.H. Steinauer (n. 6), p. 139 ss.
- 59) Cf. note 33.
- 60) Cf. ATF 95 II 492, JdT 1971 I 221; voir aussi W. Larese (n. 34).
- 61) Sur ces questions cf. surtout P. Jäggi (n. 8), p. 177 ss; J.M. Grossen (Rapport) (n. 7), p. 32a ss; Idem (Personnes physiques) (n. 6), p. 80 s; P. Tuor/B. Schnyder (n. 6), p. 82 ss; H. Deschenaux/P.H. Steinauer (n. 6), p. 139 ss.
- 62) Il est à relever que, dans la version française de certaines lois, notamment la loi sur la concurrence déloyale (art. 2, 1^{er} al., let. b) et la loi sur les cartels et organisations analogues (art. 6, 1^{er} al.) le législateur a inexactement traduit l'expression «*Unterlassungsanspruch*» par «cessation du trouble», qui ne rend pas la même idée. C'est pourquoi il est préférable de parler de «prévention de l'atteinte».
- 63) Il convient à nouveau de relever que, dans les lois citées à la note 62, le législateur avait traduit l'expression «*Beseitigungsanspruch*» par «suppression de l'état de fait illicite»; il est préférable de s'en tenir à la terminologie consacrée en doctrine et en jurisprudence.
- 64) Cf. notamment ATF 95 II 481, JdT 1971 I 226; ATF 103 II 161; voir en outre art. 70 LBI, art. 6 LCD, art. 6, 3^e al., LCart.
- 65) Sur cette question voir notamment F. Riklin (n. 53), p. 254 ss.
- 66) Voir notamment les articles 70 LBI, 6 LCD, 6, 3^e al., LCart.
- 67) Voir à ce sujet M. Kummer (n. 19), p. 142 ss et 158 ss.
- 68) Sur cette question, voir P. Tercier (n. 6), p. 109 ss.
- 69) C'est le cas surtout dans le domaine de la propriété immatérielle: ATF 97 II 178, JdT 1971 I 612; 98 II 325, JdT 1970 I 525; cf. en outre: J. Hofstetter, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht VII/2*, Bâle et Stuttgart 1979, p. 182 ss et les références; F. Dessemontet, *Les dommages-intérêts dans la propriété intellectuelle*, JdT 1979 I 322 ss.
- 70) «Le lésé a droit, même si l'auteur n'a pas commis de faute, à la remise du gain éventuel résultant de l'atteinte ou à la compensation de l'avantage pécuniaire qu'elle a procuré à son auteur» (art. 49, 3^e al., CO de l'avant-projet de 1975).
- 71) Sur ces questions, cf. surtout J. Hofstetter (n. 69), p. 211 ss.
- 72) Cf. l'avant-projet de loi fédérale sur le droit international privé, art. 31, 2^e al., et 136.
- 73) Cf. surtout art. 75 LBI, art. 5 LCD, art. 7 LCart., art. 41 LPOV.
- 74) Cf. art. 11, 2^e al., LCD qui, selon l'art. 10 LCart., est aussi applicable au droit des cartels.
- 75) Sur ces questions, cf. notamment M. Guldener (n. 12), p. 581 ss; M. Kummer (n. 19), p. 269 ss; W. Habscheid (n. 54), p. 372 ss; cf. également O. Vogel (n. 19), p. 89 ss, en particulier 96 ss.
- 76) Cf. notamment art. 77, 2^e al., LBI, art. 9, 2^e al., LCD, art. 43, 2^e al., LPOV.

- 77) M. Guldener (n. 12), p. 575 s.; M. Kummer (n. 19), p. 267 s.; O. Vogel (n. 19), p. 94; également art. 77, 1^{er} al., LBI, art. 9 LCD, art. 10 LCart, art. 43, 1^{er} al., LPOV.
- 78) Cette tendance est apparue dans certaines décisions récentes, en particulier la décision publiée in: RSJ 74/1978, p. 191 et 374 ss; 75/1979, p. 75 ss.
- 79) Le terme «médias» serait ici trop large; voir notamment J.F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris/Neuchâtel 1967, t. II, p. 733 ss et références; D. Barrelet (n. 6), p. 32 ss.
- 80) A noter – encore que cela aille de soi – que la règle ne vaut que dans la mesure où l'interdiction porterait atteinte à la liberté des médias. Ce ne serait donc pas le cas d'une décision interdisant à un journaliste, non pas de s'informer, mais d'utiliser pour le faire des méthodes qui portent atteinte à la personnalité d'autrui.
- 81) Cf. notamment art. 81, 3^e al., LPC, art. 77, 3^e al., LBI, art. 9, 3^e al., LCD, art. 53, 3^e al., LPOV.
- 82) Cf. notamment art. 82, 2^e al., LPC, art. 79, 1^{er} al., LBI, art. 10, 1^{er} al., LCD, art. 44, 1^{er} al., LPOV.
- 83) Cf. toutefois ATF 41 I 116, et 53 I 55. Cf. également M. Guldener, *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zurich 1951, p. 88 n° 21; M. Guldener (n. 12), p. 622 N. 31; la tendance la plus récente accorde la possibilité d'exécution, p. ex. art. 301 CPC du canton de Zurich, à ce sujet voir H. Streuli/G. Messmer, *Kommentar zur Zürcherischen ZPO*, Zurich 1976, N. 2 ad § 301, p. 586.
- 84) Cf. art. 84, 1^{er} al., LPC: «Le requérant est tenu de réparer le dommage causé par les mesures provisionnelles ou les mesures d'urgence si la prétention en raison de laquelle elles ont été ordonnées n'était pas fondée ou pas exigible». Cf. également art. 272 LP et art. 46 LPOV. Cette solution est également retenue notamment par les droits de procédure bernois (art. 332, 1^{er} al., ZPO), de Bâle-Ville (art. 262, 1^{er} al., ZPO), de Fribourg (art. 391 CPC), de Soleure (art. 266, 1^{er} al., ZPO).
- 85) «Wenn der Anspruch, für den die vorsorglichen Massnahmen getroffen wurde, nicht bestand oder nicht fällig war, so hat der Kläger den durch die Massnahme verursachten Schaden zu ersetzen. Der Richter kann die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden, wenn der Kläger beweist, dass ihn kein Verschulden trifft» (§ 230, 1^{er} al., ZPO). Cf. également l'art. 80, 1^{er} al., LBI qui, quoique dans la seule version allemande (!), s'en remet entièrement au pouvoir d'appréciation du juge («nach Ermessen des Richters»).
- 86) Cf. notamment art. 84, 3^e al., LPC, art. 80, 3^e al., LBI, art. 46, 3^e al., LPOV.
- 87) Les cinq dispositions sont rangées systématiquement sous la note générale «Protection de la personnalité contre des atteintes» (cf. ad art. 28). Il est vrai que le droit de réponse est aussi donné lorsqu'il n'y a pas d'atteinte à proprement parler, puisque l'illicéité n'est plus une condition du droit. Il n'empêche que la règle vise toujours la protection de la personnalité à l'égard des tiers et qu'elle constitue en ce sens un prolongement appliqué aux médias des actions énumérées à l'art. 28a.
- 88) Cf. également l'art. 14 de la loi vaudoise et le ch. 1 de la Recommandation du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe.
- 89) La formule est également celle qui est adoptée par le Tages-Anzeiger et la SSR. Celle du droit vaudois est un peu plus restrictive qui exige que «la personne soit nommée ou désignée d'une manière inexacte, offensante ou malveillante»; si, dans ces cas, on peut admettre que la personne est «touchée» dans sa personnalité, on ne peut pas exclure qu'elle le soit également dans quelques autres cas. Voir à ce sujet H. Hausheer (n. 6), p. 88 s.
- 90) Voir à ce sujet un exemple concret donné par H. Hausheer (n. 6), p. 86.
- 91) Cf. notamment G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I*, Berne 1973, p. 113 ss et les références.

92) ATF 106 II 92.

93) Cf. dans un sens plus restrictif, l'art. 18 de la loi vaudoise:

Le droit de réponse n'existe pas lorsque le journaliste se borne à reproduire une information officielle ou une décision judiciaire sans y ajouter de considérations personnelles.

94) La loi vaudoise (art. 20) contient un certain nombre de prescriptions précises. Celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'à des textes écrits, alors que le droit de réponse existe aussi à l'égard d'autres médias. La différence des langues et surtout celles des situations empêchent l'adoption de règles uniformes strictes.

95) Cf. également art. 16, 3^e al., *in fine* de la loi vaudoise: «L'insertion de la réponse peut être refusée... si elle est sans rapport direct avec l'article qui la motive».

96) Cf. également art. 16, 3^e al., de la loi vaudoise: «L'insertion de la réponse peut être refusée si sa teneur est contraire aux lois ou aux mœurs, si elle est injurieuse ou diffamatoire, si elle met en cause d'une façon offensante ou malveillante une personne étrangère au débat...».

97) Cf. récemment ATF 106 II 92.

98) La loi vaudoise (art. 21) retient un délai de vingt jours dès la publication, délai qui peut être cependant prolongé si la personne visée prouve n'avoir pas eu connaissance de l'article pour des raisons majeures.

99) La loi vaudoise (art. 17) est à cet égard plus stricte:

La réponse doit être reproduite intégralement, d'un seul contexte, sans modification ni interpolation, dans la même partie de la publication, avec les mêmes caractères et aussi lisiblement que l'article qui la motive.

100) Cf. la Directive n° 7 de la SSR:

La réponse doit être diffusée dans les plus brefs délais, à une heure d'émission équivalente à celle de l'émission en cause et être destinée à un même cercle d'auditeurs ou de téléspectateurs.

101) C'est la solution suivie dans la Directive n° 6 de la SSR:

La réponse doit apparaître comme telle à la diffusion. Elle peut être accompagnée d'une introduction qui rappelle le contexte. Aucune autre adjonction ou remarque n'est admise.

102) Cf. également les art. 23 ss de la loi vaudoise.

103) Sur ces questions, cf. surtout K. Oftinger (n. 46), p. 286 ss; P. Tercier (n. 6), p. 91 ss et les références.

104) Sur ces questions, cf. notamment K. Oftinger (n. 46), p. 287; A. von Thur/H. Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3^e éd., Zurich 1979, I, p. 125 ss; H.R. Steiger (n. 6), p. 71 ss; P. Jäggi (n. 8), p. 185a ss; P. Tercier (n. 6), p. 56 ss; Idem, La réparation du tort moral: crise ou évolution, in: Mélanges Deschenaux, 1977, p. 307 ss.

105) Cf. p. ex. ATF 59 II 43; BJM 1968, p. 36; ZR 61/1962, p. 178 ss; également P. Tercier (n. 6), p. 257 ss.

106) Cf. notamment P. Jäggi (n. 8), p. 198a; K. Oftinger (n. 46), p. 195; A. Comment, RDS 79/1960 II, p. 662a ss; P. Tercier (n. 6), p. 206; H. Hausheer (n. 6), p. 85.

107) Cf. BO E 1973 517.

108) En ce qui concerne les atteintes à l'intégrité corporelle, le Tribunal fédéral a récemment modifié sa jurisprudence et sensiblement augmenté les montants alloués; cf. Praxis des Bundesgerichts, janvier 1982, Nr. 5, p. 7 s.

¹⁰⁹⁾ ATF 84 II 182; 94 II 245; 96 II 11.

¹¹⁰⁾ P. Mutzner, Commentaire bernois, code civil suisse, titre final, N. 9 ad art. 3 tit. fin.; la protection de la personnalité est toutefois simultanément soumise à la moralité et à l'ordre publics: G. Broggin, Intertemporales Privatrecht in: Schweizerisches Privatrecht, Bâle 1969, p. 469. Les dispositions d'ordre public peuvent cependant être considérées comme l'élément essentiel des prescriptions légales prévues par l'article 3 du tit. fin. (G. Broggin, p. 447).

¹¹¹⁾ G. Broggin (n. 110), p. 450.

¹¹²⁾ G. Broggin (n. 110), p. 371.

¹¹³⁾ G. Broggin (n. 110), p. 460.

¹¹⁴⁾ G. Broggin (n. 110), p. 460.

¹¹⁵⁾ FF 1980 I 633 et 689.

¹¹⁶⁾ Cf. note 15 ci-dessus; K. Eichenberger, RDS 1969/88 II 490 et les références et p. 512; W. Habscheid (n. 54), p. 16 s.

¹¹⁷⁾ J.P. Müller, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, thèse Berne 1964, p. 85.

¹¹⁸⁾ J.-P. Müller (n. 117), p. 160 ss; récemment G. Müller, Privateigentum heute, RDS 100/1981 II, p. 36 ss et les références.

¹¹⁹⁾ Sur la portée en Suisse des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, voir ATF 101 Ia 69; 101 IV 253; 102 Ia 381; 105 Ia 186; 106 Ia 404.

¹²⁰⁾ ATF 98 Ia 409.

¹²¹⁾ Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 17 octobre 1980 dans l'affaire SSR contre DFTCE (pas publié).

Modification du

*L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 5 mai 1982¹⁾,
arrête:*

I

Le code civil²⁾ est modifié comme il suit:

Art. 27, titre marginal

B. Protection
de la
personnalité
I. Contre des
engagements
excessifs

Art. 28

II. Contre des
atteintes
1. Principe

¹ Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice contre toute personne qui y participe.

² Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Art. 28a

2. Actions

¹ Celui qui subit une atteinte illicite peut demander au juge:

- a. De l'interdire, si elle est imminente;
- b. De la faire cesser, si elle dure encore; et
- c. D'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

² Il peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié.

³ Sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires.

¹⁾ FF 1982 II 661

²⁾ RS 210

Art. 28b

3. For

¹ Le demandeur peut agir en protection de sa personnalité à son domicile ou à celui du défendeur.

² S'il fait simultanément valoir des prétentions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral ou en remise du gain découlant de l'atteinte, il peut aussi intenter ces actions à son domicile.

Art. 28c

4. Mesures provisionnelles
a. Conditions

¹ Celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite imminente ou actuelle peut requérir des mesures provisionnelles.

² Si cette atteinte risque de causer au requérant un préjudice difficilement réparable, le juge peut notamment:

- a. L'interdire ou la faire cesser à titre provisionnel,
- b. Prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves.

³ Toutefois, le juge ne peut interdire ou faire cesser à titre provisionnel une atteinte portée par les médias à caractère périodique que si elle est propre à causer un préjudice particulièrement grave, si sa justification ne semble manifestement pas donnée et si la mesure ne paraît pas disproportionnée.

Art. 28d

b. Procédure

¹ Le juge donne à la partie adverse l'occasion d'être entendue.

² Toutefois, s'il y a péril en la demeure, au point qu'il n'est plus possible d'entendre la partie adverse, le juge peut ordonner des mesures d'urgence sur simple présentation de la requête, à moins que le requérant n'ait manifestement tardé à agir.

³ Le juge peut astreindre le requérant à fournir des sûretés si les mesures sont de nature à causer un préjudice à la partie adverse.

Art. 28e

c. Exécution

¹ Les mesures ordonnées sont exécutées dans tous les cantons comme des jugements.

² Les mesures ordonnées avant l'introduction de l'action perdent leur validité si le requérant n'a pas ouvert action dans le délai fixé par le juge, mais au plus tard dans les trente jours.

Art. 28f

d. Réparation du préjudice

¹ Le requérant est tenu de réparer le préjudice causé par les mesures provisionnelles, si la prétention qui les a motivées se

révèle infondée; toutefois, le juge peut refuser d'allouer une indemnité ou la réduire lorsque le requérant n'a pas commis de faute ou n'a commis qu'une faute légère.

² L'action en réparation du préjudice peut être ouverte au lieu où les mesures provisionnelles ont été ordonnées ou au domicile du défendeur.

³ Les sûretés fournies par le requérant sont restituées s'il est établi que l'intimé ne réclamera pas la réparation de son préjudice; au besoin, le juge lui fixe un délai pour agir.

Art. 28g

5. Droit de
réponse
a. Principe

¹ Celui qui est directement touché dans sa personnalité par la présentation que font des médias à caractère périodique, notamment la presse, la radio et la télévision, de faits qui le concernent, a le droit de répondre.

² Le droit de réponse n'est pas donné en cas de reproduction fidèle des débats publics d'une autorité auxquels la personne touchée a participé.

Art. 28h

b. Forme et
contenu

¹ La réponse doit être brève et se limiter à l'objet de la présentation contestée.

² La réponse peut être refusée si elle est manifestement inexacte ou si elle est contraire au droit ou aux mœurs.

Art. 28i

c. Procédure

¹ L'auteur de la réponse doit en adresser le texte à l'entreprise dans les vingt jours à compter de la connaissance de la présentation contestée mais au plus tard dans les trois mois qui suivent sa diffusion.

² L'entreprise fait savoir à l'auteur sans délai quand elle diffusera la réponse ou pourquoi elle la refuse.

Art. 28k

d. Modalités de
la diffusion

¹ La réponse doit être diffusée de manière à atteindre le plus tôt possible le public qui a eu connaissance de la présentation contestée.

² La réponse doit être désignée comme telle; l'entreprise ne peut y ajouter immédiatement qu'une déclaration par laquelle elle indique si elle maintient sa présentation des faits ou donne ses sources.

³ La diffusion de la réponse est gratuite.

Art. 281

e. Recours au
juge

¹ Si la réponse est refusée ou si elle n'est pas diffusée conformément à la loi, l'auteur peut s'adresser au juge.

² Il peut agir à son domicile ou à celui du défendeur.

³ Les cantons sont tenus de soumettre ces litiges à une procédure simple et rapide.

II

Le code des obligations¹⁾ est modifié comme il suit:

Art. 49 CO

3. Atteinte à
la personnalité

¹ Celui qui subit un tort moral à la suite d'une atteinte illicite à sa personnalité peut réclamer une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que le préjudice subi le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement.

² Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation.

III

Entrée en vigueur

¹ La présente loi est soumise au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

27520

¹⁾ RS 220

Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1982
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	28
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	82.036
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	20.07.1982
Date	
Data	
Seite	661-720
Page	
Pagina	
Ref. No	10 103 450

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les. Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.